

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

dicembre 2018

3

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

- Il lavoro (non superiore a 10.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
- Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso. La procedura di referaggio richiede un tempo minimo di almeno due mesi.
- Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è preconditione per assumere il compito di referaggio.
- I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
- I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
- I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
- La direzione della Rivista o almeno quattro membri della stessa (compreso il Direttore responsabile) possono decidere la pubblicazione in deroga di contributi che non abbiano caratteristica di Saggio o con un numero di battute inferiore a 20.000 e, per alcuni lavori specifici (soprattutto considerando le caratteristiche dell'Autore o la loro natura), possono altresì decidere di non procedere alla valutazione anonima, effettuando essi stessi una motivata valutazione del contributo e fornendo apposita giustificazione della deroga. Quest'ultima tipologia di contributi non può superare complessivamente le 40 pagine per numero; i relativi lavori saranno contrassegnati nell'indice dell'annata con un asterisco. Non è sottoposto a referaggio l'eventuale "editoriale" all'inizio del fascicolo.
- Nel caso in cui uno dei componenti del Comitato di direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà gestita interamente da un altro componente delegato del Comitato di direzione, garantendo l'anonimato dei referees.

Indice n. 97 (3-2018)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Antonio Barone</i> , La prevenzione della corruzione nella “governance” del territorio... pag.	571
<i>Alberto Buonfino, Elisa Grillo</i> , The Supranational Concept of Property in the light of the ECtHR Case Law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Some Critical Remarks on Recent Developments..... »	597
<i>Maurizio Cafagno</i> , Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva” »	625
<i>Pier Luigi Portaluri</i> , <i>Lupus lupus non homo</i> . Diritto umano per l’ <i>ethos</i> degli “animali”?.. »	659
<i>Estanislao Arana Garcia</i> , Los servicios urbanos del agua en el Derecho Español: situación actual y perspectivas de futuro..... »	675
<i>Francesco De Leonardis</i> , Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell’economia..... »	697
<i>Giovanni Maria Uda</i> , Il <i>bail-in</i> e i principi della <i>par condicio creditorum</i> e del <i>no creditor worse off</i> (ncwo) »	733
<i>Giovanni Luchena</i> , An overview of the main issues set forth in the <i>Notice</i> on the notion of State aid: a new “code of conduct” for the States..... »	747
<i>Giuseppe Andrea Primerano</i> , Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica »	771
<i>Luiz Augusto da Silva, Melina Girardi Fachin</i> , State intervention, economic constitution, and the so-called “principle of subsidiarity”: the Brazilian debate »	797
<i>Saul Monzani</i> , La tutela giurisdizionale dei concorrenti a un procedimento ad evidenza pubblica: l’interesse all’aggiudicazione e quello ad un corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali »	825
<i>Nicola Posteraro</i> , La compensazione e i rimborsi nella mobilità sanitaria interregionale e transfrontaliera »	851
<i>Andrea Venanzoni</i> , Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA) »	881
<i>Cosimo Gabbani</i> , La logica dei provvedimenti ripristinatori »	911

<i>Vinicio Brigante</i> , Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale.....	»	955
<i>Chiara Guardamagna</i> , Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.....	»	993
<i>Gian Antonio Benacchio</i> , Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale.....	»	1017
<i>Walter Giulietti</i> , Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi.....	»	1041
<i>Francesco Zammartino</i> , Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni.....	»	1059
<i>Mariaconcetta D'Arienzo</i> , La salute ai tempi della <i>spending review</i> : come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale.....	»	1083
<i>Fabrizio Fracchia, Massimo Occhiena</i> , Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico.....	»	1125
Sezione di diritto internazionale dell'economia		1167
NOTE SUI COLLABORATORI	»	1183

Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale

Gian Antonio Benacchio

Sommario: 1. Obiettivi e peculiarità del modello europeo per la tutela del consumatore. – 2. Obblighi informativi e di trasparenza come principale strumento di tutela. – 3. Strumenti, soluzioni e forme di tutela. – 4. Criticità e limiti di modello e di sistema. – 5. L'impatto delle tecnologie digitali e la discriminazione negoziale. – 6. Ripensare il modello.

1. *Obiettivi e peculiarità del modello europeo per la tutela del consumatore*

In Europa la tutela dei consumatori, come la conosciamo oggi¹, è l'esito della sedimentazione di molteplici interventi politici, legislativi e giurisprudenziali che si sono susseguiti parallelamente al riconoscimento dei consumatori quali soggetti passivi e particolarmente meritevoli di protezione all'interno del sistema di produzione e distribuzione di massa. Alle soluzioni proprie di alcuni Stati,

¹ L'avvio di una politica del *consumerism* viene fatta risalire al movimento sorto negli anni sessanta negli Stati Uniti ed esteso poi all'Europa negli anni successivi. Sulle origini statunitensi del movimento vedi E. Guerinoni, *I contratti del consumatore in generale*, in G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 1385 e ss.; si veda anche G. Alpa, *Consumatore (tutela del): III, Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, Roma, *Ist. enc. it.*, 1988, VIII, *ad vocem*; P. Kotler, *Il movimento dei consumatori in USA*, in *Americana*, 1973, 3; G. Ghidini (a cura di), *La pubblicità nell'era dell'informazione*, Atti del convegno tenuto a Pavia nel 1983, Pavia, Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, 1985. Le questioni in materia di pubblicità commerciale, di contratti *standard* per adesione e di responsabilità del produttore sono state tra le prime ad attivare l'intervento della giurisprudenza e del legislatore d'oltreoceano trasformando quelle che erano semplici istanze socio-politiche in *leading precedents* o in atti legislativi e amministrativi. Agli interventi dell'Unione europea e dei suoi Stati membri, hanno poi fatto seguito analoghe iniziative sia nel resto dei Paesi europei sia nei paesi più orientali. Sul punto vedi P.N. Stearns, *Consumerism in World History. The Global transformation of Desiderere*, London-New York, II ed., 2006; F. Capelli, *La tutela giuridica del consumatore (contraente-debole) in Europa e nel mondo*, Napoli, 2013; F. Panza, H. Jùnhòng, *Il nuovo diritto dei consumatori in Cina*, Napoli, 2015, 15-23; P. Rossi, *La protezione dei consumatori nella Repubblica Popolare Cinese: circolazione di modelli occidentali e influenze di area asiatica*, in G. Ajani, J. Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009, 445 e ss.

adottate al di fuori di programmi e politiche condivise e in risposta a sensibilità e tradizioni socio-culturali diverse, sono subentrate, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, le iniziative delle istituzioni comunitarie².

Nel corso degli anni la regolamentazione europea della materia si è espansa in senso quantitativo e qualitativo, proponendosi come obiettivi la tutela della salute, la sicurezza e la qualità dei prodotti nonché la protezione degli interessi economici del consumatore. L'intervento europeo ha consentito *sia* di accelerare la formazione e la crescita della disciplina consumeristica negli Stati ove era assente, *sia* di garantirne uno sviluppo più uniforme e armonico. Tutto ciò è confluito nella formazione di quello che viene ormai unanimemente riconosciuto come il nuovo diritto europeo dei contratti dei consumatori³.

L'azione del legislatore dell'Unione ha portato all'adozione di un numero rilevante di direttive caratterizzate per interventi sia di tipo *verticale* sia di tipo *orizzontale*: nel primo caso dettando nuove regole riguardanti un particolare contratto o operazione economica⁴, nel secondo caso disciplinando alcuni tratti generali della contrattazione, indipendentemente dal tipo di contratto o di operazione economica⁵.

Un ulteriore aspetto caratterizzante la legislazione europea può essere individuato nel grado di definizione delle singole regole, con effetti che vanno dall'*armonizzazione minima* dei modelli nazionali (quando i legislatori degli Stati mem-

² Gran Bretagna, Francia e Germania già dagli anni '70 avevano predisposto soluzioni di carattere amministrativo, processuale e privatistico individuando nel consumatore una persona meritevole di tutela. In generale, i singoli interventi nazionali erano reciprocamente sordinati: alcuni avevano dato preferenza ad interventi di tipo *amministrativo*, altri di tipo *giudiziale*, alcuni avevano preferito lasciare un maggiore margine all'autoregolamentazione dei mercati, altri ancora avevano favorito una legislazione in determinati settori, per esempio quello alimentare, piuttosto che in altri. Sul tema, tra i più recenti, si veda G. Alpa, A. Catricalà (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, 63 ss.; G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., Parte IV; G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2016, VII ed., 239 e ss. e ivi la bibliografia riportata.

³ G. Alpa (a cura di), *I diritti dei consumatori*, in G. Ajani, G. Benacchio (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2009, Tomi I e II; G. Chiné, *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, Tomo I; J. Basedow, *Un droit commun des contrats pour le Marché commun*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1998, 1, 7-28; G. Alpa, M. Bessone, *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1980; C. Twigg-Flesner (edited by), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham-Northampton, 2016; E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007; G. De Cristofaro (a cura di), *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009; C. Castronovo (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, Parte I-II-III, 2005.

⁴ È il caso, ad esempio, delle direttive sui viaggi tutto compreso (ora nella direttiva 2015/2302/UE), sugli acquisti in multiproprietà (ora nella direttiva 2008/122/CE), sui contratti conclusi fuori dai locali di commercio (ora nella direttiva 2011/83/UE), sul contratto di credito (ora nella direttiva 2008/48/CE).

⁵ Esempi emblematici sono costituiti dalla direttiva sulle clausole abusive (direttiva 93/13/CEE), il cui contenuto si riferisce ad una serie vastissima di contratti e non ad una figura specifica, oppure dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali (direttiva 2005/29/CE), che stabilisce i principi generali per una corretta contrattazione, oppure, ancora, dalla direttiva sulle azioni inibitorie (direttiva 98/27/CE).

bri non possono mantenere o introdurre una tutela del consumatore inferiore ad una determinata soglia pur potendo definire regole più severe rispetto alla soglia stessa), all'*armonizzazione massima* (quando i legislatori nazionali non possono discostarsi dalle indicazioni fissate nella direttiva stessa)⁶.

