DISPENSE DI DIRITTO PRIVATO DEI CONSUMI (Daniela Mastrorilli)

ad eccezione dal commento degli artt. 6/17 e 128/135 all'interno del quale le parti in corsivo sono innesti da ritenersi ascrivibili all'autrice.

Dispense legalmente depositate ai sensi della l. 15 aprile
2004, n. 106

Estratto, con modifiche, integrazioni ed aggiornamenti, da D. Mastroianni, "Contrattazione a distanza. Disciplina consumeristica e di settore", Progedit, Bari, 2011.

Il consumerismo.

Un corso di Diritto privato dei consumi necessita di una introduzione sull'avvento e lo sviluppo dei movimenti consumeristici che hanno generato la normativa europea che sarà oggetto di commento in questa sede.

La Rivoluzione industriale, comportando il diffondersi della produzione in larga scala di beni destinati in precedenza a soddisfare solo i bisogni di una classe privilegiata, crea il fenomeno del consumo che, inizialmente a connotato tipicamente economico, si caratterizza per realtà poliedrica, implicante risvolti sociali e giuridici. Il consumatore, controparte della impresa nella catena distributiva, acquirente od utilizzatore di beni e servizi per uso personale o familiare, diviene protagonista del *consumerism*, termine anglosassone che indica la tendenza dei consumatori ad organizzarsi in associazioni allo scopo di essere tutelati nelle contrattazioni e sensibilizzare le autorità sulle problematiche ad essi inerenti. Trattasi di un movimento sociale (e politico) rivolto a rivendicare il ruolo centrale del cittadino e la sua protezione nell'ambito della organizzazione dello stato moderno.

Il *consumerism* nasce ufficialmente negli Stati Uniti d'America agli inizi del XX secolo, periodo che vide l'approvazione, nel 1906, del Pure Food and Drug act e del *Meat Inspection act* ed alla creazione della *Federal Trade Commission* nel 1914.

Verso il 1930 la popolazione statunitense ottenne un rafforzamento delle precedenti leggi e l'ampliamento dei poteri normativi della *Federal Trade Commission*, allo stesso periodo risale la creazione della prima "Consumer Union". E' solo a partire dagli anni sessanta del novecento, comunque, che il movimento in questione ottiene grande visibilità negli Stati Uniti, trovando riconoscimento alle proprie istanze in provvedimenti legislativi ed amministrativi. Si giunge, così, alla attribuzione della responsabilità al produttore il quale ha l'onere, in caso di danni, di provare che essi non sono derivati dal suo operato.

Nel 1962 sono codificati i diritti fondamentali dei consumatori nel c.d. *Bill of rights* e le tematiche legate ad il loro riconoscimento acquistano rilevanza sui mass media grazie anche all'emergere di leadership come Ralph Nader da cui il movimento del "naderismo" volto a tutelarsi dalla politica commerciale aggressiva delle lobby industriali. Le associazioni di tutela dei consumatori realizzano importantissimi risultati grazie alla introduzione della class action che riconosce ai consumatori la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni derivanti dal compimento di illeciti pluri-offensivi. Sulle caratteristiche della class action statunitense paragonata all'azione di classe italiana si vedano le osservazioni sviluppate sub commento art. 140-bis cod. cons.

La tutela del consumatore in Europa ed Italia

Per quanto riguarda l'Europa, risale al 1947 la fondazione, in Danimarca, del "Consiglio del Consumatore", al 1955 la costituzione in Gran Bretagna del *Consumer Advisory Council*, al 1971 la costituzione dell'*Ombudsman* dei consumatori in Svezia, al 1966 la fondazione dell'Istituto nazionale del consumo in Francia.

A partire dagli anni settanta del novecento, in vari stati europei si dettano provvedimenti regolamentari e legislativi che individuano nel consumatore, soggetto passivo del sistema di distribuzione di massa, caratteristica della economia capitalistica, una parte del rapporto di scambio particolarmente bisognosa di tutela. *Tali interventi si maturano anche su spinta europeista.*

Si pensi alla legge tedesca del 9-12-1976 sulle condizioni generali di contratto; alla *loi* 10-1-1978, n. 23 sulla protezione e informazione dei consumatori di prodotti e servizi, al *Code de la consommation* del 26 luglio 1993, n. 949, alla legge di difesa dei consumatori spagnola del 1984.

Gli interventi nazionali risultano, naturalmente, assai eterogenei, in quanto rispondenti a tradizioni giuridiche diverse ed a programmi e politiche differenti. Così mentre in alcuni paesi prevalgono interventi sanzionatori di tipo amministrativo, in altri prevalgono quelli di tipo giudiziale; mentre in alcuni si legifera per settori, in altri si preferisce emanare provvedimenti ad ampio raggio di azione, come i codici.

In Italia, invece, per lungo tempo la tutela del consumatore è essenzialmente rimessa alla interpretazione del codice civile, specie delle norme dettate in materia di contratti in generale (1341 e 1342 tra tutti, in quanto espressione della contrattazione di massa) e compravendita in attesa dello sviluppo delle istanze europeiste in materia.

Il nostro paese non è ancora maturo, forse, per la reintroduzione della soggettivizzazione delle regole contrattuali in base alla qualificazione dei contraenti. Nel secolo diciannovesimo esisteva un diritto privato applicabile ai contraenti, genericamente intesi, ed un diritto privato applicabile ai soggetti professionali. Ne derivava, la predisposizione, nel 1865, di un codice civile e di un codice del commercio, le cui regole risentivano della origine consuetudinaria.

Ma nel 1942 si era tornati ad un codice civile unitario basato sulla formale parità dei contraenti, ad eccezione del riconoscimento delle posizioni di forza che si sostanziano nella predisposizione unilaterale delle condizioni contrattuali, spesso contenute in moduli e formulari, da cui la previsione delle regole inserite negli artt. 1341 e 1342. Allora, tuttavia, si era ancora lontani dal comprendere quanto la contrattazione di massa avrebbe avuto diffusione e quanto i privati, necessitati ad aderire a tali condizioni contrattuali imposte, fossero bisognosi di una protezione che non fosse solo quella formale prevista dalla doppia sottoscrizione.

Ecco il motivo per cui, proprio in relazione a queste tematiche si diffonde, a partire dagli anni settanta del novecento, una cultura consumeristica nazionale. Tra i pionieri si annoverano i professori e avvocati Ruffolo e Alpa, quest'ultimo non a

caso scelto quale estensore del codice del consumo, i quali diffondono la sensibilità sulle questioni attinenti alla tutela del consumatore partecipando anche a trasmissioni televisive di prima serata.

Si diceva che, tuttavia, in Italia le iniziative legislative volte alla espressa tutela del consumatore, delineatosi come una persona fisica che agisce per scopi privati, ovvero non coinvolgenti una eventuale attività professionale o imprenditoriale svolta, sono assai scarse. Manca una disciplina generale dei consumi, una legge generale sui diritti dei consumatori (fino al 1998), una autorità che abbia competenza in materia. Sporadici provvedimenti fanno riferimento al soggetto in parola come la l. 11 giugno 1971 n. 426 che regolamentava le attività di vendita al dettaglio, ed il suo regolamento di esecuzione, d. min. 14 gennaio 1972 precisante, all'art. 52 primo comma, che "le forme speciali di vendita...sono esclusivamente quelle effettuate nei riguardi del consumatore finale".

Il primo provvedimento organico è la l. 30 luglio 1998, n. 281 in materia di tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti, successivamente modificata dalla l. 24 novembre 2000, n. 340, dal d. lgs. 23 aprile 2001, n. 224 (in recepimento della Dir. 98/27/CE) e dall'articolo 11 della l. 1° marzo 2002, n. 39. Attualmente la legge in parola risulta abrogata dall'art. 146 del codice del consumo e il suo contenuto ivi inglobato.

A livello comunitario lo sviluppo della legislazione consumeristica nasce su iniziativa e spinta di quegli stati membri che già avevano maturato una esperienza in materia.

Essa ha un duplice obiettivo, sociale ed economico. L'obiettivo economico è quello propulsore degli interventi in materia, quello sociale, tendente ad offrire una più adeguata tutela alla persona fisica nei confronti dell'impresa e della contrattazione di massa, viene a delinearci in un secondo momento.

Ricordiamo che la CEE nasce a Roma il 25 marzo del 1957 con la finalità di creare un mercato comune che assicuri agli stati membri uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche.

Da subito è chiaro che la creazione di un mercato comune, l'abbattimento delle barriere (libera circolazione delle persone, merci, beni e capitali), l'abolizione dei dazi, lo sviluppo, la incentivazione, il sostegno ed il controllo del mercato si attuano anche attraverso la protezione di coloro che subiscono le distorsioni dello stesso e fra questi vi è il consumatore.

Anche l'art. 33 del Trattato CEE (ora art. 39 Trattato sul funzionamento della Unione europea, primo capoverso lett. b ed e), che ribadisce l'impegno ad assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola e prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori, è letto come veicolo per raggiungere un sistema efficiente di concorrenza dal quale discendono effetti anche per i destinatari della produzione.

E' solo nel 1973 che viene creato il "Comitato consultivo dei consumatori" e viene approvata la Risoluzione n. 543 del 1973 individuante la Carta europea di protezione dei consumatori nella quale, per la prima volta, essi sono definiti come le persone fisiche o morali alle quali siano venduti beni o forniti servizi per uso privato.

Tale Carta elenca i diritti fondamentali del consumatore come:

- il diritto alla protezione e assistenza dei consumatori,
- il diritto al risarcimento del danno,
- il diritto alla informazione ed educazione,
- il diritto alla rappresentanza.

Successivamente, con la Risoluzione del Consiglio dei Ministri del 14 aprile 1975, la CEE definisce un primo programma per una politica di tutela dei consumatori, individua le linee di intervento e così fissa i diritti fondamentali in cinque categorie:

- il diritto alla protezione della salute e della sicurezza,
- il diritto alla tutela degli interessi economici,
- il diritto al risarcimento del danno,
- il diritto alla informazione ed educazione,
- il diritto alla rappresentanza.

Segue il secondo programma preliminare per una politica di protezione e di informazione del consumatore nel quadro del completamento del mercato comune con la Risoluzione 19 maggio 1981.

In esse si evidenzia la esigenza di proteggere i consumatori dai metodi non ortodossi di vendita e dalle richieste di pagamento di merci non ordinate; il consumatore è considerato non solo come controparte dell'impresa nella catena distributiva ma anche come "individuo interessato ai vari aspetti della vita sociale che possono direttamente od indirettamente danneggiarlo".

Tale programma trova realizzazione in talune Direttive, scelte a titolo semplificativo
-la 79/581/CEE, relativa alla indicazione dei prezzi dei prodotti alimentari ai fini della protezione dei consumatori, succ. mod. dalla Dir. 88/315/CEE, recepita con d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 76;

-la 84/450/CEE, succ. mod. dalla Dir. 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, recepita con d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 67;

-la 85/577/CEE, del 20 dicembre 1985 relativa alla protezione del consumatore nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, forme aggressive di distribuzione cui l'oblato, senza averne fatto richiesta, viene sollecitato all'acquisto, recepita con il d. lgs. n. 50/92;

-la 85/374/CEE, recepita con d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi;

-la 88/314/CEE, concernente l'indicazione dei prezzi dei prodotti non alimentari ai fini della protezione del consumatore, recepita con d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 78;

-la 87/102/CEE sui contratti di credito ai consumatori, recepita con d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 63.

Le Direttive, fonti legislative della CEE, unitamente ai Regolamenti ed alle Raccomandazioni, necessitano, per essere efficaci, del recepimento da parte degli stati membri cui sono rivolte, recepimento originariamente improntato al principio di armonizzazione minimale, ovvero possibilità per i destinatari, di adattare al diritto intra statale e prevedere regole più incisive di tutela purché compatibili con gli obiettivi delle Direttive ed oggetto di comunicazione alla Commissione Europea.

Diversamente i Regolamenti sono atti legislativi immediatamente applicabili in tutti gli stati membri senza necessità di recepimento e le Raccomandazioni sono solo atti di indirizzo normativo.

In tutte il consumatore si connota come persona fisica che acquista beni o usufruisce di servizi per scopi personali o familiari; imprenditore o professionista è la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio dell'attività economica caratterizzante.

Nel frattempo l'Atto unico del 17 febbraio 1986, prefiggendosi l'instaurazione ed il funzionamento di un mercato unico europeo, luogo senza frontiere nel quale realizzare la libera circolazione di merci e persone, introduce nel Trattato Istitutivo CE l'**art. 100A (ora art. 114, terzo capoverso, TFUE)** richiedente, al fine della adozione dei provvedimenti di armonizzazione legislativa, che **la Commissione europea (ed il Consiglio)** assicurino, in materia di sanità, sicurezza, tutela dell'ambiente e dei consumatori un elevato standard di protezione.

Fino ad ora, tuttavia, benchè vi sia una tensione verso la protezione degli interessi dei consumatori essa è ancora strumentale alla strutturazione di un mercato regolato correttamente. Dobbiamo attendere il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, istitutivo della UE (ratificato e reso esecutivo in Italia con la l. 3-11-1992. n. 454 in vigore dall'1-11-1993), perchè la protezione dei consumatori divenga obiettivo della politica comunitaria.

Già l'**art. 2 del Trattato CE** fissa tra gli obiettivi comunitari la promozione di uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato livello di occupazione e protezione sociale, il miglioramento del tenore e qualità di vita (v. art. 3 TUE). Ciò comporta, ai sensi dell'art. 3, lett. t), **Trattato CE** un rafforzamento della protezione dei consumatori (articolo abrogato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona).

Inoltre, il Trattato di Maastricht introduce il nuovo titolo XIV, intitolato "Protezione dei consumatori", contenente l'art. 129A (successivamente art. 153 Trattato UE ed ora Titolo XV, art. 169 TFUE). Esso prevede che: "Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi".

Il paragrafo 5 dell'originario art. 153 del **Trattato CE** (ora paragrafo quattro art. 169 TFUE), inoltre, precisa che gli interventi rivolti a tali finalità non impediscono agli stati membri di mantenere od introdurre misure di protezione più rigorose, purché compatibili con il trattato e notificate alla Commissione.

Si intravede, in ciò, la volontà di considerare la politica di protezione dei consumatori non solo strumentale alla correzione degli squilibri del mercato e della concorrenza, ma autonomamente rilevante nell'ambito degli obiettivi della nuova Unione Europea.

Riferimenti al consumatore sono presenti, inoltre, negli artt. 85 e 86 del Trattato relativi alla disciplina della concorrenza.

La tutela dei consumatori si persegue attraverso l'imposizione di una normativa inderogabile e irrinunciabile, sanzionata con la comminatoria di invalidità a testimonianza che gli interessi sottesi alla protezione del consumatore vanno ben oltre l'autonomia negoziale per collocarsi nell'ambito del c.d. ordine pubblico economico.

L'imposizione di obblighi informativi, di comportamenti rispondenti a canoni di buona fede e l'attribuzione del diritto di recesso, sanzionati amministrativamente e contrattualmente (v. allungamento dei termini per l'esercizio del diritto di recesso), corregge quella, tra le relazioni economiche, che più subisce le distorsioni del mercato: la contrattazione di massa.

Attraverso tali interventi il consumatore diviene lo strumento per garantire il corretto funzionamento del mercato. Per ottenere ciò la CE agisce per comparti, per segmenti della distribuzione, individuando quelle modalità di contrattazione che più richiedono un intervento correttivo, come i contratti conclusi fuori dai locali commerciali o i contratti a distanza. Sono queste forme di contrattazione che tendono ad eludere il meccanismo del confronto, tipico del mercato concorrenziale, cercando di sfruttare l'isolamento dell'interlocutore dal circuito delle informazioni su cui si fonda il corretto funzionamento della competizione economica.

Naturalmente, correggendo le distorsioni di queste forme di contrattazione, attraverso l'imposizione di obblighi ed il riconoscimento di diritti, in modo tale che tutti i contratti di quel tipo siano strutturati onde garantirne il loro rispetto, il vantaggio si estende alle imprese operanti nello stesso settore economico.

La normativa imposta, dunque, costituisce una griglia di regole su cui imbastire il contenuto del contratto che resta appannaggio delle parti. L'imposizione delle regole comunitarie non si colloca più all'esterno delle singole operazioni contrattuali ma all'interno delle singole manifestazioni della autonomia contrattuale, senza mortificarla. Tali regole comuni garantiscono, dunque, una incentivazione all'utilizzo di certe modalità contrattuali, salvaguardando la parte più debole del rapporto.

Il successivo Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 (ratificato e reso esecutivo con la l. 16 giugno 1998, n. 209), pur non contenendo norme apertamente di tutela del consumatore, esprime una generale protezione per i diritti dell'uomo, le posizioni sociali deboli e la qualità della vita (art. 2).

Nel frattempo, prosegue la torrenziale produzione normativa a tutela del consumatore che si svolge sia in senso orizzontale (norme applicabili a tutti i settori) che in senso verticale (norme che disciplinano specificatamente singoli settori).

Entrambe sono caratterizzate dall'essere indirizzate a soggetti dotati di un preciso status contrattuale, il consumatore ed il professionista. La figura tradizionale dello status, dunque, originariamente intesa come qualità giuridica della persona cui si ricollegano diritti e doveri che derivano dalla sua posizione all'interno di una

collettività (famiglia, stato) viene a caratterizzarsi in relazione al ruolo svolto dall'individuo all'interno del rapporto contrattuale.

Esso è destinatario di interventi settoriali volti a tutelare la parte contraente più debole tra i quali ricordiamo, solo a titolo esemplificativo:

-la Dir. 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", recepita con d. lgs. 17 marzo 1995, n. 111 (v. ora artt. 32 ss. del d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79, codice del turismo);

-la Dir. 92/96/CEE, in materia di assicurazione sulla vita, recepita con d. lgs. 17 marzo 1995, n. 174 e la Dir. 94/49/CEE in materia di assicurazione diretta diversa da quella sulla vita, recepita con 17 marzo 1995, n. 175 (v. ora il codice delle assicurazioni, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209);

-la Dir. 94/47/CE, sulla tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi alla acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, abrogata dalla Dir. 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi a prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio (v. ora artt. 69 e ss. cod. cons.);

- la Dir. 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza recepita con il d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185 (v. ora artt. 50 e ss. cod. cons.);

-la Dir. 98/6/CE, sulla indicazione dei prezzi per unità di misura nei beni offerti al consumatore, recepita con d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 84 (v. ora artt. 13 e ss. cod. cons.);

-la Dir. 98/27/CE, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, recepita dal d. lgs. 23 aprile 2001, n. 224 (v. ora artt. 136 e ss. cod. cons.);

-la Dir. 99/44/CE, sulla vendita dei beni di consumo, recepita con d. lgs. 2 febbraio 2002, n. 24 (v. ora artt. 128 e ss. cod. cons.);

-la Dir. 01/95/CE, modificante la Dir. 92/59/CEE, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, recepita con d. lgs. 21 maggio 2004, n. 172 (v. ora artt. 102 ss. cod. cons.);

-la Dir. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno (v. artt. 18 e ss. cod. cons.);

- la Dir. 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, abrogativa della Dir 87/102/CEE, come succ. mod. dalla Dir. 98/7CE, recepita con d. lgs. 13 agosto 2010 n. 141 succ. mod. dal d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169 (v. ora artt. 43 cod. cons. e artt. 121 ss. t.u.b.).

Normative tutte improntate al principio di armonizzazione minimale.

In relazione ai provvedimenti di tipo orizzontale, quelli che intervengono in sede di disciplina generale del contratto quando esso intercorra tra un professionista ed un consumatore, ricordiamo la Dir. 93/13/CEE concernente i contratti del consumatore, recepita con l. 6 febbraio 1996, n. 52, introducendo gli artt. 1469-bis e ss. e la tutela del consumatore nel codice civile (abrogati perché inseriti nel cod. cons. agli artt. 33 e ss.).

Si segnalano, inoltre, provvedimenti che pur essendo dettati per disciplinare in modo armonico un settore, contengono regole differenziate in rapporto alla qualifica di consumatore o meno rivestita dalla controparte come la Dir. 2000/31/CE ed il d. lgs. n. 70/03 di recepimento sui servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico.

Infine, a completamento della evoluzione che la tutela del consumatore sta subendo nelle politiche comunitarie, ricordiamo che la Carta dei Diritti fondamentali della UE (annessa al Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, ratificata in Italia con l. 11 maggio 2002, n. 102) prevede all'art. 38 :“Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”. Dalla difesa negativa del consumatore si è passati gradualmente ad una difesa positiva, riconoscendo allo stesso la legittimazione ad interloquire sui bisogni da soddisfare e sulle concrete modalità di soddisfazione.

Dobbiamo ricordare che la Carta dei diritti fondamentali era parte integrante del “Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa” il cui articolo appena citato costituiva l'art. II-98 (solidarietà).

Sappiamo anche che, in ideale continuità con la nascita della Comunità Economica Europea (avvenuta a Roma il 25 marzo 1957), la cerimonia per la firma del Trattato costituzionale si era svolta a Roma il 29 ottobre 2004, ma che, successivamente, alcuni stati avevano interrotto questo slancio verso una Europa unita di tipo federale timorosi di perdere autonomia. Così, apertasi la fase di ratifica del Trattato da parte dei Paesi membri, (per l'Italia ciò è avvenuto il 7 aprile 2005), pur pervenendo 18 ratifiche nazionali, questa fase non è stata completata a seguito dell'esito negativo dei referendum tenuti in Francia (29 maggio 2005) e nei Paesi Bassi (primo giugno 2005).

Ci si è chiesti, dunque, quale fosse la sorte della Carta dei Diritti Fondamentali della UE, contenuta nel Trattato di Nizza ed è intervenuta la Corte di Giustizia Europea per sostenerne la vincolatività.

Nel frattempo, dopo un periodo di smarrimento (il Consiglio europeo del 16/17 giugno 2005 ha deciso l'avvio di un periodo di riflessione che è sfociato nell'attribuzione di un mandato) il Consiglio di Bruxelles del 21-22 giugno 2007, ha ufficialmente decretato l'abbandono della Costituzione europea, per convocare una nuova Conferenza Governativa al fine di modificare i trattati esistenti.

Essa ha concluso in fretta i propri lavori ed il testo predisposto, denominato Trattato di Lisbona, è stato approvato dai Capi di Stato e di Governo a Lisbona il 19 ottobre 2007 e sottoscritto il successivo 13 dicembre. Il Trattato sarebbe dovuto entrare in vigore 1° gennaio 2009, se tutti gli strumenti di ratifica fossero stati depositati, altrimenti, il primo giorno del mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che avesse proceduto per ultimo a tale formalità.

La scelta di modificare i Trattati preesistenti e non di sostituirli con uno nuovo avrebbe dovuto accelerare le ratifiche ma così non è stato. La maggior parte dei paesi UE l'ha disposta, ma il 13 giugno 2008 l'Irlanda ha votato negativamente in

un referendum popolare, causando un'altra frenata al processo di innovazione europeista. Su pressione internazionale lo stesso paese si è ripresentato alle urne per un altro referendum popolare il 2 ottobre del 2009, finalmente positivo. Il 67% dei votanti ha consentito di procedere alla ratifica del Trattato in quello stato, cui si è disposto il 22 ottobre.

Ad essa è seguita un'ultima ratifica nel novembre 2009 e, quindi, lo stesso è entrato in vigore il primo dicembre 2009.

Tra le più significative novità del Trattato:

- la UE, ormai dotata di personalità giuridica, sostituisce la CE;
- cambia, di conseguenza, la denominazione di molti organi Comunitari così la Corte di Giustizia della Comunità europea diviene Corte di Giustizia della Unione Europea (composta da tre organi giurisdizionali: la Corte di Giustizia, il Tribunale ed il Tribunale della funzione pubblica).
- il Trattato CE diviene il Trattato sul funzionamento della UE,
- continua a perdurare il Trattato UE,
- la Carta dei diritti fondamentali è nuovo Trattato UE.
- Si eliminano molti segni identificativi della UE come nuovo organismo politico. Non si parla più di costituzione europea, è stato cancellato il ministero degli affari esteri, cancellati il preambolo ai valori dell'Unione che si anteponeva alla Costituzione, i riferimenti alla bandiera, il motto "uniti nella diversità", la celebrazione del 9 maggio in onore a Schumann, l'inno alla gioia, insomma tutti i simboli ideali.

In realtà le modifiche intervenute, che danno un tono dimesso alla UE, sono più di facciata che sostanziali. Molti principi espunti dai Trattati vi sono rientrati per vie traverse, attraverso l'adesione a protocolli o intese.

Alcuni tra i precedenti principi costituzionali sono distribuiti tra i due Trattati e il Consiglio europeo di Lisbona ha affermato la vincolatività della Carta dei diritti fondamentali con il rinvio dell'art. 6 Trattato UE ad essa pur con la precisazione che il riconoscimento dei diritti e libertà fondamentali ivi contenute non estende "le competenze dell'Unione definite nei Trattati".

Secondo autorevoli commentatori con il Trattato di Lisbona la UE diviene una struttura più democratica, trasparente ed efficiente in quanto: i Parlamenti nazionali hanno maggiore peso nei processi decisionali della Unione; le sue istituzioni sono più snelle ed le procedure più celeri, è garantita la protezione diplomatica consolare a tutti i cittadini che vivano o si recano temporaneamente all'estero nonché l'assistenza reciproca in caso di calamità naturali o provocate dall'uomo; è prevista una azione comune contro la criminalità organizzata ed il terrorismo nonché nuove possibilità di affrontare gli aspetti transfrontalieri della politica energetica, della protezione civile e di contrastare le gravi minacce alla salute che coinvolgano più stati membri.

Non possiamo, tuttavia, non osservare la frenata nel fenomeno integrativo europeo a spinta populista nazionale.

Un segnale in tal senso è giugno dalla Gran Bretagna che, *il 23 giugno 2016, con il referendum consultivo (Brexit), promosso fortemente dal primo ministro inglese Cameron, ha deciso, con percentuale del 51,9%, di uscire dalla Unione europea. In senso contrario è stato votato dalla Scozia e dalla Irlanda del Nord con la quale l'Inghilterra ha aperto una trattativa.*

L'esito della Brexit ha avuto il suggello del Parlamento del Regno Unito con la legge "European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017" che ha ricevuto il Royal assent il 16 marzo 2017.

L'atto parlamentare ha autorizzato il primo ministro subentrante, Theresa May ad avviare il negoziato per la uscita ai sensi dell'art. 50 del TFUE, inizialmente prevista per il giorno 29 marzo 2019.

La situazione ha spinto altri capi di governo (Polonia, Austria) a minacciare la propria uscita, così anche molti stati dell'Est Europa, per evitare la redistribuzione dei migranti su suolo europeo, più volte sollecitata.

L'accordo firmato tra Gran Bretagna ed Unione europea a fine 2018, dopo una lunga e faticosa trattativa, comprendente i delicati punti degli scambi commerciali, dal mantenimento del confine aperto tra Irlanda del Nord ed Irlanda e del trattamento dei cittadini europei residenti in territorio anglosassone, è, infine, stato bocciato dal Parlamento inglese il 15 gennaio 2019. Ne è derivata la sostituzione della premier con Boris Johnson, fautore della uscita dalla UE senza accordo che ha spinto la sovrana inglese a firmare la sospensione dei lavori parlamentari per tre mesi con enorme scontento politico e di piazza.

Attualmente, fissato, invano, un nuovo termine per la uscita dalla UE per il 31 ottobre 2019, il rafforzamento politico di Boris Johnson con le elezioni politiche dell'autunno 2019 ha traghettato la Gran Bretagna al divorzio dalla UE il 31 gennaio 2020.

Infine, l'evoluzione normativa.

Con il libro verde "Revisione dell'*aquis* relativo ai consumatori" dell'8 febbraio 2007 (COM(2006)744 *final*) la Commissione Europea ha avviato una rivalutazione di otto direttive al fine della realizzazione di un effettivo mercato interno dei consumatori che "...raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, assicurando al contempo il rigoroso rispetto del principio di sussidiarietà". In quella occasione ha osservato che la legislazione a tutela del consumatore si era basata sull'approccio verticale, destinato a fornire soluzioni a problemi particolari, determinando un contesto normativo frammentato.

Successivamente, la « Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013 (Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo ed al Comitato economico e sociale europeo del 13 marzo 2007- COM(2007) 99 def.), con la quale si intende stabilire un livello equivalente di sicurezza e di protezione in tutta l'Unione europea (UE) e un mercato interno meglio integrato fissando i seguenti obiettivi:

-dare più poteri ai consumatori instaurando un mercato più trasparente che consenta di fare vere scelte di consumo, ad esempio in termini di prezzo e di qualità;

-rafforzare il benessere dei consumatori dal punto di vista della qualità, della diversità, dell'accessibilità, della sicurezza, ecc.;

-tutelare i consumatori contro i rischi e le minacce gravi.

Le priorità dell'attuale politica europeista si concentrano su cinque settori:

-un miglioramento del controllo dei mercati di consumo e delle politiche nazionali a favore dei consumatori;

-un miglioramento della normativa concernente la tutela dei consumatori;

-il rafforzamento della sicurezza dei prodotti sul mercato, grazie a strumenti di controllo;

-la considerazione degli interessi dei consumatori in altre politiche comunitarie;

-un miglioramento dell'informazione e dell'educazione dei consumatori, ad esempio, rafforzando il ruolo dei centri europei dei medesimi.

Il miglioramento della normativa concernente la tutela dei consumatori si attuerebbe, secondo la UE, con il passaggio dal principio dell'armonizzazione minimale, che consente agli stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni ancora più favorevoli per il consumatore nel settore disciplinato dalla Direttive da attuare, al principio di armonizzazione necessaria, che richiede l'integrale adozione delle Direttive, strutturate in modo particolareggiato, da parte degli stati membri con limitatissime possibilità di ampliarne la tutela interna. Ciò in virtù del principio sancito dall'art. 95, primo paragrafo, del **Trattato CE** di "ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno".

Il passaggio al principio di armonizzazione massima non consentirà più agli stati membri di adottare misure di maggiore tutela per il consumatore divenendo, così, palese il ritorno ad una visione strumentalistica al rafforzamento del mercato.

Tra i primi provvedimenti rivolti all'attuazione del principio la Dir. CE 2002/65/CE sulla "commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori", recepita inizialmente con il d. lgs. 19 agosto 2005, n. 190, successivamente abrogato perché il suo contenuto trasfuso all'interno del codice del consumo negli artt. 67-bis / 67-vicies bis; nonché la Dir. CE 29/2005 sulle "Pratiche commerciali sleali", il cui contenuto ha modificato gli artt. 18 e ss. del codice del consumo-

Attua tale passaggio al principio di armonizzazione massima o necessaria la Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della Dir. 93/13/CEE in materia di contratti del consumatore, modifica della Dir. 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita dei beni di consumo, e abrogante la Dir. 85/577/CEE in materia di contratti conclusi fuori dai locali commerciali e la Dir. 97/7/CE in materia di contratti conclusi a distanza.

La Direttiva è stata recepita dall'Italia con d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21 producendo, dal 14 giugno 2014, la abrogazione degli attuali artt. 45-67 del codice del consumo in quanto novellati dalla nuova normativa.

Quanto alle ultimissime novità si segnala il pacchetto di Direttive denominato NEW DEAL PER I CONSUMATORI.

L'11 aprile 2018 la Commissione Europea ha reso pubblica una Comunicazione rivolta al Parlamento ed al Consiglio dell'Unione, illustratrice di un pacchetto di misure legislative in materia di tutela del consumatore.

La Commissione, tenendo in conto le lacune ed incongruenze dell'*acquis* emerse durante la revisione della normativa consumeristica completata nel 2017, ha proposto varie iniziative legislative:

- una proposta di direttiva con modifiche mirate di alcune direttive (in particolare: Dir. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno; Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori; Dir. 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e la Dir. 98/6/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori).

La stessa è divenuta la Direttiva UE 2019/2161 del Parlamento e del Consiglio del 27 novembre 2019, modificante le dirr. 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE, per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, che dovrà essere recepita entro il 28 novembre 2021.

- Una proposta di direttiva per la modifica e sostituzione della Dir. 2009/22/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (*Injunctions Directive*) volta ad introdurre nel diritto euro unitario un modello di azioni collettive risarcitorie, ancora in preparazione. Si tratterà di creare una azione di classe europea per colpire, con sanzioni veramente dissuasive, quelle imprese che abbiano danneggiato molti consumatori in vari stati membri. Si pensi al *Dieselgate*.

Nel discorso sullo Stato dell'Unione del 13 settembre 2017, il Presidente della Commissione Europea, Juncker, nell'ambito della Priorità n. 7 ("Un'area di Giustizia e Diritti Fondamentali basata sulla reciproca fiducia") ha fatto riferimento a tale iniziativa legislativa, in seno al Consiglio competitività del 28 maggio 2018 la Commissaria Jourova ha presentato il Pacchetto '*New deal per i consumatori*' e il 23 aprile 2018 sono iniziati i lavori in Consiglio che sono stati affidati alle cure del Gruppo consumatori.

Durante l'iter legislativo, i *National Consumer Dialogues*, eventi organizzati, tra maggio e novembre 2018, sulla tematica in ciascuno Stato Membro, a spese della Commissione e in collaborazione con le autorità competenti, per l'Italia il MISE, hanno consentito di fare emergere ai rappresentanti del modo economico, ai cittadini ed alle organizzazioni dei consumatori le proprie impressioni ed aspettative, trasmesse e rielaborate dalla Divisione IX Politiche europee ed internazionali e cooperazione amministrativa europea per sfociare nella conferenza '*Les Assises des consommateurs*' il 28 novembre 2018.

Il Governo italiano ha mostrato di accogliere favorevolmente il Pacchetto presentato dalla Commissione "...condividendone in linea generale gli obiettivi: assicurare un corretto bilanciamento fra la protezione dei consumatori e gli interessi delle imprese, aumentare la fiducia e la certezza giuridica ed incoraggiare lo sviluppo del commercio elettronico transfrontaliero..." con particolare attenzione alla modernizzazione delle regole applicabili in funzione del contesto digitale commerciale.

Alcune delle novità proposte:

-Per rendere più trasparente il commercio elettronico i consumatori dovranno essere chiaramente informati se stanno acquistando da un professionista o da un privato, in modo da sapere se godono di diritti che li proteggono in caso di problemi.

-Quando si effettuano ricerche on line: i consumatori saranno chiaramente informati se il risultato ottenuto è stato sponsorizzato da un professionista. Inoltre, le piattaforme on line dovranno informare i consumatori sui principali parametri che determinano la classificazione dei risultati.

-Sarà introdotto un diritto di recesso anche per la fruizione di servizi digitali gratuiti. Si pensi ai servizi di archiviazione su cloud, social media o posta elettronica.

-In caso di pratiche commerciali aggressive o ingannevoli, sarà garantito che i consumatori di tutti gli stati membri possano chiedere una riparazione individuale del danno subito.

-Le autorità nazionali garanti della osservanza della legislazione di tutela del consumatore, in Italia la Autorità garante della concorrenza e del mercato, potranno applicare sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive. Per le violazioni interstatali, la sanzione massima applicabile sarà pari al 4% del volume d'affari annuo del professionista nel rispettivo Stato membro. Fermo restando che gli Stati membri saranno liberi di introdurre sanzioni massime più elevate.

-Le autorità nazionali potranno contrastare le pratiche commerciali ingannevoli consistenti nella commercializzazione transfrontaliera di prodotti apparentemente identici ma che in realtà presentano una composizione o caratteristiche notevolmente diverse saranno aggiornate in tal senso le norme sulle pratiche commerciali sleali.

-A favore delle imprese saranno aboliti i c.d. oneri inutili, gli obblighi a loro carico riguardo al diritto di recesso esercitato dal consumatore se ha usato, anziché limitarsi a testarlo, il prodotto ricevuto e restituito.

Il professionista non sarà più tenuto ad effettuare il rimborso del prezzo pagato prima della restituzione e visione delle merci.

-I professionisti potranno comunicare con i consumatori anche attraverso moduli web o chat, oltre la posta elettronica, purché questi ultimi possano conservare le comunicazioni con il professionista.

-potrà essere escluso il numero di fax come indicazioni di reperibilità del professionista.

A tali Direttive, già emanate od in corso di approntamento, aggiungiamo:

-la Dir. UE 2019/770 del Parlamento e del Consiglio del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, che sarà recepita entro il primo gennaio 2022;

-la Dir. UE 2019/771 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, che sarà recepita entro il primo gennaio 2022.

Le fonti del Diritto privato dei consumi

A) Premessa.

Le fonti del Diritto privato dei consumi sono rappresentate dalla Costituzione Italiana, dai Trattati UE e sul Funzionamento della Unione Europea, dai Trattati internazionali ratificati dallo stato italiano che sono richiamati in questo corso, di Regolamenti e Direttive UE, dal Codice civile e dal Codice del consumo.

In particolare, il codice civile sarà di volta in volta richiamato in riferimento alle regole del codice del consumo incardinate nella Parte III relativa al rapporto di consumo.

Nella trattazione dei vari argomenti saranno richiamate ed, in parte, brevemente trattate alcune leggi collegate come:

- il d. lgs. 31 marzo 1998, n. 114, Riforma della disciplina relativa al settore del commercio;

-il d lgs. 2 agosto 2007, n. 145 sulla Pubblicità ingannevole;

- il d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali;

-il Regolamento UE 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati);

-il Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno;

-il Regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori,

- il Reg. UE 2018/775 sulla origine dell'ingrediente primario, ecc...

A tali fonti saranno riservati minimi od ampi cenni, in corso di lezione, a seconda del grado di interazione con l'argomento trattato.

Il codice del consumo

A fronte della torrenziale produzione europea di direttive volte alla tutela del consumatore, recepite dallo stato italiano con innumerevoli provvedimenti che creavano un quadro giuridico di non facile lettura sia per gli operatori del settore che per gli stessi consumatori, il Governo italiano ha emanato, su delega del Parlamento (l. 29 luglio 2003, n. 229, art. 7), il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, con la denominazione di codice del consumo (pubblicato nella G.U. dell'8 ottobre 2005 ed

entrato in vigore il 24 ottobre dello stesso anno) e la finalità, espressa dall'art. 1: di "armonizzazione e sistemazione della materia per garantire un elevato livello di tutela del consumatore".

La Relazione illustrativa ribadisce che "obiettivo primario del lavoro di redazione è stato quello di riorganizzare in modo sistematico le numerose leggi..." in materia.

La scelta del modello codicistico è stata effettuata prendendo spunto dal modello francese (*Code de la consommation*), la legge generale sulla difesa dei consumatori spagnola del 1984 ed il progetto di codice belga.

L'opera di codificazione si inserisce nel processo di riorganizzazione giuridica che ha condotto i Governi precedenti ad emanare diversi codici e testi unici tra i quali: il t.u. dell'edilizia (d.P.R. n. 380/2001), il codice in materia di protezione dei dati personali (d. lgs. n. 196/2003), il codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259/2003), il codice delle assicurazioni private (d. lgs. n. 209/2005), quello della amministrazione digitale (d. lgs. n. 82/2005), proseguendo con il codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006) ed il codice del turismo (d. lgs. n. 79/2011).

La nozione di codice per queste opere di riorganizzazione settoriale, così come per il codice del consumo, assume, tuttavia, un nuovo significato non indicando più lo strumento per la sistemazione organica di un settore vasto della normativa esistente ma di un suo settore specifico. Si può, pertanto, parlare di una nuova fase di codificazione.

Il lavoro preparatorio di redazione è stato svolto da una Commissione di studio, istituita con d. M. 23 dicembre 2002, presieduta dal Prof. G. Alpa, un ruolo determinante nella stesura definitiva è attribuibile al Consiglio di Stato che, nel parere reso il 20 dicembre 2004, pur condividendo il lavoro svolto dalla Commissione ha suggerito di inserire nel codice la normativa sulle clausole abusive nei contratti del consumatore (art. 1469-bis/sexies) e sulla vendita dei beni di consumo (1519-bis/nonies) ricomprese nel codice civile. L'inserimento di tali disposizioni nel codice del consumo, le prime collocate all'interno della parte III (rapporto di consumo), le seconde nella parte IV (sicurezza e qualità) ha reso più completo il testo.

Nel codice civile è rimasta la sola norma di raccordo dell'art. 1469-bis.

Il codice del consumo riunisce in un solo testo le disposizioni di 21 provvedimenti (4 leggi, 2 d.P.R., 14 d. lgs. e 1 regolamento di attuazione), sintetizzando originariamente in soli 146 articoli il contenuto di 558 norme.

Esso si divide in 6 parti, articolate in titoli, capi e sezioni, ognuna corrispondente ad una fase che caratterizza il rapporto di consumo, cioè:

-disposizioni generali (artt.1-3), indicanti le finalità del codice e fornenti le definizioni;

-educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità (artt. 4-32), riguardanti tutte le attività che, ancor prima delle informazioni precontrattuali, pongono il consumatore in condizione di approcciarsi correttamente alla contrattazione.

-Il rapporto di consumo (art. 33-101), contenente alcune regole trasversalmente applicabili a tutti i contratti ed alcune solo a particolari tipologie;

-sicurezza e qualità (art. 102-135). Sono raccolte e coordinate le norme in tema di responsabilità per prodotti difettosi, certificazione di qualità, garanzia legale di conformità e garanzia per i beni di consumo;

-Associazioni dei consumatori ed accesso alla giustizia (art. 136-141);

-disposizioni finali (art. 142-146).

Il testo in commento è stato oggetto di successivi interventi:

a) rettifiche ad opera dell'art. 31-bis d. l. 30-12-2005, n. 203, conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51;

-le modifiche:

a) apportate dall'art. 19 della l. 6 febbraio 2007, n. 13 (disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee, Legge comunitaria 2006);

b) operate dagli artt. 1/2 del d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146 (attuazione della Dir. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, che modifica le Dir. 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE ed il Regolamento n. 2006/2004 CE);

c) ad opera del d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, tra le quali l'introduzione degli artt. 67-bis e ss.;

d) apportate dall'art. 2, commi 445, 446, 447, 448 e 449 della legge 24-12-2007, n. 244 recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale dello stato (legge finanziaria 2008) finalizzate all'introduzione dell'azione risarcitoria collettiva. L'art. 49 della l. 23 luglio 2009, n. 99 l'ha sostituita con l'azione di classe;

e) operate dall'art. 44, comma decimo, della l. 27 febbraio 2009, n. 14;

f) attribuibili all'art. 15 della l. 18 giugno 2009, n. 69;

g) apportate dall'art. 22 della l. 7 luglio 2009, n. 88;

h) operanti in base all'art. 22 della l. 23 luglio 2009, n. 99;

i) attribuibili all'art. 20-bis della l. 20 novembre 2009, n. 166 (conv. in legge del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, aggiunto in sede di conversione);

l) apportate dall'art. 2 del d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141;

m) operate dall'art. 2 del d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79;

n) attribuibili all'art. 5 della l. 15 dicembre 2011, n. 217;

o) apportate dagli artt. 5, 6, 7 del d.l. 24 gennaio 2012 n.1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27;

p) inserite ad opera del d. lgs. 21 febbraio 2014 n. 21

.....

Di seguito sono riassunte le principali caratteristiche del codice del consumo:

-la riunificazione ed organizzazione delle norme di settore le rende più comprensibili ed accessibili al cittadino ed all'imprenditore, garantendo il principio di certezza del diritto. La realizzazione del codice ottiene anche la massima armonizzazione del diritto interno con quello comunitario.

-La redazione delle norme è ispirata agli studi che, in diverse aree disciplinari (psicologia economica, finanza comportamentale, tecniche di mercato), sono stati condotti per descrivere ed interpretare gli effettivi scostamenti tra la condizione

ideale, postulata dai modelli microeconomici classici e neoclassici, e quella effettiva, riscontrabile nelle moderne economie di mercato. La suddivisione in fasi del processo di consumo è tesa a garantire anche la tutela preventiva del consumatore.

-Nel lavoro di armonizzazione della normativa esistente la stessa è stata puntualmente ripresa; le modifiche introdotte sono essenzialmente dettate da esigenze di coordinamento o di aggiornamento rispetto a normative o problematiche sopravvenute. Restano, pertanto, insoluti alcuni interventi che sarebbero stati necessari per correggere le disarmonie derivanti dal sovrapporsi, nel tempo, di interventi settoriali.

Criticabile è, invece, la promulgazione del codice preceduta, di poco, dalla promulgazione di un'altra legge a tutela del consumatore, il d. lgs. 19 agosto 2005, n. 190 in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, della quale non si è, inizialmente, tenuto in alcun conto.

-La nozione di consumatore, presente nell'art. 3, comma 1, lett. a), cod. cons., ha il pregio di uniformare le variegate definizioni presenti nelle discipline di settore.

-E' stato inizialmente unificato a 10 giorni il termine per l'esercizio del diritto di recesso per le vendite porta a porta ed i contratti a distanza (art. 64 cod. cons., previgente versione), nonché per i contratti di multiproprietà (art. 73 e 75 cod. cons.), successivamente divenuto di 14 giorni.

-Ai fini della osservanza delle norme ivi inserite il codice predispone un apparato sanzionatorio amministrativo (affidato agli organi di polizia amministrativa e le autorità di settore), contrattuale ed, infine, sancisce, con la comminatoria della nullità relativa, la inderogabilità dei diritti del consumatore nell'art. 143 cod. cons.

-Una parte significativa è destinata alla risoluzione alternativa delle controversie (ADR) in linea con la tendenza, tracciata a livello comunitario, presso organi stragiudiziali dotati di particolari competenze conciliative, non solo Camere di Commercio. Il consumatore non può essere privato, in nessun caso, del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura conciliativa (art. 141, comma 4, cod. cons.).

A fini orientativi si propone una lettura rapida del codice del consumo.

L'art. 1 riproduce parte del comma 1 dell'art. 1 della l. n. 281/98, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, integrato con un opportuno riferimento alla Costituzione ed all'art. 153 del Trattato CE. Attualmente il richiamo all'art. 153 del Trattato CE va riferito all' art. 169 del Trattato sul Funzionamento della Unione Europea. Il richiamo alla Costituzione permette di sottolineare come la disciplina consumeristica rimandi a quella costituzionale in tema di diritti della persona.

L'art. 2 riproduce la restante parte del comma 1 dell'art. 1 l. n. 281/98, esso contiene l'elencazione dei diritti fondamentali dei consumatori.

L'art. 3 contiene le definizioni fondamentali.

L'art. 4 introduce la parte destinata alla educazione, informazione, pratiche commerciali e pubblicità con una norma introduttiva.

Gli artt. 5-12 riproducono le disposizioni contenute nella l. 10 aprile 1991, n. 126 (norme per l'informazione al consumatore) modificata dalla l. 22 febbraio 1994, n. 146.

Gli artt. 13-17 riproducono gli artt. 1-5 del d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 84, in attuazione della Dir. 98/6/CE, sull'indicazione dei prezzi per unità di misura.

Gli artt. 18/27-quater, inseriti nel Titolo III della Parte II, dispongono in merito alle pratiche, commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali e sono stati di recente modificati per effetto del d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146 in attuazione della Dir. 2005/29/CE attinente alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

Gli artt. 28-32 dettano regole in tema di televendite e costituiscono, al contempo, norme di coordinamento (gli artt. 30-31 riproducono commi diversi dell'art. 3-bis della l. 30 aprile 1998, n. 122, in tema di programmazione ed interruzione di pubblicità televisive).

