

Introduzione

La materia del diritto dei consumatori, di matrice europea, si caratterizza per il precipuo fine di accordare una particolare salvaguardia a coloro che, nelle asimmetrie di potere contrattuale, assumono la veste di soggetti deboli. La disciplina di tutela dei diritti e degli interessi del consumatore, difatti, è espressione della consapevolezza di una disegualianza sostanziale di fondo, che marca inevitabilmente la relazione negoziale tra professionisti e consumatori. Partendo da questo presupposto, la disciplina consumeristica ha inteso intervenire nello specifico settore del mercato con una nozione *ad hoc* di 'consumatore' funzionale a correggere tale precondizione di disegualianza sostanziale, tanto che quello della tutela del consumatore può, ormai, ritenersi un principio generale tanto dell'ordinamento comunitario, quanto di quello interno.

La portata generale dell'impegno che il legislatore europeo si è assunto traspare dall'impostazione stessa della disciplina di settore, introdotta in più soluzioni a seguito del recepimento di Direttive europee, secondo la quale il consumatore beneficia di una tutela specifica, la cui applicazione prescinde sia dal tipo di contratto che lo vede coinvolto sia da come il soggetto si sia qualificato in sede di stipula.

L'impianto normativo apprestato dal Legislatore europeo è stato recentemente implementato dalle Direttive n. 770-771/2019, il cui esame e recepimento è oggetto del presente lavoro. Esse costituiscono una risposta alle nuove e pressanti esigenze che il mercato reclamava con riguardo alla tutela del consumatore. E, nello specifico, l'impressione suscitata da queste recentissime iniziative è che con esse prosegua il processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali concernenti i contratti dei consumatori da parte dell'Unione Europea: mai come in questo caso, sebbene le critiche che verranno illustrate nel corso del lavoro, pare evidente come l'intento del Legislatore europeo sia quello di perseguire una

piena e completa armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di consumo, con conseguente eliminazione degli spazi di discrezionalità concessi ai legislatori degli Stati membri.

La nuova regolamentazione in materia di vendita di beni di consumo e di fornitura di contenuti e servizi digitali trova il suo abbrivio nella consapevolezza che la Commissione europea aveva interiorizzato circa la necessità di pervenire ad un adeguamento del sistema di protezione dei consumatori elaborato in sede comunitaria, rispetto all'inverarsi di nuovi schemi di relazioni consumeristiche involgenti rinnovati assetti di tutela, dando impulso a quello che è stato definito il "New Deal" per i consumatori. Entrambe le direttive, difatti, si collocano nel "New Deal for Consumers", un pacchetto di normative europee finalizzato alla modernizzazione delle regole a protezione dei consumatori.

L'auspicio è che dal confronto con tali fondamentali strumenti normativi, di cui da tempo si attendeva la previsione, possano conseguirsi rivisitazioni ed ammodernamenti di tecniche normative, ormai erose dal sopravanzare delle dinamiche relazionali espressione dell'evoluzione tecnologica della rete.

CAPITOLO I

I CONTRATTI A DISTANZA TRA DIRETTIVE EUROPEE E CODICE DEL CONSUMO

Sommario: 1.1. La contrattazione a distanza: la normativa di riferimento nazionale ed europea. 1.2 La Direttiva 2000/31/CE (Direttiva e-Commerce). 1.3 La Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: ricostruzione della normativa di riferimento.

1.1.La contrattazione a distanza: la normativa di riferimento nazionale ed europea.

L'economia globale è rapidamente mutata mediante l'introduzione di tecnologie che hanno permesso ai contraenti di concludere contratti telematici a distanza. In virtù di queste novità, i settori dell'informazione e della comunicazione hanno contribuito ad incrementare occupazione e crescita.

D'altra parte però, riguardo a questo tema, sono state sollevate delle questioni a livello europeo non indifferenti; questioni sul piano operativo sul fronte della tutela dei cittadini: ecco perché è risultato necessario permettere agli Stati membri di adottare politiche coordinate anche in questo settore e utilizzare strumenti adeguati per assicurare il rispetto delle Direttive. Tutto ciò ha portato l'Unione Europea (per comodità UE) a voler creare un mercato unico digitale.