In generale, da questo processo legislativo emerge come non sempre il legislatore dell'Unione possiede la forza, la capacità, la determinazione sufficiente per obbligare gli Stati membri all'adozione di regole minuziose, stringenti e precise tali da vincolare gli Stati membri, ed è il motivo per cui sono rare le direttive che definiscono regole di armonizzazione *massima* nel diritto dei contratti. La necessità di ottenere una condivisione ampia per approvare una nuova direttiva impone, a livello europeo, l'elaborazione di proposte e soluzioni che rappresentano molto spesso un compromesso, una via di mezzo fra le diverse posizioni espresse da ciascun ordinamento nazionale⁷.

Più recentemente, inoltre, l'attività del legislatore UE è diventata frenetica. Da una parte, le nuove direttive intervengono sempre più in settori e materie fino ad ora di competenza degli Stati, dall'altra modificano le precedenti regole comunitarie, emanate cinque, dieci, venti anni fa, obbligando gli Stati ad una continua e complessa attività di recepimento⁸. Il risultato è una stratificazione progressiva di norme che non di rado disorientano l'operatore giuridico, il giudice, l'avvocato, lo studioso. Lo stesso legislatore e il giudice nazionale stentano ad adeguarsi correttamente a soluzioni europee, troppo spesso divenute incerte e di non univoca interpretazione⁹.

⁶ Questa soluzione, da un lato permette agli Stati una maggiore autonomia e favorisce il convergere del loro consenso nella fase di approvazione della disposizione normativa comunitaria, dall'altro lato, tuttavia, può incidere negativamente sul grado di armonizzazione delle regole. Il modello comunitario, infatti, può dare luogo a divergenze, anche marcate, tra Stato e Stato a seconda del grado di precisione e di analiticità delle disposizioni contenute nella normativa da recepire. Sul tema, recentemente, R. Torino, *Il diritto multilivello dei consumatori fra diritto europeo e diritti nazionali*, in G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., 1205 e ss.; si veda anche G. D'Amico, S. Pagliantini (a cura di), *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018.

⁷ Si pensi, ad esempio, agli obblighi informativi precontrattuali: a fronte di una dettagliata elencazione, formalizzata nella direttiva 2011/83/UE ("*sui contratti dei consumatori*"), viene rimessa ai legislatori nazionali la definizione delle sanzioni da irrogare in caso di violazione, con la precisazione che le stesse dovranno essere "*effettive, proporzionate e dissuasive*" (così l'art. 24, direttiva 2011/83/UE). Orbene, la scelta di non definire sanzioni comuni rispetto alla violazione degli obblighi imposti certamente crea più di qualche dubbio sulla reale efficacia dell'intervento rispetto agli obiettivi di armonizzazione del diritto.

⁸ L'effetto è la moltiplicazione delle regole europee con le quali ci si deve misurare e alle quali i legislatori nazionali devono costantemente adeguarsi, anche modificando più volte non solo le precedenti leggi di attuazione ma anche i medesimi articoli dei codici nazionali. Sul tema C. Castronovo, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 4, 905 e ss.

⁹ Rispetto a quanto descritto non sempre è risolutivo il ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'UE. Se è vero, infatti, che l'attività di interpretazione, unificazione e affinamento delle regole svolta dai giudici europei, soprattutto attraverso il rimedio del rinvio pregiudiziale, ha contribuito in maniera fondamentale alla costruzione del diritto europeo per la tutela del consumatore, non può disconoscersi che le regole via via più numerose formulate dalla Corte non sempre contribuiscono a quella chiarezza e certezza del diritto di cui il consumato-

Dall'articolato insieme di direttive che compongono la disciplina europea sui contratti dei consumatori risaltano alcune caratteristiche comuni che concorrono a disegnare i modelli nazionali derivati.

Tra queste vale la pena di segnalare il c.d. diritto al ripensamento (*jus poenitendi*), esercitabile senza una giusta causa e senza obbligo di preavviso né di corrispondere alcun tipo di indennità a favore del professionista¹⁰.

Nuove regole in tema di elementi essenziali del contratto ampliano, poi, le ipotesi di invalidità o di inefficacia del medesimo. Ad esempio, il contratto non si considera validamente concluso secondo le disposizioni, a noi familiari, del codice civile ma sulla base di altri principi e regole che finiscono per coinvolgere anche il problema della forma *ad substantiam* del contratto¹¹.

Ma il vero pilastro dell'azione europea nel settore consumeristico è costituito dal diritto, di portata generale, alla trasparenza e all'informazione (sui prodotti, sugli strumenti di tutela e su quant'altro possa essere utile per una scelta economica consapevole), da sempre¹² ritenuto determinante soprattutto per incrementa-

re, così come tutti i cittadini, hanno bisogno. Si consideri, ad esempio, il permanere dei dubbi sugli ambiti di applicazione della direttiva sulla mediazione in materia civile e commerciale (Direttiva 2008/52/CE) e la direttiva sulle ADR dei consumatori (Direttiva 2013/11/UE), rimasto non definito anche a seguito della sentenza della Corte di giustizia, C-75/16, del 14 giugno 2017; sul tema vedi *infra* le osservazioni riportate in nota 41. Un altro esempio è quello degli acquisti effettuati dai consumatori presso stand fieristici, fattispecie alla quale la giurisprudenza nazionale ha ritenuto non applicabile la disciplina europea dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali (Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 2014, n. 22863) mentre la Corte di giustizia offre un orientamento più prudente (C-485/17, del 7 agosto 2018, pt. 45 e 46).

¹⁰ Lo *jus poenitendi* riconosce al consumatore il diritto di recedere dal contratto dopo la sua conclusione. È espressione, come intuibile, del ruolo e delle finalità assegnate alla piena consapevolezza del consumatore nell'attuale sistema di protezione, ben oltre la pura e semplice conoscenza, fino a ricomprendere un vero e proprio diritto di riflessione. Sul tema si veda F.P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 4, 1007 ss.; M. Grandi, *Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2013, 1, 45-78; E. Battelli, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 3, 966 e ss.; M. Farneti, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 5, 959 ss.; R. Senigaglia, *Gli effetti del recesso dal contratto a distanza o concluso fuori dei locali commerciali sui contratti accessori: dalla disposizione alla norma*, in *Contratto e impr.*, 2014, 6, 1380 ss.; S. Pagliantini, *L'ibridazione del nuovo recesso in pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, 275 ss.; A. Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 136 ss.

¹¹ Così, nel caso dei contratti pattuiti telefonicamente, il consumatore è vincolato non nel momento dello semplice scambio dei consensi ma solo se e quando l'accettazione dell'offerta avvenga mediante sottoscrizione. La regola (introdotta recentemente dall'art. 8, dir. 2011/83/UE e art. 52, c. 6, Codice del consumo), ha trovato applicazione anche da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato chiamata in più occasioni a tutela dei consumatori; si vedano, ad esempio, la delibera n. 25634 del 30 settembre 2015 che sanziona la condotta di Sky Italia S.r.l., la delibera n. 25635 del 30 settembre 2015 verso H3g S.p.A., la delibera n. 26636 del 7 giugno 2017 verso Tiscali Italia S.p.A., la delibera n. 26320 del 21 dicembre 2016 verso Wind Telecomunicazioni S.p.A. Il vincolo della forma scritta è previsto anche per i contratti di vendita di pacchetti turistici (art. 35, comma 1, d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, Codice del turismo).

¹² Si veda, ad esempio, la Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 «*riguardante un programma preliminare della comunità economica europea per una politica di protezione e informazione del consumatore*», pubblicata nella G.U.C.E. n. C 92, del 25 aprile 1975.

re la fiducia dei consumatori in un mercato unico e globale, transfrontaliero, non racchiuso all'interno dei confini nazionali.

Ora, se il modello di tutela elaborato in sede europea ha sicuramente contribuito a far sì che, oggi, il consumatore sia molto più salvaguardato rispetto a una trentina d'anni fa, negli ultimi anni, tuttavia, ci si sta domandando se questo modello sia davvero efficace e sufficiente a ristabilire l'equilibrio tra due parti dotate normalmente di forze contrattuali diverse¹³. Lo scritto prende spunto da questi interrogativi per evidenziare alcuni difetti e lacune del modello europeo (e italiano) di tutela del consumatore, con una attenzione particolare proprio al tema dell'informazione.

2. *Obblighi informativi e di trasparenza come principale strumento di tutela*

L'impulso del legislatore europeo ha dato vita anche in Italia ad un sistema innovativo di tutela del consumatore. È un sistema che, come detto, punta soprattutto sulla *trasparenza e sull'informazione*, andando ben oltre il generico obbligo di *buona fede* (oggettiva) che grava su entrambe le parti di un contratto¹⁴.

In particolare, le regole europee hanno definito un elenco minuzioso e dettagliatissimo di obblighi informativi tali da configurare un vero e proprio *contenuto obbligatorio* del contratto, al quale il legislatore nazionale deve necessariamente (perché espressione di armonizzazione massima) conformarsi¹⁵.

¹³ Sul punto, tra i principali commentatori si veda G. Alpa, A. Catricalà (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., 2016; G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (a cura di), *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi*, Napoli, 2010; M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, 191-288; V. Roppo, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 25-45. Il dibattito sull'eccesso degli obblighi informativi interessa anche ambiti giuspubblicitici, lo ricorda F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, 16 e ss., quando segnala che molti osservatori lamentano, all'indomani dell'adozione del d.lgs. n. 33/2013, «l'alluvione di obblighi di pubblicazione» posti a carico dei soggetti pubblici. Va ricordato che già negli anni Cinquanta del secolo scorso il tema è stato affrontato magistralmente dal premio Nobel H. Simon, tra i primi a mettere in dubbio il fatto che il sovraccarico degli obblighi informativi possa generare consapevolezza nel compiere la scelta più corretta; cfr. H.A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, 1, 99-118.