Gli artt. 33/37-bis riproducono, tranne l'ultimo, gli abrogati artt. 1469 bis- sexies del codice civile.

L'art. 38 contiene una norma di coordinamento.

L'art. 39 introduce regole generali nelle attività commerciali.

Gli artt. 40-42, prima attinenti al credito al consumo, sono stati abrogati dal d. lgs. 2010, n. 141.

L'art. 43 è norma di rinvio al t.u. bancario (artt. 121 ss.).

L'art. 44 rimanda alle regole previste dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 sulla riforma del commercio per l'esercizio dell'attività commerciale

Gli artt. 45-67, inseriti dal d. lgs. 21 febbraio 2014 n. 21 in recepimento della Dir. 2011/83/UE, innestano nel libro III, Titolo III il nuovo Capo I, Dei diritti dei consumatori nei contratti, riferito "a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore, inclusi i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale" con norme particolari riservate ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali ed a distanza.

Gli artt. 67-bis e ss. riproducono il d. lgs. n. 190/2005 in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari.

L'art. 68 considera applicabile ai contratti a distanza realizzati per via elettronica il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (recepimento della Dir. 00/31/CE) in materia di servizi della società dell'informazione.

Gli artt. 69-81 disciplinano i contratti di multiproprietà, relativi a prodotti per le vacanze di lungo termine, di rivendita e di scambio in base alle nuove disposizioni introdotte con il d. lgs. n. 79/2011, attuazione della Dir. 2008/122/CE.

Gli artt. 82-100, riproducenti, con modifiche, le disposizioni già contenute nel d. lgs. 17 marzo 1995, n. 111) concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", sono stati abrogati dal d. lgs. n. 79/2011, ovvero il *Codice del turismo* (v. ora artt. 32 ss. di questo decreto).

L'art. 101, attinente ai servizi pubblici, è norma di rinvio.

Gli artt. 102-112 ripropongono le disposizioni contenute nel d. lgs. 21 maggio 2004, n. 172 in materia di sicurezza generale dei prodotti, con alcune modifiche.

L'art. 113 è norma di rinvio.

Gli artt. 114-127 riproducono le norme del d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, come modificato dal d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 25 in tema di responsabilità per prodotti difettosi.

Gli artt. 128-135 riproducono gli artt. 1519-*bis/nonies* del codice civile.

L'art. 136 ripropone l'art. 4 della l. n. 281 del 1998, come succ. mod.

L'art. 137 ripropone l'art. 5 della l. n. 281/1998, come succ. mod., con alcune modifiche.

L'art. 138 riproduce l'art. 6 della l. n. 281/1998 come succ. mod.

L'art. 139 recepisce una parte dell'art. 3 della l. n. 281/1998, come succ. mod.

L'art. 140 riproduce una parte dell'art. 3 della l. n. 281/1998, con alcune modifiche.

L'art. 140-bis introduce nell'ordinamento l'azione di classe.

L'art. 141 contiene norme in materia di composizione extragiudiziale delle controversie.

L'art. 142 è norma di coordinamento

L'art. 143 riunisce in una unica disposizione una norma presente in diverse disposizioni di legge, sancendo l'inderogabilità della disciplina contenuta nel codice del consumo.

L'art. 144 descrive un meccanismo di aggiornamento delle norme per disciplinare le modalità di futura modifica del codice.

L'art. 144-bis determina organi e competenze ai fini della cooperazione tra autorità nazionali in materia di tutela del consumatore.

L'art. 145 contiene una norma di salvaguardia delle regioni e province autonome.

L'art. 146 contiene l'elenco delle leggi abrogate.

Seguono:

-l'allegato I, (Informazioni relative all'esercizio del diritto di recesso. A. Istruzioni tipo sul recesso ai sensi dell'art. 49, comma quarto; B. Modulo di recesso tipo ai sensi dell'art. 49, comma primo, lett. h);

-l'allegato II (Procedure per l'applicazione del Rapex delle linee guida per le notifiche),

-l'allegato II-bis (formulario informativo per i contratti di multiproprietà),

-l'allegato II-ter (formulario informativo per i contratti relativi a prodotti per le vacanze di lungo termine),

-l'allegato II-quater (formulario informativo per i contratti di rivendita),

-l'allegato II-quinquies (formulario informativo per i contratti di scambio),

-l'allegato II-sexies, formulario separato per facilitare il diritto di recesso.

Parte I: artt. 1-3 del codice del consumo (D. Mastrorilli)

L'art. 1 cod. cons. riproduce parte del comma 1 dell'art. 1 della l. n. 281/98, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, integrato con un opportuno riferimento alla Costituzione ed all'art. 153 del Trattato CE.

Il riferimento all'art. 153 del Trattato CE consente di assumere la fonte suprema comunitaria a principio informatore di tutta la disciplina in materia di tutela dei consumatori ma, attualmente, il richiamo è da riferirsi all'art. 169 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea (Titolo XV, Protezione dei consumatori).

Esso prevede, al primo comma, che “Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”. E che, ai sensi del quarto comma “Le misure adottate a norma del paragrafo 3 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con i trattati”.

Il richiamo alla Costituzione permette di sottolineare come la disciplina consumeristica rimandi a quella costituzionale in tema di diritti della persona.

La norma prosegue spiegando la finalità del Codice del Consumo: armonizzare e riordinare le normative concernenti i processi di acquisto e consumo.

L'armonizzazione presuppone il coordinamento, sia di forma che di contenuto, delle leggi riguardanti un particolare settore, nel caso di specie le disposizioni esistenti nel settore della tutela dei consumatori, eliminando le divergenze e cercando di raggiungere una coerenza logica e sistematica.

Con l'espressione “processi di acquisto e di consumo”, il Codice fa riferimento a tutte le fasi che ruotano intorno alla conclusione del contratto, da quella antecedente (pubblicità, informazione...) a quella successiva (recesso, garanzie e rimedi).

L'art. 2 cod. cons., riprodotto la restante parte del comma 1 dell'art. 1 l. n. 281/98, afferma che sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti.

E' da ricordare che, prima dell'entrata in vigore della l. n. 281/98, i consumatori risultavano, eccettuato il diritto alla salute, riconosciuto costituzionalmente dall'art. 32, solo titolari di semplici interessi diffusi (caratterizzati per appartenere ad una pluralità di soggetti, i quali si trasformano in collettivi quando comuni ad un gruppo omogeneo e vi è un organismo rappresentativo degli stessi). In realtà anche il diritto alla informazione corretta trova un referente costituzionale nell'art. 21 e la sicurezza nell'art. 41, comma secondo.

Il codice del consumo individua azioni mediante le quali i diritti riconosciuti ai cittadini in maniera formale abbiano un riconoscimento reale. Così la seconda parte del primo comma dell'art. 2 cod. cons. afferma che, di tali diritti ed interessi, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale anche in forma collettiva e associativa e che sono favorite le “iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la

disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni”.

La tutela in sede nazionale e comunitaria di tali diritti ed interessi viene assicurata dall'applicazione degli articoli 139-141 del codice del consumo, dedicati all'accesso alla giustizia.

Il secondo comma dell'art. 2 cod. cons. contiene l'elencazione dei diritti fondamentali dei consumatori, ovvero:

- a) la tutela della salute,
- b) la sicurezza e qualità dei prodotti e servizi,
- c) una adeguata informazione ed una corretta pubblicità,
- c-bis) l'esercizio di pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà,
- d) l'educazione al consumo,
- e) la correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali,
- f) la promozione e lo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti,
- g) l'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza.

Quanto al:

-diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., è diritto fondamentale, primario e assoluto, assorbente non solo il diritto all'integrità psico-fisica del soggetto ma, in una prospettiva più ampia, anche il diritto ad un ambiente sano;

-diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi, ad esso è specificatamente riservata la Parte IV del codice del consumo, nella sezione dedicata alla sicurezza dei prodotti, alla responsabilità del produttore ed alle garanzie legali di conformità cui si rinvia per un dettagliato commento;

- diritto ad una adeguata informazione ed una corretta pubblicità, è disciplinato in maniera specifica nella Parte II, nella sezione dedicata all'informazione ai consumatori, alla pubblicità ed alle pratiche commerciali. L'attenzione del legislatore italiano per la tutela giuridica del consumatore è stata, negli anni passati, rivolta principalmente alla disparità informativa tra contraenti ed all'essere destinatario di clausole unilateralmente predisposte tralasciando la fase prodromica della pubblicità e delle comunicazioni destinate ai consumatori. Queste ultime sono state, invece, prima oggetto della Dir. 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole e, successivamente, della Dir. 2005/29/CE (modificante la precedente) recepita con il d. lgs. 2 agosto 2007, n. 145, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa; nonché del d. lg. 2 agosto 2007 n. 146 (in attuazione della dir.2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004).

- Richiamo ai basilari principi di buona fede, correttezza e lealtà, se ne rammenta l'importanza per l'esercizio di qualsivoglia attività d'impresa;

- diritto all'educazione al consumo, trattasi di un processo mediante il quale è possibile migliorare la capacità del consumatore di valutare le scelte di consumo rendendolo non più oggetto, ma soggetto del mercato;
- diritto alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, è oggetto della Parte V del codice del consumo relativo alle associazioni rappresentative dei consumatori a livello nazionale;
- diritto all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza, è correlato al rispetto dei principi di efficacia, efficienza, economicità e qualità della P.A. L'art. 101 del codice del consumo, cui si rinvia, denominato "Servizi pubblici" e delinea i criteri comportamentali.

La prassi definitoria è particolarmente diffusa nella produzione normativa della UE in quanto, dovendo essa essere applicata in paesi diversi, si avverte in modo particolare l'esigenza di chiarezza ed univocità terminologica. Al metodo delle definizioni introduttive non rinuncia il codice del consumo, riorganizzando regole di derivazione comunitaria. Così l'art. 3 contiene le definizioni fondamentali del codice, integrabili da altre disposizioni in base all'inciso contenuto nel primo comma "Ai fini del presente codice, ove non diversamente disposto, si intende per..."

Per esempio, l'art. 5, comma 1, cod. cons. ritiene consumatore anche il destinatario di informazioni commerciali, connaturandone lo status in una fase anteriore a quella contrattuale per estenderne la tutela. Questo ampliamento è la conseguenza del riconoscimento, tra i diritti del consumatore, di quello ad una adeguata informazione ed a una corretta pubblicità. Si veda, inoltre, l'art. 18, comma primo, lett. a) cod. cons.

L'art. 3, comma primo, lett. a), cod. cons., definisce consumatore o utente "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta", definizione parzialmente ripresa dall'art. 1469-bis c.c. prima della sua abrogazione (v. ora art. 33 cod. cons).

L'aggettivo estraneo sembra rispondere ad una esigenza di maggiore chiarezza rispetto a quanto previsto nella l. n. 281/98 che attribuiva tale qualifica alle "persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta".

Malgrado ciò la nozione ha ricevuto le critiche di parte della dottrina in quanto la netta contrapposizione tra fini estranei e fini inerenti è antitetica a ciò che avviene normalmente nella realtà economica e sociale e distante dai provvedimenti della Unione europea più recenti nei quali si individua una nozione di consumatore più "morbida", come, per esempio nella Dir. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali nei rapporti con i consumatori, nella quale questi sono definiti come "la persona fisica che...agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale..." (art. 2, lett. a).

Una definizione più elastica avrebbe consentito, dunque, di spostare l'indagine sugli scopi soggettivamente perseguiti dall'agente nel compiere l'atto mentre oggi la

giurisprudenza incentra l'analisi sulle caratteristiche oggettive della operazione economica compiuta dall'agente e dal ruolo da questi rivestito.

L'Italia ha conservato anche la originaria definizione più rigida anche dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 21 del 2014, in recepimento della Dir. 2011/83/UE sui diritti del consumatore.

La norma ha una qualificazione in positivo ed una in negativo.

In positivo il consumatore è una persona fisica.

Negativamente il consumatore è tale quando agisce per scopi personali o familiari, estranei, appunto, "all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta".

In passato si era cercato di estendere la nozione di consumatore *anche ai piccoli imprenditori ed agli artigiani* ritenendo la stessa discriminatoria ai sensi dell'art. 3 della Costituzione. Il dibattito giurisprudenziale si era svolto intorno alla interpretazione dell'art. 1469-bis, originaria formulazione, del codice civile ("...il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta) e nel d. lgs. n. 50/92.

La Corte Costituzionale si è espressa il 22 novembre 2002 (sent. n. 469, in Giur. cost., 2002, p. 6 ss.) ritenendo non sussistente alcuna violazione di precetti costituzionali e ritenendo perciò legittima la inestensibilità della nozione al professionista ed alle piccole imprese, in particolare artigiane.

A fronte di tali pronunciamenti la definizione di consumatore contenuta nell'art. 3 del cod. cons. è stata integrata con l'inciso "commerciale ed artigianale", ad opera del d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

Secondo l'art. 3, primo comma, lett. b) cod. cons., che riprende quanto già stabilito dall'art. 2, lett. b) della legge sui diritti dei consumatori e degli utenti, la l. n. 281 del 1998, sono associazioni dei consumatori ed utenti le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti. Il riferimento al termine formazioni sociali riprende l'art. 2 della Costituzione secondo cui il riconoscimento e la garanzia del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo è da riferirsi sia alle persone fisiche sia alle organizzazioni all'interno delle quali esso svolge la sua personalità.

La richiesta di scopo statutario esclusivo esclude dal novero delle stesse sia le associazioni a scopo promiscuo o aventi prevalente altra attività, come partiti politici, sindacati ecc., sia attività a scopo lucrativo come le cooperative di consumo.

L'art. 3, comma primo, lett. c) cod. cons., attribuisce la qualifica di professionista alla "persona fisica o giuridica che agisce nell'ambito della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario" (affine a quella contenuta nell'abrogato art. 1469-bis c.c. per il quale era professionista "...la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma.").

La definizione, contenuta nell'art. 3 cod. cons., è estesa a qualsiasi operatore economico, sia che eserciti la propria attività in forma individuale che collettiva, sia

esso una persona giuridica pubblica che privata. Ma il termine persona giuridica deve essere inteso atecnicamente come riferito a qualsiasi ente, indipendentemente dall'essere o meno riconosciuto. Devono, pertanto, ritenersi ricompresi quegli enti senza scopo di lucro che, per il perseguimento dei fini sociali, svolgano anche attività d'impresa; nonché i prestatori d'opera manuale, gli imprenditori agricoli, i piccoli commercianti, gli artigiani, i prestatori d'opera intellettuale.

Quanto all'estensibilità della nozione di professionista ai soggetti pubblici il Tribunale di Palermo 4 luglio 2000 (in Danno e resp., 2001, p. 181 ss.) ha precisato che: "la nozione di professionista, di cui all'art. 1469-bis c.c., include anche il soggetto pubblico che operi con modalità tali da non coprire i costi di gestione con i ricavi delle proprie prestazioni, purché svolga una attività economica in forma stabile e duratura." (ente pubblico che non opera con criteri di economicità).

Infine, per chiarire l'inciso "ovvero un suo intermediario" si faccia riferimento a quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa definendolo "persona che agisce in nome e per conto del fabbricante del bene o del fornitore del servizio" (così Consiglio di Stato, parere 20 dicembre 2004, punto 8,3).

Per l'art. 3, primo comma, lett. d) cod. cons. è produttore, ad eccezione di quanto disposto negli artt. 103, comma primo, lett. d) e nell'articolo 115, comma 1 (rispettivamente in materia di sicurezza dei prodotti e di responsabilità del produttore) "il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo".

Nella definizione rientra sia il produttore persona fisica che giuridica, sia l'agricoltore, l'allevatore, il pescatore e cacciatore nonché il produttore di componenti del prodotto finito e della materia prima.

Quanto alle nozioni di bene e di servizi:

-per la prima possiamo fare riferimento all'art. 810 del codice civile per il quale "Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti" e, per quanto attiene alle distinzioni, all'art. 812 c.c., precisante che "Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo.

Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo o sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione.

Sono mobili tutti gli altri beni".

-Per la nozione di servizi il riferimento è all'art. 8, primo comma lett. a) del d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione della dir. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno) ovvero "qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione..." con esclusione dei servizi non economici.

INTEGRARE

L'art. 3, comma primo lett. e), cod. cons., riprendendo la definizione contenuta nell'art. 2, comma primo, lett. a) del d. lgs. n. 172/2004 in materia di sicurezza generale dei prodotti, attribuisce la qualificazione di prodotto, ad eccezione di quanto stabilito nell'articolo 115, comma primo, cod. cons. (in materia di responsabilità dai prodotti difettosi) a “qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo; tale definizione non si applica ai prodotti usati, forniti come pezzi d'antiquariato, o come prodotti da riparare o da rimettere a nuovo prima dell'utilizzazione, purché il fornitore ne informi per iscritto la persona cui fornisce il prodotto”.

Trattasi di beni di qualsiasi natura, sia mobili che immobili.

In chiusura la definizione di codice del consumo come “il presente decreto legislativo di riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela del consumatore”.

Parte II: gli artt. 4-5 del codice del consumo

L'art. 4 introduce la parte destinata alla educazione, informazione, pratiche commerciali e pubblicità con una norma attinente al profilo della educazione del consumatore, suo diritto fondamentale.

Ciò costituisce espressione della tutela preventiva del consumatore, anticipata ad una fase prodromica alla transazione commerciale, che si aggiunge agli obblighi informativi precontrattuali imposti al professionista per particolari modalità contrattuali, al riconoscimento del diritto di recesso, ai meccanismi di difesa nel caso di danno subito tra cui la possibilità di composizione extragiudiziale delle controversie.

Per educazione al consumo, orientata a favorire la consapevolezza dei propri diritti ed interessi, allo sviluppo dei rapporti associativi, alla partecipazione ai procedimenti amministrativi nonché alla rappresentanza negli organismi esponenziali, si intende la comprensione dei meccanismi del mercato, la capacità di scegliere in base ai propri bisogni beni e servizi. Per fare ciò i consumatori devono possedere gli strumenti per comprendere i valori legati al consumo

A tal fine il secondo comma dell'art. 4 cod. cons. rammenta ai soggetti pubblici o privati che svolgono attività di educazione al consumo che essa non ha finalità promozionale ma è solo diretta ad esplicitare le caratteristiche dei beni e servizi offerti, a rendere chiaramente percepibili benefici e costi con particolare attenzione alle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili. Questi ultimi sono sicuramente i bambini, soggetti più colpiti da certe comunicazioni pubblicitarie, gli adolescenti e gli anziani.

Da anni, sia in ambito europeo che in Italia, si è compresa l'importanza dell'educazione, quale strumento primario per la protezione dei diritti dei consumatori, e sono state previste iniziative, quale quella realizzata dalla

Commissione Europea attraverso il sito internet dedicato all'educazione dei consumatori: www.dolceta.eu. avente una sezione riservata agli insegnanti di istituti superiori che volessero svilupparne le tematiche con gli studenti ed una riservata ai consumatori divisa in sottosettori (p.e. contratti per la fornitura di energia, di servizi di telefonia o finanziari).

Lo stesso, è stato sostituito prima, dalla istituzione, il 15 marzo 2013, della Giornata europea del consumatore, dal sito Consumer Classroom, portale europeo per la promozione dell'educazione al consumo tra gli studenti delle scuole secondarie europee, finanziato dalla Direzione Generale Salute e Consumo (DG SANCO) della Commissione Europea e, dal 2014, dal sito ECU, European Consumers Union, che contiene approfondimenti tematici divulgativi, tra cui lo spazio dedicato a questi ultimi, offrendo strumenti multimediali e risorse didattiche utili ai docenti per rendere più semplice e accessibile l'educazione al consumo.

Nel nostro paese la educazione ed informazione dei consumatori è perseguita dal Ministero dello Sviluppo Economico, all'interno del quale si colloca il Consiglio nazionale dei Consumatori e degli Utenti (C.N.C.U.), organismo che si occupa di coordinare le iniziative ed i progetti sulla tutela dei consumatori sul territorio italiano.

A partire dal 2001, il Governo Italiano ha scelto di destinare il denaro derivante dalle sanzioni irrogate dall'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) ad iniziative a vantaggio dei consumatori. Queste risorse vengono, in parte gestite direttamente a livello nazionale dal C.N.C.U. e, per il resto, assegnate alle Regioni per realizzare iniziative che rispondano alle esigenze del territorio, attraverso dei Programmi Generali di intervento che coinvolgono la pubblica amministrazione e le associazioni dei consumatori.

Le iniziative attengono:

- alla promozione della conoscenza dei diritti dei consumatori nei Paesi europei;
- alla predisposizione di campagne di informazione sulla normativa comunitaria;
- al finanziamento di progetti proposti dalle associazioni dei consumatori.

All'interno del Titolo II (Informazioni ai consumatori) della Parte II del codice del consumo, riservata alla "Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità, il Capo I ("Disposizioni Generali") contiene l'art. 5 rubricato "Obblighi generali"

Gli obblighi di informazione hanno rilevanza centrale per la tutela del consumatore dalla fase antecedente alla stipulazione del contratto fino a quella della sua esecuzione, ne deriva la predisposizione di tale articolo introduttivo.

L'articolo 5 afferma che "Fatto salvo quanto disposto dall'art. 3, comma 1, lett. a) ai fini del presente titolo si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali". Con questa espressione si intendono tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni o servizi, ma anche l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che esercita un'attività industriale o artigianale o una libera professione. Questa previsione allargata va ad inglobare il professionista che compie atti di consumo, strumentali o connessi alla sua attività.

Gli obblighi informativi a carico del professionista non sono specificati, lo saranno nelle norme successive, e vertono sulla sicurezza, composizione e qualità dei beni e servizi offerti. Essi, indipendentemente dalla circostanza che derivino direttamente dal professionista o da un suo intermediario, devono:

-essere conformi alla tecnica utilizzate per diffondere le informazioni,
-espressi in modo chiaro e comprensibile per un consumatore medio cioè completi, comprensibili e non fuorvianti, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del contratto. A tal proposito è stato, segnalato dalla dottrina che, nell'art. 5 cod. cons., è superato il principio della conoscibilità delle informazioni a favore della conoscenza, non è, cioè, sufficiente che il consumatore possa accedere alle informazioni, ma è necessario che il professionista le metta a sua disposizione in modo chiaro e comprensibile.

-Tali da assicurare la consapevolezza del consumatore.

Questi, attraverso il messaggio pubblicitario, deve essere in grado di riconoscere le caratteristiche del prodotto o del servizio offerto ed il suo prezzo, operare una scelta consapevole tra prodotti concorrenti, utilizzare quanto acquistato con sicurezza ed in modo soddisfacente e deve poter ricevere tutela dei propri diritti in caso di danno derivante dall'acquisto del prodotto o del servizio. La pubblicità deve essere corretta anche quale mezzo di comunicazione, quindi non solo non può essere ingannevole o fuorviante, ma deve essere corretta anche la modalità di diffusione del messaggio.

Artt. 6-17 cod. cons. (da Il codice del consumo commentato, a cura di a cura di Maria Castri e Alessandro Palmigiano, per iniziativa delle Regioni Campania /Puglia/Sicilia (Presidenza) consultabile su <http://www.ioconsumatore.eu/>). **N.B:** *Tutte le parti in corsivo sono invece attribuibili a D. Mastrorilli.*

Il Capo II della Parte II del codice del consumo, denominato "Indicazione dei prodotti", contiene gli artt. da 6 a 12.

L' art. 6 cod. cons., rubricato "Contenuto minimo delle informazioni", stabilisce quali debbano essere le indicazioni minime e fondamentali riportate sui prodotti destinati al consumatore e messi in vendita sul territorio italiano, fornendogli così tutte le informazioni utili per poter valutare e scegliere in maniera consapevole. La assenza o la mancanza di chiarezza delle indicazioni puntualmente richieste, rende impossibile la vendita.

Gli elementi che devono essere specificati sono:

- la categoria di merce a cui appartiene il prodotto senza creare incertezze e fraintendimenti;
- il nome o la ragione sociale o il marchio e la sede legale del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione Europea.

Si tratta dei segni identificativi del produttore o importatore appartenente all'Unione Europea, i quali consentono, ad esempio, di contattarli in caso di reclami o azioni legali;

- il Paese di origine se situato fuori dall'Unione Europea (*Codice Doganale dell'Unione Europea, Regolamento (UE) n. 952/2013, di recente modificato dai Regolamenti (UE) 2019/474 del 19 marzo 2019 e 2019/632 del 17 aprile 2019*).

Se i prodotti non sono di origine italiana, ma riportano il marchio, il logo, o i dati del fabbricante o dell'importatore italiano, pur non sussistendo l'obbligo di indicare il paese di fabbricazione, è necessario accompagnare i prodotti con un'appendice informativa (cartellino o targhetta applicata, elementi amovibili) contenente una delle seguenti diciture:

-prodotto fabbricato in ...,

-prodotto fabbricato in Paesi extra UE,

-prodotto di provenienza extra UE,

-prodotto importato da Paesi extra UE,

-prodotto non fabbricato in Italia,

-prodotto importato da....(nome e sede dell'impresa).

- l'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente: il riferimento è alle sostanze o ai materiali pericolosi o fonti di rischio;

- i materiali impiegati ed i metodi di lavorazione ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto: il codice del consumo inserisce quindi tra gli obblighi informativi a favore del consumatore, le notizie sulla qualità del prodotto;

- le istruzioni, le eventuali precauzioni e la destinazione d'uso, ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto: la disposizione si preoccupa di assicurare l'utilizzo corretto e sicuro di un prodotto in sé non pericoloso. Per esempio, nel settore degli alimenti, tale obbligo viene rispettato con l'indicazione della data di scadenza.

Questi obblighi sono considerati degli standard generali, cioè sono richiesti per tutte quelle tipologie di prodotti per i quali non sono previste apposite disposizioni nazionali o comunitarie complementari o sostitutive.

L'articolo 6 del codice del consumo ha, quindi portata generale, per garantire una "trasparenza" minima a favore dei consumatori. *Questo significa che prevalgono, rispetto ad esso, ulteriori disposizioni più specifiche per categorie di prodotti previste dalla normativa nazionale od europea come indica l'art. 8 cod. cons.*

Un esempio è rappresentato dalla etichettatura dei prodotti alimentari, argomento successivamente analizzato.

L'art. 7 denominato Modalità di indicazione prevede che le informazioni previste dall'articolo 6 devono essere riportate, quando sia possibile (si pensi ai prodotti in scatola), direttamente sull'esterno delle confezioni, o su apposite etichette (quando si tratta di prodotti freschi che vengono confezionati in vari modi).

Per la definizione di etichetta si v., infra, sub etichettatura dei prodotti alimentari.

Le informazioni devono essere fornite al consumatore quando il prodotto viene messo in commercio: ciò significa che i prodotti importati in Italia con la confezione

predisposta nel Paese d'origine (e priva di requisiti previsti dal codice del consumo) devono essere adeguati quando giungono nella fase distributiva.

L'art. 9 cod. cons. pone il principio della necessità di utilizzare la lingua italiana per fornire le informazioni al consumatore. Si tratta di una regola che appare essenziale se si desidera offrire informazioni chiare e comprensibili.

Qualora tali informazioni siano fornite in più lingue, deve comunque essere presente la lingua italiana. Viene, altresì, stabilito che alla lingua italiana deve essere data visibilità e leggibilità almeno pari alle altre lingue. Si pensi, per esempio, alle istruzioni tecniche per l'utilizzo di un elettrodomestico.

È stato stabilito che è consentito utilizzare il termine inglese "computer" senza la traduzione in italiano (elaboratore elettronico), in quanto potrebbe avere l'effetto opposto di confondere il consumatore.

In base all' art. 10 cod. cons. (Attuazione) un decreto del Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per le Politiche comunitarie e della Giustizia, attua l'art. 6 assicurando, per prodotti provenienti dalla UE, una commercializzazione compatibile con le regole europee e precisando quali sono le categorie di prodotti e le modalità di presentazione degli stessi esclusi dall'osservanza delle previsioni di cui alle lett. a) e b), dell'art. 6. Fissa, inoltre, "...i casi in cui sarà consentito riportare in lingua originaria alcuni dati contenuti nelle indicazioni di cui all'articolo 6".

Per l'art. 11 del cod. cons. (divieto di commercializzazione), vige il divieto di commercio sul territorio nazionale di qualsiasi prodotto o confezione di prodotto che non riporti, in forme chiaramente visibili e leggibili, le indicazioni di cui agli articoli 6, 7 e 9 del presente capo.

L'obbligo delle indicazioni sul prodotto riguarda l'ultima fase della distribuzione, cioè quando il prodotto viene messo a disposizione del consumatore. L'articolo 11 quindi si rivolge al rivenditore al dettaglio, cioè al negoziante o venditore che ha un rapporto diretto con il consumatore-acquirente. È a lui che viene vietato di mettere sul mercato prodotti che non riportano indicazioni ed è lui che può essere sanzionato. È evidente che, nel caso in cui il prodotto sia confezionato all'origine, e che, pertanto, potrà essere aperto solo dal consumatore, il rivenditore può limitarsi ad un mero controllo formale ed esterno delle indicazioni sulla confezione. Si pensi, per esempio, alle scatolette sigillate.

Secondo l'art. 12 cod. cons. (sanzioni) " . Fatto salvo quanto previsto nella parte IV, titolo II, e salvo che il fatto costituisca reato, per quanto attiene alle responsabilità del produttore, ai contravventori al divieto di cui all'articolo 11 si applica una sanzione amministrativa da 516 euro a 25.823 euro. La misura della sanzione è determinata, in ogni singolo caso, facendo riferimento al prezzo di listino di ciascun prodotto ed al numero delle unità poste in vendita.

Le sanzioni sono applicate ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689".

Dal tenore della norma ne consegue che l'autorità preposta ad accertare l'infrazione è la amministrativa e giudiziaria, mentre la Camera di Commercio della

Provincia in cui ha la residenza o la sede legale il rivenditore si occupa di irrogare la sanzione.

INSERIRE cenni l. 1981 n. 689

LA ETICHETTATURA DEI PRODOTTI ALIMENTARI

L'etichettatura rappresenta un importante strumento di informazione sulle caratteristiche dei prodotti alimentari.

Diversi provvedimenti legislativi hanno regolamentato l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari.

In Italia, la legge base era rappresentata dal d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 109 (Attuazione delle direttive n. 89/395/CEE e n. 89/396/CEE concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari) il cui art. 1 definiva l'etichetta di un alimento come "l'insieme delle menzioni, delle indicazioni, delle immagini o dei simboli che si riferiscono al prodotto alimentare e che figurano direttamente sull'imballaggio o su un'etichetta appostavi o sul dispositivo di chiusura o su cartelli, anelli o fascette legati al prodotto medesimo od, in mancanza, in conformità a quanto stabilito negli articoli 14, 16 e 17, sui documenti di accompagnamento del prodotto alimentare”.

Tale decreto:

- è stato più volte modificato. in seguito alla promulgazione di altri provvedimenti, tra cui il d. lgs. 23 giugno 2003, n. 181 (Attuazione della direttiva 2000/13/CE concernente l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità);

-ha integrato le proprie disposizioni con le regole introdotte dal Reg. UE 25 ottobre 2011 n. 1169, relativo alla “Fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori”;

-ed, infine, è stato abrogato dal d. lgs. 15 dicembre 2017, n. 231 (“Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del Reg. UE n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori e l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del medesimo Reg. UE n. 1169/2011 e della Dir. 2011/91/UE”).

Il Regolamento 1169/2011/UE è entrato in vigore il 13 dicembre 2014, ad esclusione di alcuni comparti per i quali è stato previsto un differimento:

-obbligo di indicazione della provenienza delle carni diverse da quelle bovine, a decorrere dall'aprile 2015;

- obbligo di dichiarazione nutrizionale a decorrere dal 13 dicembre 2016;

-requisiti specifici relativi alla designazione delle "carni macinate" a decorrere dal primo gennaio 2014;

-indicazione del luogo di provenienza della materia prima diverso dal luogo di fabbricazione del prodotto che, originariamente, si sarebbe dovuto applicare dal 19 aprile 2019 ed è slittata all'aprile del 2020.

Il provvedimento in parola ha la finalità di armonizzare le regole esistenti nei vari ordinamenti statuali stabilendo:

- i criteri per garantire ai consumatori un elevato livello di protezione in materia di informazioni sugli alimenti,
- tenendo conto delle differenze di percezione, delle loro esigenze in materia di informazione,
- garantendo al contempo il buon funzionamento del mercato interno.

Il Regolamento indica gli strumenti volti a garantire il diritto dei consumatori all'informazione e le procedure per la fornitura di informazioni sugli alimenti, applicandosi agli operatori del settore alimentare, compresi gli alimenti forniti dalle collettività e da imprese di trasporto, se il luogo di partenza è situato in Italia, in tutte le fasi della catena alimentare quando le loro attività riguardano la fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori.

Secondo l'art. 8 del Reg. n. 1169/2011, l'operatore del settore alimentare responsabile delle informazioni sugli alimenti è quello con il cui nome, ragione sociale è commercializzato il prodotto o, se non è stabilito nella Unione europea, l'importatore.

Le norme finora menzionate sono cogenti e di carattere orizzontale, pertanto hanno la caratteristica di essere applicate a tutte le tipologie di alimenti, ad eccezione dei comparti cui sono destinate regole specifiche.

I requisiti generali di informazione sono rappresentati:

- nell'art. 6: *“Qualunque alimento destinato al consumatore finale o alle collettività è accompagnato da informazioni conformi al presente regolamento”;*
- nell'art. 7: *“Le informazioni sugli alimenti non inducono in errore, in particolare*
 - a) per quanto riguarda le caratteristiche dell'alimento, in particolare, la natura, l'identità, le proprietà, la composizione, la quantità, la durata, il paese di origine o il luogo di provenienza, il metodo di fabbricazione o di produzione:*
 - b) attribuendo al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede;*
 - c) suggerendo che l'alimento possiede caratteristiche particolari, quando in realtà tutti gli alimenti analoghi possiedono le stesse caratteristiche, in particolare evidenziando in modo esplicito la presenza o l'assenza di determinati ingredienti e/o sostanze nutritive;*
 - d) suggerendo, tramite l'aspetto, la descrizione o le illustrazioni, la presenza di un particolare alimento o di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un diverso componente o un diverso ingrediente”.*

La nuova nozione di etichetta, importante strumento per la conoscenza del prodotto che si è in procinto di acquistare, offerta dall'art. 2 del Reg. n. 1169/2011, è la seguente: “qualunque marchio commerciale o di fabbrica, segno, immagine o altra rappresentazione grafica scritto, stampato, stampigliato, marchiato, impresso in rilievo o a impronta sull'imballaggio o sul contenitore di un alimento o che accompagna detto imballaggio o contenitore”.

Il marchio è qualsiasi segno rappresentato graficamente come parole, segnali o simili che si imprime su un prodotto o sua confezione per riconoscerlo e idonea a distinguerlo dai prodotti delle imprese concorrenti.

Il Regolamento fissa la dimensione minima dei caratteri tipografici delle etichette rapportati al volume dell'imballaggio (carattere pari o maggiore di 1,2 mm. Nelle confezioni più piccole il carattere maggiore o pari a 0,9 millimetri).

Le regole vigenti sono le seguenti:

1) sull'etichetta devono comparire la denominazione dell'alimento e tutti gli ingredienti che compongono il prodotto, ben individuabili ed elencati in ordine decrescente: al primo posto quello presente in quantità maggiore e via via fino a quello presente in quantità minore, in modo da dare un'idea chiara della composizione del prodotto.

La regola non si applica agli alimenti composti da un solo ingrediente, perché di immediata percezione: per esempio una confezione di latte.

La denominazione di vendita consiste in "una descrizione del prodotto accompagnata, se necessario, da informazioni sulla sua natura e utilizzazione, in modo da consentire all'acquirente di distinguerlo dai prodotti con i quali potrebbe essere confuso" (per esempio permette di distinguere il burro dalla margarina).

La "denominazione di vendita" deve anche riportare "una indicazione relativa allo stato fisico in cui si trova il prodotto alimentare o al trattamento specifico da esso subito (ad esempio: in polvere, concentrato, liofilizzato, surgelato, affumicato), se l'omissione di tale indicazione può creare confusione nell'acquirente".

2) Se, tra gli ingredienti compaiono sostanze che procurano allergie o intolleranze devono essere segnalate (glutine, sedano, crostacei, arachidi, frutta a guscio, uova, soia, latte e prodotti a base di latte).

Anche mense, ristoranti, bar che somministrano cibi e bevande devono comunicare opportunamente gli allergeni attraverso lavagne, cartelli, menu visibili alla clientela.

3) L'etichetta deve riportare la quantità netta, ovvero il prodotto al netto della tara. Se esso è presentato immerso in un liquido, deve essere indicata anche la quantità di prodotto sgocciolato.

4) Termine minimo di conservazione (indicazione già precedentemente in vigore).

Due sono i punti di riferimento nel "tempo" previsti come "indicazione obbligatoria":

- il termine minimo di conservazione;*
- la data di scadenza.*

Per gli alimenti di "ordinaria deperibilità" il termine minimo di conservazione "è la data fino alla quale il prodotto alimentare conserva le sue proprietà specifiche in adeguate condizioni di conservazione", lo si indica con la dicitura "da consumarsi preferibilmente entro" seguita dalla data o dall'indicazione del punto della confezione in cui la data è stata collocata.

Il "termine minimo di conservazione" non esclude la commerciabilità anche dopo il suo superamento, ma comporta l'esplicita informazione al riguardo da parte del commerciante, ad esempio con apposito cartello, ed il passaggio di responsabilità circa l'attuale commestibilità e validità nutrizionale del prodotto alimentare dal fabbricante al rivenditore commerciale.

Per gli alimenti “ad alta deperibilità microbiologica” vi è l’obbligo di indicare la “data di scadenza”. Questa “è data entro la quale il prodotto alimentare va consumato”.

Va indicata con la dicitura “da consumarsi entro” seguita dalla data, oppure dall’indicazione del punto della confezione in cui la data stessa figura.

A differenza del “termine minimo di conservazione” la “data di scadenza” funziona come termine ultimo di “commerciabilità” del prodotto.

Non c’è l’obbligo di indicare la scadenza per:

- gli ortofrutticoli freschi, comprese le patate;
- i vini;
- le bevande con contenuto di alcool pari o superiore al 10% in volume;
- le bevande analcoliche, i succhi ed i nettari di frutta, le bevande alcoliche contenute in recipienti individuali di capacità superiore a 5 litri destinati alle collettività;
- i prodotti di panetteria e pasticceria che vengono consumati entro le 24 ore dal momento della fabbricazione;
- gli aceti;
- il sale da cucina;
- gli zuccheri allo stadio solido;
- i prodotti di confetteria e caramelle;
- le gomme da masticare e prodotti analoghi;
- i gelati monodose.

Il Reg. 1169/2011 UE stabilisce l’obbligo di inserire la data di scadenza su ogni singola confezione e non più sull’imballaggio complessivo.

Inserire legge GADDA

5) Le condizioni particolari di conservazione e/o le condizioni di impiego.

6) Le istruzioni per l’uso nei casi in cui la loro omissione renderebbe difficile una somministrazione adeguata dell’alimento, p.e. si pensi ad un alimento disidratato;

7) per le bevande che contengono più di 1,2% di alcool in volume, il titolo alcolometrico effettivo;

8) il nome o la ragione sociale o l’indirizzo dell’operatore del settore alimentare responsabile;

9) il numero delle singole unità nella confezione, per esempio una confezione di merendine incartate singolarmente, tranne, se l’imballaggio esterno è trasparente e consente di vedere all’interno.

10) La data di produzione.

Solo su pochi prodotti è riportata obbligatoriamente la data di produzione (p.e. uova), la legge infatti non la richiede per tutti.

Relativamente alle uova sul guscio dovremmo trovare impresse le seguenti sigle:

0 = Uova da agricoltura biologica,

IT = Italia,

1 = Uova da allevamento all’aperto,

2 = Uova da allevamento a terra,

3 = Uova da allevamento in gabbia.

La normativa è valida solo per la Unione europea, se la provenienza delle uova è di paesi terzi, la dicitura sugli imballaggi è “sistema di allevamento indeterminato”.

Le uova fresche (categoria A), di norma sono prodotte in Italia, in quanto l'Italia è un paese esportatore di uova, quindi le uova comprate in Italia, salvo possibili rarissime eccezioni sono prodotte nel nostro paese.

11) Il luogo di allevamento e macellazione delle carni bovine. Provvedimento reso necessario dopo i casi di cd. "morbo della mucca pazza", ovvero la Encefalopatia spongiforme bovina.

12) Dall'aprile 2015 vi è l'obbligo di indicare in etichetta il luogo di allevamento e macellazione anche per carni diverse da quella bovina, ovvero suina, ovina e caprina oltre che di volatili, fresche o congelate.

13) La data di congelamento per carni, preparazioni a base di carni e prodotti non trasformati congelati a base di pesce.

In etichetta deve essere riportata l'origine con dettaglio di:

- allevato in: indicazione del Paese di allevamento;

- macellato in: indicazione del Paese di macellazione.

14) Negli alimenti confezionati deve essere presente una tabella nutrizionale obbligatoria con sette elementi (grassi, carboidrati, zuccheri, energia, acidi grassi saturi, proteine e sale) riferiti a 100 gr o ml di prodotto.

A tali indicazioni minime possono essere aggiunte indicazioni come le diciture “contiene omega 3” o “non contiene olio di palma”.

15) Scompare la scritta generica olii vegetali che nascondeva l'impiego di olii tropicali. Va indicato precisamente il tipo di olio utilizzato e se questi od i grassi adoperati sono stati idrogenati apponendo la indicazione “totalmente o parzialmente idrogenato”.

16) Obbligo di indicare la origine del prodotto, se può essere oggetto di confusione per il consumatore.

Per luogo di provenienza il Regolamento 1169/2011 UE intende "qualunque luogo indicato come quello da cui proviene l'alimento", che potrebbe non coincidere col Paese di origine che è quello dove il prodotto è integralmente ottenuto oppure quello in cui è avvenuta l'ultima trasformazione sostanziale". Diversamente il codice doganale UE distingue tra prodotti non trasformati e trasformati, ovvero che hanno subito l'ultima modifica in un paese finale (Codice doganale europeo, Reg. (UE) N. 952/2013 del 9 ottobre 2013, come mod. dai Regolamenti (UE) 2019/474 del 19 marzo 2019 e 2019/632 del 17 aprile 2019).

La norma in commento è contenuta nell'art. 26, par. 3, del Reg. UE 1169/11:

“Quando il paese d'origine o il luogo di provenienza di un alimento è indicato e non è lo stesso di quello del suo ingrediente primario:

a) è indicato anche il paese d'origine o il luogo di provenienza di tale ingrediente primario; oppure

b) il paese d'origine o il luogo di provenienza dell'ingrediente primario è indicato come diverso da quello dell'alimento”.

Le modalità di indicazione della diversa origine dell'ingrediente primario sono state affidate dal Parlamento europeo ad un apposito regolamento d'esecuzione che la Commissione europea avrebbe dovuto emanare entro il 13 dicembre 2013. Lo stesso è stato emanato il 28 maggio 2018 (Regolamento di esecuzione della Commissione UE del 28 maggio 2018 recante modalità di applicazione dell'articolo 26, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, per quanto riguarda le norme sull'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza dell'ingrediente primario di un alimento).

Il 31 gennaio 2020 sono state emanate le disposizioni interpretative dell' 26 del Reg. 2011/1169.

Nelle more della emanazione, preoccupata di contrastare il fenomeno dell'italian sounding, ovvero:

-spacciare per prodotti italiani prodotti che ne contengono solo il nome o la bandiera od altro simbolo nazionale, fenomeno per il quale sono grandemente attivi la Gran Bretagna, specie per i vini, l'Olanda e la Germania per gli altri alimenti, in particolare formaggi, con fatturati altisonanti di esportazioni, oltre che la Grecia;

-la produzione in Italia di alimenti costituiti da prevalenti componenti primarie straniere, p.e. la produzione di latticini italiani con condensato di latte o latte in polvere straniero (si v. la notizia apparsa sulla stampa su un grande caseificio andriese che utilizzava latte condensato straniero e la recente vertenza tra gli allevatori caprini ed il Governo per l'utilizzazione di latte straniero per produrre il formaggio pecorino. La principale industria del settore, Pinna, produrrebbe con latte importato dalla Romania) l'Italia ha emanato tre provvedimenti rivolti alla identificazione sull'etichetta dell'ingrediente primario.

*Così per la pasta ed il riso il Dm 26 luglio 2017, **Indicazione dell'origine, in etichetta, del grano duro per paste di semola di grano duro**, prevedente che, da metà del febbraio 2018 le etichette delle paste alimentari di grano duro e del riso dovranno riportare, in modo indelebile, visibile e chiaramente leggibile, le seguenti informazioni:*

Per la pasta:

- paese di coltivazione del grano: Paese nel quale è stato coltivato il grano duro;
- paese di molitura: Paese nel quale è stato macinato il grano duro ed ottenuta la semola.

Se le attività di coltivazione e/o molitura avvengono nel territorio di più paesi membri o in Paesi extra UE, per indicare il luogo della singola operazione può essere utilizzata la dicitura "UE", "non UE", "UE e non UE". Se il grano utilizzato è stato coltivato per almeno il 50% in un singolo Paese può essere utilizzata la dicitura "nome del Paese" nel quale è stato coltivato almeno il 50% del grano duro "e altri Paesi": UE, non UE, oppure UE e non UE, a seconda dell'origine.

Per il riso:

- paese di coltivazione del riso: Paese nel quale è stato coltivato il risone;

- paese di lavorazione: Paese nel quale è stata effettuata la lavorazione e/o trasformazione del risone;

- Paese di confezionamento: Paese nel quale è stato confezionato il riso.

Se le suddette attività sono avvenute nello stesso Paese è sufficiente la dicitura "origine del riso: nome del Paese".

Se invece le attività sono avvenute in più Paesi UE o extra UE possono essere utilizzate le diciture "UE" "non UE", "UE e non UE" a seconda del caso.

Le suddette regole sono adottate in via sperimentale fino al 31/12/2020 e NON si applicano ai prodotti fabbricati o commercializzati in un altro Stato membro dell'UE o in un Paese terzo (extra UE).

I prodotti messi in commercio o etichettati fino a metà Febbraio 2018 potranno essere commercializzati fino all'esaurimento delle scorte.

In caso di violazione sono applicabili sanzioni variabili da 1.600 a 9.500 euro.

Per il pomodoro è stato emanato il 16 novembre 2017 il decreto del Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali) per introdurre l'obbligo di indicazione dell'origine del pomodoro. Il provvedimento introduce la sperimentazione, fino al 31 dicembre 2020, salva entrata in vigore Regolamento esecutivo UE sulla individuazione della origine dell'ingrediente primario.