La commercializzazione su Internet è passata dalla mera vendita di beni materiali (quali abbigliamento, computer, smartphone) ad un maggiore consumo di beni immateriali (musica, film, software e articoli audiovisivi) tanto nei rapporti business-to-business quanto in quelli business-to-consumer.

Nella sua dimensione più consueta e diffusa, il cosiddetto commercio elettronico o *e-commerce*, include lo scambio di beni e servizi per via telematica.

Se da un lato bisogna riconoscere la celere ascesa del settore delle vendite online, dall'altro risulta difficile categorizzare i fenomeni di negoziazione che si possono trovare in spazi virtuali perché variano in base al tipo di contratto o all'oggetto della vendita.

Per quanto concerne il diritto dei consumatori all'interno dell'Unione Europea, c'è stata una graduale armonizzazione da negativa a positiva. Le principali aree di controversia, in uno schema che cercava di muoversi verso

la prima armonizzazione, riguardavano la materia delle clausole abusive e taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: direttive di armonizzazione minima¹ che hanno fatto da base alla legislazione successiva. Negli anni antecedenti non è stata una priorità soddisfare i bisogni dei consumatori ma, al contrario, assicurare loro la partecipazione al mercato "senza alcun ostacolo".

Nell'ambito della contrattazione a distanza si snoda poi lo specifico segmento dei contratti telematici presidiato, oltre che da precetti comuni con la categoria generale, anche da regole specifiche sul fronte degli obblighi informativi e dei requisiti formali valevoli per i soli contratti online² che a loro volta conosceranno un ulteriore allargamento.³

In materia di commercio elettronico un ruolo fondamentale è stato svolto dalla Direttiva n. 97/7/CE e dalla Direttiva n. 2000/31/CE, la quale apertamente dichiara che *"obiettivo della Direttiva n. 97/7/CE è il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri"*.

Tale obiettivo si desumeva dalla lettura del Considerando 4 che metteva in adeguato rilievo come *"l'introduzione di nuove tecnologie comporta (sse) una moltiplicazione dei mezzi messi a disposizione dei consumatori per conoscere le offerte fatte dovunque nella Comunità e per fare le loro ordinazioni"*. In altri termini, si trattava di un quadro comune importante di regole da applicare a tutte le transazioni la cui conclusione fosse avvenuta senza la presenza fisica dei contraenti⁴. Prima di procedere all'analisi della

¹ Cfr. Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e la Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo.

² Su questo profilo, si veda la critica mossa da G. De Cristofaro, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove Leggi Civ.*, 2014, 5.

³ S. Pagliantini, *La riforma del Codice del Consumo ai sensi del D. Lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, 805, parla del "primato spuntato".

⁴ I "servizi della società dell'informazione", secondo il considerando 17 Dir. citata, sono indicati come i servizi retribuiti prestati, a richiesta del destinatario, a distanza, per via

disciplina dei contratti a distanza conclusi con i consumatori, risulta certamente preliminare l'individuazione di una precisa definizione di contratto a distanza. A tal fine bisogna partire dal dato normativo e, in particolare, dall'articolo 2 della Direttiva 97/7/CE⁵.

Quest'ultimo recitava: *"contratto a distanza è qualunque contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso."*

Per completare il quadro giuridico della definizione sopra menzionata, occorre anche citare il considerando n. 20 della Direttiva 2011/83/UE⁶ in materia di diritti dei consumatori che, abrogando la Direttiva precedente, anticipa la disciplina sull'obbligo di informazione a favore del consumatore con riferimento a condizioni, termini e procedure da porre in atto.

Tale considerando, nella parte iniziale, riproduce la precedente Direttiva (n. 97/7/CEE) stabilendo che: *"la definizione di contratto a distanza dovrebbe coprire tutti i casi in cui è concluso un contratto tra consumatore e professionista nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi*

elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione e di memorizzazione di dati.

⁵ Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza - Dichiarazione del Consiglio e del Parlamento europeo sull'articolo 6, co. 1° - Dichiarazione della Commissione sull'articolo 3, co. 1°.

⁶ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, recante modifica della Direttiva 93/13/CEE e della Direttiva 1999/44/CE e che abroga la Direttiva 85/577/CEE e la Direttiva 97/7/CE.

di comunicazione a distanza, fino al momento della conclusione del contratto incluso.”