¹⁴ Sul tema anche D. Russo, *Sull'informazione nei contratti*, Napoli, 2016, 64; G. De Cristofaro, *La direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in E. Roppo, A. D'Angelo (a cura di), *Annuario del contratto 2011*, Torino, 2012, 30-80; C. Poncibò, *Gli obblighi informativi ai sensi della direttiva 2011/83/UE*, in P. Cendon, C. Poncibò (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014, 1-16; E. Battelli E., *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. it.*, 2014, 11, 1065 ss.

¹⁵ In Italia, l'adeguamento al quadro giuridico europeo è sfociato, a seguito di un profondo ripensamento di tutta la sistematica relativa ai contratti dei consumatori, nell'adozione (con il d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206) di un Codice del consumo che raccoglie in un'unica *sedes materiae* la disciplina relativa ai rapporti di con-

Ne risulta messo in discussione quello che era stato un emblema della dottrina liberale: vale a dire l'affermazione dell'autonomia privata come intangibile espressione della libertà della persona di autodeterminarsi, di regolare come crede la propria sfera giuridica ed economica, riducendo l'intervento correttivo dell'autorità giudiziaria a casi estremi e marginali. Se il contratto continua ad essere una questione del tutto privata, lo Stato non può e non vuole più voltare la testa dall'altra parte ma si fa garante di una migliore equità sociale, di una maggiore giustizia contrattuale, di una difesa degli interessi dei soggetti più deboli e meritevoli di tutela.

Da questo rinnovato contesto giuridico emerge una dimensione dell'obbligo di informazione, diversa, potenziata, affrancata dal tradizionale e semplice obbligo di comportamento secondo buona fede.

Se è vero, infatti, che permane nell'ordinamento nazionale un generico dovere di buona fede e correttezza, che trova nell'art. 39 del Codice del consumo nuova e più precisa consacrazione («Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà») non può disconoscersi che il dovere di informazione ha acquisito autonomia e specifica connotazione e rafforzamento al punto da venire definito, nello stesso Codice del consumo, un vero e proprio «diritto fondamentale»¹⁶.

Alcune informazioni, in quanto particolarmente importanti, sono obbligatorie ed essenziali per tutte le tipologie di contratti dei consumatori, altre, invece, sono suscettibili di variazione a seconda dei casi.

Di regola, prima che il contratto sia perfezionato, il professionista deve fornire al consumatore notizie che riguardano: le *caratteristiche di beni e servizi*; gli *elementi identificativi del professionista* (ad esempio, l'indirizzo geografico dove è stabilito, il numero di telefono, fax e l'indirizzo di posta elettronica); il *contenuto economico del contratto* (non solo il prezzo ma l'impegno economico complessivo nonché le modalità di pagamento); il *contenuto normativo del contratto* (ovvero-

sumo, innovando, razionalizzando e coordinando il precedente quadro normativo derivante dall'adozione delle numerose direttive in materia emanate a partire dalla fine degli anni '80. Per alcune considerazioni generali sul Codice del consumo si vedano tra i molti: G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005; F. Galgano, *Un codice per il consumo*, in *Vita not.*, 2007, 1, 50 e ss.; E. Capobianco, G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009; G. D'Amico (a cura di), *La riforma del Codice del consumo*, Padova, 2015; G. Capo, *Codice del consumo (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali vol. VII, 2014; A.M. Gambino, G. Nava (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014; V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2015.

¹⁶ Così l'art. 2, comma 2, lett. c) ed e), del Codice del consumo, a mente delle quali «ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: [...] c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; [...] e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali». Sul tema M. Barcellona, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 2, 329 ss.

sia le modalità di consegna ed esecuzione, le tempistiche, la durata del rapporto, le garanzie legali e convenzionali, ecc.); gli strumenti per rendere *effettiva la tutela del consumatore* (dunque l'indicazione di eventuali formulari, di codici di condotta vincolanti il professionista, della possibilità di ricorrere a forme di risoluzione alternativa delle controversie che dovessero insorgere); la possibilità di esercitare il diritto di recesso (quando previsto) e le modalità per il suo esercizio¹⁷.

Si tratta di informazioni obbligatorie *minime* che il professionista deve fornire *prima* della stipulazione del contratto o prima che il contratto produca i suoi effetti.

Trattandosi di informazioni *minime*, nulla impedisce che al professionista sia consentito fornire *ulteriori* informazioni, financo in quantità tali da pregiudicare lo scopo dell'obbligo informativo. In altre parole, il destinatario potrebbe venire inondato da una quantità di dati e notizie in grado di indurre confusione e incertezza anche senza che vi sia una vera e propria violazione del generale obbligo di *chiarezza e comprensibilità* della comunicazione, come subito vedremo.

Ma non solo. Ad essere oggetto di precisa regolamentazione legislativa sono anche le *modalità di comunicazione* delle informazioni, che devono essere espresse in modo «chiaro e comprensibile»¹⁸, permettere una piena consapevolezza del consumatore, in osservanza dei principi di *buona fede, correttezza e lealtà*¹⁹ nonché di *accessibilità*²⁰, essere «adeguate alla tecnica di comunicazione» impiegata²¹,

¹⁷ Artt. 5 e 6, direttiva 2011/83/UE *sui diritti dei consumatori*, e artt. 48 e 49, Codice del consumo.

¹⁸ Art. 39, Codice del consumo. Sul tema, vedi *infra* le osservazioni riferite alla sentenza della Corte di giustizia, C-186/16 riportate nella nota 47.

¹⁹ Art. 39, Codice del consumo. Il giudice nazionale, ad esempio, ha ritenuto che «il contenuto e le modalità di rappresentazione del prodotto vanno (...) rapportate agli standard di chiarezza, completezza e percepibilità degli elementi rilevanti del bene oggetto di vendita, la cui conoscenza appaia indispensabile per una scelta commerciale consapevole. Al fine di evitare che i consumatori siano indotti in errore nella formulazione dell'offerta di vendita devono quindi essere messe in atto tutte quelle accortezze utili al predetto scopo, nella considerazione che la rappresentazione grafica e testuale dei messaggi, laddove non renda di agevole percezione talune informazioni (in quanto rese con scarsa evidenza grafica a fronte della enfattizzazione di altri elementi)», così Consiglio di Stato, sez. VI, 17 novembre 2015, n. 5250.

²⁰ Articoli 67-*undecies*, 71 e 72, Codice del consumo. Al riguardo, i giudici europei hanno stabilito che l'accesso alle informazioni attraverso un collegamento ipertestuale (link) al sito web dell'impresa non può essere considerato un supporto durevole, posto che tali informazioni non sono né "fornite" dall'impresa né "ricevute" dal consumatore. Cfr. sentenza 5 luglio 2012, C-49/11, *Content Services Ltd* e le osservazioni di S. Pagliantini, *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: i casi Content services e Ebookers.com alla luce della dir. 2011/83/CE*, in *Obbl. contr.*, 2012, 12, 872 ss.

²¹ Art. 5, comma 3, Codice del consumo. Il giudice italiano, ad esempio, ha stabilito che la *limitatezza di tempo e di spazio imposta dai mezzi di comunicazione* non esonera dagli oneri di completezza del messaggio. In particolare, è stata dichiarata «l'insufficienza dell'apposizione dell'asterisco – che rinvia a diciture riportate con caratteri eccessivamente piccoli rispetto al *claim* principale – a rendere concretamente percepibile ai destinatari del messaggio la presenza degli elementi ulteriori (costo aggiuntivo per carte di credito e numero limitato di posti disponibili)», in quanto tale modalità non risponde agli «standards di chiarezza, completezza e percepibilità degli elementi rilevanti dell'offerta, indispensabili per una scelta consapevole», così Tar Lazio, 12 giugno 2015, n. 8253. Sempre sul tema della limitatezza di tempo e di spazio imposta dai mezzi di comunicazione, nel caso di specie gli *spot* televisivi, il giudice nazionale ha stabilito che «la sanzionata opacità del messaggio (non) può essere giustificata con la necessità di evitare un messaggio eccessivamente ricco di informazioni e per-

tenuto conto anche delle modalità di conclusione del contratto, delle caratteristiche del settore nonché delle tipologie contrattuali²².

Gli obblighi informativi, così fortemente dettagliati, diventano quindi elementi essenziali e necessari dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori: il diritto/dovere di informazione non si colloca più all'esterno delle operazioni contrattuali ma viene a fare parte integrante del contratto, ampliando le ipotesi di invalidità o di inefficacia e dando origine ad un fenomeno che la dottrina definisce «contrattualizzazione degli obblighi informativi»²³.

3. *Strumenti, soluzioni e forme di tutela*

L'esigenza di garantire una effettiva tutela al consumatore poggia sulla previsione di rimedi e sanzioni «effettive, proporzionali e dissuasive»²⁴, «adeguate alla gravità delle condotte da reprimere» e tali da comportare «un effetto realmente deterrente»²⁵.

cio incompatibile con i tempi dello spot televisivo, atteso che il professionista deve comunque perseguire la possibile e necessaria individuazione di un punto di equilibrio tra sintesi e completezza del messaggio. In sostanza, la scelta del mezzo televisivo giustifica un adeguamento, ma non un affievolimento dell'onere di chiarezza e completezza, importando semplicemente la ricerca di modalità alternative di comunicazione e non elidendo la necessità delle stesse», così Tar Lazio, 5 maggio 2016, n. 5259, anche Tar Lazio, 5 maggio 2016, n. 5231.