Il decreto si applica esclusivamente ai seguenti prodotti alimentari preimballati destinati al consumatore finale:

a) derivati del pomodoro di cui all'art. 24 della legge 154/2016 (sono prodotti ottenuti a partire da pomodori freschi, sani e maturi conformi alle caratteristiche del frutto di *Solanum lycopersicum* L., di qualsiasi varietà', forma e dimensione, sottoposti ad una adeguata stabilizzazione e confezionati in idonei contenitori come conserve di pomodoro, pomodori pelati interi, pomodori in pezzi, concentrato di pomodoro, passata di pomodoro, pomodori disidratati, polvere di pomodoro, pomodori semi-dry o semi-secchi);

b) sughi e salse preparati a base di pomodoro (di cui al codice doganale 20132000), ottenuti mescolando uno o più dei derivati di cui al punto a) con altri prodotti di origine vegetale o animale, il cui peso netto totale sia costituito per almeno il 50% dai derivati di cui al punto a). Sono invece esentati dall'applicazione del decreto i prodotti 'legalmente fabbricati o commercializzati in un altro Stato membro dell'Unione Europea o in un Paese terzo' (articolo 6, clausola di mutuo riconoscimento).

L'indicazione di origine 'prevede l'utilizzo in etichetta della dicitura:

a) paese di coltivazione del pomodoro: nome del Paese in cui è stato coltivato il pomodoro;

b) paese di trasformazione del pomodoro: nome del Paese in cui il pomodoro è stato trasformato'.

Qualora il pomodoro impiegato per i prodotti di cui all'art. 1 comma 1 sia stato coltivato e trasformato interamente in un unico Paese, l'indicazione di origine potrà prevedere l'utilizzo della sola dicitura: Origine del pomodoro: nome del Paese' (articolo 2, indicazioni d'origine da riportare in etichetta).

Nei casi di coltivazione e/o trasformazione del pomodoro nei territori di uno o più Paesi, potranno venire utilizzate a seconda dei casi le diciture 'UE', 'non UE', 'UE e non UE' (articolo 3, indicazione in etichetta nel caso di coltivazione del pomodoro in più Paesi).

Le indicazioni sull'origine dovranno essere apposte in etichetta in un punto evidente e nello stesso campo visivo in modo da essere facilmente riconoscibili, chiaramente leggibili ed indelebili. La norma prevede una fase per l'adeguamento delle aziende al nuovo sistema e lo smaltimento completo delle etichette e confezioni già prodotte.

Per la origine del latte utilizzato come ingrediente dei prodotti lattiero caseari (come latte e crema di latte, non concentrati né addizionati con zuccheri od altri edulcoranti; latte e crema di latte concentrati con aggiunta di zuccheri o di altri edulcoranti; latticello, latte e crema coagulata, yogurt, kefir ed altri tipi di latte e creme fermentate o acidificate, concentrate e addizionate di zucchero o di altri edulcoranti e/o aromatizzate con aggiunta di frutta o cacao; siero di latte, anche concentrato o addizionato con zucchero o altri edulcoranti; prodotti costituiti di componenti naturali del latte, anche addizionati di zucchero o di altri edulcoranti, non nominati né compresi altrove; burro e altre materie grasse provenienti dal latte; creme lattiere e spalmabili; formaggi, latticini e cagliate; latte sterilizzato a lunga conservazione; latte UHT a lunga conservazione) **il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali** (Dipartimento delle politiche competitive, della qualità agroalimentare, ippiche e della pesca, ha emanato il decreto ministeriale 28 marzo 1990 n. 990 e, successivamente, in ulteriore specificazione, **il decreto interministeriale 9 dicembre 2016, recante "Indicazione dell'origine in etichetta della materia prima per il latte e i prodotti lattiero caseari, in attuazione del regolamento (UE) n.1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori"**, in particolare, l'articolo 4 di quest'ultimo, recante "Disposizioni per favorire una migliore informazione al consumatore".

Le informazioni sulla origine del latte devono essere indicate nella etichetta, in modo indelebile, visibile e facilmente leggibile nel seguente modo:

*- "paese di mungitura": Paese dove è stato munto il latte;
- "paese di condizionamento o di trasformazione": Paese dove il latte è stato condizionato o trasformato.*

Sul latte usato come ingrediente quando i due Paesi coincidono può anche essere utilizzata la dicitura "Origine del latte" col nome del Paese.

Se le attività di mungitura, condizionamento e trasformazione avvengono nel territorio di più paesi membri dell'UE possono essere utilizzate le diciture "latte di Paesi UE" e "latte condizionato o trasformato in Paesi UE" .

Se invece le attività avvengono in Paesi extra UE le diciture sono "latte di Paesi non UE" e "latte condizionato o trasformato in Paesi non UE" (principio di mutuo riconoscimento).

Le disposizioni sono già in pieno vigore e, precisiamo, NON si applicano ai prodotti fabbricati o commercializzati in un altro Stato membro dell'UE o in un Paese terzo

(extra UE).

Le regole si sono applicate fino al 31/3/2019.

Le segnalazioni inerenti il mancato rispetto delle regole suindicate possono essere oggetto di denuncia al Nucleo Anti Sofisticazioni (Carabinieri), ASL, Agenti del corpo forestale dello Stato, Guardia di Finanza, Ispettorato repressione Frodi, capitanerie di Porto, ecc... Sono applicabili sanzioni variabili da 1.600 a 9.500 euro.

La entrata in vigore, del regolamento di esecuzione 28 maggio 2018, n. 775 sulla origine dell'ingrediente primario, originariamente prevista per il 19 aprile 2019, differita al primo aprile 2020, ufficialmente per permettere ai produttori di smaltire le scorte dei prodotti etichettati o comunque immessi in commercio entro tale data, suona una beffa per i prodotti italiani come da più parti osservato.

Si citano i ss. Considerando del provvedimento in commento:

-Considerando n. 2 : "L'articolo 26, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (UE) n. 1169/2011 dispone che l'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza è obbligatoria nel caso in cui l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore in merito al paese d'origine o luogo di provenienza reali dell'alimento finale in questione, in particolare se le informazioni che accompagnano l'alimento o contenute nell'etichetta nel loro insieme potrebbero altrimenti far pensare che l'alimento abbia un differente paese d'origine o luogo di provenienza. Tale articolo mira a prevenire la fornitura di informazioni ingannevoli sugli alimenti che facciano pensare che l'alimento abbia una determinata origine, mentre la sua origine reale è di fatto differente."

-Considerando n. 6: "Le indicazioni del paese d'origine o del luogo di provenienza di un alimento che fanno parte delle denominazioni di prodotto protette in quanto indicazioni geografiche protette in virtù di accordi internazionali, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 26, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1169/2011. In considerazione del fatto che per tali denominazioni di prodotto esiste un legame intrinseco tra le caratteristiche del prodotto e l'origine geografica e che sono disciplinate da norme..."

Considerando n. 7: "Le indicazioni del paese d'origine o del luogo di provenienza di un alimento che fanno parte dei marchi d'impresa registrati rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 26, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1169/2011".

Il Reg. 28 maggio 2018, invece, afferma:

Art. 1 (Ambito di applicazione)

"Il presente regolamento stabilisce le modalità di applicazione dell'articolo 26, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1169/2011, quando il paese d'origine o il luogo di provenienza di un alimento è indicato attraverso qualunque mezzo, come diciture, illustrazioni, simboli o termini che si riferiscono a luoghi o zone geografiche, ad eccezione dei termini geografici figuranti in denominazioni usuali e generiche, quando tali termini indicano letteralmente l'origine, ma la cui interpretazione comune non è un'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza.

Il presente regolamento non si applica alle indicazioni geografiche protette a norma dei regolamenti (UE) n. 1151/2012, (UE) n. 1308/2013, (CE) n. 110/2008 o (UE) n. 251/2014, o protette in virtù di accordi internazionali, né ai marchi d'impresa, registrati, laddove questi ultimi costituiscano un'indicazione dell'origine, in attesa dell'adozione di norme specifiche riguardanti l'applicazione dell'articolo 26, paragrafo 3, a tali indicazioni”.

Art. 2 Indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza dell'ingrediente primario.

“L'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza di un ingrediente primario, che non è lo stesso paese d'origine o luogo di provenienza indicato per l'alimento, viene fornita:

a) con riferimento a una delle seguenti zone geografiche:

- i) «UE», «non UE» o «UE e non UE»; o*
- ii) una regione o qualsiasi altra zona geografica all'interno di diversi Stati membri o di paesi terzi, se definita tale in forza del diritto internazionale pubblico o ben chiara per il consumatore medio normalmente informato; o*
- iii) la zona di pesca FAO, o il mare o il corpo idrico di acqua dolce se definiti tali in forza del diritto internazionale o ben chiari per il consumatore medio normalmente informato; o*
- iv) uno o più Stati membri o paesi terzi; o*
- v) una regione o qualsiasi altra zona geografica all'interno di uno Stato membro o di un paese terzo, ben chiara per il consumatore medio normalmente informato; o*
- vi) il paese d'origine o il luogo di provenienza, conformemente alle specifiche disposizioni dell'Unione applicabili agli ingredienti primari in quanto tali;*
- vii) b) oppure attraverso una dicitura del seguente tenore: «(nome dell'ingrediente primario) non proviene/non provengono da (paese d'origine o luogo di provenienza dell'alimento)» o una formulazione che possa avere lo stesso significato per il consumatore”.*

La Commissione, presieduta dal greco Vytenis Andriukaitis, è andata oltre i limiti della deroga ad essa conferita dal legislatore europeo, sconfessando gli stessi Considerando del provvedimento indicati in premessa ed introducendo la inapplicabilità del principio:

– alla indicazione di origine del prodotto suggerita in un marchio registrato (es. Mozzarella, Mortadela, Bella Roma, Italiano),

– alla indicazione di origine contenuta in una designazione geografica riconosciuta come DOP, IGP, STG. Ovvero nell'ambito dell'Organizzazione Comune dei Mercati (OCM), dei liquori, bevande spiritose e vini aromatizzati con denominazioni geografiche protette, o di indicazioni geografiche comunque riconosciute nell'ambito di accordi internazionali.

L'esenzione dei marchi registrati comporterà una corsa al riconoscimento di nuovi marchi per sottrarsi alle regole imposte, forse ulteriore motivo del differimento di entrata in vigore.

La deroga a favore delle IGP comporterà, invece, il paradosso di ricevere minori informazioni sulle Indicazioni Geografiche Protette rispetto agli alimenti privi di riferimenti geografici.

Di conseguenza, continueremo a non leggere in etichetta l'origine (brasiliiana) della carne impiegata nella Bresaola della Valtellina IGP, mentre conosceremo quella dei salumi che non si fregiano del riconoscimento europeo.

Avendo il Regolamento raccolto il consenso unanime degli stati membri, tra cui il nostro, le uniche possibilità di arginarne i danni risiedono:

-nella proroga di validità dei nostri decreti ministeriali di tutela della pasta, riso, alimenti ricavati dal pomodoro e latticini;

-nella possibilità di ricorrere alla Corte di Giustizia UE, per denunciare il mancato rispetto della delega che il legislatore europeo ha conferito alla Commissione;

-nel predisporre rigorosi controlli pubblici su alimenti che (con diciture o rappresentazioni grafiche, se pure contenute nei marchi) suggeriscano un'origine non veritiera. In tutti i casi in cui il consumatore possa venire indotto in errore sulla effettiva origine dei prodotti (intesa come il luogo della loro ultima trasformazione sostanziale) essa deve infatti venire specificata.

Infine, il 31 gennaio 2020 la Commissione Europea ha emanato la Comunicazione sull'applicazione delle disposizioni dell'articolo 26, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1169/2011, in nulla modificando lo stato di attesa di dell'adozione di norme specifiche riguardanti l'applicazione dell'articolo 26, paragrafo 3.

Tuttavia, non possiamo ignorare che, entro fine novembre 2021, dovrebbe essere recepita la Dir. 2019/2161, per una migliore modernizzazione delle norme europee relative alla protezione dei consumatori.

La stessa, nella parte relativa alle modifiche apportate alla Dir. 2005/29/Ce (relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno) aggiunge all'elenco di comportamenti vietati, modificando l'art. 6, par. 2, lett. c) della Dir. 2005/29/CE una "qualsivoglia attività di marketing che promuova un bene, in uno stato membro, come identico ad un bene commercializzato in un altro stato membro, mentre questo bene ha una composizione o caratteristiche significativamente diverse, salvo laddove ciò sia giustificato da fattori legittimi ed oggettivi".

Nelle etichette possono, inoltre, essere riportate le seguenti informazioni:

- tipo di lavorazione;*
- marchi di qualità come DOP, IGP, STG, DOCG.*

Il tipo di lavorazione costituisce un elemento molto importante. Si pensi all'olio di oliva extravergine: se è ottenuto dalla "spremitura a freddo", il produttore tiene a far sapere che il suo prodotto è stato ottenuto con una lavorazione particolare, riportandolo in etichetta.

Lo stesso avviene per la esibizione di marchi di qualità, denominazione d'origine protetta, indicazione geografica protetta, prodotti di montagna ed agli altri marchi di qualità in base al reg. UE 1151/2012.

DOP

La denominazione di origine protetta, è un marchio di tutela giuridica della denominazione che viene attribuito dall'Unione europea agli alimenti le cui peculiari caratteristiche qualitative dipendono essenzialmente o esclusivamente dal territorio in cui sono stati prodotti, comprensivo dei fattori naturali (clima, caratteristiche ambientali) ed umani (tecniche di produzione tramandate nel tempo, artigianalità). che, combinati insieme, consentono di ottenere un prodotto inimitabile al di fuori di una determinata zona produttiva.

Chi fa prodotti DOP deve attenersi alle regole produttive stabilite nel disciplinare di produzione. Il rispetto di tali regole è garantito da uno specifico organismo di controllo.

Per l'art. 5 del Reg. UE n. 1151/2012 del 21 novembre 2012, la denominazione di origine è il nome che identifica un prodotto:

- “a) originario di un luogo, regione o, in casi eccezionali, di un paese determinati;*
- b) la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico ed ai suoi intrinseci fattori naturali e umani; e*
- c) le cui fasi di produzione si svolgono nella zona geografica delimitata.*

IGP

La Indicazione Geografica Protetta indica che il legame con la zona geografica si riferisce ad almeno uno degli stadi della produzione, della trasformazione o dell'elaborazione.

Sempre per l'art. 5, secondo comma, del Reg. UE n. 1151/2012 essa “...identifica un prodotto:

- a) originario di un determinato luogo, regione o paese;*
- b) alla cui origine geografica sono essenzialmente attribuibili una data qualità; la reputazione o altre caratteristiche; e*
- c) la cui produzione si svolge per almeno una delle sue fasi nella zona geografica delimitata...”*

Anche in questo caso la denominazione è attribuita rispettando un preciso disciplinare garantito da uno specifico organismo di controllo.

Dunque, un prodotto IGP è solo parzialmente legato al territorio, a differenza del prodotto DOP, ivi integralmente riconducibile.

I prodotti DOP e IGP vengono suddivisi nei seguenti settori:

- *vini,*
- *aceti (diversi dagli aceti di vino),*
- *altri prodotti (spezie ecc.),*
- *altri prodotti di origine animale (uova, miele, prodotti lattiero-caseari, ad eccezione del burro, ecc.),*
- *carni,*
- *formaggi,*
- *oli di oliva,*
- *oli essenziali,*

- ortofrutticoli e cereali,
- pesci, molluschi, crostacei freschi.

STG

Specialità Tradizionale Garantita: il marchio non fa riferimento all'origine del prodotto, ma ha per oggetto la valorizzazione di una composizione tradizionale o di un metodo di produzione.

Per l'art. 18 del Reg. 1151/2012 "Un nome è ammesso a beneficiare della registrazione come specialità tradizionale garantita se designa uno specifico prodotto o alimento:

- a) ottenuto con un metodo di produzione, trasformazione o una composizione che corrispondono a una pratica tradizionale per tale prodotto o alimento; o*
- b) ottenuto da materie prime o ingredienti utilizzati tradizionalmente.*

Affinché un nome sia registrato come specialità tradizionale garantita, esso deve:

- a) essere stato utilizzato tradizionalmente in riferimento al prodotto specifico; o*
- b) designare il carattere tradizionale o la specificità del prodotto".*

Esistono, poi, le Indicazioni Facoltative di Qualità, ai sensi dell'art. 27 del Reg. UE n. 1151/2012, rivolte ad "...agevolare la comunicazione, da parte dei produttori, nel mercato interno delle caratteristiche o proprietà dei prodotti agricoli che conferiscono a questi ultimi valore aggiunto".

L'art. 28 del Reg. UE n. 1151/2012, prevede che gli stati membri possono "...mantenere le disposizioni nazionali sulle indicazioni facoltative di qualità non disciplinate dal presente regolamento, purché tali disposizioni siano conformi al diritto dell'Unione".

In Italia si vedano le seguenti denominazioni:

DOC

La denominazione di origine controllata, marchio di origine italiano che certifica la zona di origine e delimitata di un prodotto di qualità e rinomato, le cui caratteristiche sono connesse all'ambiente naturale ed ai fattori umani e rispettano uno specifico disciplinare di produzione approvato con decreto ministeriale. Tipico del mercato delle uve.

DOCG

Denominazione di Origine Controllata e Garantita: sono alcune produzioni che si caratterizzano per avere particolari pregi qualitativi.

In particolare per il settore viticolo la sigla DOCG indicato in etichetta e consiste o semplicemente nel nome geografico di una zona viticola (ad esempio Barolo, comune in provincia di Cuneo o Carmignano, comune in Provincia di Prato), o nella combinazione del nome storico di un prodotto e della relativa zona di produzione (ad esempio Vino Nobile di Montepulciano, il nome con cui è noto storicamente il vino prodotto a Montepulciano, in provincia di Siena).

Infine, l'art. 31 del Reg. UE n. 1151/2012 istituisce la indicazione facoltativa di qualità "Prodotto di montagna» nel quale:

"... sia le materie prime che gli alimenti per animali provengono essenzialmente da zone di montagna;

b) nel caso dei prodotti trasformati, anche la trasformazione ha luogo in zone di montagna”, come delineate dall’art. 18, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1257/1999.

Infine, la etichetta può essere veicolo di valorizzazione dei propri prodotti indirizzando il consumatore verso scelte più mirate.

Il Regolamento CE n. 1924 del 20 dicembre 2006 relativo alle "Indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari" ne fornisce la nozione all'interno dell' art. 2 come "..qualunque indicazione che affermi, suggerisca e sottintenda che un alimento abbia particolari proprietà nutrizionali benefiche, dovute all'energia (valore calorico) che apporta, apporta a tasso ridotto o accresciuto o non apporta; e/o alle sostanze nutritive o di altro tipo che contiene, contiene in proporzioni ridotte o accresciute o non contiene" . Esempi sono le menzioni in merito al basso contenuto calorico apportato, all'assenza o ridotta presenza di grassi, all'assenza o limitata presenza di grassi saturi, alla limitata o assente presenza di zuccheri, al contenuto di fibre, di calcio e vitamine, di acidi grassi omega 3, di grassi insaturi ecc...

Il regolamento in parola, disciplinando le indicazioni relative ai prodotti alimentari etichettate e pubblicizzate nell'Unione europea:

-intende garantire che le indicazioni nutrizionali e le indicazioni sulla salute fornite sulle etichette degli alimenti, nelle presentazioni e nelle pubblicità siano chiare e basate su prove scientifiche generalmente accettate dalla comunità scientifica;

-prevede quando e come indicare un'ampia gamma di sostanze quali vitamine, minerali, aminoacidi, acidi grassi essenziali ed estratti di erbe, con un effetto nutrizionale o fisiologico;

-assicura un elevato livello di tutela dei consumatori fornendo le informazioni necessarie affinché compiano scelte consapevoli con particolare riferimento al ruolo e l'importanza dell'alimento nella dieta in genere ed in riferimento a destinatari particolari come i bambini;

-crea condizioni di concorrenza virtuosa per l'industria alimentare tendendo a scongiurare indicazioni false, ambigue o fuorvianti come

a) dare adito a dubbi sulla sicurezza e/o sull'adeguatezza nutrizionale di altri alimenti;

b) incoraggiare un consumo eccessivo;

c) suggerire che una dieta equilibrata e varia non possa in generale fornire quantità adeguate di tutte le sostanze nutritive;

d) suggerire che la salute potrebbe risultare compromessa dal mancato consumo dell'alimento;

e) fare riferimento alla percentuale o all'entità della perdita di peso;

f) fare riferimento al parere di un singolo medico o altro operatore sanitario.

In ultimo, un cenno al RASFF, il Sistema di allerta rapido per alimenti e mangimi, Dal 31 gennaio 2011 con l'entrata in vigore del Regolamento (UE) n.16/2011 è possibile notificare, in tempo reale, i rischi diretti e indiretti per la salute pubblica

connessi ad alimenti, mangimi e materiali a contatto con gli alimenti e, quindi, adottare tempestivamente le opportune misure di salvaguardia a livello europeo.

Nell'anno 2017 sono state trasmesse, attraverso il RASFF, 3.759 notifiche a fronte di 2.925 nel 2016, 2.967 nel 2015 e le 3.097 nel 2014. C'è stato, dunque, un significativo incremento delle notifiche rispetto agli ultimi anni con un aumento del 28%, rispetto al 2016. L'Italia risulta essere il primo Paese membro per numero di segnalazioni inviate alla Commissione europea.

Ritornando alla disamina del codice del consumo il Capo III della Parte II (Particolari modalità di informazione), nella Sezione I (Indicazione dei prezzi per unità di misura) del cod. cons., contiene gli artt. 13-17.

L'articolo 13 cod. cons. prevede le definizioni attinenti al capo III, tra cui quelle di:

a) prezzo di vendita: il prezzo finale, valido per una unità di prodotto o per una determinata quantità del prodotto, comprensivo dell'IVA e di ogni altra imposta;

b) prezzo per unità di misura: il prezzo finale, comprensivo dell'IVA e di ogni altra imposta, valido per una quantità di un chilogrammo, di un litro, di un metro, di un metro quadrato o di un metro cubo del prodotto o per una singola unità di quantità diversa, se essa è impiegata generalmente e abitualmente per la commercializzazione di prodotti specifici;

c) prodotto commercializzato sfuso: un prodotto che non costituisce oggetto di alcuna confezione preliminare ed è misurato alla presenza del consumatore;

d) prodotto venduto al pezzo: un prodotto che non può essere frazionato senza subire una modifica della sua natura o delle sue proprietà;

e) prodotto venduto a collo: insieme di pezzi omogenei contenuti in un imballaggio;

f) prodotto preconfezionato: l'unità di vendita destinata ad essere presentata come tale al consumatore ed alle collettività, costituita da un prodotto e dall'imballaggio in cui è stato immesso prima di essere posto in vendita, avvolta interamente o in parte in tale imballaggio ma comunque in modo che il contenuto non possa essere modificato senza che la confezione sia aperta o alterata.

La corretta indicazione del prezzo è uno degli elementi indispensabili per tutelare i consumatori. Accade, talvolta, che i consumatori vengano attirati da offerte, che nascondono invece un'ingannevole indicazione del prezzo. Per tale ragione, l'articolo 13 cod. cons. prevede che il prezzo finale di vendita, cioè il prezzo che viene messo accanto ai prodotti, deve essere comprensivo di ogni tassa. Si fa particolare riferimento all'Iva, la tassa generale sui consumi, che rappresenta un costo solamente per i consumatori finali, i quali non possono recuperarla (come fanno i professionisti o gli imprenditori). Si tratta di una necessità che deriva dalla volontà di tutelare il consumatore da situazioni di poca chiarezza rispetto al costo reale.

Il prezzo di vendita dei prodotti offerti dai commercianti deve essere sempre affiancato dal prezzo per unità di misura.

Nel caso di prodotti sfusi, cioè beni che non vengono venduti in confezioni già prefissate, ma nella quantità che il consumatore richiede, il prezzo da pagare viene

fissato dopo la misurazione del peso. Si pensi ad esempio all'acquisto della carne o della frutta.

Il prodotto venduto al pezzo è invece quel bene che può essere venduto solo interamente, senza possibilità di una divisione in parti, mentre il prodotto venduto a collo è un bene che comprende una serie di pezzi uguali che vengono chiusi in uno stesso imballaggio.

L'art. 14 cod. cons., delineativo del campo di applicazione, prevede l'obbligo per il professionista di indicare il "doppio prezzo": il primo è il prezzo di vendita; il secondo è il prezzo per unità di misura.

I consumatori infatti devono essere informati, sia del prezzo complessivo del prodotto, sia del prezzo per una quantità stabilita (si pensi alla pasta, nella quale deve essere indicato il prezzo per kg). L'indicazione del doppio prezzo non è necessario quando il prezzo complessivo del prodotto e quello per unità di misura (un litro di latte) coincidono.

I prodotti che vengono venduti senza confezione (prodotti sfusi), devono riportare solo il prezzo per unità di misura (per esempio, il prezzo della frutta al kg).

Sono obbligati a rispettare questa regola tutti i rivenditori finali e tutti coloro che mettono a disposizione del consumatore questi beni, includendo sia le vetrine, che i banchi vendita, che i cataloghi promozionali.

Naturalmente l'obbligo non c'è per i prodotti che si consumano nei luoghi in cui vengono comprati, come bar e ristoranti. Infatti, in questi casi, il prezzo di vendita è dato, non solo dal valore del bene, ma anche dai servizi che sono legati (per esempio il servizio al tavolo).

La stessa esclusione si ha per gli oggetti presentati nelle aste o che rientrano nella categoria arte ed antiquariato.

L'articolo 15 cod. cons. fa riferimento *all'art. 14* del d. lgs. n. 114/1998, di Riforma del commercio, che regola l'indicazione del prezzo nel settore del commercio. I prodotti che vengono esposti nelle vetrine, all'interno dei locali e dei negozi, ma anche sui banchi di vendita all'esterno, per essere venduti al consumatore, devono avere un cartellino nel quale sia indicato il prezzo, in modo chiaro e leggibile.

L'ultima parte dell'articolo 15 cod. cons. fa riferimento ai prodotti alimentari preconfezionati e immersi nel liquido, come per esempio le mozzarelle o le olive, sottolineando che il prezzo che deve essere fatto pagare al cliente è quello del prodotto al naturale, eliminando il peso del liquido o del ghiaccio, se si tratta di surgelati.

L'articolo 15 in questione si occupa, altresì, dei prezzi del carburante (benzina, gasolio...), stabilendo che il distributore deve necessariamente esporli in maniera visibile, in modo che i consumatori possano avere informazioni chiare e possano confrontare i prezzi.

L'articolo 16 cod. cons. fa un elenco dei prodotti per i quali non esiste l'obbligo dell'indicazione del doppio prezzo. Si tratta di ipotesi per le quali il doppio prezzo potrebbe creare confusione per il consumatore invece che aiutarlo.

Costituiscono esempi:

- i prodotti che vengono venduti sfusi singolarmente (come i prodotti ortofrutticoli);
- i prodotti venduti con i distributori automatici, in quanto vengono comprati dal consumatore mediante l’inserimento del denaro stabilito per ogni singola unità all’interno della macchina presente nel luogo pubblico o aperto al pubblico;
- i prodotti che vengono venduti in una stessa confezione, anche se non uguali (per esempio, una confezione regalo nella quale sono contenuti un profumo ed una crema);
- i prodotti che sono contenuti in una stessa confezione e che devono essere mescolati per una preparazione (per esempio, i preparati per le torte);
- i prodotti precotti o preparati, che sono costituiti da formati da due tipologie diverse in una stessa confezione (per esempio, cotechino e lenticchie che si trovano nella stessa confezione);
- i prodotti preconfezionati che non hanno un obbligo di indicazione della quantità netta (per esempio, gli ingredienti per i dolci, per un peso inferiore a 30 g);
- i prodotti di fantasia (si tratta dei prodotti il cui costo è dato sia dalle materie prime utilizzate, che dalle attività che vengono fatte per realizzarli);
- i gelati monodose ed i prodotti non alimentari venduti a pezzo.

Il Ministro dello sviluppo economico, con proprio decreto, può aggiornare l’elenco delle esenzioni di cui al comma 1, nonché indicare espressamente prodotti o categorie di prodotti non alimentari ai quali non si applicano le predette esenzioni.

L’ articolo 17 cod. cons. rinvia, per l’indicazione delle sanzioni all’art. 22 del d. lgs. n. 114/98. Infatti, chi non indica il prezzo o non lo indica correttamente, è soggetto ad una multa, che può variare da 516,46 a 3.098,74 euro.

La norma prevede che sia il Sindaco del Comune nel quale la violazione ha avuto luogo ad indicare la sanzione.

Naturalmente, se la mancata o inesatta indicazione del prezzo per unità di misura viene considerata pubblicità ingannevole o pubblicità comparativa illecita, può comportare anche l’applicazione delle sanzioni previste, in tali ipotesi, da parte dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Gli artt. 18-27-*quater* del codice del consumo

Il Titolo III (Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali) del codice del consumo, negli articoli che vanno dal 18 al 27-*quater* ha subito modifiche ad opera del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 (attuazione della Dir. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le Dirr. 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004).

Il Capo I, della II parte del codice del consumo contiene le “Disposizioni generali” disposte all’interno degli artt. 18 e 19 cod. cons.

Il primo di questi articoli è riservato alle definizioni. In base al primo comma dell’art. 18 cod. cons., ai fini del titolo in esame, si intende per:

- a) consumatore, qualsiasi persona fisica che, agendo per scopi privati estranei alla sua eventuale attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, è destinatario di una pratica commerciale e della pubblicità;

-b) professionista è qualsiasi persona fisica o giuridica che, agendo nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, e chiunque agisca in nome o per conto suo, realizza pratiche commerciali rientranti nel titolo in esame.

- d-bis) La l. 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del d. l. n. 1/2012 ha introdotto la figura della "microimpresa" fra i soggetti tutelati. Sono tali le "...entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003". Per essa s' intende, dunque, una piccola impresa; nessun riferimento, invece, al grado di impiego di beni strumentali.

La modifica al codice del consumo è di assoluta rilevanza atteso che, anche le microimprese, potranno avvalersi delle tutele amministrative e giurisdizionali messe a disposizione dall'art. 27 cod. cons., oltre quella in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita garantita, in via esclusiva, dal d.lgs. n. 145 del 2007.

-d) Pratiche commerciali tra professionisti e consumatori "... qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori". Quanto previsto necessita di integrazione con la lett. h) del primo comma dell'art. 18 cod. cons., in base alla quale il professionista deve comportarsi secondo criteri di "diligenza professionale", ovvero la competenza media e l'attenzione, specifiche per il proprio settore di attività, che ragionevolmente i consumatori si aspettano da un operatore obbligato ad agire secondo criteri generali di correttezza e di buona fede.

La correttezza e buona fede rappresentano la base del rapporto da instaurarsi, cui si aggiunge la diligenza propria del professionista in rapporto alla attività svolta.

-c) Prodotto, "qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni", definizione davvero molto ampia, per la quale si v., infra, sub commento art. 3.

-i) invito all'acquisto è una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto utilizzando forme appropriate al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e, quindi, idoneo permettere al consumatore di effettuare un acquisto. **La definizione sembra riferirsi alla offerta al pubblico.**

-m) "decisione di natura commerciale" è quella assunta dal consumatore in relazione: "...all' acquisto o meno un prodotto, con quali modalità e condizioni, alle modalità di pagamento, alla decisione se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto

contrattuale in relazione al prodotto. Quest'ultima decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla".

Meritano una lettura congiunta le successive definizioni:

-e) "falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori" indica la realizzazione di una pratica commerciale idonea a distorcere la capacità del consumatore a prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Si noti come è strutturata la definizione: "l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

L'avverbio sensibilmente sembra urtare con la idoneità comportamentale alla alterazione della capacità di scelta, di sicuro è la base di quelle pratiche commerciali scorrette che si denotano come ingannevoli.

-Diversamente, per la lett. l) del primo comma dell'art. 18 cod. cons., condiziona indebitamente il consumatore quel professionista che, sfruttando una posizione di potere, consistente, ad esempio nelle conoscenze tecniche possedute, spinge, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, il consumatore verso una decisione non del tutto consapevole.

Qui la definizione è così strutturata: "lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole". L'avverbio utilizzato è notevolmente, preludio ad una pratica commerciale scorretta di tipo aggressivo.

Infine, le tre ultime definizioni, contenute, rispettivamente nelle lettere f-g ed n) del primo comma dell'art. 18 cod. cons. ovvero:

-codice di condotta è un insieme di regole che l'impresa decide di adottare e rispettare per garantire alti standard di qualità e maggiori garanzie per i consumatori. La sua adesione è volontaria in relazione allo svolgimento di specifici settori professionali e tendenzialmente indice di maggiore serietà nello svolgimento dell'attività professionale;

-responsabile del codice è il soggetto addetto alla formulazione e revisione dei codici, nonché colui che verifica il rispetto del codice da parte degli aderenti;

-professione regolamentata: è l'attività professionale il cui accesso, esercizio, o alcune modalità di esercizio, è consentito solo ai possessori di particolari qualifiche. Così per gli avvocati, i notai ecc...

L'art. 19, primo comma, cod. cons. individua l'ambito applicativo del Titolo III in esame ovvero "...le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto".

Trattasi di regole relative alle pratiche commerciali, alla pubblicità ed alle altre comunicazioni commerciali applicabili in qualunque momento del rapporto tra professionista e consumatore.

Come specifica il secondo comma, la possibilità di sottoporre a sanzione il professionista per aver posto in essere pratiche commerciali scorrette, non pregiudica la possibilità del consumatore di difendersi secondo le regole civilistiche in materia contrattuale”; comunitarie o nazionali, in materia di salute e sicurezza dei prodotti; “fermo restando l’applicazione delle regole che determinano la competenza giurisdizionale nonché quelle in materia di stabilimento, regimi di autorizzazione, codici deontologici o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, per garantire livelli elevati di correttezza professionale”.

Si tratta di tutele che possono anche essere combinate, in modo da offrire una maggiore garanzia ai consumatori. Così, il consumatore che avesse acquistato un prodotto reclamizzato dal professionista, ingannevolmente, come sicuro potrebbe difendersi sia utilizzando le regole in commento, sia quelle attinenti al rispetto della sicurezza dei prodotti.

Il terzo comma dell’art. 19 cod. cons. dispone la prevalenza delle disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette sulle disposizioni del titolo in esame.

Infine, in quanto destinatarie di normativa particolare, il quarto comma dell’art. 19 cod. cons. precisa la inapplicabilità delle regole in esame alla certificazione ed alle indicazioni concernenti il titolo dei metalli preziosi.

Il Capo II del Titolo III del codice del consumo è rubricato “Pratiche commerciali scorrette” e contiene gli artt. dal 20 al 26 distinti in due sezioni.

L’art. 20 cod. cons. formula il “divieto delle pratiche commerciali scorrette”, contenuto nel suo primo comma.

Il successivo spiega che esse si intendono tali se contrarie alla diligenza professionale, e sono false o idonee “a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”.

Una pratica commerciale è contraria alla diligenza professionale quando non rappresenta il comportamento medio che il consumatore possa attendersi dal professionista sia in merito alle competenze tecniche possedute che in merito allo svolgimento dello specifico rapporto.

Per il seguito terzo comma le pratiche commerciali scorrette vanno, poi, valutate anche in relazione a gruppi di consumatori chiaramente individuabili, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità. In tale caso, per esempio, le pubblicità destinate a catturare l’attenzione dei bambini. Esse sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo.

Per la parte finale del terzo comma in esame è invece ammessa la cosiddetta pubblicità superlativa, ossia la pratica commerciale consistente in dichiarazioni talmente esagerate ed enfatiche da non poter essere prese in considerazione seriamente.

Si fa l'esempio di una nota marca di bibita energetica che, nel proprio spot pubblicitario, viene presentata come capace di far volare. Così pure alcuni spot pubblicitari di profumi o di alcolici che esaltano a dismisura la capacità di seduzione. Infine, il quarto comma dell'art. 20 cod. cons., anticipando le successive sezioni in cui sono suddivise le pratiche commerciali scorrette, le distingue in ingannevoli, di cui agli articoli 21, 22 e 23, ed aggressive, di cui agli articoli 24, 25 e 26 con la precisazione che gli artt. 23 e 26 riportano l'elenco di quelle, rispettivamente ingannevoli e aggressive, presuntivamente tali.

L'art. 21 cod. cons. inaugura la Sezione I riservata alle pratiche commerciali ingannevoli. Esse si distinguono in azioni ed omissioni ingannevoli.

Per l'art. 21 cod. cons. sono azioni ingannevoli. ovvero comportamenti di tipo commissivo, le pratiche commerciali che:

-contengono informazioni non rispondenti al vero o,
-seppure di fatto corrette dal punto di vista della informazione, "in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induc[ono] o [sono] idone[e] ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induc[ono] o [sono] idone[e] a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti reso:

"...a) l'esistenza o la natura del prodotto;

b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;

c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;

d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;

e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;

f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;

g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice".

Si noti che si parla di induzione in errore o induzione potenziale in errore del consumatore, a prescindere dalla capacità persuasiva del professionista a concludere il contratto. Inoltre, si considera ingannevole anche la pratica che, pur se veritiera in relazione alle informazioni, è strutturata in modo da trarre in inganno in qualunque

modo il suo destinatario a causa della sua presentazione complessiva, per esempio anche per come è posta la comunicazione, la sua veste grafica.

Sono state ritenute pratiche ingannevoli:

- i messaggi pubblicitari indicanti acquisti “senza interessi” o “a tasso zero”, senza corrispondere a realtà in quanto previsti oneri economici aggiuntivi al momento della sottoscrizione del contratto;
- l’invito a manifestazioni e spettacoli che in realtà nascondono l’intenzione di vendere beni o servizi ai partecipanti;
- l’indicazione che un prodotto alimentare proviene da una zona geografica rinomata senza utilizzare le materie prime del territorio indicato;
- la pubblicizzazione di un prodotto o un servizio ad un prezzo estremamente vantaggioso, prevedendo, in una nota stampata con caratteri poco leggibili, l’effettiva modalità di calcolo del prezzo, risultante superiore;
- la diffusione di messaggi che presentano professionisti come “leader nel settore” senza esserlo;
- presentare un prodotto come brevettato, senza che lo sia.

Per il secondo comma dell’art. 21 cod. cons. la ingannevolezza di una pratica commerciale è anche nell’ingenerare confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale ed altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita; o nel “mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice”.

Attenzione è posta ai prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori. In tale caso il professionista è obbligato ad informare i consumatori affinché non trascurino le usuali regole di prudenza e vigilanza (comma terzo art. 21 cod. cons.).

Nel successivo comma quarto, riservato alla protezione dei bambini e degli adolescenti, è considerata scorretta la pratica commerciale che omettendo certe informazioni possa, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.

L’art. 22 cod. cons., delinea le pratiche commerciali ingannevoli attuate tramite comportamenti omissivi, da valutarsi concretamente, tenendo in conto di “tutte le caratteristiche e le circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato”. Le informazioni taciute sono indispensabili al consumatore medio “per prendere una decisione consapevole di natura commerciale” e tali da indurlo o da essere idonee ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Il secondo comma dell’art. 22 cod. cons. elenca una serie di comportamenti ritenuti dal legislatore come omissioni ingannevoli:

- quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1,
- quando non indica l’intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto,

-nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Si pensi ad imprese che utilizzano spot pubblicitari con immagini in sovraimpressione così veloci da non essere adeguatamente comprese; si pensi alla pubblicità occulta di un prodotto presentato all'interno di un film.

Il terzo comma dell'articolo oggetto di analisi indica i criteri da utilizzare per valutare se vi sia stata omissione di informazione quando il mezzo per veicolare le informazioni pubblicitarie impone restrizioni in termini di spazio o di tempo.

Il successivo quarto comma precisa che, nel caso di un invito all'acquisto devono ritenersi rilevanti, ai sensi del comma 1, le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto:

“...a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso;

b) l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce;

c) il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;

d) le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale;

e) l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto”.

In chiusura il quinto comma dell'art. 22 cod. cons. prevede la rilevanza, ai sensi del primo comma, degli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto.

L'art. 22-bis cod. cons., inserito per effetto dell'art. 22 della l. 23 luglio 2009, n. 99 attiene alla pubblicità ingannevole delle tariffe marittime che risulta tale quando il prezzo del biglietto dovuto alla compagnia marittima non è comprensivo degli oneri accessori, tasse portuali ed altri importi destinati a gravare sul consumatore.

L'art. 23 cod. cons. contiene l'elenco delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli secondo presunzione di legge e, pertanto, assoggettabili a sanzioni della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato:

“...a) l'affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta;

b) l'esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione;

c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura;

d) asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, della accettazione o dell'approvazione ricevuta. In merito sono stati fatti esempi circa la vendita di integratori alimentari per sportivi privi delle indispensabili autorizzazioni ministeriali.

e) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti".

Si pensi alle offerte pubblicizzate dalle catene della grande distribuzione che non indicano che l'offerta è limitata a piccole quantità di merce.

"...f) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:

1) rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure

2) rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure

3) fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto.

g) Dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole". Ad esempio, è accaduto che sia stato sanzionato un professionista per aver annunciato la vendita di tutti i telefoni cellulari a prezzi vantaggiosi limitatamente al giorno dell'inaugurazione del punto vendita. In realtà l'offerta riguardava solo un limitato numero di apparecchi, tra l'altro non particolarmente pregiati, il cui prezzo era rimasto invariato anche nei giorni successivi.

"...h) Impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione;

i) affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita;

l) presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista;

m) salvo quanto previsto dal d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal

professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore;

n) formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto”. Così circa l’acquisto di terminali per vigilare a distanza il sonno dei bambini o di riceventi per segnalare al congiunto lo stato di sofferenza di una persona anziana e non autosufficiente.

“...o) Promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore”. Questo avviene utilizzando i colori, i simboli grafici e le diciture utilizzate da un concorrente anche sul proprio prodotto onde ingenerare confusione.

“...p) Avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall’entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti;

q) affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l’attività o traslocare;

r) affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte;

s) affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni;

t) comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d’indurre il consumatore all’acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato”.

Nelle vendite “sottocosto”, che attirano i clienti sul presupposto che i prodotti vengano offerti ad un prezzo inferiore al costo di ingrosso, il quale per sua stessa natura risulta normalmente inferiore al prezzo comunemente praticato al dettaglio, a volte ciò non sempre si verifica ed, anzi, tale dicitura è solo un espediente per lo svuotamento dei magazzini dall’inventario.

“...u) affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole;

v) descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto;

z) includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto;

aa) dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore;

bb) lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto”.

INSERIRE PROVV. AGCM

La sezione II del Capo II del Titolo III del codice del consumo è dedicata alle pratiche commerciali aggressive e contiene gli artt. 24-26.

Per l'art. 24 cod. cons. è considerata aggressiva quella pratica commerciale che, nella “fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

Le pratiche commerciali aggressive, come le ingannevoli, possono incidere sulla libertà di scelta o di azione del consumatore, ma, diversamente da queste ultime, sono connaturate da profili di coercizione, fisica o psicologica volti ad incidere sul comportamento del consumatore.

La norma gradua i comportamenti attuabili da parte del professionista partendo dalle molestie, transitando attraverso lo sfruttamento della posizione di supremazia del professionista, volto ad esercitare un indebito condizionamento, fino a giungere alla utilizzazione della forza fisica.

Le pratiche commerciali de qua sono giudicate aggressive tenendo conto di “tutte le caratteristiche e circostanze del caso” compresi il tempo e luogo, durata, ricorso alla minaccia o violenza fisica o verbale.

Per l'art. 25 cod. cons. le pratiche sono qualificabili aggressive, ove vi sia ricorso a molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, considerando i seguenti elementi:

“...a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;

b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale;

c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;

d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista...” Trattasi di quegli espedienti utilizzati per creare scoraggiare il consumatore da esercitare e propri diritti come caricare la prestazione di costi aggiuntivi, paventare rischi spropositati nel risolvere il contratto, ecc...

“...e) Qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata”.

Pratiche commerciali ritenute per legge presuntivamente aggressive, cioè senza ammettere prova contraria, intimidatrici, perciò direttamente sanzionabili dalla

Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, sono, per l'art. 26 cod. cons., secondo il lungo elenco proposto, quelle dirette a :

"...a) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto". Ciò può avvenire nel contesto di dimostrazioni di prodotti e servizi all'interno di esercizi commerciali durante le quali, per esiguità degli spazi a disposizione, luci utilizzate, chiusura di pannelli anche mobili od altro il cliente possa ritenere di non potersi allontanare senza aver concluso il contratto.

"b) Effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale". Giustificate potrebbero essere le visite dell'operatore commerciale per riscuotere ratealmente il prezzo del bene o del servizio, se pattuito.

"c) Effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'art. 58 e l'art. 130 del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196."

L'articolo 58 del codice del consumo attiene ai limiti nell'impiego di talune tecniche, come il telefono con o senza la presenza dell'operatore, nella contrattazione a distanza ed alla necessità di ottenere relativo consenso per utilizzarle; l'art. 130 del codice della privacy è norma omologa ma in rapporto alla protezione dei dati personali degli utenti utilizzatori di reti di comunicazione elettronica. In merito si rinvia al commento dell'art. 58 cod. cons.

"...d) Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali. Si pensi alla richiesta di esibire gli scontrini attestanti l'esatto costo di ogni indumento contenuto in una valigia smarrita per la quale si richiede il risarcimento.

e) Salvo quanto previsto dal d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati".

Il decreto richiamato è il testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici il quale contiene specifiche disposizioni volte alla tutela dei minori negli artt. 34-36.

Tale pratica commerciale è sicuramente censurabile perchè agisce sui bambini, facilmente manipolabili, per spingere gli adulti ad accontentarli acquistando quanto desiderato.

"...f) Esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo".

Trattasi della c.d. fornitura non richiesta, oggetto di due differenti previsioni legislative:

-il divieto posto dall'art. 18, comma secondo del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 114 sulla Riforma del commercio (su cui v infra, sub commento art. 44 cod. cons.) e quello in materia di contratto a distanza dall'art. 66-quinquies del codice del consumo al cui commento si rinvia.

“...g) Informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista”. Tale pratica commerciale agisce sul sentimento di compassione del consumatore distorcendo sulla sua libertà di scelta.

“h) Lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore”.

INSERIRE CASISTICA

Il Capo III, del Titolo III del libro II del codice del consumo, denominato “Applicazione” contiene gli artt. 27/27-quater cod. cons.

L'art. 27 è dedicato alla “Tutela amministrativa e giurisdizionale” riservata alla Autorità garante della concorrenza e del mercato, organismo scelto dallo stato italiano in base all'art. 11 della Dir. 2005/29/CE.

La AGCM è anche autorità competente per l'applicazione del regolamento 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, ovvero rappresenta l'Italia in materia e collabora con le autorità omologhe degli altri stati e con la Commissione al fine di garantire il rispetto della citata normativa, il buon funzionamento del mercato interno ed il miglioramento della protezione degli interessi economici dei consumatori.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, istituita con la l. 10 ottobre 1990 n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) e perciò chiamata anche Autorità Antitrust, ha il compito di garantire il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni in grado di creare o rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza, al fine di migliorare il benessere dei cittadini.

Nel 1992 è stata affidato all'Antitrust il compito di contrastare la pubblicità ingannevole delle aziende, dal 2004 applica la legge sul conflitto di interessi dei titolari delle cariche di Governo, dal 2007 l'Autorità tutela i consumatori (e dal 2012 anche le microimprese) dalle pratiche commerciali scorrette delle imprese per garantire che il confronto sul mercato avvenga lealmente; interviene anche contro la pubblicità comparativa che getta discredito sui prodotti dei concorrenti o confonde i consumatori; infine, dal 2012, è stata affidata all'Antitrust la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori.