Questa nozione è poi riportata all’art. 2, n. 7 della Direttiva 2011/83/UE che riprende fedelmente la definizione di “contratto a distanza” come riportata dalla Direttiva 97/7/CE.

In tale ampia definizione – oltre ai contratti conclusi per telefono, via fax o per corrispondenza – rientra senz’altro anche il contratto telematico, qui inteso nel senso di negozio concluso *inter absentes* per via telematica, che, come anticipato, può avere ad oggetto un bene mobile materiale o un servizio per così dire tradizionale o a sua volta, avere contenuto informatico, digitale.⁷

La sostanziale «spersonalizzazione» e anonimia delle dichiarazioni telematiche ha indotto parte della dottrina a considerare la negoziazione *online* come il frutto di «scambi senza accordo» osservando che l’interagire telematico si delinea come una procedura che si giova della lingua per semplici scopi «ostensivi» sostituibile con icone o segni convenzionali.⁸

Nel tempo è prevalsa la tesi tale per cui lo scambio delle dichiarazioni negoziali telematiche non possa sottrarsi alle regole generali sulla formazione del consenso e quindi sulla patologia del contratto determinata da incapacità o vizi della volontà.

Nel sistema di contrattazione c.d. *point and click* con la pressione del tasto di «conferma ordine» o «acquista» in occasione della quale propriamente manca una dichiarazione (rinvenibile invece nello scambio via *e-mail*), non può escludersi una manifestazione della volontà per il solo fatto che non sussiste una dichiarazione bilaterale di consenso. Basta la manifestazione

⁷ E. Ruggeri, *I contratti telematici nel Codice del Consumo: in particolare, la conclusione*, 2015, 6.

⁸ Termine riportato da E. Andreola, *Gli acquisti online del minore tra invalidità dell’atto e responsabilità dei genitori*, in *Contratto e impr.*, 2018, 953 ss.

unilaterale della volontà di scelta, in virtù della regola generale secondo cui per la stipulazione di un contratto non formale, i fatti concludenti sono sufficienti ⁹.

Il principale problema che sorge in materia di contrattazione telematica consiste nell'individuazione del soggetto cui debba essere imputata la manifestazione di volontà contrattuale.

Se infatti facilmente si può risalire al *computer* da cui la stessa è stata emessa, più difficilmente si può conoscere la reale identità e, a maggior ragione, lo stato soggettivo e il percorso volitivo della persona fisica che di quel mezzo tecnologico si sia servita nell'operazione di comunicazione dei dati.

La qualifica di "consumatore" spetta a tutte quelle persone fisiche che concludono un contratto per soddisfare esigenze della vita quotidiana, esigenze del tutto estranee allo svolgimento dell' (eventuale) attività d'impresa o professionale.

Da ciò deriva senz'altro che non solo non potrà dirsi consumatore (e conseguentemente beneficiare della relativa tutela apprestata dal Codice) chi acquisti beni o servizi nell'attuale esercizio della propria attività (a titolo esemplificativo, si pensi a un imprenditore che acquisti materiali grezzi necessari alla propria azienda), ma neppure colui che, in vista di una attività imprenditoriale, anche non attualmente esercitata, ma che egli si proponga di esercitare, si procuri servizi e strumenti materiali o immateriali indispensabili per l'esercizio di tali attività.¹⁰

Il *discrimen* non è il possesso, da parte del soggetto che contragga con un operatore commerciale, della qualifica di imprenditore commerciale o professionista (*ex lege considerata*), bensì lo scopo oggettivo avuto di mira

⁹ R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 125-127 e 333-336.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. VI, ord., 4 novembre 2013 n. 24731, nonché Cass., sez. VI ord., 15 maggio 2013 n. 11773.

dalla parte contrattuale nel momento in cui ha concluso il contratto e la "competenza" mostrata dalla stessa, ossia la capacità a discernere i rischi, i costi e i benefici di quella operazione, senza che tale idoneità si spinga necessariamente sino ad un'analisi economica del diritto. Lo scopo dell'azione valutato nella circostanza concreta del momento conclusivo del contratto è ciò che determina l'attribuzione della figura del consumatore. In verità, è bene sottolineare che dalla normativa emerga che, alla luce delle tipologie di scambi in cui è coinvolto, il consumatore è da considerarsi proponente soltanto in *via fittizia* perché in realtà aderisce ad un contratto che si perfeziona nel momento in cui invia l'ordine.¹¹