²² Disposizioni speciali sono previste per quanto riguarda i *contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, i *contratti a distanza*, i *contratti di vacanza a lungo termine*, i *contratti a distanza riguardanti servizi bancari, creditizi, assicurativi e di investimento*, i *contratti aventi ad oggetto servizi turistici*, le *comunicazioni telefoniche*, le *televendite*, il *commercio elettronico*, il *credito al consumo*, la *pubblicità delle tariffe del trasporto marittimo*, la *vendita di immobili in multiproprietà*. Per esempio, per quanto riguarda la multiproprietà, i *prospetti informativi* obbligatori devono indicare l'identità del proponente, la natura del diritto oggetto del contratto, il periodo di godimento del diritto, la descrizione precisa dell'immobile, gli estremi della concessione edilizia, i servizi e le strutture comuni a disposizione dell'acquirente, i costi e gli oneri relativi, i costi gestionali dell'immobile, lo stato di avanzamento dei lavori di costruzione, la garanzia che le prescrizioni contenute nella concessione edilizia siano state rispettate, la garanzia sulla effettiva realizzazione, compresa anche la certificazione di abitabilità (si veda l'art. 4 della direttiva 2008/122/CE, .

²³ Sul tema, tra i numerosi commenti, T. Febbrajo, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, 2, 479 ss. ricorda che riconoscere all'informazione natura «contrattuale» significa imporre un preciso vincolo al contenuto negoziale, che dovrà quindi riprodurre fedelmente tutte le condizioni economiche e normative comunicate al consumatore. A proposito di questo fenomeno, in dottrina si parla di «neoformalismo» per sottolineare il fatto che, rispetto ai principi di libertà e autonomia contrattuale che hanno caratterizzato i sistemi giuridici occidentali fin dall'epoca delle codificazioni, si è ora passati a predeterminare obbligatoriamente numerosi aspetti del contenuto del contratto. R. Favale, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 2, 582 ss.; P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.

²⁴ Art. 24, direttiva 2011/83/UE.

²⁵ Cfr. T. Febbrajo, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit., 492-493, con ampi richiami alla giurisprudenza comunitaria; vedi anche A. Gam-

Una prima tutela è quella che fa scattare la sanzione in *automatico* senza necessità di attivare organi o soggetti terzi, in quanto formulata nelle stesse disposizioni che regolano i contenuti e le modalità informative.

Così, qualora venga violato il dovere di informazione relativo ad alcuni specifici dati e notizie, tra cui anche l'esistenza dello *jus poenitendi* e le sue modalità di esercizio, la conseguenza della non corretta informazione si traduce in un prolungamento del termine per l'esercizio del recesso (fino ad un anno e quattordici giorni)²⁶.

Qualora, invece, il professionista violi gli obblighi di informazione in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del contratto, quest'ultimo sarà da considerare nullo o, comunque, non vincolante. Allo stesso modo non è vincolante la clausola abusiva eventualmente presente nel contratto: in questo caso opera una speciale «nullità di protezione»²⁷ che limita l'inefficacia alla clausola mentre il contratto rimane valido ed efficace per tutto il resto (principio della «conservazione del contratto»).

A presidio e garanzia dell'applicazione di tali forme di tutela vi sono le funzioni spettanti ad organi amministrativi e giurisdizionali. Al riguardo, possiamo fare riferimento a:

- «strumenti di natura pubblicistico-amministrativa», come sanzioni pecuniarie e obblighi di modifica del comportamento commerciale, oggetto dell'attività rimessa all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM)²⁸;

bino (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Milano, 2011; G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

²⁶ Art. 53, comma 1, Codice del consumo. Sul tema, recentemente, Cass. civ., sez. II, 27 settembre 2018, n. 23412, pt. 5 del considerato in diritto. Se la violazione riguarda i vincoli di forma nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici (siti web, email, ecc.) il consumatore non è vincolato al contratto o all'ordine. In particolare, l'invito del professionista dovrà riportare in modo «facilmente leggibile» le parole «ordine con obbligo di pagare» o altra formulazione equivalente. In assenza di tali indicazioni il consumatore *non è vincolato al contratto* (art. 51, comma 2, Codice del consumo).

²⁷ Art. 36, Codice del consumo.

²⁸ Nel sistema italiano, l'Autorità sta diventando punto di riferimento per la tutela dei consumatori, grazie ai sempre più numerosi compiti istituzionali e strumenti di cui dispone. Essa può intervenire sia con funzione repressiva delle violazioni in tema di pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie e diritti dei consumatori, mediante poteri di inibizione e sanzionatori, sia con funzione correttiva, mediante strumenti di natura negoziale o facendo leva sulla *moral suasion* e/o sulla propria autorevolezza. Rispetto a tali attività di *enforcement*, va riconosciuto il ruolo fondamentale che stanno svolgendo i consumatori e loro associazioni attraverso l'invio di *input* all'Autorità riguardanti le prassi presenti nel mercato. Si consideri che nel corso del 2017 l'Autorità ha ricevuto 4985 denunce scritte e ha fornito informazioni e orientamenti ai consumatori ricevendo 7938 chiamate telefoniche e infliggendo sanzioni amministrative per oltre 78 milioni di euro; si veda la *Relazione annuale sull'attività svolta*, 193 ss., presentata il 12 luglio 2018 (disponibile dal portale dell'Autorità, www.agcm.it). Emblematiche le recenti sanzioni disposte verso *Samsung* per 5 milioni di euro e verso *Apple* per 10 milioni dopo aver accertato che società dei due gruppi hanno realizzato pratiche commerciali scorrette “in relazione al rilascio di alcuni aggiornamenti dei cellulari che hanno provocato gravi disfunzioni e ridotto in modo significativo le prestazioni, in tal modo accelerando il processo di sostituzione degli stessi”, vedi i provvedimenti n. 27363 e 27363 pubblicati sul Bollettino dell'Autorità n. 40 del 29 ottobre 2018. Si veda anche la delibera del

- “strumenti di natura civilistica” (nullità/annullabilità del contratto, inefficacia della clausola, azione inibitoria²⁹, risarcimento del danno ecc.), alcuni dei quali azionabili individualmente, altri anche attraverso una *class action*.

Da ricordare, infine, la notevole attenzione che l'ordinamento giuridico italiano sta prestando negli ultimi anni ai c.d. “strumenti alternativi alla giustizia ordinaria”, che permettono di ottenere un risarcimento del danno o il riconoscimento di altri diritti senza dover attivare il costoso, lento e farraginoso meccanismo della giustizia³⁰.

4. *Criticità e limiti di modello e di sistema*

Non vi è dubbio che la possibilità di effettuare scelte economiche consapevoli poggia inevitabilmente sulle informazioni che devono essere rese disponibili e sulla loro trasparenza.

Sotto questo aspetto, la scelta europea di fondare la tutela dei consumatori sui pilastri dell'informazione e della trasparenza³¹ è assolutamente condivisibile. Tuttavia, se consideriamo più da vicino gli effetti delle disposizioni emanate per attuare tale scelta emergono elementi e caratteristiche non del tutto efficienti, punti deboli che richiederebbero di essere rivisti e adeguati.

Prendiamo, ad esempio, le disposizioni già ricordate della direttiva 2011/83/UE che impongono numerosi e puntuali obblighi di fornire informazioni “in modo chiaro e comprensibile” al consumatore prima che sia vincolato dal contratto. Il recepimento a livello interno (artt. 48 e ss. del Codice del consumo) ha

29 novembre 2018 dell'Autorità che sanziona Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd per 10 milioni di euro per pratiche scorrette nei confronti dei consumatori/utenti avendo fornito informazioni “generiche e incomplete” sull'utilizzo dei servizi. Più in generale, sul tema, si veda A. Astazi, *Le attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette* (art. 27, D.Lgs. 6.9.2005, n. 206), in A. Catricalà, P. Troiano (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; L. Rossi Carleo (a cura di), *Diritto dei consumi*, Torino, 2015, parte IV; E. Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, 564 e ss.

²⁹ Clausola mediante la quale le associazioni di consumatori possono chiedere al giudice di sospendere o vietare l'utilizzo di quelle clausole di cui sia accertata l'abusività (Art. 37, Codice del consumo. F. Cafaggi, H.W. Micklitz, *Enforcement pubblico e privato nel diritto dei consumatori*, in M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009

³⁰ M.C. Bottino, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2014, 1; V.C. La Sorte, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, Padova, 2016; A. Castagnola, F. Delfini, S. Rubiu, *Codice della mediazione, conciliazione, arbitrato*, Torino, 2012; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, 197 e ss., con particolare riferimento al capitolo sesto «sull'annullamento d'ufficio come strumento di ADR».

³¹ L'obiettivo perseguito è quello di garantire «un elevato livello di protezione dei consumatori» e «un migliore funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori»; si vedano i considerando da 5 a 7 della direttiva 2011/83/UE.

certamente determinato l'infittirsi di detti obblighi e la loro estensione a tipologie di contratti per i quali in precedenza non erano previsti.

Il modello si basa quindi sul presupposto che l'adempimento degli obblighi informativi e di trasparenza posti a carico del professionista rappresenti una garanzia di riequilibrio dell'asimmetria informativa tra le parti contrattuali. Al contrario, gli studi condotti nel campo delle scienze cognitive e dell'economia comportamentale pongono in dubbio l'efficacia di questa soluzione³²; l'eccesso di informazioni riversate sul consumatore rischierebbe di determinare effetti opposti a quelli desiderati e di trasformarsi, di fatto, in mancanza di (efficaci) informazioni, quindi controproducente. All'aumentare delle informazioni fornite, infatti, il destinatario cessa di valutarle passando direttamente alla fase decisionale che basa su euristiche come "prime impressioni", "inerzia", "desiderio di non modificare lo *status quo*"³³.