A questi compiti si aggiungono l'attività di segnalazione al Parlamento e al Governo, l'esercizio dell'attività consultiva e la legittimazione ad impugnare gli atti della pubblica amministrazione che determinano distorsioni della concorrenza. Essa è un'istituzione amministrativa indipendente, che assume le decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte del potere esecutivo né di altri organi della rappresentanza politica.

L'imparzialità e l'autonomia della AGCM sono garantite dalle modalità di nomina dei propri membri: il Presidente ed i quattro componenti dell'AGCM sono nominati congiuntamente dai Presidenti della Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica, restano in carica sette anni ed alla scadenza il loro incarico non può essere rinnovato.

Nel 1995 è stato approvato un codice etico alla cui osservanza sono tenuti i membri della Autorità che impone comportamenti improntati ai principi di imparzialità, riservatezza, correttezza. I membri della AGCM non possono assumere, inoltre, altro impiego o incarico od esercitare attività professionali, commerciali e industriali.

La AGCM è autorità amministrativa giudicando secondo i principi del diritto amministrativo, assicurando trasparenza dei procedimenti ed accesso agli atti, ed irrogando sanzioni di tal tipologia. Essa è organo collegiale in quanto le sue decisioni vengono assunte a maggioranza.

La tutela di tipo amministrativo prevista dall'art. 27 cod. cons., tuttavia, fa salva quella giurisdizionale civile come afferma l'ultimo comma, il quindicesimo, dell'art. 27 cod. cons. L'A.G.O. è competente a giudicare in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 c.c., nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, "...in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla l. 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, e dei marchi d'impresa protetti dal d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti".

Si conferma, dunque, la natura binaria della tutela in materia di pratiche commerciali scorrette: la AGCM interviene a tutela dell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato sanzionando i comportamenti scorretti con l'irrogazione di sanzioni amministrative, al giudice ordinario è invece affidata la tutela civilistica dei soggetti danneggiati dalle fattispecie in questione.

Il secondo comma dell'art. 27 cod. cons. prevede che l'AGCM possa procedere, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, ad inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette disponendo la eliminazione degli effetti.

La Autorità, dunque, interviene a prescindere dalla circostanza che i cittadini siano concretamente danneggiati, anche in caso di potenziale pericolosità dei comportamenti rivolti a danneggiarli con finalità di tutela preventiva.

Tra i soggetti interessati ad attivare la procedura si pongono i consumatori, le imprese concorrenti rispetto al professionista che abbia posto in essere la pratica scorretta, le persone che, sebbene non rientranti nella definizione di consumatore di cui all'art. 3

cod. cons., abbiano interesse a segnalare la pratica commerciale scorretta in quanto destinatari della stessa o qualsiasi organizzazione, come le associazioni dei consumatori e le organizzazioni rappresentative dei professionisti operanti nel settore cui appartiene il professionista che ha posto in essere la pratica scorretta, che ne abbia interesse.

In merito è stato ritenuto che il consumatore denunciante rappresenti, in realtà, l'intera classe dei consumatori in quanto non trarrebbe benefici personali dal procedimento avviato non potendo ottenere alcun risarcimento. Egli, in pratica, consente alla AGCM di agire nell'interesse collettivo dei consumatori.

Per lo svolgimento di tale attività la Autorità:

- si avvale dei poteri investigativi ed esecutivi previsti dal Regolamento 2006/2004/CE anche in relazione alle infrazioni non transfrontaliere;
- si avvale dei poteri investigativi della Guardia di Finanza che agisce con i poteri ad essa attribuiti per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e dell'imposta sui redditi.

L'AGCM può intervenire indipendentemente dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro.

Nel caso la pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità, prima di provvedere, richiede il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 27, comma sesto, cod. cons.).

Se l'Autorità ravvisa particolare urgenza, ai sensi del comma terzo, può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette ancor prima di averle esaminate in modo approfondito ed essere pervenuta alla emanazione di un provvedimento; comunicando, in ogni caso, al professionista l'apertura dell'istruttoria.

Se il committente non fosse noto potrebbe richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea ad identificarlo. L'Autorità può, altresì, richiedere a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni ed i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione.

In tali circostanze si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14, commi secondo, terzo e quarto, della l. n. 287/1990 in base alle quali l'Autorità può, in ogni fase dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili; disporre ispezioni per controllare i documenti aziendali e prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché consultare esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante. Tutte le notizie, le informazioni o i dati acquisiti sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, così come i funzionari dell'Autorità sono considerati pubblici ufficiali e vincolati dal segreto d'ufficio.

Ove, ai sensi dall'art. 14, comma secondo, l. n. 287/1990, i soggetti richiesti si rifiutino, senza valido motivo, di fornire le informazioni richieste, l'AGCM applica

una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 euro a 20.000 euro; se, invece, le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000 euro a 40.000 euro (art. 27, quarto comma cod. cons.).

L'AGCM può ordinare al professionista di fornire prova "sull'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale se, tenuto conto dei diritti o degli interessi legittimi del professionista e di qualsiasi altra parte nel procedimento, tale esigenza risulti giustificata, date le circostanze del caso specifico".

Nel caso tale prova sia omessa o venga ritenuta insufficiente, i dati di fatto sono considerati inesatti. Al professionista incombe, in ogni caso, "l'onere di provare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell'articolo 20, comma 3".

Secondo il comma settimo dell'art. 27 cod. cons. "...ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità". In questa circostanza la AGCM può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista e, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione.

Accertata la scorrettezza della pratica commerciale, la AGCM ne vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può disporre, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti (comma ottavo art. 27 cod. cons.).

L'Autorità, unitamente al provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette, ai sensi dell'articolo 21, commi terzo e quarto, la sanzione non può essere inferiore a 50.000 euro.

Una regola particolare è prevista dal comma decimo dell'art. 27 cod. cons. in relazione alle comunicazioni commerciali inserite sulle confezioni di prodotti: L'Autorità, "nell'adottare i provvedimenti indicati nei commi 3 e 8, assegna per la loro esecuzione un termine che tenga conto dei tempi tecnici necessari per l'adeguamento."

La procedura istruttoria delle violazioni oggetto di esame da parte della Autorità garante della concorrenza e del mercato è disciplinata da proprio regolamento (Regolamento sulle procedure in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie) dell'8 agosto 2012, che garantisce il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione.

Nella eventualità di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza ed a quelli inibitori o di rimozione degli effetti di cui ai commi terzo, ottavo e decimo ed in caso di

mancato rispetto degli impegni assunti ai sensi del comma settimo, la Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro giungendo anche a disporre, in caso di reiterata inottemperanza, la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni (comma dodicesimo art. 27 cod. cons.).

Il comma tredici dell'art. 27 cod. cons. prevede la ricorribilità al giudice amministrativo contro i provvedimenti dell'AGCM e l'applicazione delle disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della l. 24 novembre 1981, n. 689, legge di modifica al sistema penale, contenente la procedura per la irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, fermo restando che il pagamento delle stesse deve essere effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità.

Gli articoli richiamati attengono ai principi generali applicabili in materia (1-12) nonché alla possibilità di pagamento rateale della sanzione pecuniaria, su richiesta dell'interessato che si trovi in condizioni economiche disagiate (art. 26); della esecuzione forzata (art. 27); della prescrizione del diritto a riscuotere le somme nel termine di 5 anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione (art. 28) e della devoluzione dei proventi delle sanzioni (art. 29). Infine, se la pratica commerciale sia stata ritenuta non scorretta dall'AGCM, i soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse, possono ricorrere al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento (art. 27, quattordicesimo comma, cod. cons.)

Riepilogando: l'Autorità ha poteri istruttori, sanzionatori, decisori.

Nella fase pre-istruttoria l'Autorità verifica la regolarità e la completezza della richiesta ed acquisisce ogni elemento utile ai fini dell'accertamento e valutazione del caso senza essere vincolata dagli elementi e dalle circostanze indicate nell'atto che avvia il procedimento, comunicandolo al professionista con l'invito a cessare dai comportamenti scorretti.

Segue una fase di istruttoria nella quale spetta al professionista dimostrare la correttezza del suo comportamento (inversione dell'onere della prova), pena la valutazione della condotta come scorretta.

Se la pratica commerciale è stata, o deve essere, diffusa attraverso la stampa ovvero per radio, televisione o altro mezzo di telecomunicazione, l'Autorità, prima di provvedere alla sua decisione, richiede un parere, non vincolante, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Infine, nella fase decisoria l'Autorità, con apposito provvedimento definitivo, dichiara o meno la scorrettezza della pratica. In caso positivo l'AGCM:

- può vietare la diffusione o la continuazione della pratica scorretta;
- può ordinare la pubblicazione del provvedimento per estratto a cura e a spese del professionista;
- può ottenere dal professionista l'impegno di porre fine alla violazione, cessando la diffusione della pratica commerciale o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità.

Le decisioni vengono pubblicate sul bollettino dell'AGCM e possono essere oggetto di impugnazione davanti al giudice amministrativo, che è il TAR del Lazio.

Secondo il primo comma dell'art. 27-bis cod. cons. (Codici di condotta) "Le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l'indicazione del soggetto responsabile o dell'organismo incaricato del controllo della loro applicazione".

Trattasi di autoregolamentazione spontanea da parte dei professionisti al fine di migliorare il rapporto con la clientela nello svolgimento della propria attività.

Si è già visto come gli artt. 21 e 23 cod. cons., per esempio, indicano come pratica commerciale ingannevole, rispettivamente, la mancata osservanza da parte del professionista degli impegni assunti con il codice di condotta e la falsa affermazione che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura.

Teoricamente i codici di condotta dovrebbero fungere da strumento di contrasto alle pratiche commerciali scorrette aggiungendosi ai mezzi di tutela previsti per legge.

Per il secondo comma dell'art. 27-bis cod. cons. tale codice è redatto nella lingua italiana ed inglese, per essere facilmente compreso da uno straniero, e vige l'obbligo, per l'organismo responsabile, di accessibilità anche telematica.

Esso deve garantire la protezione dei minori e salvaguardare la dignità umana (terzo comma art. 27-bis cod. cons.).

I redattori del codice, li comunicano, per promuoverne l'adesione, agli operatori di settore ed il responsabile li conserva ed aggiorna, con l'indicazione di quanti vi hanno aderito; i professionisti aderenti sono obbligati ad informare previamente il consumatore dell'esistenza del codice di condotta e dei suoi contenuti.

Esempi di codici di condotta adottati sono il Codice di Autodisciplina pubblicitaria ed il Codice della Comunicazione commerciale.

L'art. 27-ter cod. cons. attiene alla autodisciplina, sistema di composizione extragiudiziale delle controversie. Per il primo comma di tale articolo, i consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni, precedentemente all'avvio della procedura di cui all'articolo 27 cod. cons., possono accordarsi con il professionista per adire il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore al fine di promuovere la risoluzione concordata della controversia al fine di vietare o far cessare la pratica commerciale scorretta.

La possibilità di tentare una composizione extragiudiziale della controversia non pregiudica il diritto del consumatore di adire l'Autorità o il giudice civile ordinario ma, iniziata la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina, "...le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità fino alla pronuncia definitiva, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità, ove lo

stesso sia stato attivato...L' Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni” (commi secondo e terzo, art. 27-ter cod. cons.).

In base all'art. 27-quater cod. cons. (Oneri di informazione) sia l'AGCM, sia le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali di cui all'articolo 27-bis, comunicano periodicamente al Ministero dello sviluppo economico le decisioni in materia di pratiche commerciali scorrette.

Sul sito del Ministero (www.sviluppoeconomico.gov.it) sono disponibili per gli utenti:

- tutte le informazioni relative ai meccanismi di reclamo e ricorso disponibili in caso di controversie, i codici di condotta adottati ai sensi dell'articolo 27-bis cod. cons.;
- gli estremi delle autorità, organizzazioni o associazioni presso le quali si possono ottenere ulteriori informazioni o assistenza;
- gli estremi e la sintesi delle decisioni significative riguardo a controversie, comprese quelle adottate dagli organi di composizione extragiudiziale.

Artt. 28-32 cod. cons. e trattazione delle televendite (estratto, modificato e aggiornato, dal volume di D. Mastroianni, Contrattazione a distanza, Disciplina consumeristica e di settore. Progedit editore, 2011.

Il Titolo IV della parte II del codice del consumo, rubricato “Particolari modalità della comunicazione pubblicitaria” prevede il suo Capo I dedicato al “Rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite.

Le vendite televisive hanno rappresentato e rappresentano un importante strumento di persuasione del consumatore, che utilizza una delle più diffuse tecniche di comunicazione a distanza, la televisione. Esse continuano ad essere un business importante, malgrado gli anni pionieristici delle televendite effettuate sulle reti locali siano ormai un ricordo sbiadito (Aiazzone, Wanna Marchi).

La televendita è accostata ai messaggi pubblicitari dall'art. 3 della delibera della *Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni* (Agcom) n. 538/01/CONS del 26 luglio 2001, modificata il 12 luglio 2006, divenuta il Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e di televendite, trattasi, diversamente, di una proposta di contratto *in incertam personam*, che spiega effetti non meramente promozionali ma aventi un preciso rilievo giuridico sotto il profilo negoziale. Si tratta, cioè, di offerta al pubblico, disciplinata dall'art. 1336 c.c., veicolata attraverso il mezzo televisivo e dotata del valore vincolante di proposta, salvo risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi, in quanto contenente gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta. Essa diviene impegnativa una volta resa pubblica ed a tale proposta può essere apposto un termine di durata. Può, infine, essere revocata con la stessa forma della offerta o in forma equipollente con effetto anche nei confronti di chi non ne abbia avuto notizia.

Il Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e di televendite, nell'art. 1, comma primo lett. e) definisce la televendita come:”...l'offerta diretta trasmessa al

pubblico attraverso il mezzo televisivo o radiofonico allo scopo di fornire, dietro pagamento, beni o servizi compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”.

La definizione è stata, poi, ripresa dall'art. 2, comma primo, lett. ii) del t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177) affiancata a quella di emittente di televendite come la “emittente che trasmette prevalentemente offerte dirette al pubblico allo scopo di fornire, dietro pagamento, beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni...” (art. 2, comma primo, lett. aa), n. 6).

La finestra di televendita ha durata non inferiore a 15 minuti (art. 5-bis, comma quarto, Reg. in materia di pubblicità televisiva e televendite) ne deriva la maggiore durata delle televendite in esame e la durata inferiore al quarto d'ora per i c.d. spot di televendita.

La televendita è assai diversa da alcune forme pubblicitarie come gli spot pubblicitari, la sponsorizzazione o le telepromozioni. rivolte alla mera promozione di vendita di beni o prestazione di servizi.

Quanto agli *spot pubblicitari*, intesi come “...forma di pubblicità di contenuto predeterminato, trasmessa da emittenti radiofoniche e televisive” (art. 1, comma primo, lett. d) Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendita, nonché art. 2, comma primo, lett. ff), t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici), di durata media pari a 30 secondi, essi promuovono un prodotto o servizio evidenziandone le caratteristiche, spesso attraverso la struttura a racconto che utilizza personaggi famosi. Essi, pertanto, non producono effetti obbligatori avendo un mero contenuto persuasivo della bontà del prodotto pubblicizzato.

La televendita si distingue anche dalla *sponsorizzazione*, intesa come “ogni contributo di una impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisive o radiofoniche o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche, al finanziamento di programmi [televisivi] allo scopo di promuoverne il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti [purché non facciano riferimenti specifici di carattere promozionale a tali attività o prodotti]” (definizione tratta dall’art. 1, lett. e), Dir. 89/552/CEE, come modificata dalla Dir. 97/36/CE, e poi trasfusa, con modifiche, nell’art. 2, lett. hh), del t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici). Essa, dunque, non può stimolare direttamente l’acquisto di prodotti o servizi.

Sull’argomento si v. il D.m. delle Poste e delle telecomunicazioni del 9 dicembre 1993, n. 581, Regolamento in materia di sponsorizzazioni di programmi televisivi ed offerte al pubblico.

Più sfumata la differenza con la *telepromozione*, consistente in uno spazio all’interno di un programma, nel quale la sponsorizzazione si accompagna ad una promozione all’acquisto. Essa, infatti, è definita come “form[a] di pubblicità consistent[e] nella esibizione di prodotti, presentazione verbale e visiva di beni o servizi di un produttore di beni o di un fornitore di servizi, fatta dall’emittente televisiva o radiofonica nell’ambito di un programma al fine di promuovere la fornitura, dietro compenso, dei beni o dei servizi presentati o esibiti” (art. 1, comma primo, lett. f), Reg. in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendita nonché art. 2, comma primo, lett. mm), t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici).

La telepromozione consiste, dunque, in messaggi informali tesi ad enfatizzare prodotti o servizi di terzi, non gestiti direttamente dall'inserzionista bensì dall'emittente; è collegata al programma in cui si inserisce e spesso si avvale dell'intervento dei suoi stessi conduttori ma collocati in diversi contesti spaziali. Con la telepromozione non si effettua, dunque, una vendita diretta ma una promozione di prodotti o servizi indicando, eventualmente il recapito cui rivolgersi per chiedere ulteriori informazioni.

Tuttavia, per comprendere la reale natura giuridica della pratica promozionale utilizzata ed i relativi effetti occorre valutarne le caratteristiche intrinseche senza lasciarsi fuorviare dall'autoqualificazione della stessa operata dall'emittente. Cass. 18 aprile 1988, n. 3951 (in Rep. Foro it., 1998, voce Cassazione civile, n. 58) ha dichiarato che sia "...impossibile distinguere con certezza la nozione di televendita da quella di pubblicità televisiva; anche la prima rappresent[a], ancorché in via mediata, una forma di pubblicità televisiva- con conseguente legittimità dell'invio di messaggi meramente pubblicitari...".

Evoluzione normativa ed attuale disciplina.

La fornitura di beni o la prestazione di servizi effettuate attraverso il mezzo televisivo, quando intercorrenti tra un professionista ed un consumatore, sono ricadute per anni sotto l'applicazione della normativa in materia di contratti conclusi fuori dai locali commerciali (*d. lgs. n. 50/92, in recepimento della Dir. 85/577/CEE*) il cui art. 9 le inseriva tra le altre forme speciali di vendita come "offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo e altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso...".

Per tali contratti la informazione sul diritto di recesso doveva "essere inserita nel corso della presentazione del programma o del servizio oggetto del contratto, compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle relative evoluzioni tecnologiche." Inoltre, tale informazione doveva essere fornita all'inizio e nel corso della trasmissione nella quale erano contenute le offerte. La conferma scritta dell'informazione sul diritto di recesso doveva, poi, essere fornita non oltre il momento di consegna della merce.

Trattandosi, tuttavia, di contratti che si avvalgono di tecniche di comunicazione che pongono in contatto operatore commerciale e consumatore non fisicamente e simultaneamente presenti nello stesso luogo esse sono successivamente ricadute nell'ambito applicativo della più specialistica *disciplina dei contratti a distanza* (*d. lgs. n. 185/99, in recepimento della Dir. 97/7CE*): infatti l'*allegato I*, relativo alle più comuni tecniche di comunicazione a distanza, inseriva il televisore (televendite, teleacquisto) tra queste.

Consapevole della sovrapposizione tra le discipline, il legislatore dell'epoca prevedeva una norma di raccordo, l'art. 15 del d. lgs. n. 185/99, disponente che, fino alla emanazione di un t.u. di coordinamento tra le norme dei dd. lgs. n. 185/99, n. 50/92 e n. 114/98, si applicavano le disposizioni sui contratti a distanza ove più favorevoli per il consumatore.

Con la emanazione, nel 2005, del codice del consumo, attuativo del raccordo e armonizzazione tra le normative di cui sopra, la disciplina dettata per i contratti a distanza è divenuta integralmente applicabile alle vendite televisive.

Ne era testimonianza la trasposizione di quell'originario art. 9 del d. lgs. n. 50/92 nell'art. 59 cod. cons. previgente versione; operazione non riuscita in quanto non teneva in conto la nuova sede di inserimento concentrando l'attenzione unicamente sulla informazione attinente al diritto di recesso, in stridente contrasto con la normativa ben più garantista dettata per i contratti a distanza.

L'attuale normativa sui contratti a distanza, entrata in vigore il 13 giugno 2014 per effetto del d. lgs. n. 21 del 2014, in recepimento della Dir. 2011/83/UE, non prevede regole peculiari per le televendite come in passato (art. 59, previgente versione, cod. cons.) ma si richiama l'attenzione su alcune in particolare come:

-il Considerando n. 36 della Dir. 2011/83/UE affermando “Nel caso dei contratti a distanza, gli obblighi di informazione dovrebbero essere adattati per tenere conto dei limiti tecnici di taluni media, come la limitazione del numero di caratteri su taluni schermi di telefoni mobili o il limite di tempo per gli spot televisivi. In tali casi il professionista dovrebbe conformarsi ad un insieme minimo di obblighi di informazione e rinviare il consumatore a un'altra fonte di informazione, ad esempio fornendo un numero di telefono gratuito o un link ipertestuale ad una pagina web del professionista dove le informazioni pertinenti sono direttamente e facilmente accessibili...” ;

- l'art. 51, comma primo e quarto, cod. cons. (Requisiti formali per i contratti a distanza, attuazione dell'art. 8 Dir. 2011/83/UE).

Premesso che il professionista fornisce o mette a disposizione del consumatore le informazioni preliminari di cui all'art. 49, comma 1, in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile, il quarto comma di detto articolo precisa che “ Se il contratto e' concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, il professionista fornisce, su quel mezzo in particolare e prima della conclusione del contratto, almeno le informazioni precontrattuali riguardanti le caratteristiche principali dei beni o servizi, l'identità del professionista, il prezzo totale, il diritto di recesso, la durata del contratto e, nel caso di contratti a tempo indeterminato, le condizioni di recesso dal contratto, conformemente all'articolo 49, comma 1, lettere a), b), e), h) e q). Le altre informazioni di cui all'articolo 49, comma 1, sono fornite dal professionista in un modo appropriato conformemente al comma 1 del presente articolo”.

Quanto alle ulteriori regole settoriali applicabili, le vendite televisive rientrano, come le vendite per corrispondenza, anche tra le "forme speciali di vendita" al dettaglio, disciplinate dagli artt. 18 e ss. del d. lgs. n. 114 del 1998 (Riforma della disciplina del commercio), come modificato dal d. lgs. n. 59 del 2010 (attuazione della Dir. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno) cui rinvia l'art. 67 cod. cons.

In primo luogo, l'art. 68 *del d. lgs. n. 59 del 2010*, che sostituisce l'abrogato comma primo dell'art. 18 in commento, prevede che la attività di vendita tramite televisione

ed altri sistemi di comunicazione, sia "...soggetta a dichiarazione di inizio di attività da presentare allo sportello unico per le attività produttive del comune nel quale l'esercente, persona fisica o giuridica, intende avviare l'attività...". Tale dichiarazione deve contenere l'indicazione del possesso dei requisiti prescritti dall'art. 5 del d. lgs. n. 114/98 per esercitare l'attività di vendita al dettaglio il settore merceologico di appartenenza (terzo comma art. 18 d. lgs. n. 114/98).

Il successivo quarto comma dell'art. 18 obbliga l'emittente televisiva ad accertarsi, prima di mettere in onda, che il titolare dell'attività sia in possesso dei requisiti prescritti dal presente decreto per l'esercizio della vendita al dettaglio. Durante la trasmissione debbono essere indicati il nome e la denominazione o la ragione sociale e la sede del venditore, il numero di iscrizione al registro delle imprese ed il numero della partita IVA; agli organi di vigilanza è consentito il libero accesso al locale indicato come sede del venditore (prescrizioni ribadite dall'art. 5 bis dell'allegato a) alla delibera n. 34/05/CSP dell'8 marzo 2005, modifiche al Reg. in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite).

E', inoltre, stabilito che, chi esercita le vendite tramite televisione per conto terzi deve essere in possesso della licenza del questore, prevista dall'art. 115 t.u. delle leggi di Pubblica sicurezza (approvato dal R. d. 18 giugno 1931, n. 773), conducendo "agenzie...anche sotto forma di agenzie di vendita, esposizioni, mostre, fiere, campionarie o simili..." (sesto comma art. 18 d. lgs. n. 114/98).

Infine, il quinto comma dell'art. 18 in commento sancisce il divieto di condurre operazioni di vendita all'asta realizzate per mezzo della televisione o altri mezzi di comunicazione non potendo garantire la contestualità e trasparenza della procedura.

Dal punto di vista della tutela del consumatore nell'ambito della fruizione della comunicazione commerciale effettuata tramite televendita il *codice del consumo detta alcune peculiari regole*, riprendendole dalle l. n. 122 del 30 aprile 1998 e dall'art. 52 della l. n. 39 dell' 1 marzo 2002 (rispettivamente in tema di "Differimento di termini previsti dalla legge 31 luglio 1997, n. 249, relativi all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nonché norme in materia di programmazione e di interruzioni pubblicitarie televisive" e "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2001").

Loro scopo quello di proteggere chi è oggetto di comunicazioni persuasive veicolate attraverso notizie pubblicitarie, ricordando che il codice del consumo indica tra i diritti dei consumatori quello ad una adeguata informazione e corretta pubblicità (art. 2, comma secondo, lett. c) cod. cons.) e che per pubblicità televisiva si intende "... ogni forma di messaggio televisivo o radiofonico trasmesso a pagamento o dietro altro compenso ovvero ai fini di autopromozione da un'impresa pubblica o privata nell'ambito di un'attività commerciale, industriale, artigianale o di una libera professione allo scopo di promuovere la fornitura, dietro compenso, di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni" (art. 2, comma primo, lett. ee) t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici).

All'interno della parte II del codice del consumo, riservata alla "Educazione, informazione, pratiche commerciali e pubblicità", il titolo IV (Particolari modalità

della comunicazione commerciale) contiene il capo I riservato al “Rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite”, comprendente gli artt. 28-32. L’art. 28 cod. cons. delimita l’ambito normativo alle televendite, così come definite dal Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite, precisando che in esse sono comprese quelle di astrologia, cartomanzia ed assimilabili, di servizi relativi a concorsi o giochi comportanti ovvero strutturati come pronostici e lo estende agli spot di televendita.

Tale Regolamento, come già precisato in apertura, contiene la delibera 538/01/CONS del 26 luglio 2001, modificata il 12 luglio 2006, della Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni (Agcom), istituita con l. 31 luglio 1997 n. 249 (Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo). Esso reca le disposizioni di attuazione della Direttiva 89/552/CEE (del 3 ottobre 1989, c.d. “Televisione senza frontiere”, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive, come modificata dalla Direttiva 97/36/CE del 30 giugno 1997).

L’art. 29 cod. cons. prevede che le televendite evitino “qualunque forma di sfruttamento della superstizione, della credulità o della paura” e non contengano “scene di violenza fisica o morale o tali da offendere il gusto e la sensibilità dei consumatori per indecenza, volgarità o ripugnanza”. Inoltre, il successivo art. 30 vieta la televendita che “offenda la dignità umana, comporti discriminazioni di razza, sesso o nazionalità, offenda convinzioni religiose e politiche, induca a comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza o la protezione dell’ambiente.” E ,inoltre, vietata la televendita di sigarette o prodotti a base di tabacco (art. 30, terzo comma, cod. cons.)

Il successivo quarto comma stabilisce che esse non debbano contenere “dichiarazioni o rappresentazioni che possono indurre in errore gli utenti o i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l’identità delle persone rappresentate”.

L’art. 31 cod. cons., specificatamente dettato per la protezione dei minori, precisa che la televendita non deve esortarli a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti o servizi; non deve arrecare loro pregiudizio fisico o morale e rispettare alcuni criteri come non mostrare coetanei impegnati in azioni pericolose, sfruttare la particolare fiducia che ripongono nei genitori ed insegnanti, esortarli ad acquistare prodotti o servizi sfruttandone l’inesperienza o credulità od indurli a persuadere i genitori a farlo.

Salvo che il fatto costituisca reato, l’inosservanza di tale complesso normativo, per espresso rinvio operato dall’art. 32 cod. cons. alla normativa in materia di contratti a distanza, è punita con l’irrogazione delle sanzioni ivi previste, oltre a quelle disposte in materia di pubblicità (art. 26 cod. cons.) e quelle indicate dall’art. 2, comma 20, lett. c) della l. 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione

dei servizi di pubblica utilità. Istituzione dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità) nonché dall'art. 1, comma 31, della l. 1997 n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo). Proprio a tale ultimo organo i cittadini riscontranti violazione delle regole testé citate possono denunciare le emittenti coinvolte che provvede ad eventuale istruttoria ed irrogazione di sanzioni amministrative.

Il *Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendita* detta, poi, disposizioni volte a disciplinare l'inserimento delle televendite all'interno dei programmi televisivi evidenziandone la riconoscibilità, le modalità di trasmissione e la percentuale complessiva di tempo occupabile (artt. 3-4). A tal fine prevede che:

- la pubblicità e le televendite debbano essere chiaramente riconoscibili come tali e distinguersi nettamente dal resto della programmazione;
- che le emittenti televisive siano tenute ad inserire sullo schermo, in modo chiaramente leggibile, la scritta "pubblicità" o "televendita", nel corso di queste;
- che i messaggi pubblicitari, incluse le telepromozioni e le televendite, in qualsiasi forma trasmessi, non possano essere presentati dal conduttore del programma in corso nel contesto dello stesso;
- che se la pubblicità è trasmessa durante cartoni animati la stessa non possa utilizzare i medesimi personaggi;
- che sia vietata la pubblicità che utilizzi tecniche subliminali;
- che gli spot pubblicitari e di televendita isolati debbano costituire eccezioni;
- limiti nell'inserimento nel corso di programmi sportivi e trasmissioni per bambini;
- intervalli temporali prefissati per le interruzioni pubblicitarie;
- divieto di trasmissione di messaggi pubblicitari con potenza acustica superiore a quella utilizzata precedentemente.

Inoltre l'art. 5-bis, introdotto a seguito delle modifiche al predetto regolamento (operate attraverso l'allegato A della delibera n. 34/05/CSP dell'8 marzo 2005 dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni), rende possibile interrompere le televendite con messaggi pubblicitari, purché con modalità tali (acustiche e visive) da distinguere il diverso contesto, e detta regole per la descrizione dei prodotti e servizi offerti nei loro elementi quantitativi e qualitativi affinché risultino fedelmente rappresentativi.

Il successivo art. 5-ter detta regole specifiche per le televendite relative a servizi di astrologia, cartomanzia e giochi e lotterie.

Tali norme sono esplicitate dal t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici il cui Capo III (Trasmissioni transfrontaliere) contiene l'art. 35 -bis rubricato "Principi generali in materia di comunicazioni commerciali audiovisive e radiofoniche".

Esso prevede che le comunicazioni commerciali audiovisive fornite dai fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana si conformano alle seguenti regole:

"...a) le comunicazioni commerciali audiovisive sono prontamente riconoscibili come tali; sono proibite le comunicazioni commerciali

audiovisive occulte;

b) le comunicazioni commerciali audiovisive non utilizzano tecniche subliminali;

c) le comunicazioni commerciali audiovisive:

1) non pregiudicano il rispetto della dignità umana;

2) non comportano né promuovono discriminazioni fondate su sesso, razza o origine etnica, nazionalità, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale;

3) non incoraggiano comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza;

4) non incoraggiano comportamenti gravemente pregiudizievoli per la protezione dell'ambiente;

d) è vietata qualsiasi forma di comunicazione commerciale audiovisiva per le sigarette e gli altri prodotti a base di tabacco; le comunicazioni commerciali audiovisive sono vietate anche se effettuate in forma indiretta mediante utilizzazione di nomi, marchi, simboli o di altri elementi caratteristici di prodotti del tabacco o di aziende la cui attività principale consiste nella produzione o nella vendita di tali prodotti, quando per forme, modalità e mezzi impiegati ovvero in base a qualsiasi altro univoco elemento tale

utilizzazione sia idonea a perseguire una finalità pubblicitaria dei prodotti stessi. Al fine di determinare quale sia l'attività principale dell'azienda deve farsi riferimento all'incidenza del fatturato delle singole attività di modo che quella principale sia comunque prevalente rispetto a ciascuna delle altre attività di impresa nell'ambito del territorio nazionale;

e) le comunicazioni commerciali audiovisive per le bevande alcoliche non si rivolgono specificatamente ai minori né incoraggiano il consumo smodato di tali bevande;

f) sono vietate le comunicazioni commerciali audiovisive dei medicinali e delle cure mediche che si possono ottenere esclusivamente su prescrizione medica;

g) le comunicazioni commerciali audiovisive non arrecano pregiudizio fisico o morale ai minori. Non esortano pertanto i minori ad acquistare o locare un prodotto o un servizio sfruttando la loro inesperienza o credulità, né li incoraggiano a persuadere i loro genitori o altri ad acquistare i beni o i servizi pubblicizzati, né sfruttano la particolare fiducia che i minori ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altre persone, né mostrano senza motivo minori che si trovano in situazioni pericolose.

2. Il Ministero, d'intesa con l'Autorità e sentito il Ministero della salute, incoraggia i fornitori di servizi di media ad elaborare codici di condotta concernenti le comunicazioni audiovisive commerciali non appropriate che accompagnano i programmi per bambini o vi sono incluse, relative a prodotti alimentari o bevande che contengono sostanze nutritive e sostanze con un effetto nutrizionale o fisiologico, in particolare quelle come i grassi, gli acidi grassi trans, gli zuccheri, il sodio o il sale, la cui assunzione eccessiva nella dieta generale non è raccomandata.

3. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì alle emittenti radiofoniche ed ai servizi dalle stesse forniti”.

Il successivo art. art. 37 attiene alle interruzioni pubblicitarie e dispone che gli spot

pubblicitari e di televendita debbano costituire eccezioni ed indica i criteri da seguire per il loro inserimento all'interno di programmi; fissa, all'art. 38, i limiti di affollamento pubblicitario consentiti e ripropone, all'art. 40, le disposizioni sulle televendite parzialmente previste dal codice del consumo.

L'apparato sanzionatorio amministrativo è rappresentato dagli artt. 51 e ss. del t.u. dei servizi di media audiovisivi e l'autorità irrogante è la Agcom. tranne, nei casi più gravi, il Ministero dello Sviluppo economico.

In ultimo si segnala la esistenza di *codici di autoregolamentazione*, come quelli:

-in materia di “Televendite, spot di televendita di beni e servizi di astrologia, di cartomanzia ed assimilabili, di servizi relativi ai pronostici, concernenti il gioco al lotto, enalotto, superenalotto, totocalcio, totogol, totip, lotterie e giochi similari”, sottoscritto da rappresentanti dell'emittenza televisiva pubblica e privata nel 2002 ed istitutivo di un Comitato di controllo sulle televendite cui chiunque può presentare reclami per inosservanza delle regole del codice (si v. anche il correlato Regolamento di procedura e gestione delle segnalazioni). ;

-in materia di Tv e minori, nato dalla volontà delle emittenti televisive pubbliche e private, nazionali e locali, “...di migliorare la qualità delle trasmissioni dedicate ai minori per aiutare le famiglie ed il pubblico più giovane ad un uso corretto della televisione e per sensibilizzare chi produce i programmi alle esigenze dei minori”.

Artt. 33-38 cod. cons.

Si premette al commento degli articoli suindicati le considerazioni che seguono al fine di individuarne la funzione e la origine storica consentendo di tracciare anche l'attuale rapporto con gli artt. 1341-42 del codice civile.

Possiamo considerare come *genus*, nel quale incasellare la *species* della disciplina delle clausole vessatorie contenute negli artt. 33 e ss. del codice del consumo, gli artt. 1341-42 del codice civile. Essi, inseriti nella parte relativa al contratto in generale, regolamentano quelle transazioni che non si concludono attraverso trattative individuali essendo, il loro contenuto, unilateralmente predisposto. Al loro interno si evidenziano i contratti di massa, contratti che una impresa conclude con un numero potenzialmente illimitato di persone, predisponendo unilateralmente le clausole in moduli o formulari. Tali contratti standard, o standardizzati, vengono definiti anche per adesione in quanto, all'accettante, non resta che aderire, appunto, ad un regolamento preconstituito senza possibilità, tranne rari casi, di incidere su di esso attraverso una negoziazione.

Per tutelare l'aderente, negli uni e negli altri tipi di contratto, il legislatore del 1942 ha inserito nel codice civile gli artt. 1341-42.

Come è noto, l'art. 1341 c.c., denominato “Condizioni generali di contratto”, prevede, al primo comma, che “le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza”.

E' il contraente predisponente che deve attivarsi perché l'aderente ne acquisisca conoscenza o possa farlo, comportandosi secondo canoni di diligenza media, indipendentemente, quindi, dalla effettiva conoscenza. Tuttavia, a mitigare la portata della norma suindicata il secondo comma dell'art. 1341 c.c. prevede che "In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria".

Accade, dunque, che i contratti unilateralmente predisposti sono firmati, una prima volta al termine della elencazione di tutte le clausole ed, una seconda volta, dopo aver riportato i numeri di quelle considerate vessatorie. Anche in questo caso, tuttavia, sta all'aderente accorto rendersi conto del significato della doppia sottoscrizione: per il predisponente è sufficiente aver fatto firmare per espressa accettazione anche le clausole considerate vessatorie purché l'approvazione avvenga con una sottoscrizione autonoma e distinta.

L'art. 1342 c.c. tratta, invece, dei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali. In essi "... le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente" ovvero la doppia sottoscrizione per le clausole vessatorie.

Infine, l'art. 1370 c.c. afferma che "Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro", ciò al fine di avvantaggiare la parte debole del rapporto.

Come è chiaro la protezione offerta dal codice civile appariva efficace negli anni 40 del novecento ma presto, con la diffusione della standardizzazione contrattuale, apparve fortemente limitativa e meramente formale. Nulla, tra l'altro, prevede la normativa codicistica in merito alla comprensibilità, chiarezza e leggibilità delle clausole unilateralmente predisposte.

Fu così salutata con grande favore la emanazione della Dir. 93/13/CEE del 5 aprile 1993 riguardante le clausole abusive contenute nei contratti con il consumatore, recepita in Italia con la l. 6 febbraio 1996 n. 52. Essa collocò le regole comunitarie all'interno del codice civile negli artt. 1469-bis/sesties, sede in cui sono rimaste fino alla emanazione del codice del consumo che ne ha disposto l'abrogazione, per effetto dell'art. 146, e la ricollocazione negli artt. 33-38.

Attualmente nel codice civile resta la sola norma di coordinamento rappresentata dall'art. 1469-bis (Contratti del consumatore) secondo cui "Le disposizioni [in merito ai contratti in generale] si applicano ai contratti del consumatore, ove non

derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore”.

Il coordinamento è completo con l’art. 38 del codice del consumo (Rinvio) “Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile”.

Pertanto, dunque, i contratti conclusi dai consumatori sono disciplinati dal codice del consumo e dalle disposizioni contenute nel titolo II del libro IV del codice civile, ovvero le regole in materia di contratto in generale, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore.

Il rapporto tra la disciplina del codice civile illustrata e le regole del codice del consumo che saranno di successivo commento può così sintetizzarsi:

-soggettivamente gli art. 33 ss. cod. cons. sono applicabili ai soli contratti stipulati tra consumatori e professionisti, a differenza delle regole codicistiche;
-oggettivamente gli artt. 33 e ss. cod. cons. si applicano a qualsiasi contratto concluso tra un professionista ed un consumatore indipendente dalla predisposizione unilaterale del suo contenuto, pur prevedendo il codice del consumo regole applicabili unicamente alle convenzioni unilateralmente predisposte (p.e. art. 34, comma quinto, cod. cons.).

- La sanzione prevista per la mancata sottoscrizione delle clausole vessatorie nell’art. 1341 secondo comma c.c. è la inefficacia delle stesse ed è il consumatore che richiede l’accertamento della loro invalidità a dover provare il fondamento della propria richiesta, secondo le regole ordinarie in materia processuale.

- Diversamente l’apparato sanzionatorio per la disciplina delle clausole vessatorie negli artt. 33 ss. cod. cons. è assai articolato.

In primo luogo, la presenza nel regolamento contrattuale di una clausola vessatoria inserita nell’elenco dell’art. 33 cod. cons. è indice, per presunzione legale *iuris tantum*, di vessatorietà, ovvero sono tali a meno che il professionista, ai sensi dell’art. 34 cod. cons., non riesca a dimostrare il contrario.

Le clausole inserite nell’elenco contenuto nell’art. 36 sono vessatorie senza ammettere prova contraria, presunzione legale *juris et de jure*.

In entrambi i casi la sanzione è la nullità di protezione delle stesse come delineata dall’art. 36 cod. cons.

Alla sanzione contrattuale si aggiunge la proponibilità di un’azione inibitoria collettiva, dinanzi alla A.G.O., ai sensi del combinato disposto degli artt. 37 e 140 cod. cons. e amministrativa, ad opera della AGCM.

Dunque, se un contratto unilateralmente predisposto o di massa viene proposto al consumatore ma non viene raccolta la sottoscrizione ulteriore per le clausole vessatorie ai sensi del codice civile, lo stesso potrà adire la A.G.O. per fare risultare inefficaci le clausole incriminate.

Ma se lo stesso contratto contiene clausole vessatorie rientranti nell’elenco di cui all’art. 33 cod. cons., presumendone la vessatorietà, anche se sottoscritte, il consumatore potrà richiedere l’accertamento della nullità delle stesse.

La parte III del codice del consumo, denominata “Rapporto di consumo”, si apre, dunque, con un Titolo I rubricato “Dei contratti del consumatore in generale” e contenente gli artt. da 33 a 38.

L’articolo di apertura considera vessatorie, nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista “...le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.

Il termine buona fede è stato oggetto di dibattito tra chi sostenevano che significasse “malgrado la buona fede” (soggettiva) e coloro che l’interpretavano come “a prescindere dal fatto che il professionista sia in buona fede”, attribuendo al consumatore una tutela anche se il professionista non avesse l’intento di danneggiarlo. Altri hanno sottolineato che l’espressione è il frutto di una cattiva traduzione della frase originale francese “*en dépit de l’exigence de bonne foi*” la quale intende affermare “in contrasto al principio di buona fede”. Prevale, dunque, l’interpretazione che la buona fede sia da valutarsi in senso oggettivo, come contrasto con il generale principio di correttezza e lealtà che è imposto alle parti dalla fase delle trattative alla esecuzione del contratto.

Quanto al concetto di significativo squilibrio, è stato sostenuto che esso ha una valenza più giuridica che economica, attenendo ai diritti e doveri che derivano dall’accordo e non al valore del prodotto o del servizio acquistato.

A sostegno di ciò, l’art. 34, secondo comma, cod. cons. precisa che non possono considerarsi vessatorie le clausole che attengono “...alla determinazione dell’oggetto del contratto o alla adeguatezza del corrispettivo dei beni o dei servizi...” purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

La clausola crea squilibrio se modifica, a danno del consumatore, la sua posizione nei confronti della controparte. Non è, tuttavia, sufficiente che ci sia uno squilibrio ma esso deve essere “significativo” e, pertanto, solo il giudice può vagliare in concreto la sua sussistenza.

Infine, la vessatorietà di una clausola prescinde dall’essere contenuta in un contratto di massa o meno e può, dunque, essere rilevata dal consumatore anche nel caso di un contratto individuale stipulato con il professionista.

Come è chiaro, dunque, la normativa che si commenta rappresenta il passaggio dalla tutela formale a quella sostanziale del consumatore in quanto permette al giudice, diversamente dal passato, di valutare e sindacare il contenuto del contratto.

Il secondo comma dell’art. 33 cod. cons. predispone una lunga lista di clausole presuntivamente vessatorie, cioè tali a meno che il professionista non dimostri il contrario. Trattasi di presunzioni legali *iuris tantum*.

Le presunzioni sono, per l’art. 2729 c.c., ogni argomento, congettura, illazione, attraverso cui, essendo già provata una determinata circostanza (fatto base o indizio) si giunge a considerare provata un’altra circostanza sfornita di prova diretta. Le presunzioni sono semplici quando sono lasciate al prudente apprezzamento del giudice e legali. Queste ultime si distinguono in presunzioni *iuris tantum* (o relative), che ammettono la prova contraria, e *iuris et de iure* (o assolute), che non la

ammettono. In quest'ultimo caso il valore probatorio è riconosciuto una volta per tutte dalla legge, senza che il giudice le possa valutare liberamente.

Secondo l'art. 33, secondo comma, cod. cons., verificandosi una delle ipotesi contemplate nella lista, non è il consumatore a dover dimostrare le ragioni per le quali la clausola è vessatoria, ma spetta al professionista spiegare che la condizione posta non crea uno squilibrio (si parla tecnicamente di inversione dell'onere della prova).

Le clausole presuntivamente abusive o vessatorie possono così suddividersi:

1) condizioni che incidono negativamente sui diritti dei consumatori.

Appartengono a tale gruppo sia le clausole che limitano i diritti del consumatore (lettere c, i, t, r), che quelle particolarmente penalizzanti (lettere e, f);

2) condizioni che rafforzano la posizione del professionista.

In tale gruppo si collocano diversamente le clausole:

- che attribuiscono ampi poteri al professionista (lett. d, m, n, o, p, v) come quelle che permettono al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza la possibilità per il consumatore di poter ripensare se aderire o meno;

- che prevedono una riduzione della responsabilità del professionista (lett. q);

- che aumentano i poteri del professionista (lett. g, h, s, u) come la fissazione di un foro giudiziale diverso da quello inderogabile del luogo di residenza o domicilio del consumatore.

Deroghe particolari, sono previste nei commi successivi dell'art. 33 cod. cons. come per la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato (comma terzo e quarto); contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera (comma quinto), clausole di indicizzazione dei prezzi, ove consentite dalla legge, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte (comma sesto).

Il professionista potrebbe dimostrare che la clausola, nonostante sia presente nell'elenco di cui al secondo comma dell'art. 33 cod. cons., non si qualifica come vessatoria:

- provando che è stata oggetto di trattativa individuale e, quindi, approvata con la consapevolezza del suo contenuto da parte del consumatore (art. 34, comma quarto, cod. cons.). Ciò presuppone l'allegazione di copie di missive, di fax, di mail che testimonino l'avvenuta trattativa e la condivisione della/e clausole presuntivamente vessatorie;

-provando che, anche se inserita in un modulo o formulario, è stata preceduta da trattativa (art. 34, comma quinto, cod. cons.), il che appare più difficoltoso trattandosi di contratti di massa;

-in ultimo provando che, anche se unilateralmente predisposta, non provoca un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti (art. 33, primo comma, cod. cons.).

L'art. 34 cod. cons. fornisce i criteri perché la A.G.O. possa stabilire se una clausola sia abusiva o meno ovvero:

-in base al primo comma valutare "...la natura del bene o del servizio oggetto del contratto facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende". Ciò comporta l'esame complessivo del testo contrattuale e della situazione in cui si è venuto a maturare l'accordo per vagliare la posizione assunta dal professionista.