Una delle questioni che più frequentemente si è posta in dottrina è quella relativa all'entità del consumatore, definito dal Codice del Consumo quale persona fisica, e dunque alla possibilità di ricomprendere – o meno – nella nozione di consumatore soggetti diversi dalle persone fisiche.¹² Tale questione, a carattere definitorio, ha aperto un dibattito dottrinale relativamente alla possibilità di estendere o meno in via analogica agli enti e alle persone giuridiche la tutela consumeristica del Codice, in virtù di considerazioni inerenti alla possibile identica situazione di debolezza in cui gli stessi possono trovarsi nel contrattare con un professionista.¹³

La nozione letterale di consumatore data dall'art. 3 del Codice sembra escludere abbastanza chiaramente questa possibilità, così lasciando prive di tutela le persone giuridiche, pubbliche o private, e gli enti no profit, anche privi di personalità giuridica. La precisa dizione "persona fisica" non si presta, difatti, ad un'interpretazione estensiva della norma medesima per cui unicamente le persone fisiche che agiscono per fini non professionali

¹¹ F. P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 1034.

¹² V. Barela, *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: network marketing*, in *Comparazione e diritto civile*, 2017, 4 s.

¹³ P. Cendon (a cura di), *Trattario di diritto civile. Tutela del consumatore*, Milano, 2013, 16.

possono beneficiare della tutela prevista dal Codice del Consumo. Ciononostante è opportuno analizzare la possibilità di estendere la tutela anche agli enti e alle persone giuridiche in ragione della situazione di debolezza in cui possono trovarsi laddove compiano una contrattazione con un professionista, senza tralasciare che per costoro il perseguimento dello scopo sociale previsto dallo statuto implica già che l'attività sia svolta in modo "professionale".¹⁴

Peraltro, la Direttiva 2011/83/UE e, conseguentemente, il d.lgs. n. 21/2014 di recepimento, presta particolare attenzione ai contratti a "contenuto digitale", definendo per tale "i dati prodotti e forniti in formato digitale" e, per tutti i contratti tra gli obblighi informativi del fornitore prevede "la funzionalità del contenuto digitale", comprese le misure applicabili di protezione tecnica nonché "*qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabili*"¹⁵ tanto che possiamo distinguere tra il *genus* del contratto "a conclusione telematica" e la specie del contratto telematico a contenuto digitale o "contratto virtuale".¹⁶

Un elemento di novità è stato apportato con riguardo all'armonizzazione sul diritto di recesso contrattuale riconosciuto al consumatore, disciplinato dalla

¹⁴ G. Chiné, *Il consumatore*, in N. Lipari (a cura di) *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, 444; L. Patroni Griffi, *Le clausole nei contratti con i consumatori (direttiva 83/13 C.E.)*, in *Rassegna diritto civile*, 1994, 347; G. De Cristofaro, *Le disposizioni "generali" e "finali" del Codice del Consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 53; V. Barela, *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti*, cit., 6. Tuttavia, è bene porre mente che già la legge 30 luglio 1998 n. 281 sui diritti dei consumatori aveva accostato a questi ultimi la ulteriore figura degli utenti, definendo entrambi come "*le persone fisiche che acquistano o utilizzano beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*".

¹⁵ Articolo 48 Codice del Consumo co. 1° punto h: "*qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabili*".

¹⁶ E. Ruggeri, *I contratti telematici nel Codice del Consumo*, cit., 3 s.

sopracitata Direttiva, con la finalità di proteggere il consumatore rispetto a una tecnica commerciale idonea a coglierlo di sorpresa.¹⁷

La normativa, nell'ottica di una maggiore tutela del soggetto consumatore, ha attribuito a quest'ultimo, ai sensi dell'art. 64 Codice del Consumo, un inedito "diritto di recesso" differente da quello previsto e disciplinato nel nostro codice civile; esso, invero, si differenzia rispetto a quest'ultimo, disciplinato dall'art. 1373 Codice Civile, per aver previsto il suo esercizio anche dopo la completa esecuzione del contratto. La disciplina civilistica, difatti, prevede il diritto di recesso quale strumento da utilizzare al fine di interrompere un rapporto giuridico privo di una naturale o concordata scadenza ovvero un rapporto giuridico caratterizzato da una durata prolungata nel tempo.