Si consideri, ad esempio, l'area del *commercio elettronico* dove viene imposto al professionista di fornire: a) "informazioni generali", riguardanti il prestatore di servizi nonché l'Autorità di vigilanza competente; b) "informazioni commerciali", dirette a precisare i contenuti di beni e servizi e la presentazione dell'impresa che li offre; c) "informazioni riguardanti le modalità di conclusione del contratto"³⁴.

La quantità di informazioni aumenta ulteriormente qualora il prestatore di servizi eserciti una *professione regolamentata*; in tal caso dovranno essere forniti anche gli elementi utili ad individuare: l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui è iscritto e il numero di iscrizione; il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato; le norme professionali e gli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi³⁵.

³² In particolare, le ricerche nel campo dell'economia comportamentale dimostrano che le scelte degli individui sono condizionate da fattori emotivi e *bias comportamentali* che sfuggono a ipotesi di perfetta razionalità, circostanza che rende difficile apprezzare l'efficacia in concreto degli obblighi informativi; sul tema, che fece meritare a D. Kahneman il premio Nobel per l'economia, si veda con particolare riferimento al diritto bancario e finanziario U. Morera, E. Marchisio, *Finanza, mercati, clienti e regole... ma soprattutto persone*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, 1, 19-48, anche R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, ivi, 67-84; Commissione europea, *Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective. Final report*, novembre 2010. Si veda M. Franchi, A. Schianchi, *Scelte economiche e neuroscienze. Razionalità, emozioni e relazioni*, Roma, 2009; F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., 123 e ss.

³³ Si tratta di un aspetto ben evidenziato da F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., 123 e ss., la quale rileva come l'individuo a cui le informazioni sono indirizzate, sebbene sia completamente informato, non disporrebbe comunque delle capacità cognitive per assorbire ed utilizzare tutte le informazioni, né le doti necessarie per decidere secondo dettami razionalisti.

³⁴ Vale a dire: a) le varie fasi per la conclusione del contratto; b) le modalità di archiviazione e accesso al contratto; c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) gli eventuali codici di condotta dell'impresa; e) le lingue per concludere il contratto oltre all'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie. Si veda l'art. 6 della direttiva 2011/83/UE.

³⁵ Art. 22, direttiva 2006/123/CE *relativa ai servizi nel mercato interno*.

Nessuna delle informazioni previste come obbligatorie è superflua ma l'effetto può essere devastante. Pensare che il consumatore, qualunque sia la sua estrazione sociale e culturale possa leggere tale massa di informazioni è utopistico.

Il modello elaborato dall'Unione (e accolto dal legislatore nazionale) dovrebbe avere un'importante conseguenza: responsabilizzare il consumatore inducendolo ad effettuare una scelta economica soltanto al termine di un procedimento cognitivo e decisorio consapevole. Ma, alla prova dei fatti, si rivela un obiettivo solo teorico, ed anzi rischia di diventare un cavallo di Troia per il consumatore, il quale non solo non è in grado di valutare con la dovuta attenzione la quantità di informazioni ma, soprattutto, una volta che queste sono fornite dal professionista, quest'ultimo è messo al riparo da recessi, contestazioni e lamentele da parte del consumatore. Il *dovere* di dare le informazioni e il *diritto* di riceverle si trasformano in un *diritto* (per il professionista) di dare tutte le informazioni previste onde acquisire la certezza dell'"intoccabilità" del contratto una volta concluso e in un *dovere* (per il consumatore) di informarsi a fondo prima di stipulare un contratto³⁶.

Strettamente collegato al tema della *quantità* delle informazioni è il fatto che l'attuale modello di informazioni obbligatorie è impostato sul dovere di fornire una serie di informazioni *minime*. Ciò vuol dire che non si può escludere la possibilità che un professionista fornisca, nella pubblicità, nei prospetti informativi, nei contratti stessi, informazioni ulteriori, non obbligatorie.

La conseguenza (non sempre disinteressata) potrebbe essere quella di disorientare il consumatore³⁷. È vero che tale possibilità si scontra con il generale limite di chiarezza, adeguatezza e comprensibilità (trasparenza), superato il quale l'eccesso di informazione potrebbe eventualmente essere sanzionato, ma sicuramente questo non favorisce né la certezza del diritto, né la consapevolezza del contraente.

Un altro problema emergente sta in quella che possiamo chiamare una vera e propria sovra-produzione normativa, elaborata senza visione unitaria del settore.

Al riguardo è esemplificativo l'ambito delle procedure alternative alla giurisdizione ordinaria (c.d. *alternative dispute resolution* o ADR), da tempo oggetto di attenzione in sede europea³⁸ in quanto funzionali a garantire una tutela effettiva dei diritti dei consumatori a fronte di una giustizia ordinaria congestionata.

³⁶ Sul punto si riporta il giudizio di H.V. Micklitz, *Il consumatore mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Contratto e impresa*, 2016, 3, 859-889, secondo il quale «il consumatore è stato sfiancato dal peso normativo e politico che gli ha imposto di comportarsi come il buono e attivo agente di mercato, come un circo-petto e attento cliente».

³⁷ Al riguardo è esemplificativo il caso che ha portato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a sanzionare il comportamento di Amazon Services Europe Sàrl (delibera n. 25911 del 9 marzo 2016).

³⁸ Si veda, tra gli altri, il Libro verde della Commissione *relativo all'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, del 16 novembre 1993, COM(93)576 def., la Comunicazione *sulla risoluzione extragiudiziaria delle controversie in materia di consumo*, del 30 marzo 1998, COM(1998)198 def., la Raccomandazione 98/257 *riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, del 30 marzo 1998,

Sul tema troviamo un insieme di disposizioni europee e nazionali³⁹ che, a tacer della confusione su quelle che sono le caratteristiche delle ADR nelle loro varianti e specificità, non risultano chiare nemmeno per quanto riguardano i rispettivi ambiti di applicazione.

A rendere complesso, opaco e per alcuni aspetti contraddittorio il quadro normativo delle ADR è l'insieme di richiami e rinvii operato tra le direttive stesse nonché tra le rispettive norme nazionali di recepimento, col risultato di far sorgere una serie di dubbi riferibili, tra l'altro: a) alla obbligatorietà⁴⁰ per il consumatore di aderire alla procedura stragiudiziale; b) all'equivalenza delle diverse procedure di ADR; c) all'obbligo di assistenza di un avvocato; d) alle conseguenze che possono derivare dalla mancata partecipazione o dal ritiro dalla procedura senza giustificato motivo.

In tal senso, non sorprende che il consumatore, il professionista, gli stessi magistrati siano disorientati da questa iperproduzione di regole che finisce col vanificare l'obiettivo perseguito⁴¹.

Se poi si vanno ad esaminare le regole in tema di «pratiche commerciali scorrette», l'inadeguatezza della protezione del singolo emerge con altrettanta chiarezza. Le disposizioni vietano, in linea di principio, ai professionisti di porre in essere pratiche commerciali «sleali, ingannevoli e aggressive» nei rapporti con il consumatore e introducono tra i diritti fondamentali riconosciuti a quest'ultimo un nuovo diritto, quello «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo princi-

la Raccomandazione 2001/310 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, del 4 aprile 2001. Sul tema si veda U. De Luca, *La nozione "europea" di ADR*, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *ADR e Mediazione*, Torino, 2012.

³⁹ Si vedano la Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione in materia civile e commerciale, la Direttiva 2013/11/UE sulle ADR dei consumatori, il Regolamento UE n. 524/2013 relativo alla risoluzione online delle controversie dei consumatori, le leggi nazionali di recepimento (rispettivamente il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, il d.lgs. 6 agosto 2015 n. 130 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori) e quelle che affiancano ulteriori soluzioni, quali la *negoziata assistita* (l. 10 novembre 2014 n. 162 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 12 settembre 2014 n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile).

⁴⁰ Obbligatorietà intesa come condizione di procedibilità per la successiva azione giudiziale.

⁴¹ Un primo eclatante esempio di questo disagio da iperproduzione normativa è costituito dall'ordinanza con la quale il Tribunale di Verona (sez. III civ., 28 gennaio 2016) rinvia alla Corte di giustizia UE una richiesta di interpretazione circa gli ambiti di applicazione delle direttive 2008/52/CE e 2013/11/UE, alla quale i giudici di Lussemburgo hanno dato una risposta solo parziale con la sentenza C-75/16, del 14 giugno 2017. Sul tema, diffusamente, G.A. Benacchio, *Le ADR in Italia: gli effetti controproducenti di una sovrapproduzione normativa*, in AA.VV., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, Tomo II, 2017, 1391-1408; anche M. Cozzio, *Conforme al diritto europeo la mediazione 'obbligatoria' nelle controversie riguardanti i consumatori ma non l'obbligo di assistenza dell'avvocato*, in *Riv. Trim. App.*, 2017, 3, 763 ss.; A.M. Mancaloni, *La mediazione obbligatoria nelle controversie bancarie alla luce della direttiva 2013/11/UE sull'ADR dei consumatori*, in *Il Foro italiano*, 2017, IV Col., 565 ss.; N. Scannicchio, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie di consumo. Rimedi alternativi o diritti senza rimedio?*, in *Il Foro italiano*, 2017, IV Col., 570 ss.; F. Ferraris, *A.D.R. e consumatori: rapporti e interferenze*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 12, 1634 ss.

pi di buona fede, correttezza e lealtà» (art. 2, Codice del consumo)⁴². Tale diritto trova applicazione *prima, durante e dopo* qualsiasi condotta commerciale connessa a contratti tra imprese e consumatori.

Tuttavia, nonostante tale riconoscimento, le regole per proteggere il consumatore sono basate esclusivamente su un sistema di sanzioni di carattere amministrativo e sulla possibilità di richiedere al giudice ordinario l'inibizione a proseguire la pratica. All'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) spetta reprimere le condotte di imprese e professionisti che integrano la pratica scorretta intervenendo d'ufficio, su istanza di un singolo consumatore o delle sue associazioni. Essa può dichiarare la scorrettezza della pratica, vietandone la diffusione o la continuazione e disponendo l'applicazione di una sanzione pecuniaria; nei casi meno gravi può invitare il professionista a cessare la pratica senza procedere all'accertamento dell'infrazione e, quindi, senza applicare alcuna sanzione.