-Per il comma secondo dell'art. 34 cod. cons., non ritenere la vessatorietà di una clausola in rapporto alla determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile". La chiarezza e comprensibilità è requisito richiesto dalla legge per le clausole redatte per iscritto in base all'art. 35 cod. cons.

-Non considerare vessatorie "...clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea" (comma terzo, art. 34 cod. cons.).

Riprendendo quanto precedentemente riferito:

-allo stesso modo il giudizio di vessatorietà non riguarda "...clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale" (comma quarto, art. 34 cod. cons.).

Nei contratti conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari "...incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore (comma quinto, art. 34 cod. cons.)."

L'art. 35 (Forma e interpretazione), primo e secondo comma, cod. cons., obbliga il professionista che proponga tutte o alcune clausole contrattuali per iscritto a formularle secondo criteri di chiarezza e comprensibilità da valutarsi per l'uomo medio.

Se sussiste dubbio circa la interpretazione di una clausola, il giudice è tenuto a valutarla nel senso più favorevole per la parte debole del rapporto, ovvero il consumatore. Tale ultima disposizione, tuttavia, in base al disposto del successivo terzo comma, non si applica "...nei casi di cui all'articolo 37..." ovvero quando le associazioni di tutela dei consumatori ricorrono contro il professionista per ottenere l'inibitoria dall'adottare condizioni contrattuali contenenti clausole vessatorie.

Come sostenuto, la portata dei principi contenuti nell'art. 35 cod. cons. travalica il campo di applicazione in esame, divenendo regole generali per la predisposizione di contratti tra professionisti e consumatori anche a prescindere dal modo in cui vengono proposte (cartelli, *depliant*, moduli...). Così pure il principio del "*favor consumatoris*".

L'art. 36 cod. cons., denominato "Nullità di protezione", sanziona contrattualmente con tale forma di invalidità le clausole vessatorie mutando la denominazione originaria, contenuta nell'art. 1469-quinquies c.c., di inefficacia.

Come ampiamente riportato in merito al commento del primo comma dell'art. 143 cod. cons., norma di chiusura del codice, cui si rinvia, la comminatoria della nullità

ne attesta il contrasto con principi di ordine pubblico economico. Si parla, a proposito, anche di ordine pubblico “di protezione”, avendo tali norme ad oggetto la tutela di soggetti titolari di status caratterizzati dall’essere destinatari di un apparato di norme speciali.

L’interesse alla protezione del soggetto consumatore è, al tempo stesso, particolare e seriale, quindi largamente generalizzato, perché intrecciato con l’interesse di una società di massa che richiede, per il proprio equilibrio, l’imposizione di regole dell’agire economico e la correzione delle asimmetrie del rapporto.

Quanto alle caratteristiche di tale nullità essa si inserisce nelle c.d. nullità relative o di protezione, come coerentemente definite dall’art. 36 cod. cons., individuata dal legislatore italiano come la forma più idonea per concretizzare le generiche “invalidità” richieste dalle Direttive Comunitarie aventi ad oggetto la tutela consumeristica; figura che coniuga il carattere assoluto della nullità con la relatività della annullabilità.

Nel diritto privato la nullità è una forma di invalidità posta a tutela di interessi pubblici, l’art. 1418 c.c. la ricollega, infatti, alla contrarietà del contratto rispetto a norme imperative, salvo la legge disponga diversamente. Inoltre la nullità colpisce il contratto quando esso sia privo di un elemento essenziale, quando la sua causa sia illecita, quando siano illeciti i motivi, nel caso previsto dall’art. 1345 c.c., e quando l’oggetto sia privo dei requisiti indicati dall’art. 1346 c.c. Il contratto è, altresì, nullo in tutti i casi in cui l’invalidità sia comminata dalla legge.

Tale connotazione della nullità ne comporta la legittimazione assoluta a farla valere ad opera di chiunque abbia interesse (art. 1421 c.c., prima parte), la rilevabilità d’ufficio del giudice (art. 1421 c.c., ultima parte), la imprescrittibilità della azione (art. 1422 c.c.), la insanabilità ad opera delle parti (art. 1423 c.c.).

Tuttavia, la rigidità di tale forma di invalidità non si atteggiava alle esigenze di protezione di soggetti deboli del rapporto contrattuale, né l’annullabilità sembrava potersi adattare allo scopo. Così la nullità relativa è divenuta, nel nostro paese, lo strumento sanzionatorio più efficace a tutela della parte contrattuale maggiormente bisognosa di protezione per i suoi caratteri di duttilità. Essa, infatti:

- è posta a tutela di “una sola delle parti del contratto”, pertanto la legittimazione a farla accertare compete solo al soggetto protetto (comma terzo, art. 36 cod. cons.);
- è parziale, in quanto la caducazione della clausola, non si propaga al contratto, in considerazione dell’interesse del consumatore alla sua conservazione (comma primo, art. 36 cod. cons.);
- può essere rilevata d’ufficio dal giudice, a riprova del perseguimento di interessi superiori (comma terzo, art. 36 cod. cons.).

Le caratteristiche della nullità di protezione, espresse nell’art. 36 del cod. cons., possono atteggiarsi a tutte le violazioni di norme previste dal codice del consumo, come indicato dall’art. 143, primo comma, cod. cons.

Il secondo comma dell’art. 36 cod. cons., elenca nella c.d. “lista nera”, le “...clausole che, quantunque oggetto di trattativa...” sono da ritenersi nulle senza

possibilità di provare il contrario. Trattasi di presunzione legale assoluta. Tali pattuizioni hanno per oggetto o per effetto quello di:

“a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un’omissione del professionista;

b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un’altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;

c) prevedere l’adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

Si ponga attenzione sulla circostanza che i primi due gruppi di clausole riproducono le lettere a-b- l) della “lista grigia” contenuta nell’art. 33 cod. cons. con le seguenti differenze:

-per la lett. b) nella adozione di una locuzione più restrittiva rispetto alla omologa dell’art. 33 cod. cons. relativa ad “... escludere o limitare le azioni *o i diritti* del consumatore nei confronti del professionista o di un’altra parte...”.

-per la lett. c) l’inserimento dell’avverbio “di fatto” rispetto a quanto previsto dalla lett. l) dell’art. 33 cod. cons. che ritiene pattuizione presuntivamente vessatoria il “prevedere l’estensione dell’adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto”.

In riferimento alla lettera a) delle ipotesi suindicate trattasi di duplicazione non giustificata.

Il successivo quarto comma prevede che il venditore del bene oggetto di transazione abbia “...diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive”.

Infine, l’ultimo comma dell’art. 36 cod. cons. sancisce la nullità delle clausole contrattuali che, prevedendo l’applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l’effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dagli artt. 33-38 del codice del consumo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell’Unione europea. Sull’argomento si rinvia alle osservazioni svolte in merito all’ultimo comma dell’art. 143 cod. cons.

L’art. 37 cod. cons. attiene alla “Azione inibitoria” esperibile dalle associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all’articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Tali organi “...possono convenire in giudizio il professionista o l’associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l’utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l’uso delle condizioni di cui sia accertata l’abusività ai sensi del presente titolo”.

Trattasi di azioni giudiziali collettive tendenti a vietare l’utilizzo delle clausole ritenute vessatorie da parte di un professionista ed a fungere da deterrente nei confronti dei professionisti concorrenti che impiegano clausole simili.

Circa le associazioni rappresentative dei consumatori si rinvia al commento dell'art. 137 cod. cons, quanto alle Camere di Commercio, industria, artigianato ed agricoltura, trattasi di enti autonomi di diritto pubblico, disciplinati dalla l. 29 dicembre 1993, n. 580, recentemente riformati dal lgs. 5 febbraio 2010 n. 23 (attuazione dell'art. 53 della l. 23 luglio 2009), propagazione del Ministero dello Sviluppo economico sul territorio e soggette alla sua vigilanza. Tra le competenze delle Camere di Commercio vi è il controllo sul regolare svolgimento delle pratiche commerciali al fine di garantire lo sviluppo di un mercato equilibrato attraverso:

- la previsione di organi di giustizia alternativa (come arbitrato e conciliazione) in merito ai quali si rinvia al commento dell'art. 141 cod. cons.;
- la predisposizione contratti tipo per settori di attività;
- il controllo delle clausole vessatorie inserite in contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

La circostanza che siano soggetti collettivi a promuovere l'azione, fa sì che il giudizio risponda alle esigenze di una molteplicità di soggetti (consumatori) non individualmente identificabili, i quali potranno godere degli effetti positivi della declaratoria di vessatorietà, valutata alla stregua dei criteri contenuti nell'art. 34 cod. cons. e conseguente provvedimento inibitorio.

Se ricorrono "...giusti motivi di urgenza" l'azione può svolgersi secondo gli art. 669-bis e seguenti del codice di procedura civile sui quali si v., diffusamente, quanto riportato in merito al commento dell'art. 140 cod. cons. Infatti, il quarto comma dell'art. 37 cod. cons. specifica che "Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni dell'articolo 140."

Naturalmente mentre l'azione di cui all'art. 140 cod. cons. risulta proponibile dalle associazioni di tutela dei consumatori in merito ad ogni violazione delle regole previste dal codice del consumo, l'azione di cui all'art. 37 cod. cons. attiene solo all'accertamento della vessatorietà della/e clausole abusive unilateralmente predisposte, alla inibizione circa il loro utilizzo. Tra l'altro, si ritiene che non l'intera procedura prevista dall'art. 140 cod. cons. possa essere applicata ai giudizi in esame. Per esempio, il giudice non potrebbe inserire, nella sentenza che accoglie il divieto di utilizzare le clausole, **le sanzioni destinate ad essere corrisposte dal professionista in caso di inottemperanza. Tale possibilità è, infatti, prevista dal comma 7 dell'articolo 140 cod. cons. ma non dall'art. 37 cod. cons.**

Ex comma terzo dell'art. 37 cod. cons. vi è la possibilità che il giudice ordini la pubblicazione del provvedimento inibitorio "...in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale con ovvie ripercussioni d'immagine.

La l. 24 marzo 2012 n. 12 (conv. in legge, con mod., del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, c.d. decreto "Cresci Italia") ha attribuito all'AGCM nuove competenze in materia di tutela dei consumatori contro le clausole vessatorie. L'art. 5 della legge introduce, così, l'art. 37-bis del cod. cons. il quale affianca alla tutela inibitoria civile di cui all'art. 37 cod. cons. una ulteriore forma di protezione a

favore del consumatore, ovvero la "Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie".

L'AGCM ha il potere di dichiarare vessatorie le clausole inserite nei contratti conclusi mediante adesione a condizioni generali di contratto o tramite sottoscrizione di moduli, modelli o formulari intervenendo, d'ufficio o su denuncia, consultate le associazioni di categoria e le Camere di commercio.

Il procedimento istruttorio segue le regole previste dai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 14 l. n. 287/1990 (legge istitutiva della AGCM) e dal regolamento di attuazione (d. P. R. 30 aprile 1998, n. 217) previsto dal comma quinto. Pertanto "L'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria".

Le notizie, le informazioni o i dati così appresi ed oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni; nello svolgimento delle attività di cui sopra i funzionari dell'Autorità sono considerati pubblici ufficiali vincolati dal segreto d'ufficio.

L'inottemperanza ai provvedimenti richiesti giustifica, da parte, della Autorità la applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 euro a 20.000 euro. Qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000 euro a 40.000 euro (art. 37-bis, primo comma, cod. cons.).

Il secondo comma dispone che "il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore". Anche in tale caso, ove il professionista non osservi quanto disposto, l'Autorità può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro.

Una procedura di interpello preventivo alla Autorità è consentita per le imprese che adottino contratti standardizzati circa la liceità delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti con i consumatori.

L'AGCM si pronuncia entro centoventi giorni dalla richiesta, salvo che le informazioni fornite risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere. Le clausole non ritenute vessatorie non possono essere successivamente valutate tali dalla Autorità.

Il terzo comma dell'art. 37-bis cod. cons. si chiude con l'affermazione che "Resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori".

SPIEGARE

Contro i provvedimenti emessi dalla Autorità è ammesso ricorso al giudice amministrativo (quarto comma art. 37-bis cod. cons.)

La fine del quarto comma dell'art. 37-bis cod. cons. rammenta, inoltre, che “È fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno” con ciò distinguendo il profilo giurisdizionale amministrativo da quello civile.

Il quinto comma ribadisce che l'Autorità, con proprio regolamento, lo stesso previsto per il suo funzionamento in materia di accertamento delle pratiche commerciali scorrette, “disciplina la procedura istruttoria in modo da garantire il contraddittorio e l'accesso agli atti, nel rispetto dei legittimi motivi di riservatezza”. Il medesimo atto regola le modalità di consultazione con le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e con le Camere di commercio interessate attraverso l'apposita sezione del sito internet di cui al comma secondo nonché la procedura di interpello. L'Autorità può, inoltre, sentire le autorità di regolazione o vigilanza dei settori in cui i professionisti interessati operano, nonché le camere di commercio interessate.

In ultimo l'art. 38 cod. cons., dispone che, nei contratti tra professionista e consumatore si applicano le regole del codice civile per gli aspetti non previsti dal codice del consumo coordinandosi con la disposizione di cui all'art. 1469-*bis* c.c.

Art. 39 cod. cons.

Il Titolo II (Esercizio dell'attività commerciale), Capo I (Disposizioni generali) contiene l'art. 39 rubricato “Regole nelle attività commerciali”. Trattasi di una norma generale che rammenta come le attività commerciali, genericamente intese “...sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori”.

Art. 40-43 cod. cons.

Tali articoli, contenuti nel Capo II (Promozione delle vendite), Sezione I (Credito al consumo), del Titolo II (Esercizio dell'attività commerciale) risultano abrogati dall'art. 3, comma primo, del d. lgs. 13 gennaio 2010 n. 141 (Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché' modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi).

La regolamentazione della materia è inserita negli artt. 121 ss. (Capi II e II del Titolo VI) del testo unico bancario, nonché negli artt. 144-145, come indica l'art. 43 cod. cons.

Per l'approfondimento dell'argomento si veda la parte finale di questa dispensa.

Art. 44 cod. cons.

L'articolo in esame apre il titolo III della Parte III del codice del consumo operando, per i contratti negoziati nei locali commerciali, un rinvio al d. lgs. 31 marzo 1998 n. 114, recante riforma della disciplina del commercio, legge che ha subito modifiche

ed abrogazioni ad opera del d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 che, in attuazione della Dir. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, ha rafforzato i principi di libera esplicitazione dei servizi nel territorio europeo al fine di garantire la libertà di concorrenza. Successivamente sugli interventi operati dal d. lgs. n. 59/2010 è intervenuto il d. lgs. 6 agosto 2012 n. 147.

Il decreto sulla riforma del commercio stabilisce principi e le norme generali sull'esercizio dell'attività commerciale da svolgersi secondo criteri di trasparenza del mercato, concorrenza, la libertà di impresa e la libera circolazione delle merci; tutela del consumatore, con particolare riguardo all'informazione; efficienza, modernizzazione e sviluppo della rete distributiva, nonché' evoluzione tecnologica dell'offerta, anche al fine del contenimento dei prezzi; pluralismo e l'equilibrio tra le diverse tipologie delle strutture distributive e diverse forme di vendita, con particolare riguardo al riconoscimento e alla valorizzazione del ruolo delle piccole e medie imprese; la valorizzazione e salvaguardia del servizio commerciale nelle aree urbane, rurali, montane, insulari (art.1 d. lgs. n. 114/98).

L'esercizio dell'attività suddetta esplica il principio di libertà di iniziativa economica privata riconosciuto dall'art. 41 Cost. ed è esercitata nel rispetto dei principi contenuti nella l. n. 287/1990 (art. 2 d. lgs. n. 114/98).

L'art. 3 d. lgs. n. 114/98 richiama, per la vendita, l'applicazione dell'art. 1336 c.c. (offerta al pubblico) prevedendo che il titolare dell'attività commerciale al dettaglio procede alla vendita nel rispetto dell'ordine temporale della richiesta.

Il successivo art. 4 contiene le definizioni e l'ambito di applicazione del decreto distinguendo il commercio all'ingrosso, l'attività svolta da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende ad altri commercianti, all'ingrosso o al dettaglio, o ad utilizzatori professionali, o ad altri utilizzatori in grande, attività che può assumere la forma di commercio interno, di importazione o di esportazione (comma primo, lett. a); dal commercio al dettaglio, 'attività' svolta da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende, su aree private in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione, direttamente al consumatore finale (primo comma, lett. b). All'interno delle vendite al dettaglio vi sono le forme speciali di vendita, disciplinate dagli artt. 16-21 come:

- 1) la vendita negli spacci a favore di dipendenti da parte di enti o imprese, pubblici o privati, di soci di cooperative di consumo, di aderenti a circoli privati, nonché' la vendita nelle scuole, negli ospedali e nelle strutture militari esclusivamente a favore di coloro che hanno titolo ad accedervi;
- 2) la vendita per mezzo di apparecchi automatici;
- 3) la vendita per corrispondenza o tramite televisione od altri sistemi di comunicazione;
- 4) la vendita presso il domicilio dei consumatori.

Successivamente sono fornite indicazioni circa le superficie di vendita degli esercizi commerciali, dalle più piccole ai centri commerciali, e gli operatori commerciali esclusi dall'ambito di applicazione del decreto, a certe condizioni, come:

- i farmacisti e direttori di farmacie qualora vendano esclusivamente prodotti farmaceutici, specialità medicinali, dispositivi medici e presidi medicochirurgici;
- titolari di rivendite di generi di monopolio che vendano esclusivamente tali beni;
- associazioni dei produttori ortofrutticoli; produttori agricoli, singoli o associati, i quali esercitino attività di vendita di prodotti agricoli nei limiti di fatturato imposto da alcune norme;
- venditori di carburanti ed olii minerali;
- artigiani iscritti nell'albo di cui alla l. 8 agosto 1985, n. 443, per la vendita nei locali di produzione o nei locali a questi adiacenti dei beni di produzione propria;
- pescatori e cooperative di pescatori nonché cacciatori, singoli o associati, che vendano al pubblico, al dettaglio, la cacciagione e i prodotti ittici provenienti esclusivamente dall'esercizio della loro attività;
- coloro che vendano o esponano per la vendita opere d'arte, dell'ingegno a carattere creativo, comprese le proprie pubblicazioni di natura scientifica od informativa, realizzate anche mediante supporto informatico;
- gli enti pubblici ovvero alle persone giuridiche private alle quali partecipano lo Stato o enti territoriali che vendano pubblicazioni o altro materiale informativo, anche su supporto informatico, di propria o altrui elaborazione, concernenti l'oggetto della loro attività.

Sono, inoltre, escluse dall'ambito di applicazione del decreto: l'attività di vendita di beni ricadenti in procedura fallimentare nonché quella effettuata durante il periodo di svolgimento delle fiere campionarie e delle mostre di prodotti nei confronti dei visitatori, purché riguardi le sole merci oggetto delle manifestazioni e non duri oltre il periodo di svolgimento delle manifestazioni stesse.

I successivi artt. 5-13 del d. lgs. n. 114/98 fissano i requisiti per l'esercizio dell'attività commerciale.

In primo luogo, l'art. 5 distingue le attività commerciali nei settori merceologici alimentare e non alimentare. Esso è stato in parte abrogato dal d. lgs. n. 59/2010, come successivamente modificato ad opera del d. lgs. n. 147/2012.

Attualmente una attività commerciale può avviarsi previa presentazione allo Sportello Unico per le Attività Produttive, istituito con d.P.R. n. 160 del 7 settembre 2010, del comune territorialmente competente la segnalazione certificata d' inizio attività, strumento di semplificazione per l'avvio di un'attività produttiva (art. 68 d. lgs. n. 59/2010).

L'esercizio è subordinato al possesso dei requisiti previsti dall'art. 71 del d. lgs. n. 59/2010 accertati in base al comma terzo dell'art. 5 d. lgs. n. 114/98.

Seguono regole per l'esercizio dell'attività di vendita al dettaglio sulle aree private in sede fissa, gli interventi in materia da eseguirsi a carico delle Regioni, i requisiti per l'esercizio delle attività secondo la grandezza dell'esercizio commerciale ed indicazioni sugli orari di vendita.

Particolarmente interessante è il Titolo V sulla offerta di vendita. L'art. 14 d. lgs. n. 114/98 (Pubblicità dei prezzi) prevede che:

“I prodotti esposti per la vendita al dettaglio nelle vetrine esterne o all'ingresso del locale e nelle immediate adiacenze dell'esercizio o su aree pubbliche o sui banchi di vendita, ovunque collocati, debbono indicare, in modo chiaro e ben leggibile, il prezzo di vendita al pubblico, mediante l'uso di un cartello o con altre modalità idonee allo scopo.

Quando siano esposti insieme prodotti identici dello stesso valore è sufficiente l'uso di un unico cartello. Negli esercizi di vendita e nei reparti di tali esercizi organizzati con il sistema di vendita del libero servizio l'obbligo dell'indicazione del prezzo deve essere osservato in ogni caso per tutte le merci comunque esposte al pubblico.

I prodotti sui quali il prezzo di vendita al dettaglio si trovi già impresso in maniera chiara e con caratteri ben leggibili, in modo che risulti facilmente visibile al pubblico, sono esclusi dall'applicazione del comma 2.

Restano salve le disposizioni vigenti circa l'obbligo dell'indicazione del prezzo di vendita al dettaglio per unità di misura”.

Regole particolari sono previste per le vendite straordinarie, secondo il primo comma dell'art. 15 d. lgs. n. 114/98 “...le vendite di liquidazione, le vendite di fine stagione e le vendite promozionali nelle quali l'esercente dettagliante offre condizioni favorevoli, reali ed effettive, di acquisto dei propri prodotti...”.

Le vendite straordinarie sono:

- le vendite di liquidazione: le vendite per eliminare in poco tempo tutta la merce presente in un negozio perché si intende chiudere, perché si intende trasferire la sede dell'attività o per rinnovo locali; queste vendite possono essere fatte in ogni momento dell'anno ma è necessario che il professionista dia comunicazione al Comune di competenza della situazione che lo porta ad effettuare tali vendite;
- le vendite di fine stagione: sono quelle dei prodotti che subiscono un calo di valore se non vengono venduti in un certo periodo dell'anno (si pensi alla vendita di un maglione di lana, il quale può essere venduto ad un prezzo decisamente più basso in estate).

Le vendite promozionali, invece, possono essere fatte dal professionista per una parte o tutti i propri prodotti, ma per un breve periodo di tempo.

Parlando di tali tipi di vendita, non si può fare a meno di citare “gli sconti” ed “i ribassi”. Il consumatore può acquistare il prodotto ad un prezzo inferiore (viene sottratta una percentuale del costo che può variare) ma è necessario che venga esposto sia il prezzo originario che il prezzo scontato, al fine di poter verificare l'entità dello sconto.

Le vendite sottocosto sono, invece, quelle che il professionista fa quando offre al cliente il prodotto ad un prezzo inferiore a quello che è costato a lui (risultante dalle fatture di acquisto).

Per il successivo quinto comma “Nelle vendite disciplinate dal presente articolo lo sconto o il ribasso effettuato deve essere espresso in percentuale sul prezzo normale di vendita che deve essere comunque esposto”.

E' compito delle regioni, sentite i rappresentanti degli enti locali, le organizzazioni dei consumatori e delle imprese del commercio, disciplinare le modalità di

svolgimento, la pubblicità anche ai fini di una corretta informazione del consumatore, i periodi e la durata delle vendite di liquidazione e delle vendite di fine stagione.

In merito alle forme speciali di vendita al dettaglio, introdotte poc'anzi, l'art. 16 attiene agli spacci interni; il 17 alla vendita tramite apparecchi automatici, il 18 alla "Vendita per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione".

I primi due commi dell'articolo 17 d. lgs. n. 114/98 sono stati abrogati dall'art. 67 del d. lgs. n. 59/2010; attualmente l'attività in questione è subordinata alla presentazione di una segnalazione certificata di inizio attività presso lo sportello unico per le attività produttive del comune competente territorialmente, ai sensi dell'art. 68 del d. lgs. n. 59/2010. In essa sono indicati: la sussistenza dei requisiti indicati dall'art. 71 del d. lgs. n. 59/2010, il settore merceologico di appartenenza e l'ubicazione, questi ultimi in base a quanto disposto dall'art. 5 d. lgs. n. 114/98.

Se la vendita con apparecchi automatici avviene in locale adibito in modo esclusivo ad essa si applicano le disposizioni previste per l'apertura di un esercizio commerciale nel territorio comunale.

Il primo comma dell'art. 18 del d. lgs. n. 114/98 è stato abrogato dal d. lgs. n. 59/2010, attualmente, dunque, la vendita al dettaglio in tal modo svolta è soggetta a segnalazione certificata di inizio attività da inoltrarsi allo sportello unico per le attività produttive del comune nel quale l'esercente, persona fisica o giuridica, intende avviare l'attività. Tale dichiarazione deve contenere, ai sensi del terzo comma dell'art. 18 de qua, la sussistenza del possesso dei requisiti di cui all'art. 71 del d. lgs. n. 59/2101 e l'indicazione del settore merceologico ai sensi dell'art. 5 d. lgs. n. 114/98.

Il secondo comma dell'art. 18, d. lgs. n. 114/98 vieta l'invio di prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta, mentre è consentito l'invio di campioni di prodotti o di omaggi, senza spese o vincoli per il consumatore.

Il quarto comma dell'art. 18 in commento, riservato alle vendite televisive, prescrive che l'emittente televisiva debba accertare prima di metterle in onda, che il titolare della attività sia in possesso dei requisiti prescritti dal decreto per l'esercizio della vendita al dettaglio. Durante la trasmissione devono essere indicati il nome, la denominazione o ragione sociale e la sede del venditore, il numero di iscrizione al registro delle imprese ed il numero di partita IVA.

Il quinto comma dell'art. 18 d. lgs. n. 114/98, vieta le operazioni di vendita all'asta realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione. Tale norma ha fatto ritenere vietate le aste on line ma, il divieto è, in realtà, assai circoscritto non applicandosi ai commercianti esercitanti l'attività all'ingrosso ed ai dettaglianti inseriti nelle settori di esclusione previsti dall'art. 4 suindicato.

Inoltre, i siti di aste on line, qualificandosi come hosting, in base a quanto previsto dal d. lgs. n. 70/03, rifuggono dalla applicazione del decreto sulla riforma del commercio.

L'esercente la vendita tramite televisione deve possedere la licenza prevista dall'art. 115 del t.u.l.p.s. (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, r.d. 18-6-1931, n. 773).

Il comma settimo dell'art. 18 d. lgs. n.114/98 (prevedente che a tali forme di vendita si applicasse il d. lgs. n. 50/92) è stato abrogato dal codice del consumo.

L'art. 19 d. lgs. n. 114/98 attiene alle vendite effettuate presso il domicilio dei consumatori. Per effetto dell'abrogazione dei primi due commi ad opera del d. lgs. n. 59/2010, esse possono svolgersi previa segnalazione certificata di inizio attività da inoltrarsi allo sportello unico per le attività produttive del comune nel quale l'esercente, persona fisica o giuridica, intende avviare l'attività. Tale dichiarazione deve contenere, ai sensi del terzo comma dell'art. 19 de qua, la sussistenza del possesso dei requisiti di cui all'art. 71 del d. lgs. n. 59/2010 ed il settore merceologico ex art. 5 del d. lgs. n. 114/98.

In base al quarto comma l'imprenditore che, per lo svolgimento delle vendite presso il domicilio dei consumatori, intende avvalersi di incaricati, ne comunica l'elenco all'autorità di pubblica sicurezza del luogo nel quale ha avviato l'attività e risponde agli effetti civili dell'attività dei medesimi. "Gli incaricati devono essere in possesso dei requisiti di onorabilità prescritti per l'esercizio dell'attività di vendita".

Ad essi, in base al comma successivo, è rilasciato, dall'impresa, un tesserino di riconoscimento da ritirarsi non appena esse perdano i requisiti richiesti dall'articolo 5, comma 2. Il tesserino deve essere numerato e aggiornato annualmente, deve contenere le generalità e la fotografia dell'incaricato, l'indicazione a stampa della sede e dei prodotti oggetto dell'attività dell'impresa, nonché del nome del responsabile dell'impresa stessa, e la firma di quest'ultimo e deve essere esposto in modo visibile durante le operazioni di vendita" (comma sesto art. 19 d. lgs. n. 114/98).

Il comma settimo estende tali regole anche alle vendite effettuate dal commerciante sulle aree pubbliche in forma itinerante. Inoltre, il possesso e l'esibizione del tesserino è obbligatorio anche ove fosse l'imprenditore ad effettuare personalmente le operazioni di vendita (comma ottavo dell'art. 19 d. lgs. n. 114/98, a seguire il comma nono abrogato dal codice del consumo).

L'art. 20 d. lgs. n. 114/98 estende alla propaganda a fini commerciali effettuata esibendo o mostrando cataloghi presso il domicilio del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trova, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, studio, cura o svago, le regole previste nei commi dal quarto all'ottavo dell'articolo precedente.

L'art. 21 d. lgs. n. 114/98 (commercio elettronico) prevede che il Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato (oggi Ministero delle Attività produttive) promuova l'introduzione e uso del commercio elettronico con apposite azioni.

L'art. 22 d. lgs. n. 114/98 determina la disciplina sanzionatoria, prevedendo che i violatori delle disposizioni di cui agli artt. 5, 7, 8, 9, 16, 17, 18 e 19 e degli artt. 65, 66, 67, 68 e 69 del d. lgs. 2010, n. 59 sono puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire 5.000.000 a lire 30.000.000, oltre, in caso di particolare gravità o di recidiva la sospensione della attività di vendita per un periodo non superiore a venti giorni.

Diversamente chi viola le disposizioni di cui agli artt. 11, 14, 15 e 26, comma quinto, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire

1.000.000 a lire 6.000.000; possono, inoltre, disporsi, la revoca dell'apertura dell'esercizio commerciale e la sua chiusura in casi tassativamente determinati.

L'autorità competente ad irrogare i pregressi provvedimenti è il sindaco, che si avvale delle forze di polizia amministrativa ed incamera i proventi derivanti dai pagamenti in misura ridotta ovvero da ordinanze ingiunzioni di pagamento.

Gli artt. 23-24 d. lgs. n. 114/98 attengono agli organismi associativi, con gli artt. 25-27 termina la parte relativa al commercio al dettaglio su aree private in sede fissa, seguono disposizioni (artt. 28-30) per il commercio su aree pubbliche ed indicazioni finali sull'intervento sostitutivo del Ministero quando le regioni non assolvano i propri compiti in materia di regolamentazione del commercio.

Artt. 45-67 cod. cons.

Con poco più di due mesi di ritardo rispetto ai termini di recepimento fissati dalla Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, vede la luce il d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21. Tale Direttiva, per garantire, ai sensi dell'art. 169, paragrafo 1, e paragrafo 2, lettera a), del TFUE il conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, abroga le normative precedentemente esistenti in materia di contratti conclusi fuori dai locali commerciali ed a distanza e ed impone agli stati membri, attraverso la armonizzazione massima, una normativa non modificabile salvi limitatissimi ambiti di deroga.

Il decreto 2014, n. 21 ha impattato significativamente sul codice del consumo, a partire dal 14 giugno 2014, considerato che il suo art. 1 (Modifiche al Codice del consumo) ha sostituito l'intero Capo I del titolo III della parte III limitatamente agli articoli da 45 a 67 con una diversa articolazione e denominazioni.

Esso stabilisce norme standard per gli aspetti comuni dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali" (Considerando n. 2 Dir. 2011/83/UE).

Agli articoli introduttivi del Capo I (artt. 45-47) seguono le Sezioni I (Informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, solo art. 48), II (Informazioni precontrattuali per il consumatore e diritto di recesso nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, artt. 49-59), III (Altri diritti dei consumatori, artt. 60-65) e IV (Disposizioni generali, artt. 66-67 cod. cons.).

Il Capo I è denominato "Dei diritti dei consumatori nei contratti" e non più "Particolari modalità di conclusione del contratto" in quanto contiene regole applicabili non solo ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali od a distanza, come è attualmente.

Parti comuni a tutti i contratti conclusi da un professionista ed un consumatore, indipendentemente dalla modalità di conclusione del contratto, sono:

- gli artt. 45-47,
- gli artt. 60-65,
- gli artt. 66-67.

Il Capo I in commento inizia con le disposizioni generali come le definizioni, l'ambito applicativo e le correlative esclusioni, contenute negli artt. 45-47.

Il primo di questi articoli (Definizioni) ripropone l'art. 2 della Dir. 2011/83/UE.

In merito si propongono le seguenti osservazioni:

-le definizioni di consumatore ed utente (lett. a) art. 45 cod. cons.) rinviano a quelle contenute nell'art. 3, primo comma, lett. a) e b) del codice del consumo.

Si opera una scissione con la corrispondente definizione contenuta della Direttiva che, in linea con l'orientamento europeo risalente, supera il riduttivo criterio della estraneità e ritorna al concetto di “..fini che non rientrano nel quadro della attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”.

-Il rinvio operato all'art. 3 del codice del consumo in merito alla definizione di professionista (art. 45, lett. b) può ritenersi, al contrario, giustificabile pur essendo l'art. 2, par. primo, n. 2, della Dir. 2011/83/UE, ovvero la norma di derivazione, più esplicativa (“qualsiasi persona fisica o giuridica che, *indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato*, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale nei contratti oggetto della presente direttiva, *anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto*”).

-Si sarebbe potuta operare, diversamente, un rinvio a quanto già indicato nel codice del consumo, per le definizioni di supporto durevole (art. 45, primo comma, lett. l) cod. cons.) e servizio finanziario, (art. 45, primo comma, lett. n) cod. cons.

Ma le limitate modifiche (riferita, la prima, anche al professionista; mutata la denominazione di servizi di previdenza individuale in servizi pensionistici individuali per la seconda) hanno fatto ritenere preferibile una duplicazione di definitoria

Innovative sono le definizioni di:

- bene (art. 45, primo comma, lett. c) cod. cons.): qualsiasi bene mobile materiale ad esclusione dei beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie; rientrano fra i beni oggetto della presente direttiva l'acqua, il gas e l'elettricità, quando sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata.

Si notino le differenze con la definizione di bene di consumo contenuta nell'art. 128 cod. cons. (“Ai fini del presente capo si intende per: a) beni di consumo: qualsiasi bene mobile, anche da assemblare, tranne: 1) i beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie, anche mediante delega ai notai; 2) *l'acqua e il gas, quando non confezionati per la vendita in un volume delimitato o in quantità determinata*; 3) l'energia elettrica).

-Beni prodotti secondo le indicazioni del consumatore (art. 45, primo comma, lett. d), cod. cons.): qualsiasi bene non prefabbricato prodotto in base a una scelta o decisione individuale del consumatore;

-contratto di vendita (art. 45, primo comma, lett. e) cod. cons.): qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà' di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi. Nel contratto a

prestazioni plurime, sia beni che servizi, è ritenuto prevalente e caratterizzante, di massima, quello di vendita.

-Contratto di servizi (art. 45, primo comma, lett. f) cod. cons.): qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagarne il prezzo. La definizione, estremamente lata, andrebbe coordinata con quella contenuta nell'art. 8, primo comma lett. a) del d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno) ovvero "qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione..." con esclusione dei servizi non economici.

-Locali commerciali (art. 45, primo comma, lett. 1, cod. cons.):

1) qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente; oppure;

2) qualsiasi locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale.

Si ricorda che, per il Considerando n. 22 Dir. 2011/83/UE "I locali commerciali dovrebbero includere qualsiasi forma di locale ...che serva da luogo permanente o abituale di commercio per il professionista..." come i chioschi di vendita al mercato o in una fiera, i locali adibiti alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività a carattere stagionale, per esempio durante la stagione turistica in una località sciistica o balneare. Diversamente "...spazi accessibili al pubblico, quali strade, centri commerciali, spiagge, impianti sportivi e trasporti pubblici, che il professionista utilizza a carattere eccezionale per le sue attività commerciali, nonché domicili privati o il posto di lavoro, non dovrebbero essere considerati locali commerciali". Infine, nella nozione vanno ricompresi quei locali all'interno dei quali qualcuno agisce in nome o per conto del professionista.

-Contenuto digitale (art. 45, primo comma, lett. m), cod. cons): i dati prodotti e forniti in formato digitale.

Il Considerando n. 19 Dir. 2011/83/UE considera come tali "...programmi informatici, applicazioni, giochi, musica, video o testi, indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga tramite download, streaming, supporto materiale o tramite qualsiasi altro mezzo". Parificandoli ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento, si precisa che "...i contratti per la fornitura di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale non dovrebbero essere considerati... né un contratto di vendita né un contratto di servizi". Per tali contratti il consumatore dovrebbe godere del diritto di recesso, salvo che egli abbia acconsentito che l'esecuzione del contratto avesse inizio durante il periodo di recesso e abbia riconosciuto che, così facendo, lo avrebbe perso. Invece "...se fornito su un supporto materiale, quale un CD o un DVD, il contenuto digitale dovrebbe essere considerato un bene ai sensi della presente direttiva". In tal caso,

oltre agli obblighi generali di informazione, il professionista ha l'obbligo di informare il consumatore "...in merito alla funzionalità e alla interoperabilità pertinente del contenuto digitale. Il concetto di funzionalità dovrebbe riferirsi ai modi in cui il contenuto digitale può essere utilizzato, ad esempio per lo studio del comportamento dei consumatori; esso dovrebbe inoltre fare riferimento all'assenza o alla presenza di restrizioni tecniche quali la protezione tramite la gestione dei diritti digitali e la codifica regionale. Il concetto di interoperabilità pertinente intende descrivere le informazioni relative all'ambiente tipo di hardware e software compatibile con il contenuto digitale, ad esempio il sistema operativo, la versione necessaria e talune caratteristiche dell'hardware".

-Asta pubblica (art. 45, primo comma lett. o), cod. cons.): metodo di vendita in cui beni o servizi sono offerti dal professionista ai consumatori che partecipano o cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, mediante una trasparente procedura competitiva di offerte gestita da una casa d'aste e in cui l'aggiudicatario è vincolato all'acquisto dei beni o servizi.

Il Considerando n. 24 Dir. 2011/83/UE rammenta che "L'uso, a fini d'asta, di piattaforme online messe a disposizione di consumatori e professionisti non dovrebbe essere considerato un'asta pubblica ai sensi della presente direttiva", rendendo perciò applicabile le disposizioni sui contratti a distanza a differenza della normativa precedentemente prevista nel codice del consumo dall'art. 51, primo comma, lett. e).

-Contratto accessorio (art. 45, primo comma, lett. q), cod. cons.): un contratto mediante il quale il consumatore acquista beni o servizi connessi ad un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali ed in cui tali beni o servizi sono forniti dal professionista o da un terzo in base ad un accordo tra il terzo e il professionista. La definizione replica quella contenuta nell'art. 69, primo comma, lett. g), cod. cons. ("un contratto ai sensi del quale il consumatore acquista servizi connessi a un contratto di multiproprietà o a un contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine e forniti dall'operatore o da un terzo sulla base di un accordo tra il terzo e l'operatore").

Modificate rispetto alle precedenti definizioni contenute nel codice del consumo sono quelle di:

-contratto a distanza (art. 45, primo comma, lett. g, cod. cons): qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso. La modifica si giustifica con la soppressione della definizione di tecnica di comunicazione a distanza.

In base al Considerando n. 20 Dir. 2011/83/UE la definizione in parola "...dovrebbe anche includere le situazioni in cui il consumatore si limita a visitare i locali commerciali per raccogliere informazioni sui beni o i servizi e successivamente negozia e conclude il contratto a distanza. D'altro canto, un contratto negoziato nei

locali del professionista e concluso definitivamente mediante comunicazione a distanza non dovrebbe essere considerato un contratto a distanza, così come non dovrebbe essere considerato un contratto a distanza il contratto avviato mediante comunicazione a distanza ma concluso definitivamente nei locali del professionista. Analogamente, il concetto di contratto a distanza non dovrebbe comprendere prenotazioni effettuate da un consumatore attraverso mezzi di comunicazione a distanza per richiedere la prestazione di un servizio da parte di un professionista, come nel caso di un consumatore che telefona per chiedere un appuntamento da un parrucchiere. Il concetto di regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza dovrebbe comprendere quei regimi offerti da un terzo diverso dal professionista ma utilizzati da quest'ultimo, come una piattaforma online.

Dovrebbero tuttavia rimanere esclusi i casi in cui i siti web offrono informazioni solo sul professionista, sui beni e/o servizi che presta e sui suoi dati di contatto”.

-Contratto negoziato fuori dei locali commerciali (art. 45, primo comma, lett. h) cod. cons.): qualsiasi contratto tra il professionista e il consumatore:

1) concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista;

2) per cui è stata fatta un'offerta da parte del consumatore, nelle stesse circostanze di cui al numero 1;

3) concluso nei locali del professionista o mediante qualsiasi mezzo di comunicazione a distanza immediatamente dopo che il consumatore è stato avvicinato personalmente e singolarmente in un luogo diverso dai locali del professionista, alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore; oppure;

4) concluso durante un viaggio promozionale organizzato dal professionista e avente lo scopo o l'effetto di promuovere e vendere beni o servizi al consumatore;

Per il Considerando n. 21 Dir. 2011/83/UE la conclusione “extra moenia” comprende anche “...le situazioni in cui il consumatore è avvicinato personalmente e singolarmente fuori dei locali commerciali ma il contratto è concluso immediatamente dopo nei locali del professionista o mediante comunicazione a distanza”. Diversamente “...La definizione di contratto negoziato fuori dei locali commerciali non comprende le situazioni in cui i professionisti si recano inizialmente al domicilio del consumatore con l'unico scopo di fare delle misurazioni o di fornire una stima senza alcun impegno da parte del consumatore e in cui il contratto è successivamente concluso in un secondo momento nei locali commerciali del professionista o tramite mezzi di comunicazione a distanza sulla base della stima del professionista. In detti casi, il contratto non è concluso immediatamente dopo che il consumatore è stato avvicinato dal professionista se il consumatore ha avuto tempo di riflettere sulla stima fornita dal professionista prima della conclusione del contratto”. Mentre “...gli acquisti effettuati durante un'escursione organizzata dal professionista durante la quale è effettuata la promozione e la vendita dei prodotti acquistati dovrebbero essere considerati contratti negoziati fuori dei locali commerciali”.

Chiara è la esclusione dai contratti negoziati extra moenia delle vendite per corrispondenza, precedentemente attratte in questa orbita dall'art. 45 cod. cons., pur con il temperamento del terzo comma, che rendeva applicabili le disposizioni più incisive in materia di contratti a distanza. La manifesta estraneità di tale tipologia contrattuale agli altri contatti negoziati a distanza è rappresentata dalla circostanza che il consumatore ordina il prodotto sfogliando un catalogo cartaceo senza ausilio di alcun operatore commerciale. Ne deriva l'assoluta attrazione delle vendite per corrispondenza nei contratti a distanza.

-Garanzia (art. 45, primo comma, lett. p), cod. cons.): qualsiasi impegno di un professionista o di un produttore (il "garante"), assunto nei confronti del consumatore, in aggiunta agli obblighi di legge in merito alla garanzia di conformità, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare, o intervenire altrimenti sul bene, qualora esso non corrisponda alle caratteristiche, o a qualsiasi altro requisito non relativo alla conformità, enunciati nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità disponibile al momento o prima della conclusione del contratto. Tale definizione ricorda quella di garanzia convenzionale ulteriore contenuta, nell'ambito della vendita dei beni di consumo, all'interno dell'art. 128, primo comma, lett. c) cod. cons. ("qualsiasi impegno di un venditore o di un produttore, assunto nei confronti del consumatore senza costi supplementari, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare, o intervenire altrimenti sul bene di consumo, qualora esso non corrisponda alle condizioni enunciate nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità").

L'art. 46 del codice del consumo attiene all'ambito applicativo delle Sezioni I-IV del Capo I.

Il primo comma lo indica in "...qualsiasi contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, inclusi i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale".

Il secondo comma dispone la prevalenza delle disposizioni contenute in un altro atto dell'Unione europea che disciplini settori specifici sulle regole in commento; il terzo comma, rappresentante il primo ambito di deroga concesso agli stati membri (art. 3, paragrafo sesto, Dir. 2011/83/UE), ma, in realtà rivolto ai professionisti, li autorizza poter concedere ai consumatori condizioni contrattuali più favorevoli rispetto alla tutela prevista da tali disposizioni.

L'art. 47, nella nuova versione, del cod. cons., completa l'ambito applicativo delle disposizioni in commento delineando i campi di esclusione dalle regole previste nelle sezioni I-IV.

Limitatamente alla previgente disciplina in materia di contratti a distanza e conclusi fuori dai locali commerciali, essendo le attuali esclusioni estese a "qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore, inclusi i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale" (art. 46, cod. cons.), possono ritenersi una novità le lettere a-b-g (servizi sociali,

assistenza sanitaria, pacchetti turistici) mentre le lettere c-e-f-g-h-i-l-n-o risultano specificazioni e modificazioni rispetto alle esclusioni contenute negli artt. 46, 51 e 55 previgente versione cod. cons.

Sono esclusi dall'applicazione delle regole contenute nelle sezioni I-IV del Capo I in commento i contratti:

a) di servizi sociali, compresi gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, ivi compresa l'assistenza a lungo termine;

b) di assistenza sanitaria, per i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici, sia essa fornita o meno attraverso le strutture di assistenza sanitaria;

c) di attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casino' e le scommesse. Precedentemente alla modifica i "servizi di scommesse e lotterie" relativi a contratti conclusi a distanza erano esclusi dal solo diritto di recesso, salva diversa pattuizione (art. 55, secondo comma, lett. f), cod. cons.).

d) Di servizi finanziari; trattasi di settore regolamentato specificatamente dagli artt. 67-bis e ss. cod. cons., già in passato escluso dalle regole in materia i contratti a distanza dall'art. 51, primo comma, lett. a) cod. cons. e, limitatamente ai servizi assicurativi e di strumenti finanziari, dall'art. 46, primo comma, lett c-d) cod. cons. per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali;

e) aventi ad oggetto la creazione di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti su beni immobili; f) per la costruzione di nuovi edifici, la trasformazione sostanziale di edifici esistenti e per la locazione di alloggi a scopo residenziale. Questa, e la lettera che precede, possono ritenersi esplicitazione della previgente più sintetica esclusione dall'applicazione delle regole in materia di contratti a distanza dei contratti "relativi alla costruzione ed alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione (art. 51, primo comma lett. d) cod. cons.). Idem si dica in merito alla esclusione contenuta nella precedente versione dell'art. 46, primo comma, lett. a), cod. cons., relativamente ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali (contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili ed i contratti relativi ad altri diritti concernenti beni immobili, con eccezione dei contratti relativi alla fornitura di merci e alla loro incorporazione in beni immobili e dei contratti relativi alla riparazione di beni immobili).

g) Che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", di cui agli articoli da 32 a 51 del d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79. La esclusione si giustifica con la previsione di regole specifiche;

h) che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina concernente la tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di

rivendita e di scambio, di cui agli articoli da 69 a 81-bis cod. cons. Anche in tale caso la esclusione si spiega con la presenza di normativa specifica.

i) Stipulati con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità il quale deve garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore concluda il contratto soltanto sulla base di una decisione giuridica ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica;

l) di fornitura di alimenti, bevande o altri beni destinati al consumo corrente nella famiglia e fisicamente forniti da un professionista in giri frequenti e regolari al domicilio, alla residenza o al posto di lavoro del consumatore. Trattasi di modifica della esclusione, dai soli obblighi informativi, diritto di recesso e termine legale di esecuzione, della fattispecie già prevista dalla precedente versione dell'art. 55, primo comma, lett. a) cod. cons. per i contratti a distanza (“contratti di fornitura di generi alimentari, di bevande o di altri beni per uso domestico di consumo corrente forniti al domicilio del consumatore, al suo luogo di residenza o al suo luogo di lavoro, da distributori che effettuano giri frequenti e regolari”); nonché della esclusione dalle regole prima previste per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali in base al previgente art. 46, primo comma lett. b (“contratti relativi alla fornitura di prodotti alimentari o bevande o di altri prodotti di uso domestico corrente consegnati a scadenze frequenti e regolari”).

m) Di servizi di trasporto passeggeri, fatti salvi l'articolo 51, comma 2, e gli articoli 62 e 65. In questo caso trattasi di fattispecie prima ricompresa nelle esclusioni parziali dell'art. 55, primo comma, lett. b) cod. cons. previgente versione, limitatamente alle negoziazioni a distanza.

n) Conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati. In questo caso la esclusione totale dall'applicazione delle regole in materia di contratti a distanza era già prevista dall'art. 51 cod. cons.;

o) conclusi con operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici a pagamento per il loro utilizzo o conclusi per l'utilizzo di un solo collegamento tramite telefono, Internet o fax, stabilito dal consumatore.