Diversamente, il diritto di recesso consumeristico attribuisce al consumatore, "una via di uscita" al contratto indipendentemente dalla sua tipologia temporale di accordi di durata o ad esecuzione istantanea.¹⁸ Ne consegue che, nei casi di un suo legittimo esercizio, il consumatore abbia l'obbligo di restituire i beni entro un breve lasso temporale (quattordici giorni).¹⁹

Le precedenti direttive 577/85/CEE e 97/7/CE stabilivano invece un termine per il recesso di "almeno sette giorni"²⁰.

¹⁷ F. P. Patti, *Il recesso del consumatore, cit.*, 2012, 1013: "Infatti in questo tipo di contrattazione, il consumatore oltre a non essere sufficientemente preparato all'incontro col professionista (o imprenditore), neppure è mosso dall'intenzione di stipulare un contratto".

¹⁸ F. Novara (a cura di), *I contratti a distanza nel Codice del Consumo: genesi, disciplina e recesso*, in *Contratti dei consumatori*, 2014, 178.

¹⁹ www.assiform.it/news/Direttiva-europea-832011-tutela-consumatore/.

²⁰ Nella versione originaria dei decreti di recepimento era stato fissato un termine di sette giorni per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali e un termine di dieci giorni per i contratti a distanza; quando le disposizioni sono confluite nel Codice del Consumo, è stato fissato un termine comune di dieci giorni.

In caso di esercizio del recesso, ovvero nelle ipotesi di cd. "ripensamento", il consumatore sarà tenuto a restituire il bene; in caso di deterioramento del bene, il consumatore risponderà "della diminuzione del valore del bene avuto in custodia" ai sensi dell'art. 2051 c.c.²¹

Sul commercio elettronico sono state emanate recentemente altre due Direttive n. 2019/771 e n. 2019/770: la prima interviene sui criteri di conformità, sui rimedi a difetti di conformità al contratto e sulle modalità per il loro esercizio, mentre la seconda interviene sui contratti di fornitura dei contenuti e dei servizi digitali col fine di migliorare l'applicazione della protezione dei consumatori nell'Unione Europea.

Le Direttive in esame si pongono quale obiettivo quello di garantire il giusto equilibrio tra promozione della competitività delle imprese e conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori, introducendo modifiche *ad hoc* su un assetto normativo già esistente. Ai sensi dell'articolo 3²² della Direttiva 2019/771, in particolare, viene definito l'ambito di applicazione con riguardo ai contenuti digitali e servizi incorporati interconnessi con altri beni, senza alcuna distinzione tra chi fornisca detti contenuti e servizi digitali (il venditore o terzi).²³

Nel nostro ordinamento il "contratto a distanza" è stato disciplinato per la prima volta dal D.lgs. 22 maggio 1999 n. 185 che ha recepito l'articolo 2 della Direttiva 97/7/CE.

La Direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico, cui il Codice del Consumo per gli aspetti non disciplinati dalla normativa speciale

²¹ AA. VV, *E-Commerce, In vigore le nuove regole per i negozi online*, in www.leggioggi.it: "In tal caso il consumatore ha diritto ad ottenere il rimborso di tutti i pagamenti effettuati, compresi quelli relativi alle spese di consegna, che verrà diminuito nel caso in cui lo stesso abbia utilizzato il bene per il tempo necessario per stabilirne la natura, le caratteristiche ed il funzionamento".

²² L'articolo 3 della Direttiva 2019/771 al comma 1° recita "La presente Direttiva si applica ai contratti di vendita tra un consumatore e un venditore."

²³ A.C. Messina, *Commercio internazionale di beni e contenuti digitali: nuove opportunità per le imprese*, in *Contratti di impresa*, 2019, IPSOA, www.ipsoa.it/documents/impresa/contrattidimpresa/quotidiano/2019.