I consumatori possono, sì, agire presso il giudice ordinario ma *solo* attraverso le proprie associazioni e al *solo* scopo di chiedere la cessazione dei comportamenti lesivi dei loro interessi nonché l'adozione, da parte dell'impresa, di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate (azione inibitoria)⁴³.

Attualmente, quindi, il *singolo* consumatore incontra notevoli ostacoli quando agisce per via giudiziaria ordinaria. Rimangono ancora oggi non risolte, infatti, le difficoltà nell'individuazione del rimedio, tra quelli messi a disposizione dal codice civile, per impugnare il contratto concluso in conseguenza di una prassi ingannevole o aggressiva del professionista. Non vi sono pronunce giudiziali che possano aiutare in tal senso, e proprio l'assenza di precedenti giudiziari sul punto è sintomatica delle difficoltà per il consumatore di intraprendere la tradizionale via giudiziale⁴⁴.

⁴² L'individuazione di una *pratica commerciale scorretta* si basa sulla *contrarietà alla diligenza professionale* e sulla *capacità di falsare le scelte economiche* del consumatore medio ovvero quelle prassi che possono compromettere, anche solo potenzialmente, scelte economiche consapevoli. Il legislatore, in questo modo, tutela la libertà del consumatore di autodeterminarsi, di scegliere con cognizione di causa, di prendere decisioni "informate" e determinare la sua volontà negoziale o prenegoziale senza dover subire alcun tipo di influenza esterna, anche indiretta a causa del carattere decettivo del messaggio pubblicitario. Si vedano gli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo.

⁴³ Di fatto, l'accertamento richiesto e le conseguenze attese nel procedimento inibitorio collimano con quelle proprie del procedimento avanti l'AGCM, differenziandosi per la natura dei due procedimenti: giurisdizionale ordinario, il primo, amministrativo, il secondo. Sul tema P. Cendon, C. Poncibò (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014.

⁴⁴ Altri problemi riguardano la tutela risarcitoria. Il consumatore, *uti singuli*, può presentare domanda di risarcimento danni basandosi sull'art. 2043 del codice civile ma, essendo a suo carico l'onere probatorio, deve dimostrare la natura scorretta della pratica, la colpevolezza del professionista, i danni subiti e il nesso causale tra la pratica e i danni. Tale onere risulta attenuato soltanto qualora l'azione risarcitoria sia stata preceduta da un accertamento dell'AGCM. Un ulteriore rimedio alle pretese risarcitorie del singolo consumatore potrebbe essere rappresentato dall'art. 1337 del codice civile (violazione del dovere di buona fede nelle trattative) attivabile

Un evidente errore di valutazione caratterizza, poi, il modello europeo di tutela rispetto alle *clausole abusive*, e in particolare a quelle che sono state oggetto di trattativa. È noto che il modello prevede una triplice classificazione delle clausole abusive, formulata anche dal legislatore nazionale⁴⁵: (i) quelle che sono *sempre* considerate abusive e per le quali non è possibile fornire alcuna prova contraria; (ii) quelle che consentono al giudice di effettuare *caso per caso* un apprezzamento della abusività della clausola; (iii) quelle che si *presumono* abusive salva la dimostrazione della prova contraria, nel senso che la presunzione può essere vinta se il professionista riesce a dimostrare che non si è determinato un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, oppure che quella determinata clausola è il risultato di una «trattativa individuale».

Ora, è proprio nei confronti di quest'ultima categoria di clausole, quelle oggetto di «trattativa individuale», che sorgono le maggiori perplessità.

In effetti, la contrattazione diretta tra le parti non è affatto garanzia di una equilibrata composizione del contenuto contrattuale; anzi, proprio la circostanza di trovarsi di fronte ad una controparte particolarmente abile od economicamente forte può facilmente indurre il consumatore ad una errata valutazione delle clausole o ad accettare, magari *reservatio mentis*, soluzioni non ottimali.

Al di là del dovere di non utilizzare clausole vessatorie, il Codice del consumo stabilisce il dovere per il professionista di formulare sempre le clausole «in modo chiaro e comprensibile»⁴⁶ per permettere al consumatore di avere piena ed effettiva conoscenza del contenuto contrattuale e valutarne ogni effetto. La chiarezza e la comprensibilità sono strumenti che dovrebbero assumere una connotazione fortemente sostanziale consentendo di conoscere il contenuto del contratto⁴⁷. Invero, l'assenza di ogni definizione normativa circa il significato di *chiarezza e comprensibilità* delle clausole contrattuali viene colmata dall'attività interpretativa del giudice nonché dall'azione di controllo (sia inibitoria che sanzionatoria) dell'AGCM. V'è dunque una delimitazione in negativo, che porta a individuare

nel caso in cui la prassi commerciale scorretta sia intervenuta nella fase precontrattuale. Per quanto riguarda l'azione collettiva, l'ordinamento riconosce la possibilità di promuovere «un'azione di classe» per il risarcimento del danno causato da una prassi commerciale scorretta. Così l'art. 140-bis del Codice del consumo. Vedi, per i principali riferimenti, C. Biasior, *Pratiche commerciali scorrette*, in G.A. Benacchio, F. Casucci (a cura di), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, 187 ss.

⁴⁵ Art. 33, Codice del consumo.

⁴⁶ Art. 34, comma 2 e art. 5, comma 3, Codice del consumo.

⁴⁷ Va richiamato l'intervento della Corte di giustizia, 20 settembre 2017, C-186/16, sul significato dell'obbligo per il quale una clausola contrattuale deve essere formulata «in modo chiaro e comprensibile». I giudici europei precisano che il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda il grado di informazione, in tal senso le informazioni devono essere sufficienti a consentire di assumere le decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa. A tal proposito, chiariscono i giudici, la clausola contrattuale deve essere compresa dal consumatore «non solo sul piano formale e grammaticale», ma altresì «in relazione alla sua portata concreta». Sul tema si veda anche G. Smorto, *Clausole abusive e diritti dei consumatori. Raffronti comparatistici*, Padova, 2001.

soltanto volta per volta e a posteriori eventuali violazioni delle regole di chiarezza e comprensibilità⁴⁸.

Un'ultima considerazione riguarda le cautele predisposte per la contrattazione che abbia ad oggetto prodotti e servizi finanziari, la cui tecnicità e particolarità rendono l'asimmetria informativa tra professionista e consumatore ancora maggiore rispetto a tutti gli altri tipi di contratti. Non a caso il settore dell'intermediazione finanziaria si differenzia per l'esperienza più matura ed avanzata sugli obblighi informativi, anche per effetto degli interventi di matrice europea *post* crisi 2008. L'impianto normativo che risulta delineato dovrebbe implicare l'assunzione di modalità più incisive per evidenziare al consumatore la natura e i rischi del prodotto o servizio stesso⁴⁹. Tale esigenza, come si dirà oltre, è rimasta irrisolta mentre regole particolari e cautele specifiche sono previste a favore del soggetto finanziario (banca, assicurazione ecc.).

Ne consegue una normativa nazionale che, paradossalmente⁵⁰, risulta nel suo complesso meno protettiva nei confronti del consumatore rispetto a quella prevista per tutti gli altri contratti.

Le fonti che disciplinano nel dettaglio il dovere di informazione sono eterogenee⁵¹; tuttavia, le informazioni richieste spesso non evidenziano, in maniera adeguata, rischio e natura dell'operazione finanziaria e diventa difficile affidare l'effettività della tutela alla prova, non documentale, del comportamento tenuto dall'operatore professionale al momento della trattativa, allorché sia stato scorretto o comunque inadeguato rispetto alle esigenze di informazione del consumatore.

Ciò comporta una tutela apparente, in gran parte svuotata, puramente formale, che avvantaggia maggiormente gli operatori professionali, i quali hanno gioco facile ad adempiere agli obblighi informativi documentali (informative pre-

⁴⁸ Nel modello italiano la valutazione del carattere abusivo delle clausole non riguarda gli elementi essenziali quali l'oggetto e il prezzo. Al giudice viene invece attribuito il potere di effettuare sempre una valutazione sulla *chiarezza* e *comprensibilità* dell'intero contenuto del contratto, come pure sull'oggetto e il prezzo, dato che il controllo di trasparenza non distingue tra clausole concernenti *l'assetto normativo* e quelle relative *all'assetto economico*. Ad esempio, i giudici hanno sostenuto che la collocazione di clausole contraddittorie in due parti distinte (in prima facciata e sul retro) non consente al consumatore di comprendere pienamente il significato; costituisce violazione della regola di trasparenza anche l'uso di un linguaggio troppo tecnico (nozioni finanziarie), perché rende la clausola incomprensibile e non permette di valutare l'esatta incidenza economica; così in M. Giorgianni, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2010.

⁴⁹ Sul tema, recentemente, G. Biferali, *Il credito ai consumatori*, in G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., 1839 ss.

⁵⁰ Si noti che in questo settore l'asimmetria informativa è maggiore e gli interessi economici del consumatore sono più rilevanti; sul tema, fra i molti, F. Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004.

⁵¹ Il Testo Unico della Finanza (TUF), il Testo Unico Bancario (TUB), il Codice delle Assicurazioni Private e le numerose normative secondarie (della Banca d'Italia, del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR), della Commissione nazionale per la società e la borsa (Consob), dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni IVASS ecc.) disciplinano quali tipo di informazioni comunicare al consumatore, soprattutto nella fase *precontrattuale* e quali comportamenti commerciali adottare.

contrattuali, propensione al rischio, ecc.) senza un corrispondente e reale vantaggio informativo per il consumatore⁵².