La predetta esclusione esplica quanto sinteticamente era previsto, limitatamente alle negoziazioni a distanza, dall'art. 51, primo comma, lett. c), cod. cons.

Il secondo comma dell'art. 47 cod. cons. prevede che le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non si applichino ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali il cui corrispettivo da pagare non sia superiore a 50 euro. Esse tornano applicabili “nel caso di più contratti stipulati contestualmente tra le medesime parti, qualora l'entità del corrispettivo globale che il consumatore deve pagare, indipendentemente dall'importo dei singoli contratti, superi l'importo di 50 euro”. La regola mutua quella già esistente (previgente art. 46, secondo comma, cod. cons.) innalzando il corrispettivo da 26 a 50 euro ed attua la seconda possibilità di deroga consentita agli stati membri al principio di armonizzazione massima (art. 3, paragrafo quarto Dir. 201183/UE).

Le esclusioni contenute nell'art. 47 futuro cod. cons. vanno, poi coordinate, con quelle contenute in singole disposizioni, come l'art. 59 (eccezioni al diritto di recesso) e racchiuse nella III sezione (altri diritti dei consumatori).

La I sezione del Capo I in commento, racchiudente il solo art. 48 (Informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali), estende a tutti i contratti stipulati tra un consumatore ed un professionista rientranti nel campo di applicazione del Capo I gli obblighi informativi imposti dall'art. 5 della Dir. 2011/83/UE con una maggiore articolazione, rispetto alla norma originaria, dell'obbligo attinente alla identità del professionista estendendosi anche all'indirizzo geografico e identità del professionista per cui si agisce, in correlazione con quanto disposto dall'art. 49, comma, primo, lett. c).

Le informazioni precontrattuali, da fornirsi in modo chiaro e comprensibile, qualora esse non siano già apparenti dal contesto, attengono:

- a) alle caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi;
- b) all'identità del professionista, l'indirizzo geografico in cui è stabilito e il numero di telefono e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce;
- c) al prezzo totale dei beni o servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o dei servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se applicabili, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;
- d) alle modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare il servizio e il trattamento dei reclami da parte del professionista;
- e) oltre ad un richiamo dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, l'esistenza e le condizioni del servizio postvendita e delle garanzie commerciali, se applicabili;
- f) alla durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni di risoluzione del contratto;
- g) se applicabile, alla funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;
- h) a 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.

Premesso che gli obblighi di informazione precontrattuali suindicati si applicano anche “..ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale...” il successivo comma terzo dell'art. 48 cod. cons., attua la terza deroga al principio di

armonizzazione massima consentita agli stati membri dall'art. 5, par. terzo, Dir. 2011/83/UE ovvero esclude dall'obbligo di informazione precontrattuale il professionista che concluda contratti "...che implicano transazioni quotidiane e che sono eseguiti immediatamente al momento della loro conclusione" (art. 48, comma terzo, cod. cons.).

Il quarto comma dell'art. 48 sembra non comprendere il senso della quarta deroga al principio di armonizzazione massima ammessa, per gli stati membri, dall'art. 5, par. quarto, Dir. 2011/83/UE di poter "...emanare o mantenere obblighi di informazione precontrattuale per i contratti ai quali si applica il presente articolo". Infatti invece di disporre concretamente in merito si limita a prevedere "E' fatta salva la possibilità di prevedere o mantenere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale per i contratti ai quali si applica il presente articolo". Non si comprende, dunque, a chi si riferisca l'apertura del quarto comma, forse alla possibilità per il professionista di autoimporsi ulteriori obblighi informativi.

Infine, il quinto comma dell'art. 48 prevede il coordinamento con il codice del consumo facendo salvi gli obblighi informativi previsti dagli artt. 6-12 in materia di indicazione dei prodotti.

La Sezione II attiene alle informazioni precontrattuali per il consumatore e diritto di recesso nei contratti a distanza e conclusi fuori dai locali commerciali e contiene gli artt. 49-59.

Il primo, replicante l'art. 6, parr. 1-9 Dir. 2011/83/UE, ripropone la lunga lista degli obblighi informativi preliminari da fornirsi, in maniera chiara e comprensibile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato extra moenia o da una corrispondente offerta. Essi si sostanziano in informazioni relative a:

- le caratteristiche principali dei beni e servizi (lett. a)
- dati identificativi del professionista, recapiti per contattarlo rapidamente nonché quelli del professionista per cui si agisce (lett. b e c), i recapiti, se diversi ove inoltrare reclami (lett. d);
- il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore con precisazioni per i contratti a tempo indeterminato o di abbonamento (lett. e);
- il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto se tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base (lett. f);
- le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione nonché la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi e, se del caso, il trattamento dei reclami da parte del professionista (lett. g);

- se esistente un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitarlo nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B (lett. h); oppure la inesistenza di tale diritto o le circostanze in cui si possa perderlo (lett. m);
- se applicabile, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta (lett. i);
- il pagamento dei costi ragionevoli, in base all' art. 57, comma terzo, esercitando il diritto di recesso in relazione alla prestazione di servizi ai sensi dell'articolo 50, comma 3, o dell'articolo 51, comma 8 (lett. l);
- un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni (lett. n);
- se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali (lett. o);
- l'esistenza di codici di condotta e come possa esserne ottenuta copia (lett. p);
- la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto e' a tempo indeterminato o e' un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto (lett. q);
- se applicabile, la durata minima degli obblighi del consumatore a norma del contratto (lett. r);
- l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore e' tenuto a pagare o fornire su richiesta del professionista (lett. s);
- la funzionalità' del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica (lett. t) 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 puo' ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabile (lett. u);
- la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è' soggetto e le condizioni per avervi accesso.

I commi secondo e terzo dell'art. 49 cod. cons. estendono i previsti obblighi informativi ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale; mentre, limitatamente alle aste pubbliche, le informazioni relative ai dati identificativi del professionista, i recapiti per contattarlo rapidamente quelli del professionista per cui si agisce ed i recapiti, se diversi, ove inoltrare reclami (lett. d) possono essere sostituite dai corrispondenti dati della casa d'aste.

Per il comma quarto dell'art. 49 cod. cons. alcune informazioni strettamente inerenti al diritto di recesso (lett. h-i-l) "...possono essere fornite mediante le istruzioni tipo sul recesso di cui all'allegato I, parte A. Il professionista ha adempiuto agli obblighi di informazione di cui al comma 1, lettere h), i) e l), se ha presentato dette istruzioni al consumatore, debitamente compilate”.

La frammentazione della sede di collocazione delle informazioni può essere causa di disorientamento del consumatore e la regola è da giustificarsi esclusivamente nell'ottica di una semplificazione degli obblighi incombenti al professionista.

In relazione ai commi successivi, anche rispetto al contenuto della Direttiva v'è da segnalare:

-la riproposizione (obbligata, perchè prevista nella Dir. 2011/83/UE), al comma quinto dell'art. 49 cod. cons., della regola per cui “Le informazioni di cui al comma 1 formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con preventivo accordo espresso delle parti”. La inderogabilità della normativa stride fortemente con la derogabilità pattizia.

-Al comma settimo dell'art. 49, l'attuazione della quinta deroga consentita agli stati membri al principio di armonizzazione massima (art. 6, par. settimo, Dir. 2011/83/UE) attuata con la previsione di fornire le informazioni, ove il consumatore lo richieda, in lingua nazionale nel caso di utilizzazione di tecniche che consentono una comunicazione individuale.

-Nel comma ottavo dell'art. 49, ancora una volta il legislatore nazionale travisa il senso della norma di derivazione (art. 6, par. ottavo, Dir. 2011/83/UE) cioè la possibilità per gli stati membri di prevedere obblighi informativi aggiuntivi relativi alle materie disciplinate dai dd. lgs. 2010 n. 59 e 2003 n. 70 ovvero i servizi nel mercato interno ed i servizi della società dell'informazione. Si tratterebbe della sesta deroga al principio di armonizzazione massima consentita agli stati nazionali.

Il comma ottavo, infatti, dopo aver previsto pedissequamente che “Gli obblighi di informazione stabiliti nella presente sezione si aggiungono agli obblighi di informazione contenuti nel decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, e successive modificazioni, e nel decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni...” aggiunge un “... e non ostano ad obblighi di informazione aggiuntivi previsti in conformità di tali disposizioni”. Con la precisazione, inserita nel comma nono, che salvo quanto previsto nel comma precedente, in caso di conflitto tra una disposizione del d. lgs. 2010, n. 59 e d. lgs. n. 2003, n. 70 sul contenuto e le modalità di rilascio delle informazioni e una disposizione della presente sezione, prevale quest'ultima”.

Quanto ai commi sesto e decimo art. 49 cod. cons.:

-il comma sesto stabilisce una sanzione contrattuale nel caso il professionista non adempia agli obblighi informativi relativi alle spese aggiuntive o gli altri costi di cui al comma 1, lett. e), o sui costi della restituzione dei beni di cui al comma 1, lettera i), ovvero la non sostenibilità di tali costi e spese da parte del consumatore.

- Il comma decimo addossa al professionista l'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi informativi previsti dalla sezione in commento.

I successivi artt. 50 e 51 distinguono, così come gli art. 7 e 8 della Dir. 2011/83/UE, i requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed a distanza ovvero come dare le informazioni preliminari contenute nell'art. 49 e la loro conferma.

Per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali l'art. 50 prevede che il “...il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui all'articolo 49, comma 1, su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole. Dette informazioni devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice e comprensibile”. Ad esse, in base al comma successivo si aggiunge la

consegna di “..una copia del contratto firmato o la conferma del contratto su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole, compresa, se del caso, la conferma del previo consenso espresso e dell' accettazione del consumatore in conformità dell'articolo 59, lettera o)”.

L'alternativa tra consegna della copia del contratto o conferma dello stesso si riferisce ai casi in cui viene sottoposta al consumatore una nota d'ordine o qualsivoglia altra proposta subordinata all'accettazione della controparte.

Il terzo comma dell'art. 50 cod. cons. si riferisce alla eventualità che il consumatore richieda l'effettuazione di una prestazione di servizi o la fornitura di acqua, gas o elettricità “... quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento” durante il periodo di recesso. In tal caso il professionista esige che... il consumatore ne faccia esplicita richiesta su un supporto durevole”. Ciò consente a quest'ultimo di invocare la esclusione della possibilità di avvalersi del diritto di recesso se tale dichiarazione espressa si accompagna alla accettazione della perdita del diritto di recesso a fronte di contratto pienamente eseguito dal professionista (art. 59, primo comma, lett. a) cod. cons.).

Nel successivo quarto comma il legislatore nazionale sceglie di applicare (settima possibilità di deroga al principio di armonizzazione massima consentita agli stati membri dall'art. 7, par. quarto, Dir. 2011/83/UE) la previsione di obblighi informativi semplificati nel caso di lavori di riparazione o manutenzione immediatamente adempiuti da entrambe le parti il cui importo a carico del consumatore non supera i 200 euro (ultimo comma dell'art. 50 cod. cons.).

messa a disposizione delle informazioni preliminari e della conferma delle stesse.

Relativamente ai requisiti formali per contratti a distanza, i primi cinque commi dell'art. 51 cod. cons. (art. 8 Dir. 2011/83/UE), il quinto attinente alle informazioni commerciali rese via telefono, contengono regole in merito alle modalità di messa a disposizione delle informazioni preliminari. I commi sesto e successivi, il sesto attinente alla conclusione del contratto telefonico, attengono alla conferma delle stesse.

Il Considerando n. 36 della Dir. 2011/83/UE in merito afferma “Nel caso dei contratti a distanza, gli obblighi di informazione dovrebbero essere adattati per tenere conto dei limiti tecnici di taluni media, come la limitazione del numero di caratteri su taluni schermi di telefoni mobili o il limite di tempo per gli spot televisivi. In tali casi il professionista dovrebbe conformarsi ad un insieme minimo di obblighi di informazione e rinviare il consumatore a un'altra fonte di informazione, ad esempio fornendo un numero di telefono gratuito o un link ipertestuale ad una pagina web del professionista dove le informazioni pertinenti sono direttamente e facilmente accessibili. Per quanto concerne l'obbligo di informare il consumatore in merito al costo della restituzione di beni che, per loro natura, non possono essere normalmente restituiti a mezzo posta, esso sarà considerato ottemperato, ad esempio, se il professionista specifica un vettore (come il vettore ci ha commissionato la consegna del bene) e un importo relativo al costo

per la restituzione dei beni. Quando il professionista non può ragionevolmente calcolare il costo della restituzione dei beni in anticipo, ad esempio perché non è lui ad occuparsi della restituzione dei beni, dovrebbe fornire una dichiarazione in cui precisa che tale costo può essere addebitato al consumatore e che la sua entità può essere elevata, accompagnata da una stima ragionevole del costo massimo che potrebbe essere basata sul costo della consegna al consumatore”.

Secondo il primo comma dell'art. 51 cod. cons., le informazioni preliminari, di cui all' art. 49 cod. cons., sono fornite dal professionista “...in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile”. L’assenza di un onere formale non impedisce al professionista di fornirle su un supporto durevole, in tal caso esse devono essere leggibili, ovvero comprensibili (primo comma, art. 51, cod. cons.).

Regole peculiari sono inserite per la contrattazione on line:

-l’obbligo di evidenziare, in modo evidente le informazioni di cui all'articolo 49, comma 1, lettere a), e), q) ed r), attinenti, rispettivamente, alla identità e recapiti del professionista, prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte e spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali ed ogni altro costo; durata del contratto ed eventuale suo rinnovo automatico, condizioni per recedere dal contratto, durata minima degli obblighi del consumatore) prima che il consumatore inoltri l'ordine.

In tal caso il professionista deve far sì, attraverso il sistema utilizzato, che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare (secondo comma, art. 51, cod. cons.).

Così “.. se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente inequivocabile indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare il professionista”. L’inosservanza della norma comporta, a titolo di sanzione contrattuale, la non vincolatività per il consumatore dell’ordine o contratto siglato (fine secondo comma, art. 51, cod. cons.).

-L’obbligo, per i siti commercio elettronico, di evidenza chiara e leggibile, non oltre l’inizio del processo di ordinazione, se si applicano restrizioni relative alla consegna e quali mezzi di pagamento sono accettati (terzo comma, art. 51 cod. cons.);

- in una ottica di coordinamento l’ultimo comma dell’art. 51 cod. cons. fa salve le disposizioni relative alla conclusione di contratti elettronici e l’inoltro di ordini per via elettronica conformemente agli artt. 12, commi 2 e 3, e 13 del d. lgs. n. 70 del 2003.

Il quarto comma dell’art. 51 cod. cons. regola la circostanza di un contratto concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni. In tal caso “...il professionista fornisce, su quel mezzo in particolare e prima della conclusione del contratto, almeno le informazioni precontrattuali riguardanti le caratteristiche principali dei beni o servizi, l'identità del professionista, il prezzo totale, il diritto di recesso, la durata del contratto e, nel caso di contratti a tempo indeterminato, le condizioni di

risoluzione del contratto, conformemente all'articolo 49, comma 1, lettere a), b), e), h) e q)”.
Le altre informazioni preliminari previste sono fornite dal professionista in modalità appropriata.

Telemarketing (ottobre 2019)

I successivi commi quinto e sesto attengono al contratto telefonico la cui disciplina si giustifica nelle premesse fornite dal Considerando n. 36 Dir. 2011/83/UE precedentemente citato.

Il primo di essi prevede che l'approccio telefonico del professionista, finalizzato alla eventuale conclusione di un contratto a distanza con il consumatore, contenga le indicazioni circa:

- l'identità dello stesso,
- lo scopo commerciale della chiamata,
- l'informativa di cui all'art. 10 del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 178. Tale decreto istituisce il Registro pubblico delle opposizioni, previsto dall'art. 130, commi terzo bis-quater, del Codice della privacy, il cui art. 10 fissa l'obbligo, per gli operatori commerciali telefonici di indicare "...con precisione agli interessati che i loro dati personali sono stati estratti dagli elenchi di abbonati, fornendo, altresì, le indicazioni utili all'eventuale iscrizione dell'abbonato nel registro delle opposizioni..." Tale informativa può essere resa con modalità semplificata.

Tale norma mutua, in senso peggiorativo, la regola prima esistente nel codice del consumo nell'art. 52, terzo comma, che prevedeva la sanzione della nullità relativa dell'eventuale contratto concluso telefonicamente in caso di omessa informazione, La mancata previsione, nella attuale formulazione, di tale sanzione si spiega, tuttavia, con l'introduzione, nel successivo comma sesto, dell'obbligo, in caso di contratto concluso telefonicamente, di conferma dell'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo averla firmata o accettata per iscritto, con salvezza di poterla siglare elettronicamente ai sensi dell'art. 21 del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale, c.a.d.).

Trattasi di firma elettronica avanzata semplice, né qualificata, né digitale.

La conferma può essere effettuata, con il consenso del consumatore, anche su un supporto durevole.

Dunque, chi riceve una offerta commerciale telefonica deve essere consapevole della non vincolatività della stessa fino all'atto della sua accettazione elettronica o tradizionale. In tal modo il legislatore nazionale si avvale della **ottava possibilità di deroga** all'armonizzazione massima imposta dalla Unione Europea (art. 8, paragrafo sesto, Dir. 2011/83/UE).

Tuttavia la rigidità della disciplina è stata ammorbidita dalla interpretazione della Autorità per le comunicazioni (AGCOM) che, con delibera n. 520/2015/CONS (Orientamenti per la conclusione per telefono di contratti per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica) ha decretato, nell'allegato A, paragrafi 2 e 3: " Se il consumatore accetta di concludere il contratto, l'operatore invia la conferma del

contratto, contenente tutte le informazioni di cui all'art. 70 del Codice delle comunicazioni e all'art. 49 del codice del consumo, presso l'indirizzo comunicato dal cliente.

Previo consenso esplicito del consumatore, la conferma può essere inviata dall'operatore anche su supporto durevole, ad esempio come allegato ad un'e-mail o tramite invio o comunicazione di un link di accesso ad un account privato nella titolarità del cliente finale sul sito del venditore contenente le informazioni indirizzate al cliente, a condizione che le medesime informazioni non possano essere rimosse o modificate unilateralmente dal venditore.

Il contratto si considera vincolante per il consumatore dal momento in cui questi comunica all'operatore l'accettazione dell'offerta, dopo aver preso visione della conferma dell'offerta, di cui ai punti 2 e 3. Detta comunicazione può essere resa anche su supporto durevole, ad es. tramite e-mail o sms, ovvero mediante accettazione telematica.

Il termine per esercitare il diritto di recesso, di cui all'art. 52 del Codice del consumo, decorre dal momento in cui il consumatore invia all'operatore la comunicazione di cui al punto 4".

Tale interpretazione, pur essendo dettata per i servizi di comunicazione elettronica, è applicata analogicamente ad altri settori.

Le regole brevemente commentate incidono fortemente sul telemarketing che necessita di un approfondimento.

La precedente normativa, inserita nel codice del consumo, relativa ai contratti a distanza, regolamentava (art. 58 cod. cons., "Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza") l'utilizzo di talune tecniche di comunicazione a distanza come il telefono, i sistemi di chiamata senza l'intervento di un operatore e la posta elettronica sottoponendolo a consenso preventivo del consumatore (sistema c.d. opt-in), ma con salvezza delle regole previste dal codice della privacy (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196) in materia. Ulteriori mezzi di comunicazione a distanza che consentissero una comunicazione individuale erano utilizzabili se il consumatore non si dichiarava esplicitamente contrario (sistema c.d. opt-out).

Regole siffatte sono state inserite al fine di tutelare il diritto alla tranquillità individuale, come particolare esplicazione del diritto alla privacy, che trova i suoi referenti:

-in ambito internazionale

a) nell'art. 8 della Conv. Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali ("Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza") e nell'art. 10 della medesima Convenzione disponente che: "ogni persona ha diritto alla libertà di espressione..." diritto che include la libertà di comunicare e di ricevere comunicazioni;

b) nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE, rubricata "Rispetto della vita privata e familiare", per il quale: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni".

-In ambito nazionale

- a) nell'art. 2 Cost.,
- b) negli artt. 14 e 15 Cost. sulla inviolabilità del domicilio e della corrispondenza;
- c) nel decr. Min. delle Poste e Telecomunicazioni 13 luglio 1995, n. 385 (Regolamento recante norme sulle modalità di espletamento dei servizi audiotext e videotext), art. 5, comma primo.

Il diritto alla tranquillità individuale trova, inoltre, i suoi referenti in disposizioni europee, leggi di recepimento, e norme di rango inferiore:

-nella Dir. 02/65/CE in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, recepita con d. lgs. n. 190/05 (abrogato perché trasfuso nel codice del consumo). Oggi l'art. 67-sexies-decies cod. cons. statuisce che l'utilizzazione da parte di un fornitore dei sistemi di chiamata senza intervento di un operatore mediante servizio automatico e del telefax richiede il previo consenso del consumatore. Tecniche di comunicazione a distanza diverse da queste, quando consentono una comunicazione individuale, non sono autorizzate se non è stato ottenuto il consenso del consumatore interessato e che sono, in ogni caso, fatte salve le disposizioni previste dal codice sulla privacy (art. 130).

-Nella Dir. 00/31/CE, su taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, con particolare riguardo al commercio elettronico, recepita con d. lgs. n. 70/03, il cui art. 9 dispone in merito agli obblighi informativi che il prestatore deve osservare se invia comunicazioni commerciali non sollecitate tramite e-mail;

- nella Dir. 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, recepita all'interno del codice della privacy.

Le discipline citate, e molte altre ancora, attestano l'emergere della esigenza del diritto alla tranquillità individuale come diritto "ad essere lasciati in pace", teso a proteggere la persona da indesiderate sollecitazioni esterne, concretizzando, così, una libertà negativa. Esso si configura sempre più un diritto autonomo rispetto al diritto alla privacy.

All'epoca dell'innesto dell'art. 58, previgente versione, nel codice del consumo, come detto, il codice della privacy prevedeva anch'esso il principio del consenso preventivo dell'abbonato (sistema dell'*opt-in*) per l'inoltro di chiamate indesiderate avendo recepito in senso garantista la Dir. 2002/58/CE, tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Tale Direttiva prevede, all'art. 13 (comunicazioni indesiderate), il principio del preliminare consenso dell'interessato solo per l'uso di alcune tecniche di comunicazione (sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore, telefax e posta elettronica) lasciando liberi gli stati membri di decidere, per le altre, se aderire ad un regime di *opt-in* oppure *opt-out* (art. 13, par. 3 "Gli stati membri adottano le misure appropriate per garantire che, gratuitamente, le comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta, in casi diversi da quelli di cui al paragrafo 1 e 2, non siano permesse se manca il consenso degli abbonati interessati oppure se gli abbonati esprimono il desiderio di non ricevere questo tipo di chiamate; la scelta tra queste due possibilità è effettuata dalla normativa nazionale").

Inizialmente, dunque, e ribadisco quel "inizialmente" lo stato italiano, nel recepire la direttiva, aveva deciso di sottoporre l'utilizzazione del telefono per l'inoltro di chiamate commerciali a previo consenso dell'abbonato.

La posizione garantista italiana che sottoponeva il trattamento dei dati personali a preventivo consenso dell'interessato, si riferiva, in particolare, alle regole previste dal Codice della Privacy precedenti alla riforma 2018 ovvero:

- il diritto di accesso ai dati personali ed altri diritti (art. 7),
- il diritto di informativa (art. 13),
- il consenso (art. 23).

Tale scelta scatenava i malumori delle imprese esercitanti il "telemarketing" (attività di marketing svolta tramite call center situato all'interno della azienda o svolto all'esterno della stessa in outsourcing) e, su loro pressione ed anche per salvaguardare la occupazione, lo stato italiano decideva di passare al diverso regime della libera contattabilità, grazie ad una diversa interpretazione del paragrafo 3 dell'art. 13 della Direttiva 20012/58/CE: disposizione oggi contenuta nei commi 3-bis/quarter dell'art. 130 codice della privacy, salvo avere manifestato espressa opposizione.

Ma prima di giungere a tale modifica legislativa, instaurando un regime provvisorio, il Governo con il c.d. "decreto milleproroghe" (d. l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito in l. 27 febbraio 2009, n. 14, Proroga di alcuni termini previsti da disposizioni legislative in materia di difesa, riforme per il federalismo, beni e attività culturali, lavoro, salute, università, infrastrutture e trasporti, pubbliche amministrazioni, agricoltura e pesca, sviluppo economico, affari esteri e interno) autorizzava i call center ad effettuare chiamate commerciali senza richiedere il preventivo consenso dell'abbonato (in deroga agli artt. 13 e 23 del codice della privacy) se i recapiti telefonici dei potenziali clienti fossero tratti da:

- elenchi telefonici nei quali l'interessato avesse indicato, facendo apporre apposito simbolo grafico, la volontà di accettare tali chiamate,
- da elenchi categorici tipo "Pagine gialle" purché la comunicazione commerciale avvenisse senza l'ausilio di sistemi automatizzati,
- da banche dati costituite antecedentemente al primo agosto 2005, ovvero prima della entrata in vigore delle regole in commento, purché fosse dimostrabile aver reso informativa a riguardo agli interessati (In merito alle prescrizioni ai titolari di banche dati costituite sulla base di elenchi telefonici costituiti prima del primo agosto 2005, v. Provv. Garante per la Protezione dei dati personali 12 ottobre 2005, n. 1179604, 3 novembre 2005, n. 1195215, 11 giugno 2006, n. 1298709, 22 febbraio 2007 n. 138859, 12 marzo 2009 n. 1598808 In [www. Garanteprivacy.it](http://www.Garanteprivacy.it)). Tale regime era in vigore fino al 31 dicembre 2009.

La disciplina provvisoria si rendeva necessaria perché, il 26 giugno 2008 (Provv. nn. 1544338, 1544315, 1544326) e il 25 settembre 2008 (Provv. nn. 1562758 e 1562780, ivi) l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali aveva vietato ad alcune società specializzate nella creazione e vendita di banche dati l'ulteriore trattamento dei dati personali di milioni di utenti ed esteso il divieto alle aziende che

li avevano acquistati per effettuare il telemarketing. Ciò in quanto era emerso che i dati trattati, estratti dagli elenchi telefonici, erano raccolti e ceduti a terzi senza alcuna informativa degli interessati, il diritto base prima della intervenuta modifica legislativa, o con informativa parziale ed inadeguata e senza specifico e distinto consenso, successivamente essenziale per eseguire l'attività di marketing telefonico (sulla necessità di distinto e specifico consenso da prestare per finalità di profilazione clienti, invio di comunicazioni promozionali e di cessione di dati a terzi v. Provv. Garante Privacy n. 1741998 del 15 luglio 2010; in merito al requisito della libertà di prestazione dello stesso Provv.: 22 febbraio 2007, n. 138859, 12 ottobre 2005, n. 1179604, 3 novembre 2005, n. 1195215, 10 giugno 2006, n. 1298709 in www.Garanteprivacy.it).

Considerata l'imminente scadenza del decreto milleproroghe e ritenendo non proponibile prorogare ancora un provvedimento di natura temporaneo, nel novembre del 2009 veniva proposto dal senatore Malan di liberalizzare completamente il settore del *teleselling* (utilizzo di banche dati acquistate ai fini del marketing telefonico rivolto alla promozione di prodotti e servizi finalizzata al loro diretto collocamento) consentendo di passare dal regime del consenso preventivo delle chiamate indesiderate alla libera contestabilità degli abbonati, salvo manifesta opposizione. Tutto ciò, appunto, recependo in senso meno garantista l'art. 13, par. 3, della Dir. 2002/58/CE.

A ciò si opponeva, con comunicati stampa, il Garante della Privacy ed alcune associazioni di tutela dei consumatori (Adiconsum, Assoutenti, Federconsumatori, Lega Consumatori, Movimento Consumatori, Movimento Difesa del cittadino e Unione nazionale consumatori). Veniva, inoltre, presentata da alcuni europarlamentari del Partito democratico una interrogazione alla Commissione con cui denunciavano la violazione del diritto alla privacy in Italia.

Altroconsumo, invece, proponeva di accettare il ribaltamento dell'attuale regime proponendo la istituzione di un registro delle opposizioni (la c.d. "Robinson List") nel quale si potessero inserire coloro che non intendessero ricevere tali comunicazioni.

Nel frattempo, il "d.d.l. Malan" (d.l. 25 settembre 2009 n. 135) riceveva il parere favorevole della Commissione Affari costituzionali del Senato e diveniva la l. 20 novembre 2009, n. 166 (Adeguamento alla normativa comunitaria in materia di tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche di cui alla Dir. 2002/58/CE).

Il comma 3 dell'art. 20-bis di tale legge prorogava di altri sei mesi (dopo la scadenza del 31 dicembre 2009), quindi fino al 30 giugno 2010, quanto previsto dal decreto mille proroghe ("All'art. 44, comma 1-bis del d. l. 30 dicembre 2008, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14, le parole "sino al 31 dicembre 2009" sono sostituite dalle seguenti "sino al termine di sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della l. di conversione del d.l. 25 settembre 2009, n. 145").

L'Italia, peraltro, diveniva oggetto di procedura di infrazione, da parte della Commissione Europea, in quanto avrebbe impedito agli interessati di potersi opporre a ricevere comunicazioni telefoniche indesiderate da parte di società che disponevano dei propri recapiti telefonici senza consenso. Tale procedura era chiusa nell'aprile 2011.

Veniva, quindi, emanato il d. P. R. 7 settembre 2010, n. 178 (Istituzione del Registro delle Opposizioni) che entrava in funzione il primo febbraio 2011.

La proroga era giustificata dal Governo con la necessità di consentire l'entrata in vigore dell'attuale sistema, che, con la soppressione delle precedenti regole in materia di contratti a distanza, risulta così strutturato:

-Regolamento UE 2016/679 generale sulla protezione dei dati personali, GDPR (*General Data Protection Regulation*) entrato in vigore il 18 maggio 2018;

-il modificato Codice della Privacy, per effetto del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, pubblicato in G.U. il 4 settembre 2018 ed entrato in vigore il 19 settembre 2018.

Ulteriori leggi collegate come:

-il D.p.R. 7 settembre 2010, n. 178 (Regolamento recante istituzione e gestione del registro pubblico degli abbonati che si oppongono all'utilizzo del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali.);

- la l. 11 gennaio 2018 n. 5 "Nuove disposizioni in materia di iscrizione e funzionamento del registro delle opposizioni e istituzione di prefissi nazionali per le chiamate telefoniche a scopo statistico, promozionale e di ricerche di mercato;

-vari provvedimenti del Garante della Privacy.

Dunque:

attualmente non esiste, all'interno della disciplina dei contratti a distanza, una regola simile al previgente art. 58 cod. cons.

La Dir. 2011/83/UE ha previsto, al Considerando n. 61 che "La direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) contiene già disposizioni per disciplinare le comunicazioni non richieste e prevede un elevato livello di tutela del consumatore. Non sono, quindi, necessarie disposizioni corrispondenti sulla stessa questione contenute nella direttiva 97/7/CE" precludendo alla assenza, all'interno della stessa, di una regola specifica in materia.

Affrontiamo, dunque, l'argomento del telemarketing individuando, dapprima, le regole previste nel codice della privacy.

Partiamo, allora, dalle regole contenute nel Codice della Privacy modificato ed integrato a seguito dell'entrata in vigore del regolamento GDPR.

All'interno del cod. privacy l'art. 121 apre il titolo X (Comunicazioni elettroniche) Capo I (servizi di comunicazione elettronica) prevedendo che:" Le disposizioni del presente titolo si applicano al trattamento di dati personali connesso alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazione"

Il successivo comma 1-bis, ai fini della applicazione del titolo X, fornisce le seguenti definizioni:

“...a) «comunicazione elettronica», ogni informazione scambiata o trasmessa tra un numero finito di soggetti tramite un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico. Sono escluse le informazioni trasmesse al pubblico tramite una rete di comunicazione elettronica, come parte di un servizio di radiodiffusione, salvo che le stesse informazioni siano collegate ad un contraente o utente ricevente, identificato o identificabile;

b) «chiamata», la connessione istituita da un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico che consente la comunicazione bidirezionale;

c) «reti di comunicazione elettronica», i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse, inclusi gli elementi di rete non attivi, che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato;

d) «rete pubblica di comunicazioni», una rete di comunicazione elettronica utilizzata interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, che supporta il trasferimento di informazioni tra i punti terminali di reti;

e) «servizio di comunicazione elettronica», i servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, nei limiti previsti dall'articolo 2, lettera c), della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002;

f) «contraente», qualunque persona fisica, persona giuridica, ente o associazione parte di un contratto con un fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico per la fornitura di tali servizi, o comunque destinatario di tali servizi tramite schede prepagate;

g) «utente», qualsiasi persona fisica che utilizza un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, per motivi privati o commerciali, senza esservi necessariamente abbonata;

.....

m) «posta elettronica», messaggi contenenti testi, voci, suoni o immagini trasmessi attraverso una rete pubblica di comunicazione, che possono essere archiviati in rete o nell'apparecchiatura terminale ricevente, fino a che il ricevente non ne ha preso conoscenza”.

Utile è la lettura dell'art. 122 cod. privacy (Informazioni raccolte nei riguardi del contraente o dell'utente) che disciplina le operazioni di archiviazione delle

informazioni nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente ma anche l'accesso alle informazioni archiviate.

“L'archiviazione delle informazioni nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente o l'accesso a informazioni già archiviate sono consentiti unicamente a condizione che il contraente o l'utente abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con modalità semplificate. Ciò non vieta l'eventuale archiviazione tecnica o l'accesso alle informazioni già archiviate se finalizzati unicamente ad effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dal contraente o dall'utente a erogare tale servizio.

.....

Ai fini dell'espressione del consenso di cui al comma 1, possono essere utilizzate specifiche configurazioni di programmi informatici o di dispositivi che siano di facile e chiara utilizzabilità per il contraente o l'utente.

Salvo quanto previsto dal comma 1, è vietato l'uso di una rete di comunicazione elettronica per accedere a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente, per archiviare informazioni o per monitorare le operazioni dell'utente”.

Di fatto l'art. 122 cod. privacy regola il fenomeno dei cookies, secondo il Garante della privacy piccoli file di testo che, installati sui computer degli utenti dai gestori di siti Internet o anche da terze parti, sono in grado di raccogliere una serie di dati personali dell'utente e di trasmetterli al soggetto responsabile dell'installazione del cookie e di strumenti analoghi come *web beacon/web bug, clear Gif*, ecc...

Essi possono essere archiviati nei terminali (pc, notebook, tablet pc, smartphone, ecc.) utilizzati dagli utenti, rimanere nel sistema anche per lunghi periodi, contenere anche un codice identificativo unico, tenere traccia della navigazione dell'utente all'interno del sito stesso, permettendo a chi li installa di utilizzarli anche per finalità statistiche o pubblicitarie, al fine di creare un profilo personalizzato dell'utente partendo dalle pagine che lo stesso ha visitato e di mostrargli, di conseguenza, pubblicità mirate.

Interessante è l'art. 125 cod. privacy (identificazione della linea chiamante), in rapporto allo svolgimento di telemarketing.

Esso prevede: Se è disponibile la presentazione dell'identificazione della linea chiamante, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico assicura all'utente chiamante la possibilità di impedire, gratuitamente e mediante una funzione semplice, la presentazione dell'identificazione della linea chiamante, chiamata per chiamata. Il contraente chiamante deve avere tale possibilità linea per linea. Rimane in ogni caso fermo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, della legge 11 gennaio 2018, n. 5” (primo comma).

Quest'ultima norma prevede che:

- tutti gli operatori esercitanti attività di *call center* rivolte a numerazioni nazionali fisse o mobili debbano identificare la linea chiamante. A tal fine, entro novanta

giorni dalla data di entrata in vigore della legge, l'AGCOM individua, ai sensi dell'articolo 15 del codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. primo agosto 2003, n. 259), due codici o prefissi specifici, atti a identificare e distinguere in modo univoco le chiamate telefoniche finalizzate ad attività statistiche da quelle finalizzate al compimento di ricerche di mercato e ad attività di pubblicità, vendita e comunicazione commerciale.

-Gli operatori di call center adeguano tutte le numerazioni telefoniche utilizzate per i servizi di call center, anche delocalizzati, facendo richiesta di assegnazione dei codici identificativi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del provvedimento dell'AGCOM, oppure presentano l'identità della linea a cui possono essere contattati. Il Garante della Privacy vigila sul rispetto delle disposizioni in oggetto applicando, in caso di violazione, le sanzioni di cui all'articolo 1, commi 29, 30, 31 e 32, della l. 31 luglio 1997, n. 249 (istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni)".

Si evidenzia, dunque, la distinzione tra attività di *telemarketing* e *teleselling*.

Il primo costituisce l'insieme delle attività di marketing effettuate con lo strumento telefonico attraverso operatori commerciali e potenziale clientela.

Esso si divide in *telemarketing outbound*, laddove è l'operatore a chiamare per lo svolgimento di indagini di mercato, attività statistiche e pubblicità; diversamente nel *telemarketing inbound* è il cliente a chiamare l'operatore commerciale che lo indirizzerà nel modo più opportuno per soddisfare la propria necessità.

Il *teleselling* costituisce, invece, l'attività degli operatori commerciali, attraverso *call center*, di promozione, al fine del diretto collocamento, di beni e servizi al potenziale cliente contattato.

L'art. 125 cod. privacy (commi secondo-quinto) così prosegue":

"Se è disponibile la presentazione dell'identificazione della linea chiamante e tale indicazione avviene prima che la comunicazione sia stabilita, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico assicura al contraente chiamato la possibilità, mediante una funzione semplice e gratuita, di respingere le chiamate entranti se la presentazione dell'identificazione della linea chiamante è stata eliminata dall'utente o contraente chiamante.

Se è disponibile la presentazione dell'identificazione della linea collegata, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico assicura al contraente chiamato la possibilità di impedire, gratuitamente e mediante una funzione semplice, la presentazione dell'identificazione della linea collegata all'utente chiamante

Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche alle chiamate dirette verso Paesi non appartenenti all'Unione europea. Le disposizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 si applicano anche alle chiamate provenienti da tali Paesi.

Se è disponibile la presentazione dell'identificazione della linea chiamante o di quella collegata, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico informa i contraenti e gli utenti dell'esistenza di tale servizio e delle possibilità previste ai commi 1, 2, 3 e 4".

Ed ora giungiamo alla parte centrale della trattazione.

Secondo l'art. 129 cod. privacy (Elenchi dei contraenti):

“Il Garante individua con proprio provvedimento, in cooperazione con l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell’articolo 154, comma 4, e in conformità alla normativa dell’Unione europea, le modalità’ di inserimento e di successivo utilizzo dei dati personali relativi ai contraenti negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico” (primo comma).

Questi ultimi costituiscono le banche dati da cui attingono le imprese per effettuare il *telemarketing* e *teleselling*.

Prosegue l'art. 129 facendo riferimento alle principali attività di telemarketing: “Il provvedimento di cui al comma 1 individua idonee modalità per la manifestazione del consenso all’inclusione negli elenchi e, rispettivamente, all’utilizzo dei dati per finalità’ di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale nonché per le finalità’ di cui all’articolo 21, paragrafo 2, del Regolamento, in base al principio della massima semplificazione delle modalità’ di inclusione negli elenchi a fini di mera ricerca del contraente per comunicazioni interpersonali, e del consenso specifico ed espresso qualora il trattamento esuli da tali fini, nonché’ in tema di verifica, rettifica o cancellazione dei dati senza oneri” (commi secondo-quarto).

L'art. 130 cod. privacy, riferito alle Comunicazioni indesiderate, richiede che:

“Fermo restando quanto stabilito dagli artt. 8 e 21 del d. lgs. n. 70/2003 in materia di commercio elettronico, l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale è consentito con il consenso del contraente o utente. Resta in ogni caso fermo quanto previsto dall’art. 1, comma quattordicesimo, della l. 11 gennaio 2018 n. 5” (primo comma).

Tale ultima norma vieta l’uso di compositori telefonici per la ricerca automatica di numeri telefonici anche se non inseriti negli elenchi di abbonati, con previsione, in caso di inottemperanza, di una sanzione amministrativa.

L’art. 130 cod. privacy prosegue:

“La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle comunicazioni elettroniche, effettuate per le finalità ivi indicate, mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia Messaging Service) o Sms (Short Message Service) o di altro tipo.

Fuori dei casi di cui ai commi 1 e 2, ulteriori comunicazioni per le finalità di cui ai medesimi commi effettuate con mezzi diversi da quelli ivi indicati, sono consentite ai sensi degli articoli 6 e 7 del Regolamento (GDPR) nonchè ai sensi di quanto previsto dal comma *3-bis* del presente articolo” (secondo e terzo comma).

Il comma 3-bis dell’art. 130 cod. privacy prevede che “il trattamento dei dati di cui all’art. 129, comma primo, mediante l’impiego del telefono e della posta cartacea per le finalità di cui all’art. 7, comma quarto, lettera b) (trattamento di dati personali che lo riguardano a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale) è consentito

nei confronti di chi “non abbia esercitato il diritto di opposizione, con modalità semplificate e anche in via telematica, mediante l’iscrizione della numerazione della quale è intestatario in un registro pubblico delle opposizioni”.

Ovvero, l’abbonato il cui numero è inserito in un pubblico registro telefonico cartaceo od elettronico è liberamente contattabile salvo iscrizione della sua numerazione nel Registro delle opposizioni.

I commi 3-ter 3-quater dispongono in merito alla istituzione, organizzazione e vigilanza del Registro mentre i commi quarto, quinto e sesto attengono anche all’invio di mail indesiderate.

Fermo restando la trattazione dell’argomento nella parte II di questo corso (commercio elettronico) questi ultimi prevedono che:

“ Fatto salvo quanto previsto nel comma 1, se il titolare del trattamento utilizza, a fini di vendita diretta di propri prodotti o servizi, le coordinate di posta elettronica fornite dall’interessato nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio, può non richiedere il consenso dell’interessato, sempre che si tratti di servizi analoghi a quelli oggetto della vendita e l’interessato, adeguatamente informato, non rifiuti tale uso, inizialmente o in occasione di successive comunicazioni. L’interessato, al momento della raccolta e in occasione dell’invio di ogni comunicazione effettuata per le finalità di cui al presente comma, è informato della possibilità di opporsi in ogni momento al trattamento, in maniera agevole e gratuitamente.

É vietato in ogni caso l’invio di comunicazioni per le finalità di cui al comma 1 o, comunque, a scopo promozionale, effettuato camuffando o celando l’identità del mittente... o senza fornire un idoneo recapito presso il quale l’interessato possa esercitare i diritti di cui all’articolo 7 oppure esortando i destinatari a visitare siti web che violino il predetto articolo 8 d. lgs. n. 70/03..." La stessa regola è prevista dall’art. 9 del Regolamento istitutivo del Registro delle opposizioni.

In chiusura (comma sesto art. 130 cod. privacy) “In caso di reiterata violazione delle disposizioni di cui al presente articolo il Garante può, provvedendo ai sensi dell’articolo 143, comma 1, lettera b), altresì prescrivere a fornitori di servizi di comunicazione elettronica di adottare procedure di filtraggio o altre misure praticabili relativamente alle coordinate di posta elettronica da cui sono stati inviate le comunicazioni”.

A questo punto si impone una precisazione e l’apertura di una parentesi sul regolamento GDPR.

Se, come visto il primo e secondo comma dell’art. 130 cod. privacy, salve le regole previste in materia di commercio elettronico nel d. lgs. n. 70/2003, sottopone a consenso del contraente o utente l’uso di:

- sistemi automatizzati di chiamata senza l’intervento di un operatore
- messaggi di posta elettronica,
- telefax,
- messaggi del tipo Mms o Sms o similari per r l’invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale.

Il terzo comma aggiunge che l'utilizzazione, per le medesime finalità di mezzi diversi da quelli suindicati, sono consentite ai sensi degli articoli 6 e 7 del Regolamento GDPR.

Diversamente per l'uso del telefono si applica il comma 3-*bis* cod. privacy.

Il Regolamento GDPR indica, al Capo I (Disposizioni generali) nell'art. 1 il suo oggetto e finalità: ovvero, stabilire regole relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali ed alla loro libera. Il tutto nel rispetto e protezione dei diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, con particolare attenzione al diritto alla protezione dei dati personali.

Infine, ribadisce che “La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.”

Per quanto attiene all'ambito di applicazione materiale (art. 2) il Regolamento GDPR si applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi, con le esclusioni indicate nel comma secondo.

Esso, inoltre, non interferisce con l'applicazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in particolare le norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva.

Tra le definizioni che ci interessano, fornite dall'art. 4 del Regolamento, quelle di:

“1)«dato personale»: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale;

2) «trattamento»: qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione;

3)«limitazione di trattamento»: il contrassegno dei dati personali conservati con l'obiettivo di limitarne il trattamento in futuro;

4)«profilazione»: qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica;

.....

6)«archivio»: qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico;

7)«titolare del trattamento»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri;

8)«responsabile del trattamento»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento;

9)«destinatario»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o un altro organismo che riceve comunicazione di dati personali, che si tratti o meno di terzi. Tuttavia, le autorità pubbliche che possono ricevere comunicazione di dati personali nell'ambito di una specifica indagine conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri non sono considerate destinatari; il trattamento di tali dati da parte di dette autorità pubbliche è conforme alle norme applicabili in materia di protezione dei dati secondo le finalità del trattamento;

10)«terzo»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che non sia l'interessato, il titolare del trattamento, il responsabile del trattamento e le persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile;

11)«consenso dell'interessato»: qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento;

12)«violazione dei dati personali»: la violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati;

.....