5. *L'impatto delle tecnologie digitali e la discriminazione negoziale*

L'attuale modello di tutela del consumatore, basato su obblighi informativi e trasparenza (fatto proprio del legislatore europeo e nazionale), deve confrontarsi con le profonde e repentine trasformazioni causate dall'evoluzione tecnologica e dall'utilizzo delle tecnologie digitali. Si tratta di un tema che sta diventando sempre più rilevante, con effetti che possono essere devastanti per l'ignaro consumatore, ben più importanti di quelli relativi ad un incauto acquisto di un prodotto⁵³.

La rapida diffusione delle innovazioni tecnologiche su scala mondiale ha avviato un'ondata di cambiamenti in tutti i contesti socio-economici⁵⁴, alla quale non sfuggono le relazioni contrattuali dei consumatori, sempre più spesso dislocate su piattaforme digitali che utilizzano la *rete* come infrastruttura per numerosi altri servizi⁵⁵.

Lo sviluppo e la crescita di questi nuovi mercati, supportata da uno straordinario progresso tecnologico, genera innegabili vantaggi economici, risparmi di tempo, incremento del potere di acquisto ma, allo stesso tempo, solleva molti interrogativi sulle conseguenze per gli individui e la società in termini non solo di garanzia di diritti e libertà fondamentali ma anche dei livelli di trasparenza e di informazione da salvaguardare per la tutela dei consumatori⁵⁶.

⁵² Al riguardo sono esemplificative le delibere del 31 ottobre 2017 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. (n. 26834), di Intesa San Paolo S.p.A. (n. 26833), di UniCredit S.p.A. (26832), con le quali è stata sanzionata una serie di pratiche operate nei confronti di consumatori. In particolare, è stata sanzionata, sotto il profilo della forma e delle modalità, la condotta improntata al rilascio di autorizzazioni, in sé legittime e formalmente ineccepibili.

⁵³ Il tema, non a caso, viene trattato nell'ultima *Relazione annuale*, cit., dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (pp. 9-12).

⁵⁴ J. Tirole, *Économie du bien commun*, Presses Universitaires de France, 2016, 405 (trad. it. *Economia del bene comune*, Milano, Mondadori, 2017) segnala che il processo di digitalizzazione della società sta governando i cambiamenti economici e sociali del XXI secolo riformando ogni ambito delle attività umane. Vedi anche L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017; M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, in *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, 3, 2014, 213-218.

⁵⁵ Si tratta di servizi fruibili in qualunque luogo e con immediatezza attraverso dispositivi mobili; ci si riferisce sia ai mercati nei quali il proprietario della piattaforma digitale è anche il venditore (ad es. *Ikea*), sia a quelli nei quali il proprietario della piattaforma si limita a mettere in relazione venditori e consumatori (ad es. *eBay*, *Alibaba*).

⁵⁶ M. Cozzio, *Effetti della mutazione giuridica: la trasparenza come nuovo bene comune?*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, in corso di pubblicazione; S. Barocas, A. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016, 102; OCSE, *Protecting Consumers In Peer Platform Markets: Exploring*

Si pensi, ad esempio, alla questione della *completezza* e *adeguatezza* delle informazioni rese disponibili ai consumatori, soprattutto con riguardo alla proprietà e mobilità dei dati e delle informazioni che gli stessi consumatori mettono a disposizione per realizzare l'operazione commerciale. Ogni volta che si consultano le piattaforme, quando si comprano o si scambiano prodotti sul web, le piattaforme su cui avvengono tali attività utilizzano modalità e contenuti informativi che non vengono quasi mai compresi nel loro significato effettivo. Esse si limitano ad informare, in via generale, che installeranno *cookie* sui dispositivi del consumatore e che assicureranno la massima trasparenza. Ma il contratto che lega i consumatori alle piattaforme del web è, secondo la terminologia degli economisti, un contratto *incompleto*, nel senso che gli utenti non sono in grado di conoscere esattamente il rischio a cui possono andare incontro. Ad esempio, non hanno nozione sulle garanzie della piattaforma in materia di sicurezza informatica e non conoscono nulla di quanto avviene successivamente alla cessione dei propri dati e al loro utilizzo⁵⁷.

A fronte di questo scenario, le scelte del legislatore europeo e italiano non dimostrano, per ora, cambiamenti sul significato di "trasparenza" e di "modello informativo" da applicare ai contratti e alle vendite online. Trasparenza e obblighi informativi continuano a rappresentare, come finora intesi⁵⁸, la condizione attraverso la quale realizzare forme di "contratto informato", di "consenso qualificato", di "consumatore consapevole". In tal senso, le soluzioni legislative non vanno oltre la previsione del *click* con il quale il consumatore attesta formalmente di: (i) aver preso visione/lettura delle informazioni relative al contratto (senza che vi sia alcuna certezza circa la reale comprensione da parte del consumatore dei diritti/doveri che sorgono in relazione al contratto); (ii) essere informato del fatto che dal quel momento assume l'obbligo di pagare il corrispettivo per il bene/servizio acquistato; (iii) aver accettato le condizioni di trattamento dei dati necessari per l'adempimento del contratto.

Quasi sempre restano nebulose le clausole di non rivendita a terzi o condivisione dei dati, col risultato che non v'è chiarezza sul modo con cui le piattafor-

The Issues, collana *Digital economy Papers*, Parigi, 2016, n. 235; F. Di Porto (a cura di), *Big data e concorrenza*, num. spec. di *Concorrenza e mercato*, 2016.

⁵⁷ Si consideri il caso recentemente discusso alla Corte di giustizia UE nel quale i giudici hanno ritenuto che le compagnie telefoniche che assegnano i numeri di telefono non possano rifiutarsi di metterli a disposizione di imprese di altri Stati membri che ne facciano richiesta. Il consenso alla pubblicazione dei dati accordato dall'abbonato *la prima volta*, permette che i successivi trasferimenti di dati ad altre imprese di altri Stati membri avvengano senza necessità di nuovi consensi. Vedi Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-536/15, *Tele2 (Netherlands) e a.* Altro episodio emblematico è quello che ha portato alla convocazione di Mark Zuckerberg, presidente e amministratore delegato di Facebook Inc. nell'aprile 2018 da parte delle Commissioni Giustizia e Commercio del Senato degli Stati Uniti e nel maggio 2018 da parte del Parlamento dell'UE dopo che si era scoperto che un'azienda inglese, la Cambridge Analytica, aveva sottratto milioni di dati personali di utenti Facebook, utilizzandoli per influenzare le elezioni statunitensi del 2016.

⁵⁸ Nel senso richiamato *supra* nel § 2.

me utilizzano le informazioni che venditori e consumatori mettono a disposizione per realizzare l'operazione commerciale.

Un recente studio⁵⁹ ha riscontrato che la quasi totalità delle pagine web visitate⁶⁰ monitorava e trasferiva informazioni a terze parti; un altro studio ha rilevato su un milione di siti web esaminati erano oltre 80mila i soggetti terzi ai quali venivano comunicati i dati riferiti alle visite⁶¹. L'obbligo, introdotto dal legislatore europeo⁶², di comunicare all'originario titolare eventuali successivi trasferimenti a terzi dei dati che lo riguardano non sembra risolutivo né soddisfacente in quanto si scontra con la rapidità, la frequenza e il numero dei soggetti terzi coinvolti.

Un altro tema su cui bisognerà riflettere riguarda il grado di trasparenza e informazione che deve essere garantito ai consumatori sul contenuto del trattamento dei dati, sui risultati finali che se ne possono ottenere, sull'utilizzo che ne viene fatto.

La tendenza a rendere disponibili sempre più informazioni (personali e non) sulle piattaforme digitali o comunque su spazi digitali comuni, la diffusione di dispositivi mobili "intelligenti" (*smart, phone, watch, car, glasses*, ecc.), la connessione degli oggetti alla rete, la crescita esponenziale delle piattaforme digitali e le capacità di analisi dei mega dati (*Big data*) hanno ampliato a dismisura le possibilità di ricollegare dati disseminati nella rete a singole persone, fino a identificarle, permettendo di ricostruire, prevedere e orientare nel volgere di pochi millisecondi comportamenti individuali e di gruppo⁶³.

⁵⁹ Y. Zhonghao, S. Macbeth, K. Modi, J.M. Pujol, *Tracking the Trackers*, in *proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web*, Ginevra, 121-132, <http://www2016.net/proceedings/proceedings/p121.pdf>.

⁶⁰ Per l'esattezza, il 95 per cento.

⁶¹ N. Arvind, D. Reisman, *The Princeton Web Transparency and Accountability Project*, 2017, *prepublished book chapter*, <http://randomwalker.info/publications/webtap-chapter.pdf>. In media è stato stimato che ogni volta che un utente visita un sito web o utilizza un'applicazione, i dati vengono trasmessi non solo agli editori ma anche ad una trentina di servizi di terze parti. Il contesto è stato minuziosamente rappresentato nel report di W. Christl e S. Spiekermann *Networks of Control. A Report on Corporate Surveillance, Digital Tracking, Big Data & Privacy*, *Facultas, Vienna*, 2016, 45-52, 121 e ss. le quali sottolineano che «users are often not aware of how many companies receive information about their everyday lives, and our knowledge about how apps collect data and transfer it to third parties is limited, incomplete, and often outdated», e affermano che «as data brokers often share data with others, it is virtually impossible for a consumer to determine how a data broker obtained their data (...) most consumers have no way of knowing that data brokers may be collecting their data».

⁶² Il regolamento (UE) 2016/679 «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» definisce una serie di vincoli (con oneri di tipo informativo) in caso di trasferimento dei dati personali verso terzi (articoli da 44 a 50); si veda anche M. Cozzio, *Effetti della mutazione giuridica: la trasparenza come nuovo bene comune?*, cit., e ivi gli Autori richiamati.