17)«rappresentante»: la persona fisica o giuridica stabilita nell'Unione che, designata dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per iscritto ai sensi dell'articolo 27, li rappresenta per quanto riguarda gli obblighi rispettivi a norma del presente regolamento;

.....

25) «servizio della società dell'informazione»: il servizio definito all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva (UE) 2015/1535 (9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

I dati personali sono, secondo il CAPO II del Regolamento GDPR (Principi), in base a quanto indicato nell'art. 5:

a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);

b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»);

c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati («minimizzazione dei dati»);

d) esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati («esattezza»);

e) conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato («limitazione della conservazione»);

f) trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali («integrità e riservatezza»).

Il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e in grado di provarlo («responsabilizzazione»).

Molto sinteticamente il trattamento dei dati personali risulta lecito, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento (Liceità del trattamento) solo se:

- l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;

- il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;

- il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento, per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica, per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

L'art. 7 del Regolamento fissa le condizioni per il consenso, la cui raccolta è onere del titolare del trattamento che "...deve essere in grado di dimostrare che l'interessato [lo] ha prestato..."

“Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante.

L'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di esprimere il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato.

Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto”.

E' chiaro che tali ultimi articoli, pure richiamati solo dal terzo comma dell'art. 130 cod. privacy per gli strumenti ivi indicati, si applicano in tutti i casi in cui il consenso sia necessario per l'inoltro di comunicazioni commerciali ad indirizzi di posta elettronica, numeri di cellulari, numeri di telefono per effettuare chiamate senza operatore, ecc...(primi due commi art. 130 cod. privacy).

A questo punto, avendo aperto una parente si regolamento GDPR, è utile conoscere i diritti dell'interessato al trattamento dei propri dati personali ad opera di terzi, racchiusi nel CAPO III del Regolamento GDPR.

La Sezione 1 attiene a “Trasparenza e modalità”.

Così l'art.12 del Regolamento (Informazioni, comunicazioni e modalità trasparenti per l'esercizio dei diritti dell'interessato) prevede che:

“Il titolare del trattamento adotta misure appropriate per fornire all'interessato tutte **le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34** relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori. Le informazioni sono fornite per iscritto o con altri mezzi, anche, se del caso, con mezzi elettronici. Se richiesto dall'interessato, le informazioni possono essere fornite oralmente, purché sia comprovata con altri mezzi l'identità dell'interessato.

Il titolare del trattamento agevola l'esercizio dei diritti dell'interessato ai sensi degli articoli da 15 a 22. Nei casi di cui all'articolo 11, paragrafo 2, il titolare del trattamento non può rifiutare di soddisfare la richiesta dell'interessato al fine di esercitare i suoi diritti ai sensi degli articoli da 15 a 22, salvo che il titolare del trattamento dimostri che non è in grado di identificare l'interessato.

Il titolare del trattamento fornisce all'interessato le informazioni relative all'azione intrapresa riguardo a una richiesta ai sensi degli articoli da 15 a 22 senza ingiustificato ritardo e, comunque, al più tardi entro un mese dal ricevimento della

richiesta stessa. Tale termine può essere prorogato di due mesi, se necessario, tenuto conto della complessità e del numero delle richieste. Il titolare del trattamento informa l'interessato di tale proroga, e dei motivi del ritardo, entro un mese dal ricevimento della richiesta. Se l'interessato presenta la richiesta mediante mezzi elettronici, le informazioni sono fornite, ove possibile, con mezzi elettronici, salvo diversa indicazione dell'interessato.

Se non ottempera alla richiesta dell'interessato, il titolare del trattamento informa l'interessato senza ritardo, e al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta, dei motivi dell'inottemperanza e della possibilità di proporre reclamo a un'autorità di controllo e di proporre ricorso giurisdizionale.

Le informazioni fornite ai sensi degli articoli 13 e 14 ed eventuali comunicazioni e azioni intraprese ai sensi degli articoli da 15 a 22 e dell'articolo 34 sono gratuite.

Se le richieste dell'interessato sono manifestamente infondate o eccessive, in particolare per il loro carattere ripetitivo, il titolare del trattamento può:

a) addebitare un contributo spese ragionevole tenendo conto dei costi amministrativi sostenuti per fornire le informazioni o la comunicazione o intraprendere l'azione richiesta; oppure

b) rifiutare di soddisfare la richiesta. Incombe al titolare del trattamento l'onere di dimostrare il carattere manifestamente infondato o eccessivo della richiesta.

....”

Le informazioni da dare all'interessato sono contenute nella Sezione 2 del Regolamento GDPR, esse si diversificano a seconda che i dati che riguardano l'interessato siano raccolti direttamente da lui (art. 13) o da altri soggetti (art. 14).

Nel primo caso devono essere indicati:

- l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del suo rappresentante,

-i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati,

-le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento,

-gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali,

-l'eventuale intenzione del titolare del trattamento di trasferire dati personali a un paese terzo o a un'organizzazione internazionale....

Inoltre, nel momento in cui i dati personali sono ottenuti, il titolare del trattamento fornisce all'interessato le seguenti ulteriori informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente:

- il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo,

- l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati,

- il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo,

- se la comunicazione di dati personali è un obbligo legale o contrattuale oppure un requisito necessario per la conclusione di un contratto, e se l'interessato ha l'obbligo di fornire i dati personali nonché le possibili conseguenze della mancata comunicazione di tali dati,

- l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione e informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato.

“Qualora il titolare del trattamento intenda trattare ulteriormente i dati personali per una finalità diversa da quella per cui essi sono stati raccolti, prima di tale ulteriore trattamento fornisce all'interessato informazioni in merito a tale diversa finalità e ogni ulteriore informazione pertinente di cui al paragrafo 2.

I paragrafi 1, 2 e 3 non si applicano se e nella misura in cui l'interessato dispone già delle informazioni” (art. 13, quarto comma, Regolamento GDPR).

Se, invece, i dati personali non siano ottenuti dall'interessato sopperisce l'art. 14 del Regolamento aggiungendo alle informazioni precedenti quelle su:

-l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano e di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati,

-la fonte da cui hanno origine i dati personali e, se del caso, l'eventualità che i dati provengano da fonti accessibili al pubblico.

Se il titolare del trattamento intenda trattare ulteriormente i dati personali per una finalità diversa da quella per cui essi sono stati ottenuti, prima di tale ulteriore trattamento fornisce all'interessato informazioni in merito a tale diversa finalità e ogni informazione pertinente.

Infine, le informazioni potrebbero non essere necessarie se:

-l'interessato dispone già delle informazioni;

-comunicarle risulta impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato; in particolare per il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici... ,

-l'ottenimento o la comunicazione sono espressamente previsti dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che prevede misure appropriate per tutelare gli interessi legittimi dell'interessato,

- i dati personali debbano rimanere riservati conformemente a un obbligo di segreto professionale disciplinato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, compreso un obbligo di segretezza previsto per legge.

Tra i diritti dell'interessato vi è il Diritto di accesso (art. 15), ovvero la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali e l'accesso ad informazioni come:

- le finalità del trattamento,

-le categorie di dati personali in questione,

-i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, in particolare se destinatari di paesi terzi o organizzazioni internazionali;

- il periodo di conservazione dei dati personali previsto oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo,
- l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento.
- il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo,
- qualora i dati non siano raccolti presso l'interessato, tutte le informazioni disponibili sulla loro origine,
- l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione

.....

Si aggiunga il diritto ad ottenere copia dei propri dati personali da parte del titolare del trattamento.

Ulteriori diritti sono rappresentati dalla rettifica e cancellazione, indicate nella Sezione 3.

Secondo l'art. 16 del Regolamento "L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano senza ingiustificato ritardo. Tenuto conto delle finalità del trattamento, l'interessato ha il diritto di ottenere l'integrazione dei dati personali incompleti, anche fornendo una dichiarazione integrativa."

Ancora, per l'art. 17 del Regolamento (Diritto alla cancellazione o «diritto all'oblio») 'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se:

- i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati,
- l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento,
- l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2,
- i dati personali sono stati trattati illecitamente,
- i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento,
- i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1.

L'obbligo di cancellazione non viene ad applicarsi se il trattamento sia necessario:

- per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione,
- per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento,

- per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica...
- a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici...

Ulteriori diritti sono quelli alla limitazione di trattamento (art. 18 del Regolamento), portabilità dei dati (art. 20 del Regolamento), opposizione.

Quest'ultimo è trattato nella *Sezione 4, Diritto di opposizione e processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche dall'art. 21*:

“L'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento, per motivi connessi alla sua situazione particolare, al trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere e) o f), compresa la profilazione sulla base di tali disposizioni. Il titolare del trattamento si astiene dal trattare ulteriormente i dati personali salvo che egli dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

Qualora i dati personali siano trattati per finalità di marketing diretto, l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano effettuato per tali finalità, compresa la profilazione nella misura in cui sia connessa a tale marketing diretto.

Qualora l'interessato si opponga al trattamento per finalità di marketing diretto, i dati personali non sono più oggetto di trattamento per tali finalità.

Il diritto di cui ai paragrafi 1 e 2 è esplicitamente portato all'attenzione dell'interessato ed è presentato chiaramente e separatamente da qualsiasi altra informazione al più tardi al momento della prima comunicazione con l'interessato.

Nel contesto dell'utilizzo di servizi della società dell'informazione e fatta salva la direttiva 2002/58/CE (relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche), l'interessato può esercitare il proprio diritto di opposizione con mezzi automatizzati che utilizzano specifiche tecniche.

.....”.

Infine, la *Sezione V del Regolamento GDPR* fissa i casi in cui possano essere posti limiti ai diritti dell'interessato nel trattamento dei dati personali.

Resta, ora, da analizzare il comma 3-bis del Codice della privacy, secondo cui il telemarketing è improntato al sistema dell'opt out, ovvero non è contattabile per le quattro principali attività di marketing solo chi abbia “esercitato il diritto di opposizione mediante l'iscrizione della numerazione della quale è intestatario e degli altri dati personali...nel registro delle opposizioni”.

Esso, in base al comma 3-ter, art. 130 cod. privacy, e comma secondo, art. 20-bis, l. n. 166 del 2009, avrebbe dovuto vedere la luce entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione con decreto del Presidente della Repubblica e le modalità ivi indicate, affidando la vigilanza ed il controllo sulla organizzazione e funzionamento dello stesso al Garante.

Il Ministero dello Sviluppo economico, con comunicato stampa del 9 luglio 2010, ne annunciava trionfalmente l'istituzione attraverso l'approvazione del regolamento de qua. I4qn realtà il D. p. r. 7 settembre 2010 n. 178 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale solo il 2 novembre 2010, entrato in vigore il 17 novembre, ed ha rinviato l'inizio delle funzioni da parte dei gestori del Registro Pubblico delle opposizioni al primo febbraio 2011.

Nel frattempo, proseguiva il telemarketing selvaggio cui non era possibile opporsi. Lo stesso Ministero, sempre il 9 luglio 2010, diramava il comunicato che, d'intesa con il Consiglio Nazionale dei Consumatori ed Utenti, avrebbe promosso specifica campagna di informazione per gli abbonati che volessero inserirsi per non ricevere più chiamate telefoniche indesiderate. Tali campagne si sono concretizzate in pochi giorni di spot televisivi a fine gennaio 2011, tra l'altro realizzati con la evidente finalità di scoraggiare i consumatori dall'utilizzare il nuovo strumento, prontamente oggetto di denuncia per pubblicità ingannevole da alcune associazioni dei consumatori. Ma, d'altronde, lo stesso art. 11 del d.P.R. n. 178/2010 non fissava un periodo minimo per la messa in onda della campagna informativa che doveva, tuttavia essere "idonea a favorire la piena consapevolezza dei loro diritti e delle modalità di opposizione al trattamento di dati per fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, mediante l'impiego del telefono..." prevedendo anche che "Per le medesime finalità, tutti gli operatori autorizzati alla fornitura di servizi telefonici accessibili al pubblico mettono a disposizione dei propri abbonati analoghi strumenti di sensibilizzazione sui loro diritti di opposizione, anche mediante inserimento di specifiche informative nei documenti di fatturazione."

Fino, inoltre, alla pubblicazione del d. P. R. n. 178/2010 non era possibile reperire alcuna informazione sullo stesso che appariva un provvedimento "blindato".

La realizzazione e gestione di questo "Registro pubblico delle opposizioni", di competenza del Ministero dello Sviluppo economico, è stata affidata alla Fondazione Ugo Bordoni (Ricerca e innovazione) attraverso un contratto di servizio sottolineante la natura di ente indipendente, impegnato in una attività di pubblico interesse.

Sul sito istituzionale (www.registrodelleopposizioni.it) si legge che il decreto istitutivo intende "... raggiungere un corretto equilibrio tra le esigenze dei cittadini che hanno scelto di non ricevere più telefonate commerciali e le esigenze delle imprese che in uno scenario di maggior ordine e trasparenza potranno utilizzare gli strumenti del telemarketing." Esso è strutturato in un'area riservata agli abbonati ed una riservata agli operatori professionali.

L'abbonato, il cui numero è inserito in un elenco telefonico pubblico che richiede la iscrizione è la persona fisica, giuridica, l'ente non interessato ad essere più contattato da operatori commerciali per via telefonica. Coloro che non risultano iscritti sono liberamente contattabili, operando il principio del silenzio assenso.

Gli operatori sono rappresentati da qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che intende avviare, mediante l'utilizzazione del telefono, attività a scopo commerciale, promozionale o ricerche di mercato.

Gli abbonati che intendono iscriversi al Registro possono farlo: compilando un apposito modulo elettronico sul sito web del gestore del registro pubblico; in tale caso, l'abbonato è tenuto a fornire i propri dati anagrafici, comprensivi di codice fiscale, indirizzo di posta elettronica, e comunicare la numerazione da iscrivere al registro; chiamando al numero telefonico gratuito dalla linea telefonica con numerazione corrispondente a quella per la quale si chiede l'iscrizione nel registro; mediante invio di lettera raccomandata o fax al recapito del gestore, con allegata copia di un documento di riconoscimento; mediante posta elettronica.

Diverse critiche sono state effettuate circa le modalità della iscrizione che può essere complessa per un abbonato poco istruito od anziano.

Essa è gratuita, a tempo indeterminato, revocabile senza alcuna limitazione, idonea alla contemporanea iscrizione di più numerazioni intestate allo stesso abbonato e decade automaticamente quando cambia l'intestatario o si verifica la cessazione dell'utenza, attraverso l'aggiornamento automatico del Registro.

Quanto al rilievo, mosso da Adiconsum, che l'iscrizione non proteggerebbe dalle chiamate promozionali effettuate a numeri casuali, elaborate con criteri geografici, non abbinati, perciò, a identità e dati anagrafici di abbonati, si ricorda che le stesse sono di per sé vietate, necessitando anch'esse del consenso preventivo dell'abbonato, come previsto dal Provvedimento 3 dicembre 2009 (n. 1679436) del Garante della Privacy espressosi in merito a chiamate effettuate attraverso messaggi preregistrati.

Caduta la necessità del consenso preventivo con il passaggio dal sistema dell'*opt in* a quello dell'*opt out* la l. 2018 n. 5 (art.) ha vietato la ricerca automatica di numeri telefonici, anche non inseriti in elenchi pubblici di abbonati, effettuata attraverso compositori automatici.

In qualsiasi momento è possibile aggiornare la iscrizione e consultare lo stato della richiesta attraverso la modalità telefonica e la modalità web. Ad iscrizione effettuata l'abbonato riceve un messaggio di posta di conferma ed il codice utenza associato alla numerazione.

L'operatore commerciale che intende intraprendere una attività di telemarketing deve registrarsi, presso l'organismo gestore, inviargli i numeri di telefono in possesso e chiedere di filtrarli in base alle risultanze in possesso. La lista depurata dovrebbe essere posta a disposizione dell'operatore entro 24 ore della richiesta e la stessa dovrebbe essere reiterata inizialmente ogni quindici giorni, attualmente ogni mese, per consentire il continuo aggiornamento dei dati. L'attività ha un costo diversificato in rapporto alla mole dei dati da filtrare consentendo il mantenimento economico delle strutture. Gli operatori non ottemperanti alle nuove regole sono soggetti alle sanzioni previste dal Codice della Privacy.

Il Garante della privacy ha emanato un Provvedimento (19 gennaio 2011, n. 16) concernente le prescrizioni per il trattamento di dati personali per finalità di

telemarketing a seguito della istituzione del Registro delle opposizioni così come le principali società operanti con le strategie di marketing in questione si sono dotate di un Codice di Autoregolamentazione per il telemarketing il 21 dicembre 2010.

Il Garante della Privacy ha anche regolamentato le cd. "telefonate mute" operate dai sistemi automatizzati di chiamata dei call center per mettere in linea i potenziali riceventi nei tempi morti di operabilità, con il provvedimento generale a carattere prescrittivo 20 aprile 2014 n. 83 ed il rilievo del 2 ottobre 2014.

Attualmente un gran numero di cittadini lamenta di continuare a ricevere telefonate commerciali malgrado la iscrizione nel registro, ciò potrebbe imputarsi al mancato aggiornamento degli elenchi di numerici utilizzati dalle imprese di telemarketing presso il Registro ed alla voluta disattenzione degli operatori dei call center verso quegli utenti che, interpellati, comunicano d'essere iscritti e non più intenzionati a ricevere telefonate commerciali.

Inoltre, quasi nessun operatore chiamante informa l'abbonato della provenienza del numero di telefono utilizzato e della possibilità di iscriversi al Registro delle opposizioni. Ciò malgrado l'inasprimento delle sanzioni amministrative irrogabili dal Garante della privacy per effetto dell'entrata in vigore del Regolamento GDPR.

INSERIRE PRIMI PROVVEDIMENTI PRESCRITTIVI DEL 2014 FINO AI PIU' RECENTI OGGETTO DI ESERCITAZIONE.

La l. 11 gennaio 2018, n. 5 ha previsto nuove modalità di iscrizione e funzionamento del registro delle opposizioni ed altre regole per il telemarketing.

L'art. 1, comma secondo, consente all'intestatario la iscrizione, anche contemporanea di più utenze, fisse ed anche mobili, nonché indirizzi fisici degli utenti mobili, risultanti dai pubblici registri telefonici, per opporsi all'impiego del telefono per fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale.

La iscrizione può riguardare anche utenze fisse non inserite negli elenchi di abbonati di cui all'articolo 2, comma 2, del regolamento istitutivo del registro delle opposizioni (comma terzo). La iscrizione è modificabile e revocabile successivamente, inoltre con la stessa "...si intendono revocati tutti i consensi precedentemente espressi, con qualsiasi forma o mezzo e a qualsiasi soggetto... ed è altresì precluso, per le medesime finalità, l'uso delle numerazioni telefoniche cedute a terzi dal titolare del trattamento sulla base dei consensi precedentemente rilasciati".

Sono tuttavia salvi "...i consensi prestati nell'ambito di specifici rapporti contrattuali in essere, ovvero cessati da non più di trenta giorni, aventi ad oggetto la fornitura di beni o servizi, per i quali è comunque assicurata, con procedure semplificate, la facoltà di revoca", così come "E' valido il consenso al trattamento dei dati personali prestato dall'interessato, ai titolari da questo indicati, successivamente all'iscrizione nel registro di cui al comma 2".

Dopo l'avvenuta iscrizione "...sono vietati, con qualsiasi forma o mezzo, la comunicazione a terzi, il trasferimento e la diffusione di dati personali..." per

finalità di marketing "... da parte del titolare del trattamento non riferibili alle attività da In questi prestate.

In ogni caso la cessione, da parte del titolare, a terzi di dati relativi alle numerazioni telefoniche richiede la comunicazione dei suoi estremi identificativi.

"La legge obbliga coloro che si avvalgono di *call center* a consultare mensilmente il registro delle opposizioni (comma dodicesimo), ed, in ogni caso, prima dell'inizio di una campagna pubblicitaria. Il comma successivo prevede tariffe agevolate per indirizzare gli operatori alla consultazione regolare (comma tredicesimo).

La legge prevede, inoltre:

- la possibilità di prestare il consenso ad essere destinatari di comunicazioni commerciali telefoniche. dopo la iscrizione al Registro delle opposizioni, individuando operatori determinati;
- la responsabilità solidale del professionista e del call center da questi utilizzato per le campagne commerciali;
- il divieto di uso di compositori telefonici per la ricerca di numerazioni anche non inserite in elenchi pubblici di abbonati;
- la identificazione della linea chiamante con due distinti codici numerici di chi effettua indagini statistiche o svolge attività commerciale per via telefonica.

La delibera 156/CIR AGCOM del 26 settembre 2018 identifica queste numerazioni con i prefissi 0843 e 0944.

Tuttavia, i *call center* possono non utilizzare questo identificativo se "siano richiamabili...e rispondano con un sistema IVR attivo 24 h su 25 che fornisca all'utente informazioni complete con possibilità, lasciando il proprio recapito, di essere richiamato".

Il D.P.R. 8 novembre 2018 n. 149 ha inserito le modifiche apportate dalla l. 2018 n. 5 al Registro delle opposizioni.

La violazione delle regole, in materia di telemarketing, contenute nel codice della privacy, regolamento GDPR, Registro delle opposizioni sono sanzionate dal Garante della Privacy ai sensi dell'art. 166, comma terzo, cod. privacy che rinvia all'art. 83, par.5, del regolamento GDPR.

Le sanzioni arrivano a 10 milioni di euro o, per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore.

L'inosservanza delle regole in materia di contratto telefonico può essere sanzionata dalla Agcm (si v. provv. sanzionatori contro Fastweb (2 dicembre 2015 n.25755), Vodafone (2 dicembre 2015, n. 25756), Telecom (2 dicembre 2015, n. 2575).

Oltre alla violazione dell'art. 51, commi quinto e sesto, del codice del consumo l'attività di *teleselling* può configurare anche una pratica commerciale aggressiva autonomamente sanzionabile dall'Agcm, ai sensi dell'art. 26, primo comma, lett. c), ovvero "...effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza".

Infine, si ricordano le sanzioni irrogabili dalla AGCOM tra cui quelle recentemente irrogate a Telecom (marzo 2016) ed a Tim, per scorretta programmazione del call

center automatico (Del. N. 104/16/CONS del 24 marzo 2016), entrambe di due milioni di euro.

Riprendendo il commento degli ultimi commi dell'art. 51 cod. cons., applicabile anche al contratto concluso con modalità telefonica, esso attiene alla conferma delle informazioni, unitamente al contenuto contrattuale complessivo. Essa deve avvenire "...entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza e al piu' tardi al momento della consegna dei beni oppure prima che l'esecuzione del servizio abbia inizio".

Il contenuto dell'obbligo di conferma comprende:

"a) tutte le informazioni di cui all'articolo 49, comma 1, a meno che il professionista non abbia già fornito l'informazione al consumatore su un mezzo durevole prima della conclusione del contratto a distanza; e

b) se del caso, la conferma del previo consenso espresso e dell'accettazione del consumatore conformemente all'articolo 59, lettera o)".

Quest'ultimo caso attiene ad una delle esclusioni del diritto di recesso, ovvero la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale quando l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione della circostanza che avrebbe perso il diritto di recesso.

Il comma ottavo dell'art. 51, cod. cons., si riferisce ad un caso, ricorrente nella prassi, di esecuzione della prestazione durante la decorrenza del termine per esercitare il diritto di recesso, trattasi della fornitura di acqua, gas o elettricità, non messa in vendita in un volume limitato o quantità determinata, o di teleriscaldamento. In tal caso il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta esplicita.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 51 cod. cons. fa salve le disposizioni relative alla conclusione di contratti elettronici e l'inoltro di ordini per via elettronica conformemente agli artt. 12, commi 2 e 3, e 13 del d. lgs. n. 70 del 2003.

Gli articoli 52-59 cod. cons. attengono al diritto di recesso.

Il primo dei suindicati, derivante dall'art. 9 Dir. 2011/83/UE, indica il termine ordinario di decorrenza in quattordici giorni, il diritto di esercita "...senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'articolo 56, comma 2, e all'articolo 57".

La formulazione conferma la qualificazione del diritto de qua come diritto di pentimento connaturato da tratti distintivi che lo distinguono dall'omonimo ordinario civilistico, disciplinato dall'art. 1373 c.c.

Fino a quando il contratto non è perfezionato, le parti sono libere di revocare il proprio atto di consenso, salvo responsabilità ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Quando il contratto è concluso, l'art. 1372 c.c. esprime il principio di vincolatività dello stesso attribuendogli forza di legge fra le parti. Pertanto, non può essere sciolto che per mutuo consenso o cause ammesse dalla legge.

Tra queste vi è, appunto, il diritto di recesso previsto dal successivo art. 1373 c.c., il cui primo comma dispone che ad una delle parti (od entrambe) possa essere attribuita la facoltà di recedere dal contratto.

Tale facoltà può derivare da una previsione contrattuale (recesso convenzionale) o di legge (recesso legale), in entrambi i casi esso rappresenta esercizio di un diritto potestativo (in tal senso Cass. 4 dicembre 1989, n. 5322, in Foro it., 1990, I, c. 875 ss.; Cass. 7 giugno 1990, n. 5454, in Foro it., 1991, I, c. 172 ss.; Cass. 14 maggio 1997, n. 4238, in Giust. civ., 1998, I, p. 511 ss.; Cass. 20 giugno 1997, n. 5537, in Foro it. Rep., 1997, voce Cassazione civile, n. 87, c. 365).

Il diritto si esercita con una dichiarazione, recettizia, unilaterale (Cass. 7 giugno 1990, n. 5454, cit.; Cass. 4 dicembre 1989, n. 5322, cit.; Cass., 14 maggio 1997, n. 4238, cit.), la cui forma deve essere la stessa prevista per la validità del contratto da cui si intende recedere (Cass., 7 giugno 1990, n. 5454, cit.; Cass., 18 febbraio 1994, n. 1609 in Foro it. Rep., 1994, voce Contratto in genere, n. 313; Cass., 14 novembre 2000, n. 14730, ivi, 2000, p. 2317 ss.).

Il recesso prevale sui diritti dei terzi quando la clausola attributiva di tale potere sia loro manifesta.

Di regola il diritto di recesso può essere esercitato fino a quando il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione (p.e. quando l'effetto reale non si è verificato o la prestazione obbligatoria non è stata adempiuta, art. 1373, primo comma, c.c.). Tuttavia, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione (art. 1373, secondo comma, c.c.).

L'ultimo comma dell'art. 1373 c.c., però, fa salvi i patti contrari rendendo ammissibile che le parti stabiliscano, per esempio, la possibilità di recedere anche quando il contratto è in corso di esecuzione e che produca effetti anche in relazione a prestazioni già eseguite.

Le parti potrebbero, inoltre, subordinare l'efficacia del diritto di recesso alla prestazione di un corrispettivo (multa o caparra penitenziale). In questo caso, ex art. 1373, terzo comma, c.c. lo stesso non avrebbe effetto se non a prestazione effettuata. La facoltà di recedere oltre che convenzionalmente può essere stabilita legalmente.

Ciò avviene, generalmente:

- o per porre fine ad un vincolo contrattuale privo di un termine finale collegandolo ad un congruo preavviso, recesso determinativo);
- o per sciogliere un contratto in cui si sono verificati elementi perturbatori nella fase esecutiva (per i contratti a tempo determinato), il c.d. recesso-reazione, utilizzato come mezzo di impugnazione;
- o come forma di tutela del contraente debole.

Esempio di recesso determinativo è l'art. 1750 c.c., relativo alla durata del contratto di agenzia.

Esempi di recesso-reazione, sono gli artt.:

- 1464 c.c. (risoluzione per impossibilità parziale della prestazione),
- 1660 c.c. (variazioni necessarie al progetto nell'appalto),

-1671 c.c. (recesso del committente nell'appalto),
-1674 c.c. (morte dell'appaltatore),
-1893 c.c. (dichiarazioni inesatte e reticenze nell'assicurazione),
-1897-99 c.c. (diminuzione del rischio nell'assicurazione),
-2096 c.c. (periodo di prova nel contratto di lavoro),
-l'art. 118 del t.u.b.,
-gli artt. 40 e 41 del codice del turismo (d. lgs. 2011, n. 79) secondo i quali l'acquirente del pacchetto turistico può recedere solo ove la revisione del prezzo forfetario sia maggiore al 10% o quando, prima della partenza, sia stato necessario modificare in modo significativo uno o più elementi del contratto.

Ciò spiega perché, per i pacchetti turistici negoziati a distanza, esso convive con il diritto di pentimento previsto dal codice del consumo se il pacchetto turistico è acquistato a distanza o fuori dai locali commerciali. (v. l'art. 32, secondo comma cod. tur.).

Naturalmente in tali casi il contraente nei cui confronti è azionato il diritto di recesso può affermare che il presupposto legittimante l'esercizio dello stesso non si è verificato. Spetta a chi esercita il diritto provarne i presupposti.

Il diritto di recesso posto a tutela del consumatore, di derivazione comunitaria e, perciò, legale, ha profili non del tutto coincidenti con l'istituto civilistico italiano.

In primo luogo, argomentando in base all'art. 55 cod. cons., l'esercizio di tale diritto è riferito ai contratti ed alle proposte contrattuali a distanza ovvero negoziati fuori dai locali commerciali, ovvero, molto impropriamente, anche alle proposte contrattuali.

Sappiamo che, nel nostro ordinamento il ritiro di una proposta contrattuale costituisce una revoca, mentre il recesso si riferisce solo al contratto già perfezionato. E' pur vero che la giurisprudenza fa riferimento alla terminologia "recesso ingiustificato dalle trattative", per individuare un caso di violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede sancito dall'art. 1337 c.c., ma il termine è riferito non ad un singolo atto ma ad un complesso di attività.

La revoca è, invece, quell'atto giuridico unilaterale che priva di effetto un atto giuridico precedente, di regola con effetto retroattivo. Il recesso, opera, al contrario, ex nunc, perciò, di regola, non ha effetto retroattivo, di ciò se ne ha conferma nel secondo comma dell'art. 1373 c.c.

L'estensione del termine recesso anche alla proposta è dunque un "aborto giuridico" avente la sola finalità di tutelare il consumatore nei confronti del quale sia stato utilizzato lo stratagemma di raccogliergli la volontà in una nota d'ordine e altri documenti apparentemente strutturati come proposta ma, in realtà, adesivi a condizioni contrattuali unilateralmente predisposte evitando che l'utilizzazione di terminologie differenti (recesso e revoca) possa consentirgli di percepire con meno efficacia il diritto di ripensamento.

In secondo luogo, il diritto di recesso di matrice comunitaria opera anche quando il contratto è eseguito o in corso di esecuzione, contrariamente alla regola generale

prevista dal primo comma dell'art. 1373 c.c., pur temperata dalla salvezza dei patti contrari.

Inoltre, il recesso in oggetto ha effetti retroattivi restitutori, in merito alle prestazioni in parte o del tutto eseguite, contrariamente all'art. 1373, comma secondo, c.c. espresso in merito ai contratti ad esecuzione continuata o periodica.

In terzo luogo, il diritto di recesso in commento è strutturato non come diritto reazione o mezzo di impugnazione del contratto, bensì come diritto di pentimento. Questo non impedisce, tuttavia, che possa essere utilizzato anche per l'altro fine.

Il consumatore colto di sorpresa, quello che non può comparare beni e servizi con altri dello stesso tipo, quello che subisce l'aggressività degli operatori commerciali nel luogo di lavoro od a domicilio, quello che subisce l'effetto isolamento nel momento in cui acquista da internet potrebbe essere indotto, con non sufficiente coscienza, a concludere un contratto. Il diritto di recesso opera come soluzione riequilibratrice a decisioni che potrebbero non essere ponderate.

Ne deriva che, proprio per garantire la massima fruibilità del diritto di pentimento, esso non è soggetto ad alcun presupposto.

Ma come si giustifica questa libertà amplissima con il principio di vincolatività del contratto? In molti hanno, a proposito, parlato di superamento del principio di stabilità del contratto e contemporanea affermazione del principio di libera recedibilità. Lo *jus poenitendi* va correttamente inserito nel temperamento della esigenza di tutelare la libertà di svolgimento delle relazioni economiche con la necessità di garantire la tutela del consumatore al fine di un riequilibrio della posizione delle parti.

Quanto alla discrezionalità v'è da dire che non tutti i diritti di recesso attribuiti per legge al consumatore sono così strutturati. È discrezionale e libero quello in materia di contratti a distanza, di contratti conclusi fuori dei locali commerciali, di multiproprietà (art. 73 cod. cons.). Esso, pertanto, potrebbe dipendere sia da una situazione di anomalia del rapporto sia dal mutamento delle circostanze che hanno indotto il consumatore all'acquisto, sia dal mero capriccio.

Tale discrezionalità non può, tuttavia, essere intesa in termini assoluti fino al punto di legittimare abusi da parte del consumatore: l'esercizio del diritto di pentimento dovrebbe, in ogni caso, rispettare i principi generali del nostro ordinamento in tema di abuso del diritto come espressione del principio di buona fede oggettiva (inteso come salvaguardia dell'altrui patrimonio, su cui, proprio in rapporto all'esercizio del diritto di recesso v. Cass., Sez. I, 16 ottobre 2003, n. 15482, in Giur. it., 2004, p. 2064 ss.) e del principio di solidarietà (art. 2 Cost.).

Le ragioni soggettive alla base del recesso potrebbero, teoricamente, essere rilevanti ove il professionista dimostri un comportamento del consumatore contrario al principio di buona fede, come la volontà di utilizzare la cosa nel periodo anteriore alla sua riconsegna.

In ultimo, il diritto di recesso come strumento di pentimento può essere utilizzato, teoricamente, anche come mezzo di impugnazione del contratto, quando si riscontrino eventuali vizi del bene.

Infatti, malgrado la necessità di ricorrere alla garanzia legale per i vizi nella compravendita sia spesso superata dall'esistenza di specifiche garanzie contrattuali o dalla previsione pattizia di una garanzia "soddisfatti o rimborsati", che dà diritto alla sostituzione del bene sul semplice presupposto della "non soddisfazione" di chi lo abbia richiesto, il diritto di pentimento è azionabile, con grandi vantaggi, in tutti quei casi in cui si possa ricorrere alla sola garanzia di legge per i vizi della cosa.

L'art. 1490 c.c. relativo alla garanzia per vizi della cosa venduta comporta, infatti, a scelta del compratore la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, salvo, ex art. 1494 c.c., il risarcimento del danno per colpa o dolo. Ma essa è subordinata alla denuncia dei vizi entro 8 giorni dalla scoperta e l'azione si prescrive entro 1 anno dalla consegna. Tale garanzia può essere derogata o limitata in base al secondo comma dell'art. 1494.

Esiste, poi, la garanzia per mancanza di qualità, ai sensi dell'art. 1497 c.c., inderogabile, ma soggetta agli stessi termini di decadenza e prescrizione sopraindicati, mentre la garanzia di buon funzionamento, prevista per i soli beni mobili, è pattizia.

Lo *jus poenitendi* presenta, una maggiore tutela per il consumatore anche rispetto alla garanzia prevista per i beni di consumo, originariamente inserita nel codice civile agli artt. 1519-bis ed ora trasfusa negli artt. 128 e ss. del cod. cons.

L'art. 129 cod. cons., infatti, prevede che nei contratti di vendita di un bene mobile, anche da assemblare, intercorsi tra un venditore ed un consumatore il primo sia tenuto alla garanzia di conformità dello stesso rispetto al contratto. Ciò comporta il diritto al ripristino della conformità, senza spese, mediante riparazione o sostituzione ovvero alla riduzione adeguata del prezzo o la risoluzione del contratto, soluzioni non alternative ma subordinate alle condizioni previste dall'art. 130 cod. cons. Il consumatore decade da tali diritti se non denuncia al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi da quando ha scoperto il difetto.

Come si è detto, invece, il diritto di recesso può essere esercitato senza che occorra una giustificazione.

Inoltre, il bene potrebbe essere anche restituito non integro se diviene tale a seguito della sua manipolazione per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento dello stesso usando l'ordinaria diligenza fermo restando che " Il consumatore non e' in alcun caso responsabile per la diminuzione del valore dei beni se il professionista ha omesso di informarlo del suo diritto di recesso a norma dell'articolo 49, comma 1, lettera h)". (art. 57, comma secondo, cod. cons.).

Vantaggi si profilano anche se la prestazione abbia ad oggetto la prestazione di servizi, come, per l'appalto, gli artt. 1667-1668 c.c. relativi alla garanzia per le difformità ed i vizi dell'opera

Infine, cogliendo appieno i caratteri del diritto di recesso attribuito dal consumatore come diritto potestativo legale rivolto ad esprimere un pentimento in merito al contratto concluso od alla proposta effettuata a tale fine, non richiedente alcuna motivazione, possiamo delinearne un'altra caratteristica: esso non tollera l'apposizione di penali (primo comma dell'art. 52 cod. cons.).

Una clausola che prevedesse l'obbligo del pagamento di una penale per l'esercizio dello stesso sarebbe invalida, in quanto contrastante con principi di ordine pubblico. Ne deriverebbe l'applicazione delle sanzioni amministrative previste nell'art. 66 cod. cons. e la invalidità della stessa per contrasto con l'art. 143, primo comma, cod. cons. che stabilisce la irrinunciabilità dei diritti del consumatore.

Ciò accadrebbe anche ove tali somme fossero richieste sotto la voce "spese accessorie" o "contributo spese" o altro, considerando che l'art. 57 cod. cons. prevede che il consumatore sostiene solo il costo diretto della restituzione dei beni "...purchè il professionista non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a suo carico".

Tornando al commento dell'art. 52 cod. cons., relativamente alla insostenibilità di spese, le due eccezioni richiamate al primo comma, riguardano:

-fermo restando l'obbligo del professionista di rimborso di tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, eventualmente comprensivi delle spese di consegna, entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto, la non rimborsabilità dei costi supplementari, dovuti alla scelta, da parte del consumatore, di un tipo di consegna diversa dalla più economica offerta dal professionista (art. 56, cod. cons.);
- la non rimborsabilità dei costi di restituzione dei beni, a meno che il professionista non abbia comunicato di sostenerli o abbia omesso di informare in merito il consumatore (art. 57, comma terzo, cod. cons.).

Il termine di esercizio è innalzato a 14 giorni (rispetto ai dieci previsti in passato) uniformandosi alle regole imposte in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari (art. 67-*duodecies* cod. cons.) e contratti di multiproprietà e relativi ai prodotti per vacanze a lungo termine (art. 73 cod. cons.).

L'ordinario termine di quattordici giorni, con le eccezioni previste dall'art. 52 cod. cons., decorre

"...a) nel caso dei contratti di servizi, dal giorno della conclusione del contratto;
b) nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni o:

1) nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo bene;

2) nel caso di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo lotto o pezzo;

3) nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un determinato periodo di tempo, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico del primo bene;

c) nel caso di contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di

teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale, dal giorno della conclusione del contratto” (secondo comma art. 52, cod. cons.)

L’analiticità della previsione deriva dall’analisi dei più comuni contenziosi in materia e si giustifica con la necessità di scongiurarne altri.

Il terzo comma dell’art. 52, cod. cons. prevede che le parti siano libere di adempiere ai propri obblighi contrattuali durante il periodo di recesso ma, attuando la nona deroga al principio di armonizzazione massima consentita agli stati membri (**art. , par. , Dir. 2011/83/UE**) precisa che, nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il professionista non possa accettare, a titolo di corrispettivo, “...effetti cambiari che abbiano una scadenza inferiore a quindici giorni dalla conclusione del contratto per i contratti di servizi o dall’acquisizione del possesso fisico dei beni per i contratti di vendita e non può presentarli allo sconto prima di tale termine”.

Quest’ultima regola era presente anche nella precedente versione del codice del consumo (art. 47, comma sesto).

In caso di inadempimento dell’obbligo di informazione sul diritto di recesso, ai sensi dell’art. 49, comma primo, lett. h), l’art. 53 cod. cons., derivante dall’art. 10 della Dir. 2011/83/UE, dispone come sanzione contrattuale il prolungamento del termine dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso ordinario, determinato a norma dell’articolo 52, comma secondo. Se, invece, il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui sopra entro dodici mesi dalla data di cui all’articolo 52, comma 2, il periodo di recesso termina quattordici giorni dopo quest’ultima.

Alle modalità di esercizio del diritto di recesso è dedicato l’art. 54 cod. cons (art. 11 Dir. 2011/82/UE).

Il consumatore deve informare della sua decisione il professionista entro il termine previsto dagli articoli precedenti confermando la natura recettizia dell’atto di esercizio di tale diritto potestativo. La novità introdotta dalla Dir. 2011/83 UE è la possibilità di avvalersi del modulo tipo di recesso (allegato I, parte B) oppure di qualsiasi altra dichiarazione esplicita della volontà di recedere dal contratto superando il vincolo di forma, se pure non richiesto ai fini della validità dello stesso, previsto in passato (precedente art. 64 cod. cons.: “Il diritto di recesso si esercita con l’invio, entro i termini previsti dal comma 1, di una comunicazione scritta alla sede del professionista mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. La comunicazione può essere inviata, entro lo stesso termine, anche mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successive; la raccomandata si intende spedita in tempo utile se consegnata all’ufficio postale accettante entro i termini previsti dal codice o dal contratto, ove diversi. L’avviso di ricevimento non e', comunque, condizione essenziale per provare l’esercizio del diritto di recesso”).

In caso di contratto on line il professionista può offrire al consumatore l’opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso tipo riportato nell’allegato I, parte B, o una qualsiasi altra dichiarazione esplicita comparsa sul sito web con

obbligo, in tali casi, di comunicare, senza indugio, al consumatore una conferma di ricevimento, su un supporto durevole. L'obbligo si giustifica con la necessità, per il consumatore, di fornirsi di una prova della ricezione della dichiarazione inviata in quanto:

-come precisa il successivo comma quarto, l'onere della prova relativa all'esercizio del diritto di recesso conforme alle regole in commento incombe sul consumatore, -gli effetti del recesso si producono a partire dal giorno in cui il professionista è informato della volontà della controparte (art. 55 e 56 cod. cons.).

L'art. 55 cod. cons., rubricato "Effetti del recesso" (art. 12 Dir. 2011/82/UE) si limita ad affermare che l'esercizio del diritto pone termine agli obblighi delle parti:

- a) di eseguire il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali; oppure
- b) di concludere un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali nei casi in cui un'offerta sia stata fatta dal consumatore.

Pur ribadendo, impropriamente, che l'esercizio di tale diritto potestativo si estende anche alle proposte contrattuali, con la evidente volontà di proteggere quei consumatori che pensano di formulare una offerta, in realtà camuffata, essendo contenuta in moduli predisposti unilateralmente dal professionista, la versione dell'omologo previgente articolo, comune alle negoziazioni a distanza ed *extra moenia*, pareva meglio articolata (art. 66 cod. cons. precedente versione "Con la ricezione da parte del professionista della comunicazione di cui all'articolo 64, le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni derivanti dal contratto o dalla proposta contrattuale, fatte salve, nell'ipotesi in cui le obbligazioni stesse siano state nel frattempo in tutto o in parte eseguite, le ulteriori obbligazioni di cui all'articolo 67").

Gli obblighi consequenziali al diritto di recesso sono distinti in due diversi articoli, a differenza della precedente versione (art. 67 cod. cons.), con la positiva novità della unificazione dei termini di adempimento. Precedentemente, infatti, i termini erano estremamente sbilanciati a favore del professionista (10 giorni per la restituzione del bene da parte del consumatore, art. 67, primo comma, cod. cons. e 30 giorni per il rimborso da parte del professionista, art. 67, quarto comma, cod. cons. previgente versione).

Così nell'art. 56, primo comma, cod. cons., (art. 13 Dir. 2011/82/UE) il professionista deve rimborsare tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, eventualmente comprensivi delle spese di consegna, senza indebito ritardo e, comunque, entro quattordici giorni dal giorno in cui è stato edotto della decisione del consumatore di recedere dal contratto utilizzando, a tal fine, lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale, salvo diverso accordo e franco alcun costo aggiuntivo quale conseguenza del rimborso.

La parte finale riprende quanto già precedentemente previsto (quinto comma, art. 67 previgente versione cod. cons.) ovvero che se il pagamento è stato effettuato per mezzo di effetti cambiari e questi non siano stati presentati all'incasso, devono essere restituiti e la previsione della nullità di eventuali pattuizioni limitative al rimborso da eseguirsi.

Per il successivo comma secondo, salvo il principio di rimborso di tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, il professionista non è tenuto a rimborsare i costi supplementari dovuti alla scelta del consumatore di avvalersi di un tipo di consegna diversa dalla tipologia più economica offerta.

Interessante è la normativizzazione europea della regola civilistica internazionale, già applicata nella prassi, di eccezione di inadempimento, contenuta nell'art. 1460 c.c., cioè la possibilità per il professionista, salvo non abbia offerto di ritirare egli stesso i beni venduti, di trattenere il rimborso finché non li abbia ricevuti od il consumatore abbia dimostrato d'averli rispediti.

Gli obblighi del consumatore, inseriti nell'art. 57 cod. cons. (art. 14 Dir. 2011/82/UE) si sostanziano nella restituzione dei beni al professionista od un terzo da questi autorizzato, salvo ritiro personale degli stessi, "...senza indebito ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere dal contratto ai sensi dell'articolo 54 cod. cons.".. Conformemente a quanto previsto nell'art. 49 e 56 le spese di restituzione sono a carico del consumatore a meno che diversamente concordato o sia mancata la informazione in merito. Questa rappresenta, di fatto, la ennesima sanzione contrattuale per la violazione degli obblighi informativi preliminari.

Una previsione particolare attiene alla circostanza che siano stati acquistati beni a seguito di un contratto negoziato fuori dai locali commerciali ed essi siano stati consegnati a domicilio al momento della conclusione del contratto. In questo caso, a maggiore protezione della intrusività dell'approccio contrattuale, il professionista è obbligato a ritirare i beni a sue spese qualora essi, per loro natura, non possano essere rispediti a mezzo posta.

Il successivo secondo comma chiarisce la responsabilità del consumatore in ordine allo stato dei beni restituiti limitata alla diminuzione del loro valore risultante da una manipolazione diversa "... da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni". In ogni caso si esclude ogni responsabilità ove il professionista abbia omesso di informarlo del suo diritto di recesso e delle modalità di esercizio a norma dell'articolo 49, comma 1, lettera h).

Viene superato, rispetto al passato il requisito della "sostanziale integrità del bene" da restituire, quale condizione per il valido esercizio del diritto di recesso, causa di un folto contenzioso tra le parti.

Il terzo comma dell'art. 57 cod. cons. è riservato alle conseguenze del diritto di recesso ove il consumatore abbia usufruito in tutto od in parte di un servizio, o della fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento prestando il proprio consenso espresso a seguito di un contratto negoziato fuori dai locali commerciali (art. 50, terzo comma, cod. cons.) od a distanza (art. 51, comma ottavo, cod. cons.).