⁶³ Sul tema W. Christl, S. Spiekermann, cit. Vedi anche A. Mantelero, G. Vaciano, *The "Dark Side" of Big Data: Private and Public Interaction in Social Surveillance*, in *Computer Law Rev. Int.*, 2013, 1, 161-169; G. Colangelo, V. Falce (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017. Per implicazioni sociologiche D. Lyon (edited by), *Surveillance as Social Sorting. Privacy, Risk, and Digi-*

Ad esempio, i dati *consegnati* alle piattaforme (nome, indirizzo, codice postale, email, ecc.) sono processati fino ad individuare i vari dispositivi ai quali sono riconducibili (telefono, computer, elettrodomestici, tutto ciò che è connesso, comunque digitalizzato o archiviato in banche dati digitali) permettendo una conoscenza profonda degli utilizzatori. Da questo momento, la vita “digitale” di quei dati è monitorata costantemente. Il percorso descritto è solo uno dei tanti benché il risultato finale sia sempre il medesimo: permettere di misurare, segmentare, prevedere, pubblicizzare. Sono operazioni che le attuali tecnologie permettono di eseguire in maniera continuativa e istantanea.

Le conoscenze in tema di psicologia e psicomotricità, neuroscienze ed economia comportamentale, combinate con le attuali capacità computazionali portano, dunque, a risultati che non possono non far riflettere, dato che profili personali, preferenze commerciali e attitudini sono ricostruiti rendendo addirittura *prevedibili e orientabili* le scelte dei consumatori (e non solo)⁶⁴.

Le prassi applicative sono numerosissime con implicazioni socio-economiche che, in assenza di contesti normativi e tutele incisive, determinano *discriminazioni negoziali* (tra le più rilevanti: differenze di prezzi e offerte, limiti nell'accesso ai servizi assicurativi, sanitari, finanziari, occupazionali, non corretta rappresentazione del contesto), manipolazioni, rischi per la sicurezza, la riservatezza, l'autodeterminazione nei comportamenti, squilibri nel mercato⁶⁵.

A fronte di questo livello di innovazioni, si pone la necessità di nuove regolamentazioni per garantire forme adeguate di trasparenza e informazioni ai consumatori, i quali dovrebbero poter accedere ai profili personali, ai loro “doppi virtuali”⁶⁶, elaborati dagli algoritmi che governano le attività di *data mining* e conservati su molte delle piattaforme del mercato digitale e dagli operatori dei dati. Si tratta, naturalmente, di nuove regolamentazioni che per le caratteristiche del mercato, travalicano la possibilità di efficaci interventi da parte dei singoli Stati ed esigono di operare ben oltre i confini nazionali.

ial Discrimination, New York, 2003; Id., *Surveillance Studies: An Overview*, Cambridge, 2007, 14, ove l'Autore definisce il concetto di «sorveglianza nell'età digitale».

⁶⁴ Sono interventi cd. di *mass personalization* quali *instant personalization*, *predictive marketing*, *personalized pricing and election campaigns*, ecc.; W. Christl, *Corporate Surveillance in Everyday Life. How Companies Collect, Combine, Analyze, Trade, and Use Personal Data on Billions*, Cracked Lab, Vienna, 2017, 65-83.

⁶⁵ D.J. Solove, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, New York, 2004, 97 e ss.

⁶⁶ S. Turkle, *Reclaiming Conversation. The Power of Talk in a Digital Age*, New York, 2015, 365-366 (trad. it. *La conversazione necessaria. La forza del dialogo nell'era digitale*, Torino, 2016).

6. *Ripensare il modello*

L'esperienza dell'ultimo trentennio di legislazione, europea e nazionale, ha permesso di diffondere e sviluppare una sensibilità consumeristica davvero notevole. Tuttavia, l'evoluzione che sta caratterizzando la società, le pratiche commerciali, la tecnologia, le modalità di contatto tra professionista e consumatore non trova rispondenza negli attuali strumenti per la tutela di quest'ultimo.

Se un cambio di strategia per adeguarsi alla nuova realtà è auspicabile, l'intento di chi scrive non è quello di proporre specifiche soluzioni per un diverso modello di regolazione degli obblighi informativi, quanto di valutare, con senso critico, le soluzioni adottate e analizzare le situazioni che presentano lacune più o meno gravi.

Così, secondo quanto abbiamo potuto vedere nei precedenti paragrafi, si dovrebbe riflettere sul fatto che l'informazione, anche se completa e trasparente, non è di per sé sempre sufficiente a tutelare il consumatore, e più ancora sul fatto che le modalità con le quali le informazioni vengono rese non sono meno importanti del contenuto delle informazioni stesse.

In altre parole, una maggiore uniformazione, a livello europeo, anche solo dell'aspetto formale delle informazioni riportate nelle confezioni o nella pubblicità, potrebbe favorire il riconoscimento immediato da parte del consumatore di quelli che sono i dati più rilevanti da verificare o comparare e potrebbe essere una soluzione che va nella direzione di quella maggiore trasparenza nelle transazioni commerciali che la stessa Unione europea vorrebbe realizzare. Nè mancano esempi già attivati in tal senso: si pensi al sistema degli indicatori, tipo il Taeg nel credito al consumo, che potrebbero essere estesi ad altre tipologie di contratti.

Il tema è oggetto di valutazione da parte del legislatore europeo che ha presentato un proprio piano d'azione, articolato anche in proposte normative, per contrastare la disinformazione online, con riferimento non solo alle cd. *fake news* ma anche a tutte le forme di informazioni false e fuorvianti, presentate e promosse sul web che possono determinare danni nella sfera pubblica o che sono diffuse per profitti⁶⁷.

Un altro problema, come abbiamo visto, sempre dal punto di vista formale, riguarda la difficoltà di reperire in modo semplice ed efficace le informazioni obbligatorie. Non aiutano in tal senso le notevoli diversità che caratterizzano la loro collocazione nell'imballaggio, che non solo non consentono una immediata

⁶⁷ Comunicazione della Commissione europea, *Tackling online disinformation: a European Approach*, COM(2018) 236 final, 26 aprile 2018; vedi anche la proposta di Regolamento europeo che «promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online», COM(2018) 238 final, 26 aprile 2018.

ed esatta acquisizione dell'informazione, ma rendono impossibile anche un'utile e semplice comparazione tra prodotti analoghi o simili.

Come hanno dimostrato recenti fatti di cronaca bancaria, anche il sistema del controllo pubblicistico sui prodotti a carattere finanziario non sembra ottimale e non in grado di intervenire efficacemente per impedire o vietare la commercializzazione di taluni prodotti. Ampliare la competenza dell'AGCM (in quanto Autorità amministrativa) a giudicare le prassi commerciali scorrette anche in ambito finanziario, attribuendole poteri inibitori più incisivi laddove i comportamenti commerciali violino i principi di buona fede, di correttezza e di trasparenza, potrebbe costituire un passo importante a costi irrilevanti.

Anche la predisposizione di interfaccia standardizzate che mettano in evidenza, ad es. mediante particolari formati grafici, soltanto gli elementi più significativi del contratto potrebbe rappresentare una soluzione degna di approfondimento per garantire una più esaustiva comprensione delle informazioni, ferma restando la possibilità per i consumatori di conoscere in qualunque tempo l'intero blocco delle informazioni a cui hanno diritto.

Ma, al di là di ogni soluzione o proposta per superare singoli aspetti problematici di un'informazione che sia il più possibile chiara, comprensibile, efficace, resta il fatto che qualunque informazione, anche se pienamente trasparente, non raggiungerà mai il suo obiettivo se non è accompagnata ad una adeguata capacità, da parte del consumatore, di recepirla e di valutarla correttamente. In tal senso, un'idonea educazione del consumatore, promossa da soggetti pubblici o privati, rimarrà sempre la premessa indispensabile e insostituibile per favorire l'adozione di scelte economiche mirate e consapevoli.

Tutela delle scelte economiche consumeristiche e inadeguatezza del modello europeo

Lo scritto prende spunto da alcuni interrogativi emersi dall'analisi del modello europeo di tutela degli interessi economici dei consumatori allo scopo di evidenziarne i difetti e le lacune soprattutto in relazione al tema dell'informazione, da sempre concepito quale principale strumento di riequilibrio del rapporto contrattuale professionista-consumatore, notevolmente sbilanciato a favore del primo. L'analisi viene condotta prendendo a riferimento i diversi obblighi informativi che fanno capo all'imprenditore contenuti nelle numerose direttive dell'Unione europea emanate nel corso degli ultimi trent'anni ed analizza gli effetti delle soluzioni basate sulle prassi commerciali, sugli strumenti e sulle innovazioni tecnologiche applicate alla contrattazione di massa. L'ultima parte del lavoro si concentra sul tema, sempre più attuale e rilevante, relativo all'utilizzo dei dati raccolti mediante gli accessi ad internet, utilizzo che può riservare all'ignaro consumatore effetti ben più gravi e importanti di quelli di un incauto acquisto di un prodotto.

Economic and consumer choices protection: the inadequacy of the European model

This contribution draws on some questions that have arisen by the analysis of the European model of protection of consumers' economic interests. The aim of the analysis was the necessity to highlight the defects and the shortcomings of this model, particularly with reference to information; this last aspect has always been conceived as the main tool of rebalancing the contractual relation between professionals and consumers, which has always been favouring the former. The analysis is carried out by taking the different information duties that burden the entrepreneur as a point of reference and which were regulated by the numerous EU directives, enacted in the last thirty years. The study analyses the results of the solutions based on commercial praxis, as well as on instruments and technological innovations applied to mass collective bargaining. The last part of the article will focus on the use of data gathered through internet accesses, a increasingly urgent and relevant theme. As a consequence, uninformed consumers might suffer much more serious and important effects than those caused by the imprudent purchase.