In tal caso il consumatore versa al professionista un "...importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso, rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto". Esso è calcolato sulla base del prezzo totale concordato, con

la precisazione che se tale prezzo totale è eccessivo, l'importo proporzionale si calcola in base al valore di mercato di quanto è stato fornito.

Trattasi dei c.d. costi ragionevoli, così definiti nell'art. 49, primo comma, lettera l.

Nulla risulta dovuto se:

a) relativamente alla prestazione di servizi parziale o la fornitura di acqua, gas o elettricità, non venduti in volume limitato o quantità determinata, o di teleriscaldamento,

-il professionista ha omesso di fornire informazioni in merito alla esistenza del diritto di recesso e modalità di esercizio nonché che la richiesta immediata di erogazione delle prestazioni suddette prima dello spirare del periodo di esercizio del diritto di recesso e suo successivo esercizio avrebbe comportato il sostenimento di costi ragionevoli (art. 49, comma 1, lettere h) ed l); oppure

-il consumatore non ha espressamente chiesto che la prestazione iniziasse durante il periodo per esercitare il recesso in conformità agli artt. 50, comma 3, e 51, comma 8 cod. cons.

b) Relativamente alla fornitura, in tutto o in parte, del contenuto digitale non fornito su un supporto materiale quando:

-il consumatore non ha dato il preventivo consenso espresso circa l'inizio della prestazione prima della fine del periodo di quattordici giorni di cui all'articolo 52;

-il consumatore non ha riconosciuto di perdere il diritto di recesso quando ha espresso il suo consenso; oppure

-il professionista (art. 50, comma secondo, e 51, comma settimo, cod. cons., requisiti formali nei contratti negoziati extra moenia ed a distanza) ha omesso di fornire la conferma del contratto su supporto cartaceo o su altro mezzo durevole, compresa, la conferma del previo consenso espresso e dell'accettazione del consumatore in merito alla circostanza che quest'ultimo avrebbe perso il diritto di recesso richiedendo l'immediata fornitura del contenuto digitale ex art. 59, comma 1, lettera o).

Il comma finale dell'art. 57 cod. cons. ribadisce che, ad eccezione della fattispecie prevista nell'art. 56, comma secondo, cod. cons. e nel presente articolo, l'esercizio del diritto di recesso non comporta alcuna responsabilità per il consumatore.

L'art. 58 cod. cons. (art. 15 Dir. 2011/82/UE) attiene agli effetti dell'esercizio del diritto di recesso sui contratti accessori ovvero, in base all'art. q) del primo comma dell'art. 45 cod. cons. "un contratto mediante il quale il consumatore acquista beni o servizi connessi a un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali e in cui tali beni o servizi sono forniti dal professionista o da un terzo in base ad un accordo tra il terzo e il professionista".

Salve le specifiche disposizioni previste dagli artt. 121 ss. t.u.b. in materia di credito ai consumatori, l'esercizio del diritto di recesso da un contratto a distanza o concluso fuori dei locali commerciali, a norma degli articoli da 52 a 57, comporta la risoluzione di diritto del contratto accessorio eventualmente stipulato. Unici costi da sostenere sono, in tal caso quelli previsti dall'art. 56, comma secondo (mancato

rimborso dei costi supplementari se scelto un tipo di consegna più onerosa di quella offerta dal professionista) e art. 57.

Le eccezioni al diritto di recesso contenute nell'art. 59 cod. cons. (art. 16 Dir. 2011/82/UE) sono comuni ai contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali con la differenza che, per questi ultimi l'art. 55, previgente versione, del codice del consumo distingueva, nel primo comma, i contratti esclusi dagli obblighi informativi e dal diritto di recesso ed, al secondo comma, i soli contratti esclusi, salvo diversa pattuizione dal solo diritto di recesso. Tale distinzione scompare come la derogabilità pattizia.

Le esclusioni si riferiscono:

a) ai contratti di servizi dopo la completa prestazione del servizio se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione della perdita del diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista.

Come già anticipato la norma è positiva in quanto, pur replicando l'omologa contenuta nell'art. 48, precedente versione, del codice del consumo ("Per i contratti riguardanti la prestazione di servizi, il diritto di recesso non può essere esercitato nei confronti delle prestazioni che siano state già eseguite") viene ad applicarsi anche ai contratti a distanza ai quali, mancando, era applicata analogicamente.

b) Alla fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni nel mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare e che possono verificarsi durante il periodo di recesso; esclusione già presente nell'art. 55, secondo comma, lett. b) cod. cons. con una piccola specificazione finale ("...di fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni dei tassi del mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare").

c) alla fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati. Anche in questo caso vi è una duplicazione rispetto alla previsione omologa contenuta nel previgente art. 55, secondo comma, lett. c) che assorbe anche la successiva esclusione ("...di fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati o che, per loro natura, non possono essere rispediti o rischiano di deteriorarsi o alterarsi rapidamente).

d) Alla fornitura di beni che rischiano di deteriorarsi o scadere rapidamente;

e) alla fornitura di beni sigillati che non si prestano ad essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute e sono stati aperti dopo la consegna. Tale esclusione rappresenta una innovazione come le due successive.

g) Alla fornitura di bevande alcoliche, il cui prezzo sia stato concordato al momento della conclusione del contratto di vendita, la cui consegna possa avvenire solo dopo trenta giorni e il cui valore effettivo dipenda da fluttuazioni sul mercato che non possono essere controllate dal professionista. Anche tale esclusione rappresenta una novità.

h) Ai contratti in cui il consumatore ha specificamente richiesto una visita da parte del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori urgenti di riparazione o manutenzione. Se, in occasione di tale visita, il professionista fornisce servizi oltre a

quelli specificamente richiesti dal consumatore o beni diversi dai pezzi di ricambio necessari per effettuare la manutenzione o le riparazioni, il diritto di recesso si applica a tali servizi o beni supplementari. Nuova anche la presente esclusione.

i) Alla fornitura di registrazioni audio o video sigillate o di software informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna. Trattasi della parziale duplicazione della previsione, contenuta nell'art. 55, secondo comma, lett. d), precedente versione cod. cons. (“... di fornitura di prodotti audiovisivi o di software informatici sigillati, aperti dal consumatore”);

l) la fornitura di giornali, periodici e riviste ad eccezione dei contratti di abbonamento per la fornitura di tali pubblicazioni. Risulta parziale duplicazione della esclusione contenuta nell'art. 55, secondo comma, lett. e), previgente versione del codice del consumo.

m) Ai contratti conclusi in occasione di un'asta pubblica. Tale esclusione era contenuta nell'art. 51, primo comma, lett. e), previgente versione del codice del consumo, in riferimento alle vendite all'asta in generale.

n) Alla fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività del tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici. Muta la esplicazione delle fattispecie rientranti rispetto a quanto previsto nell'art. 55, primo comma, precedente versione del cod. cons. (“...b) ai contratti di fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero, quando all'atto della conclusione del contratto il professionista si impegna a fornire tali prestazioni ad una data determinata o in un periodo prestabilito”). Si ricordi che la norma va coordinata con l'art. 47, primo comma, lett. g), cod. cons. prevedente l'esclusione dalla applicazione delle sezioni I-IV del Capo III oggetto di analisi dei contratti che rientrano nei viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso.

o) Alla fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso. Trattasi di nuovo innesto.

La Sezione III, denominata Altri diritti del consumatore, contiene gli artt. 60-65 applicabili a “...qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore, inclusi i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale” (art. 46 cod. cons.). Alcune delle regole proposte risultano novità, altre sono riprese dalla precedente normativa in materia di contratti a distanza.

L'art. 60 cod. cons. (art. 17 Dir. 2011/82/UE). precisa l'ambito applicativo nel seguente modo:

-gli artt. 61-63 si applicano ai contratti di vendita nell'accezione prevista nell'art. 45, primo comma, lett. e) cod. cons. ed ai contratti per la fornitura di acqua, gas, o elettricità, venduti in volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento e di contenuto digitale fornito su supporto materiale.

-Gli artt. 62, 64 e 65 si applicano ai contratti di vendita, di servizio e fornitura di acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale.

Occupiamoci del primo gruppo di regole.

L'art. 61 cod. cons. (art. 18 Dir. 2011/82/UE), rubricato "Consegna", si apre con una regola derogabile pattiziamente ("Salva diversa pattuizione delle parti del contratto di vendita...") ovvero l'obbligo del professionista di consegna dei beni al consumatore senza ritardo ingiustificato e, al più tardi, entro trenta giorni dalla data di conclusione del contratto.

Si tratta della previsione di un termine legale di esecuzione del contratto precedentemente inserito nell'art. 54, primo comma, cod. cons. con formula meno efficace ("Salvo diverso accordo tra le parti, il professionista deve eseguire l'ordinazione entro trenta giorni a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il consumatore ha trasmesso l'ordinazione al professionista in rapporto ai contratti conclusi a distanza").

Il secondo comma dell'art. 61 cod. cons., specifica che "l'obbligazione di consegna è adempiuta mediante il trasferimento della disponibilità materiale o comunque del controllo dei beni al consumatore".

In caso di inadempimento dell'obbligo entro il termine pattuito ovvero entro il termine legale, il consumatore invita il professionista ad effettuare la consegna entro un nuovo termine "...appropriato alle circostanze". Non adempiendo ulteriormente il consumatore è legittimato a risolvere il contratto, salvo il diritto al risarcimento dei danni (art. 61, terzo comma, cod. cons.). Trattasi di diffida ad adempiere, ex art. 1454 c.c.

Il consumatore non è tenuto a concedere al professionista il termine supplementare di adempimento nel caso:

- a) il professionista si sia espressamente rifiutato di consegnare i beni, ovvero;
- b) se il rispetto del termine pattuito dalle parti per la consegna del bene deve considerarsi essenziale, "...tenuto conto di tutte le circostanze che hanno accompagnato la conclusione del contratto", ovvero;
- c) se il consumatore ha informato il professionista, prima della conclusione del contratto, che la consegna entro o ad una data determinata è essenziale (art. 61, quarto comma, cod. cons.). La essenzialità del termine di adempimento consente, ai sensi dell'art. 1457 c.c., la risoluzione per inadempimento di diritto.

Infatti, i commi successivi dell'art. 61 cod. cons. prevedono che il consumatore, non ricevendo la consegna del bene entro il termine pattuito con il professionista o quello legale di esecuzione sia legittimato a risolvere immediatamente il contratto, salvo il diritto al risarcimento dei danni.

Il professionista, nel caso di risoluzione posta in essere dal consumatore a norma dei commi terzo e quinto è tenuto a rimborsargli senza indebito ritardo tutte le somme versate in esecuzione del contratto.

L'ultimo comma dell'art. 61 cod. cons., fa salva la possibilità, per il consumatore, di applicare le regole del Capo XIV del Titolo II del Libro IV del codice civile ovvero quelle in materia di risoluzione del contratto, tuttavia il ricorso alla procedura

giudiziale tendente a fare accertare l'inadempimento, pronunciare la risoluzione, ottenere la restituzione delle somme versate ed il risarcimento del danno è solo eventuale.

Infatti, da quanto previsto nel comma sesto, la risoluzione di diritto produrrebbe la sola conseguenza del rimborso delle somme versate dal consumatore, con possibilità solo residuale di richiedere il risarcimento dei danni, procedura che vuole scongiurare il ricorso al contenzioso in una ottica di semplificazione delle criticità della fase esecutiva contrattuale.

Al primo gruppo di contratti si applica anche l'art. 63 cod. cons. (art. 20 Dir. 2011/82/UE), relativo al "Passaggio del rischio".

Regola base, rappresentata dal primo comma, è quella di addossare al professionista che provvede alla spedizione dei beni il rischio della perdita o del danneggiamento dei beni, per causa non imputabile al venditore. Tale rischio si trasferisce al consumatore solo nel momento in cui quest'ultimo, od un terzo designato e diverso dal vettore, entra nel materiale possesso dei beni.

La regola risulta eccezione alla disposizione civilistica espressa dall'art. 1510 c.c. per i beni mobili in relazione alla quale se la cosa venduta deve essere trasportata il venditore si libera dall'obbligo di consegna rimettendola al vettore.

Deroga al principio esposto nel primo comma dell'art. 63 cod. cons. il suo secondo comma, in base al quale il rischio si trasferisce all'atto della consegna del bene al vettore se quest'ultimo sia stato scelto dal consumatore e non su proposta del professionista, salvi i diritti del consumatore nei confronti del vettore.

Al secondo gruppo di contratti si applicano gli artt. 62-64 e 65 cod. cons.

(2019)

Al secondo gruppo di contratti, ovvero di vendita, di servizio e fornitura di acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale, si applicano gli artt. 62-64 e 65 cod. cons.

L'art. 62 cod. cons. ("Tariffe per l'utilizzo di mezzi di pagamento" derivante dall'art. 19 Dir. 2011/83/UE) richiama l'art. 3, comma quarto, del d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 (Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, nota con l'acronimo PSD, ovvero *Payment Service Directive*, come pesantemente modificata dal d. lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 (Recepimento della dir.(UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le dirr. 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il reg. (UE) n. 1093/2010, e abroga la dir. 2007/64/CE, nonché adeguamento delle disposizioni interne al reg. (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta). Tale decreto è stato parzialmente inserito nel t.u.b. dando origine al Titolo V-ter, "Istituti di pagamento" ed al Capo II, "Servizi di pagamento" del Titolo VI "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti).

La norma in commento prevede che, richiamando, appunto, l'art. 3 del d. lgs. n. 11 del 2010 ("Il beneficiario non può applicare a carico del pagatore spese relative all'utilizzo di strumenti di pagamento") "i professionisti non possono imporre ai

consumatori, in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento, spese per l'uso di detti strumenti, ovvero nei casi espressamente stabiliti, tariffe che superino quelle sostenute dal professionista”.

In primo luogo, occorre chiarire cosa si intenda per strumenti di pagamento.

Il d. lgs. n.11/2010 all'art. 1, comma primo, lett. s) lo definisce qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utilizzatore e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utente di servizi di pagamento si avvale per impartire un ordine di pagamento.

A seguito della ricezione della PSD l'art. 1, comma primo, lett. g) del d. lgs. n.11/2010 introduce la nuova categoria dei prestatori di servizi di pagamento come gli istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento nonché, quando prestano servizi di pagamento, banche, Poste Italiane s.p.a., la Banca centrale europea e le banche centrali nazionali se non agiscono in veste di autorità monetarie, altre autorità pubbliche, le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali se non agiscono in veste di autorità pubbliche;

Controparte del prestatore di servizi di pagamento è l'utente di servizi di pagamento, per l'art. 1, comma primo lett. h) del medesimo decreto “il soggetto che utilizza un servizio di pagamento in veste di pagatore o beneficiario o di entrambi” come definiti dal medesimo articolo alle lett. e) ed f).

I servizi di pagamento sono considerati, dall'art. 1, comma primo, lett. b), con un rinvio poco felice, al testo unico bancario, le “attività come definite dall'articolo 1, comma 2, lettera h-septies...”, ovvero:

“1) servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento;

2) servizi che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento;

3) esecuzione di operazioni di pagamento, incluso il trasferimento di fondi su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utilizzatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento:

3.1) esecuzione di addebiti diretti, inclusi gli addebiti diretti *una tantum*;

3.2) esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi;

3.3) esecuzione di bonifici, inclusi gli ordini permanenti;

4) esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento:

4.1) esecuzione di addebiti diretti, inclusi gli addebiti diretti *una tantum*;

4.2) esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi;

4.3) esecuzione di bonifici, inclusi gli ordini permanenti;

5) emissione di strumenti di pagamento e/o convenzionamento di operazioni di pagamento;

6) rimessa di denaro;

7) servizi di disposizione di ordini di pagamento;

8) servizi di informazione sui conti “.

La definizione va completata con il *comma quarto dell'art. 2, d. lgs. n. 11/2010* prevedente, sia pure ai fini della applicazione del titolo II, che “per servizi di pagamento di intende anche la emissione della moneta elettronica”, con ciò assimilandola agli altri strumenti di pagamento, mentre, si fa notare che, all'interno della definizione dei servizi di pagamento, compare per due volte la locuzione di “carte di pagamento” seppure allargata ai “...dispositivi analoghi” (richiamo operato dall' art. 1, comma primo, lett. b) d. lgs. n. 11/2010) al testo unico bancario). Sull' argomento v. infra.

Ulteriori definizioni degne di attenzione sono:

-quella di operazione di pagamento”, l'attività posta in essere dal pagatore o dal beneficiario, di “versare, trasferire o prelevare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra pagatore e beneficiario” (*art. 1, comma primo, lett. c), d. lgs. n. 11/2010*) e la correlata di

-operazione di pagamento a distanza “un'operazione di pagamento iniziata tramite internet o tramite un dispositivo che può essere utilizzato per comunicare a distanza” (*lett. c-bis*).

Il pagamento della prestazione potrà, dunque, avvenire con le modalità comunicate al consumatore all'interno delle informazioni preliminari.

Il secondo comma dell'art. 62 cod. cons., statuisce che l'istituto di emissione della carta di pagamento, con rivalsa sul professionista, riaccredita al consumatore i pagamenti in caso di:

-addebito eccedente rispetto al prezzo pattuito,

-uso fraudolento della carta di pagamento da parte del professionista o di un terzo.

In primo luogo, occorre specificare cosa si intenda per carta di pagamento.

Possiamo ricostruire la nozione attraverso:

-l' art. 67-quater-decies cod. cons. (Pagamento dei servizi finanziari offerti a distanza) affermando che “Il consumatore può effettuare il pagamento con carte di credito, debito o con altro strumento di pagamento ove ciò sia previsto tra le modalità di pagamento che gli sono comunicate...” all'interno delle informazioni preliminari. Tra questi strumenti di pagamento vi è la moneta elettronica (art. 2, comma quarto, d. lgs. n. 11 del 2010);

-l'art. 1, secondo comma della l. 17 agosto 2005, n. 166 (Istituzione di un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento) che definisce carta di pagamento “quei documenti che si identificano con le carte di credito, di debito e altre carte definite nella normativa di attuazione” Quest'ultima, intervenuta successivamente, nulla ha aggiunto sul punto.

Si osserva che è a carico del consumatore provare le circostanze suindicate e che la regola risulta derivazione di quella contenuta nel previgente art. 56, secondo comma, cod. cons. senza contare la molto più evoluta versione contenuta nell'art. 67-quater decies cod. cons. in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Obbligare l'istituto di emissione al riaccredito, con onere di rivalsa nei confronti del professionista o del terzo, è procedura estremamente garantista per il consumatore ma resta un angolo oscuro: l'onere della prova a carico di quest'ultimo.

In una contrattazione svolta presso la sede o la dipendenza di una impresa il consumatore può provare l'addebito maggiorato rispetto al prezzo fissato mostrando la discordanza tra l'importo indicato nello scontrino e la ricevuta di pagamento rilasciata dal POS, anche se ciò diventa difficile ove tale scontrino non sia rilasciato oppure venga smarrito. Resterebbe la possibilità di provare il pagamento maggiorato mostrando il tagliando del prezzo accluso al bene comprato, ove questo non sia stato rimosso in precedenza. Ma poi, pensiamo alla circostanza che il professionista potrebbe addurre che sono stati acquistati più beni rispetto a quanto dichiarato dal consumatore, fino alla concorrenza del prezzo indicato nella ricevuta di pagamento.

Ove l'uso sia fraudolento si dovrebbe provare che è stato carpito il codice identificativo personale ed, in tal modo, effettuati pagamenti non autorizzati, oppure utilizzata indebitamente la carta di credito.

Naturalmente tutto diviene molto complicato in una contrattazione a distanza.

Consapevole di tali problemi la Commissione europea, con Racc. n. 88/590/CE del 17 novembre 1988, aveva sottolineato che era essenziale garantire che le operazioni di pagamento elettronico fossero registrate per permetterne il controllo e la correzione di eventuali errori. Pur evidenziando che il cliente non poteva accedere a tali registrazioni, era opportuno (punto 6.2) che incombesse sull'emittente l'onere di dimostrare che l'operazione eseguita fosse stata registrata, contabilizzata, eseguita correttamente.

Tale suggerimento è stato accolto dal comma terzo dell'art. 67-quaterdecies del cod. cons. (originario art. 13, comma terzo, del d. lgs. n. 190/2005 sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori) in tema di pagamento dei servizi finanziari offerti a distanza, che prevede: "...è in capo all'ente che emette o fornisce lo strumento di pagamento, l'onere di provare che la transazione di pagamento è stata autorizzata, accuratamente registrata e contabilizzata e che la medesima non è stata alterata da un guasto tecnico o da altra carenza. L'uso dello strumento di pagamento non comporta necessariamente che il pagamento sia stato autorizzato".

Inoltre, il successivo comma 4 dispone che "Relativamente alle operazioni di pagamento da effettuarsi nell'ambito di contratti a distanza, il fornitore adotta condizioni di sicurezza conformi a quanto disposto dall'art. 146 t.u.b., di cui al d. lgs. primo settembre 1993, n. 385, avendo riguardo, in particolare, alle esigenze di integrità, di autenticità e di tracciabilità delle operazioni medesime." (L'art. 146 t.u.b. prevede che la Banca d'Italia promuova il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento potendo emanare norme regolamentari rivolte ad assicurarne la efficienza e affidabilità).

A fronte di tutte queste considerazioni concludevo, nella monografia (testo base) per la necessità di una modifica dell'art. 56 cod. cons. che bilanciassero lo sfavore della

posizione del consumatore a causa dell'onere probatorio impostogli. anche in merito all'obbligo di registrazione caldeggiato dalla Racc. 88/590/CE.

A queste indicazioni risponde il d. lgs. n. 11/2010 la cui normativa completa la disposizione in commento.

In primo luogo, esso pone nel consenso del pagatore l'elemento necessario al fine della corretta esecuzione di una operazione di pagamento in mancanza del quale non può considerarsi autorizzata (art. 5). Fissa, inoltre, precisi obblighi a carico dell'utente di servizi di pagamento e del prestatore, anche in ottemperanza alle indicazioni formulate già con la Racc. 88/590/CE.

Il primo ha l'obbligo di utilizzare lo strumento di pagamento secondo canoni di condotta diligente in conformità con i termini esplicitati nel contratto quadro adottando, ricevuto lo strumento di pagamento, tutte le misure idonee a proteggere le credenziali di accesso personalizzate e deve comunicare tempestivamente, secondo le modalità ivi previste, al prestatore di servizi di pagamento o al soggetto da questo indicato:

-lo smarrimento,

-il furto,

-l'appropriazione indebita

o l'uso non autorizzato dello strumento non appena ne viene a conoscenza (art. 7 d. lgs. 2010, n. 11).

In particolare, nel caso venga a conoscenza di un'operazione di pagamento:

- non autorizzata,

-non eseguita o

-eseguita in modo inesatto (è tale quella la cui esecuzione non risulta conforme all'ordine o alle istruzioni impartite dall'utilizzatore al proprio prestatore di servizi di pagamento), ivi compresi i casi di cui all'articolo 25 (mancata o inesatta esecuzione di un pagamento), ne ottiene la rettifica solo se comunica senza indugio tale circostanza al proprio prestatore di servizi secondo i termini e le modalità previste nel contratto quadro o nel contratto relativo a singole operazioni di pagamento. La comunicazione deve essere in ogni caso effettuata entro 13 mesi dalla data di addebito, nel caso del pagatore, o di accredito, nel caso del beneficiario (Notifica o rettifica di operazioni di pagamento non autorizzate o non correttamente eseguite, art. 9 d. lgs. n. 11/2010).

Se la prestazione sia stata già eseguita e l'utente neghi sia stata autorizzata o sostenga la non corretta esecuzione è onere del prestatore del servizio di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti. Né la circostanza che sia utilizzato uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento è di per sé sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente medesimo né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7.”

(art. 10 d. lgs. n. 11/2010). Si noti l'adozione delle previsioni contenute nella Racc. 88/590/CE.

Ulteriori obblighi del prestatore, in relazione alla emissione di strumenti di pagamento, sono rappresentati nell'art. 8 del d.lgs. n. 11/2010.

In tale caso il prestatore ha l'obbligo di:

- “a) assicurare che le credenziali di sicurezza personalizzate non siano accessibili a soggetti diversi dall'utente abilitato a usare lo strumento di pagamento, fatti salvi gli obblighi posti in capo a quest'ultimo ai sensi dell'articolo 7;
- b) astenersi dall'inviare strumenti di pagamento non richiesti, a meno che lo strumento di pagamento già consegnato all'((utente)) debba essere sostituito;
- c) assicurare che siano sempre disponibili strumenti adeguati affinché l'utente dei servizi di pagamento possa eseguire la comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), nonché, nel caso di cui all'articolo 6, comma 4, di chiedere lo sblocco dello strumento di pagamento o l'emissione di uno nuovo, ove il prestatore di servizi di pagamento non vi abbia già provveduto. Ove richiesto dall'utente, il prestatore di servizi di pagamento gli fornisce i mezzi per dimostrare di aver effettuato la comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), entro i 18 mesi successivi alla comunicazione medesima;
- c-bis) fornire all'utente la possibilità di procedere alla comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), a titolo gratuito, addebitandogli eventualmente solo i costi di sostituzione dello strumento di pagamento;
- d) impedire qualsiasi utilizzo dello strumento di pagamento successivo alla comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b)”.

Infine, per il comma secondo dell'art. 8 “I rischi derivanti dalla spedizione di uno strumento di pagamento o delle relative credenziali di sicurezza personalizzate sono a carico del prestatore di servizi di pagamento.”

Agli oneri della prova relativi all'autenticazione ed esecuzione delle operazioni di pagamento il successivo art. 11 d. lgs. 2010 n. 11 aggiunge l'obbligo, per il prestatore dei servizi di pagamento, di rimborso della operazione di pagamento non autorizzata o, nel caso in cui per l'esecuzione dell'operazione sia stato addebitato un conto di pagamento, di riportarlo nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo, salvo l'art. 9 in merito alla rettifica della operazione di pagamento.

Il rimborso può essere sospeso, previa immediata comunicazione, se il prestatore di servizi di pagamento paventa un'ipotesi di frode. Il rimborso non impedisce al prestatore di servizi di pagamento di dimostrare, anche in un momento successivo, che l'operazione di pagamento era stata autorizzata con diritto alla restituzione dell'importo rimborsato. E' salvo il diritto al risarcimento di danni ulteriori subiti in conformità con la disciplina applicabile al contratto stipulato tra l'utilizzatore e il prestatore di servizi di pagamento.

Il successivo art. 12 del d. lgs. n. 11/2010 riguarda la responsabilità del prestatore nei casi di utilizzo non autorizzato di strumenti o servizi di pagamento per effetto dello

smarrimento, furto o appropriazione indebita. In tale articolo la responsabilità dell'utilizzatore dello strumento è così graduata:

- “Salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, l'utilizzatore non sopporta alcuna perdita derivante dall'utilizzo di uno strumento di pagamento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente intervenuto dopo la comunicazione eseguita ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b).

-Inoltre, salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, l'utilizzatore non è responsabile delle perdite derivanti dall'utilizzo dello strumento di pagamento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente quando il prestatore di servizi di pagamento non ha adempiuto all'obbligo di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c) ovvero adottare comportamenti cautelativi volti a proteggere da terzi lo strumento di pagamento (*art. 12, commi primo-terzo d. lgs. n. 11 del 2010*).

-Negli altri casi, salvo se abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7, con dolo o colpa grave, il pagatore può sopportare, per un importo comunque non superiore ad euro 50, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita.”

Se, infine, “... l'utente abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto ad uno o più obblighi di cui all'articolo 7, con dolo o colpa grave, l'utente sopporta tutte le perdite derivanti da operazioni di pagamento non autorizzate e non si applica il limite di 50 euro di cui al comma 3” (*art. 12, comma quarto d. lgs. n. 11 del 2010*).

Concludendo, la disciplina considerata completa la previsione delineata dal comma secondo dell'art. 62 in commento nel seguente modo:

-quanto alla previsione dell'addebito eccedente al prezzo pattuito trattasi di operazioni non correttamente eseguite. La responsabilità dell'istituto di emissione della carta di pagamento si tratteggia in base agli **artt. 7-11** d. lgs. n. 11 del 2010;

-quanto alla previsione di uso fraudolento della carta ad opera del professionista o di un terzo, la fattispecie ricalca quella di uso non autorizzato dello strumento di pagamento in merito al quale **gli artt. 7-12** d. lgs. n. 11 del 2010 delineano il conseguente regime di responsabilità, con salvezza dei profili penali (regolati dalla l. 5 luglio 1991 n. 197, Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio).

L'art. 64 cod. cons. (“Comunicazione telefonica”, derivante dall'art. 21 Dir. 2011/82/UE)) precisa che se il professionista utilizza una linea telefonica allo scopo di essere contattato dal consumatore per telefono in merito al contratto concluso, il consumatore non è tenuto a pagare più della tariffa di base quando contatta il professionista.

INSERIRE CASO AGCM

Infine, per quanto attiene alle regole proprie al secondo gruppo di contratti in evidenza, l'art. 65 cod. cons., rubricato “Pagamenti supplementari” (art. 22 Dir.

2011/82/UE) richiede il consenso espresso del consumatore, da raccogliersi prima che sia vincolato dal contratto o dall'offerta, in merito a qualsiasi pagamento supplementare da aggiungersi alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista.

Nel caso il professionista non abbia ottenuto tale consenso in forma espressa ma deducendolo da opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento.

Trattasi di sanzione contrattuale dissuasiva che si attaglia, particolarmente alla contrattazione on line.

INSERIRE CASI AGCM

L'ultima sezione attiene alle "Disposizioni generali", racchiudente gli artt. 66, 66-bis, 66-ter, 66-quater, 66-quinquies e 67.

Gli innesti con numerazioni romane sono stati necessari per non alterare la struttura complessiva del codice del consumo. L'art. 66 cod. cons. ("Tutela amministrativa e giurisdizionale" derivante dall'art. 23 Dir. 2011/82/UE) richiama gli artt. 27, 139, 140, 140-bis, 141 e 144 del codice del consumo al fine di assicurare il rispetto della normativa esaminata.

Quanto alla tutela amministrativa essa spetta alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm), d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, la quale accerta le violazioni delle norme di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti. A tal fine si applica l'articolo 27, commi da 2 a 15, cod. cons.

Muta, dunque, almeno rispetto alle negoziazioni a distanza ed extra moenia, la competenza riservata agli organi di polizia amministrativa e giudiziaria ed il rapporto da effettuarsi alla Camera di Commercio industria, artigianato ed agricoltura competente.

In questa veste la l'Agcm agisce come autorità pubblica nazionale deputata alla esecuzione della normativa di tutela dei consumatori ai sensi del Reg. (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004 (sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori).

E' comunque salva la facoltà di adire il giudice ordinario (civile o TAR) e la possibilità di comporre stragiudizialmente le controversie presso gli organi costituiti dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 29 dicembre 1993, n. 580 (Riordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura). Presso tali organi sono costituiti gli organi di mediazione finalizzati alla soluzione delle controversie in materia di consumo ai sensi del d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28 (mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali).

Quanto alla giurisdizione ordinaria le azioni esperibili sono indicate negli artt. 139-140, 140-bis (azione di classe), oltre la possibile composizione extragiudiziale ai sensi degli artt. 141 e ss. cod. cons. al cui commento si rinvia.

L'articolo pecca di coordinamento con il successivo comma quinto e l'art. 66-quater, terzo comma, che ricorda anch'esso la possibile soluzione extragiudiziale delle controversie sorte in relazione ai contratti regolamentati dal Capo in commento, attraverso la procedura di mediazione, di cui al d. lgs n. 28 del 2010 e la negoziazione volontaria e paritetica.

La mediazione, come definita dall'art. 1, primo comma d. lgs. n. 28 del 2010 è "...l'attività, comunque denominata, effettuata da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

Il mediatore può essere rappresentato da una sola persona od un organismo di più componenti i quali rimangono privi del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo (art. 1, comma primo, lett. b) d. lgs. n. 28 del 2010). A seguito dello svolgimento della mediazione la controversia può conciliarsi.

La procedura di mediazione, poi, può svolgersi presso un ente pubblico o privato inserito nel registro degli organismi a tale attività deputati. Tra di essi le Camere di Commercio, industria ed agricoltura.

L'art. 66-bis cod. cons. (Foro competente) ribadisce il tradizionale principio del foro inderogabile del consumatore, già presente nella previgente versione del codice del consumo e costituente clausola vessatoria ai sensi dell'art. 33, primo comma, lett. u), cod. cons. In base ad esso "Per le controversie civili inerenti all'applicazione delle Sezioni da I a IV del presente capo la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato".

L'art. 66-ter cod. cons. (Carattere imperativo, derivante dall'art. 25 Dir. 2011/82/UE) può ritenersi superfluo se confrontato con la norma di chiusura del codice del consumo rappresentata dall'art. 143 cod. cons. che, nel suo primo comma, riferendosi genericamente ad una "legislazione diversa da quella italiana" tutela maggiormente il consumatore aderente ad un contratto regolamentato dalla legislazione straniera scelta dal professionista.

Si tratta di affermazioni ripetitivamente inserite nelle Direttive destinate alla tutela del consumatore.

L'art. 66-ter cod. cons., infatti, si limita a ribadire che se diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro dell'Unione europea, i consumatori residenti in Italia non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo.

La norma ha poca importanza considerato che la normativa in commento deriva da una Direttiva improntata al principio di armonizzazione massima per cui le divergenze giuridiche statuali derivanti dalla sua applicazione sono davvero irrisorie.

Il secondo comma prevede, infine, che la presenza eventuale nel contratto di clausole di esclusione o limitazione di uno o più diritti previsti dalle disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo, non vincolano il consumatore. Coordinando la regola

con il precedente comma la inapplicabilità di tali clausole comporta l'applicazione necessaria della normativa inderogabile del caso.

Anche in questo caso trattasi di regola proposta ripetitivamente nelle Direttive della Unione europea che trova duplicazione nel secondo comma dell'art. 143.

L'art. 66-quater cod. cons., attinente alla "Informazione e ricorso extragiudiziale", prevede:

-al primo comma che qualsivoglia comunicazione e documento relativi ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e ai contratti a distanza, compresi moduli, formulari, note d'ordine, pubblicità o comunicazioni sui siti Internet, devono contenere un riferimento al Capo quivi commentato;

-al secondo comma la possibilità, per il professionista, di aderire a codici di condotta, secondo quanto previsto dall'articolo 27-bis, ovvero codici di autoregolamentazione comportamentale che le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare;

-al terzo comma che per la soluzione delle controversie sorte in relazione ai contratti regolamentati dal Capo in commento possono utilizzarsi le procedure di mediazione, di cui al d. lgs 4 marzo 2010, n. 28 (mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) e di negoziazione volontaria e paritetica nominate dall'articolo 2, comma 2, dello stesso d. lgs. 2010, n. 28.

L'art. 66-quinquies cod. cons. esprime regole già precedentemente inserite nel codice del consumo limitatamente ai soli contratti conclusi a distanza (art. 57 cod. cons. previgente versione) quivi meglio specificate.

Per il primo comma il consumatore è esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non richiesta di servizi, vietate, perché pratiche commerciali scorrette di tipo aggressivo dall' art. 26, comma 1, lettera f), cod. cons. ("...esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto..."). Segue ribadire il principio in base al quale l'assenza di una risposta da parte del consumatore non può presumersi espressione di consenso.

Scopo della previsione è evitare che il consumatore sia indotto ad acquistare beni o servizi non desiderati con l'erroneo convincimento di esservi giuridicamente tenuto per il solo fatto d'averli ricevuti. Come sottolineato dal sessantesimo Considerando della Dir. 2011/83/UE "Poiché la vendita per inerzia («*inertia selling*»), che consiste nella fornitura al consumatore di beni o servizi non richiesti, è vietata dalla direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno («direttiva sulle pratiche commerciali sleali») non è previsto alcun rimedio contrattuale, è necessario

introdurre nella presente direttiva il rimedio contrattuale che esonera il consumatore dall'obbligazione di pagare per una tale fornitura non richiesta."

Una norma analoga esisteva già, nel nostro ordinamento, per effetto dell'art. 18, comma 2, del d. lgs. n. 114/98 sulla riforma del commercio, che vieta di "inviare prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta". Tale articolo è globalmente applicabile ai contratti a distanza per espresso rinvio effettuato dal codice del consumo nell'art. 67, comma terzo, ma quella in commento è più garantista.

Il divieto di forniture spontanee non incorre con l'invio di campioni omaggio, senza spese o vincoli per il consumatore, per finalità promozionali.

È prassi, inoltre, chiedere al consumatore il consenso preventivo all'invio di beni in visione prevedendo che essi possano essere tratti:

- o gratuitamente, ma il consumatore può saggiarne la qualità e prevedere di ordinarne altri simili (è quanto avviene per le collane di libri), prassi che appare lecita;
- o disponendo che alla scadenza di un certo periodo la mancata restituzione implichi l'assenso al pagamento o, peggio, l'assenso tacito all'acquisto di ulteriori beni dello stesso tipo che vengano recapitati periodicamente. Queste ultime prassi sono da considerarsi illecite.

Si faccia attenzione all'uso del termine prestazione corrispettiva che può riferirsi anche a pagamenti mascherati sotto le voci rimborso spese di spedizione, contributo spese o spese accessorie. Peraltro, estensivamente parlando, nella dizione potrebbero rientrare anche prestazioni di altra natura, si pensi alla fornitura di internet automatica e gratuita cui, in cambio, venga richiesto al consumatore l'invio di una serie di dati personali che consenta l'invio di comunicazioni commerciali.

Quanto all'ultima parte del primo comma, è consolidato nel nostro ordinamento l'assenza di valore del silenzio ai fini contrattuali, tranne nel caso in cui, ripetuti e costanti rapporti tra le parti, facciano ritenere il contrario. In tale caso si parla di silenzio circostanziato, ovvero qualificato da circostanze tali, da renderlo significativo ai fini del perfezionamento di un contratto. Ma il silenzio del consumatore non potrebbe ritenersi tale né configurare, ai sensi dell'art. 1327 c.c., una ipotesi di contratto eseguito prima della risposta dell'accettante. Tale articolo prevede, infatti: "Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione. L'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte dell'iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno".

Il silenzio, poi, può ritenersi rilevante per espressa previsione contrattuale, si pensi al caso di tacito rinnovo del contratto ove non intervenga disdetta da comunicarsi entro una certa data dalla scadenza.

Piuttosto è stato osservato che, essendo tale principio consolidato in tutti gli stati moderni, la norma sembra avere prevalentemente una funzione di deterrenza psicologica, onde scoraggiare il professionista dal tentare di attribuire all'inerzia del destinatario il significato di una manifestazione di volontà negoziale (in tema Trib. Genova, 24 novembre 2006, in Corr. merito, 2007, p. 440 ss.).

Chiediamoci adesso cosa debba fare un consumatore che riceva un bene non richiesto, per il quale non si chiarisca la gratuità.

In passato una prima interpretazione, maggioritaria, riteneva che il consumatore sarebbe stato tenuto, ex art. 1177 c.c., alla sua custodia, a titolo di detenzione temporanea e necessitata, fino al momento della restituzione, franco spese. Avrebbe, dunque, dovuto sopportare i “costi”, in termini di perdita di tempo, ove il bene dovesse essere spedito (per esempio recandosi ad un ufficio postale). Non avrebbe potuto, in ogni caso utilizzarlo, in quanto il professionista ne avrebbe conservato la piena disponibilità fino alla sua restituzione.

Secondo altri il consumatore non sarebbe stato tenuto ad alcun obbligo di custodia e restituzione della merce, interpretando estensivamente il termine controprestazione inserita nel primo comma dell’art. 57 cod. cons. In tale caso la mancata restituzione sarebbe rientrata nel rischio d’impresa del professionista spinto ad utilizzare queste tecniche. Controprestazione, infatti, può essere anche una prestazione di carattere personale, oltre che patrimoniale.

Allora il problema può essere letto sotto un altro profilo. Una fornitura non richiesta, quant’anche non onerosa può sempre risultare non gradita. Pensiamo all’attivazione gratuita di una connessione internet nei riguardi di una famiglia i cui genitori non vogliono consentire ai loro figli di accedervi. Pensiamo, ancora, al ricevimento di un bene che comporti per il consumatore un onere di conservazione, ai fini della sua integrità. Ne deriva che anche una fornitura gratuita non richiesta, ove ne derivino effetti o conseguenze sgradite od onerose, deve risultare vietata e questo per contrasto con l’art. 2 della Cost. (lesione del diritto alla privacy o alla tranquillità individuale) e l’art. 23 Cost. secondo cui nessuna prestazione di carattere personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.

A maggior ragione imporre al consumatore di restituire la merce ricevuta senza previa richiesta, ove gli comporti un sacrificio in ordine di tempo, potrebbe violare i precetti costituzionali.

Oggi l’intera questione va riletta alla luce della qualificazione di tale comportamento come pratica commerciale scorretta aggressiva che comporta l’applicabilità delle sanzioni pecuniarie amministrative previste dall’art. 27 cod. cons., ferma la possibilità di ricorrere presso l’autorità giudiziaria civile per ottenere il risarcimento danni da responsabilità extracontrattuale. Nel caso in cui il consumatore ottemperi ad una richiesta di pagamento per l’erronea convinzione d’esservi tenuto, potrebbe ricorrere in giudizio ai sensi dell’art. 2033 c.c. (pagamento dell’indebitto oggettivo).

INSERIRE GIURISPRUDENZA CIVILE (TRIB. GENOVA 24-11-2006) e amm.va

Il secondo comma dell’art. 66-quinquies cod. cons. replica una norma preesistente alla novella del 2014 (ultima parte del comma secondo dell’art. 54, previgente versione cod. cons. “Salvo consenso del consumatore, da esprimersi prima o al momento della conclusione del contratto, il professionista non può adempiere eseguendo una fornitura diversa da quella pattuita, anche se di valore e qualità equivalenti o superiori”).

Esso prevede che il professionista non possa adempiere eseguendo una fornitura diversa da quella pattuita, anche se di valore e qualità equivalenti o superiori. Ciò gli sarebbe consentito solo se vi fosse il consenso del consumatore, espresso prima od al momento della conclusione del contratto.

Riallacciando la norma ai principi generali in materia di obbligazioni sappiamo che il creditore ha diritto ad un adempimento esatto. Pertanto, non è consentito adempiere con una fornitura diversa da quella originariamente prevista, anche se di valore pari o maggiore a questa.

Ci si chiede come la fattispecie possa essere ricostruita giuridicamente, se essa sia riconducibile:

-allo schema della obbligazione alternativa, ex art. 1285 c.c.;

-alla prestazione in luogo di adempimento ex art. 1197 od a altro.

Ai sensi dell'art. 1285 c.c., il debitore di una obbligazione alternativa si libera eseguendo una delle prestazioni dedotte in obbligazione, ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra; per l'art. 1286 c.c. la facoltà di scelta spetta al debitore, se non è stata attribuita al creditore o ad un terzo.

E' chiaro che la fattispecie non possa essere ricondotta allo schema della obbligazione alternativa in quanto non vi sono due o più prestazioni originarie tra le quali operare una scelta.

Nemmeno trattasi di prestazione in luogo di adempimento. Per l'art. 1197 c.c. il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In tal caso l'obbligazione si estingue quando la prestazione è eseguita.

Si comprende che, nella fattispecie di cui all'art. 1197 c.c., il consenso del creditore interviene nella fase esecutiva del contratto. Nell'art. 66-quinquies cod. cons., invece, l'accordo attiene al momento anteriore o coevo alla formazione del contratto. Sembra, dunque, più corretto ritenere che la fattispecie si inquadri nello schema della obbligazione facoltativa, la prestazione principale resta l'unica dedotta ad oggetto della obbligazione, tuttavia, con il consenso preventivo del consumatore è possibile liberarsi eseguendo una prestazione diversa di carattere sussidiario alla prima. Tale sussidiarietà comporta che, in caso di impossibilità della prestazione originaria per causa non imputabile al debitore, la obbligazione si estingue.

V'è, tuttavia, da ritenere che prestare un simile consenso potrebbe essere pericoloso per il consumatore che potrebbe ricevere beni sì di uguale o superiore valore a quelli ordinati ma completamente diversi, in quanto equivalenza di valore e qualità non significa equivalenza di natura ed identità.

In ultimo, la inosservanza di quanto previsto dalla norma in commento produce l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 66 cod. cons.

L'ultimo articolo avrebbe, a parere di chi scrive, dovuto avere solo i tre primi commi, a cui si riferisce il titolo, ovvero "Tutela in base ad altre disposizioni", i restanti avrebbero dovuto essere inseriti in un articolo a parte, il terzo, del d. lgs. n.

21 del 2014 trattandosi di modificazioni di altri articoli del codice del consumo influenzati dalla entrata in vigore del Capo in commento.

Per il primo comma dell'art. 67 cod. cons. “Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non escludono nè limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico di fonte comunitaria o adottate in conformità a norme comunitarie”.

Per il successivo secondo comma “Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti”.

Mentre potrebbe meravigliare la formulazione del terzo comma dell'art. 67 cod. cons. il quale rende applicabili le disposizioni di cui agli artt. 18, 19 e 20 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 14, (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio) ai soli contratti rientranti nella sezione III in commento. Lo stupore deriva dalla circostanza che gli articoli su richiamati, riferendosi alle forme speciali di vendita al dettaglio, rappresentano regole tradizionalmente applicate proprio ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali ed a distanza (v., rispettivamente, artt. 49 e 61 previgente versione cod. cons.) oggi disciplinati dalla sezione II del Capo in commento.

Ma se pensiamo che la sezione III è denominata “Altri diritti del consumatore” e contiene regole destinate anche ai contratti conclusi con modalità a distanza ed extra moenia l'indicazione è riferibile anche questi ultimi.

Quanto segue, ovvero i commi successivi dell'art. 67 cod. cons., riportano le integrazioni e modificazioni operate su altre norme del codice del consumo:

- l'aggiunta dell'allegato I (Informazioni relative all'esercizio del diritto di recesso);
- la modifica dell'art. 26, comma 1, lettera f);
- la modifica dell'art. 81, comma 3;
- la modifica dell'art. 144-bis, comma 1, cod. cons.;
- la modifica dell'art. 27 cod. cons.

La parte finale dell'art. 67, comma quarto, cod. cons. prevede che tutti i riferimenti normativi agli articoli del codice del consumo modificati dal d. lgs. n. 21 del 2014 “... si intendono fatti alle corrispondenti norme sostitutive di cui al medesimo comma 1...” e dispone l'ennesima abrogazione (comma 12-quinquiesdecies dell'art. 23 d. l. 6 luglio 2012, n. 95, Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135).

Art. 68 cod. cons.

Tale norma coordina le disposizioni dettate in materia di contratti a distanza con quelle disciplinanti i contratti elettronici, disponendo che alle offerte di servizi della società dell'informazione, effettuate ai consumatori per via elettronica, si applicano, per gli aspetti non disciplinati dal presente codice, le disposizioni di cui al d. lgs. n. 70/03, recante attuazione della Dir. 00/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

L'art. 12 di tale decreto legislativo si coordina anch'esso con la normativa in materia di contratti a distanza disponendo l'obbligo, per il prestatore di servizi della società

dell'informazione, di fornire informazioni ulteriori rispetto a quelle previste nel d. lgs. n. 185/99 (il riferimento oggi è agli artt. 49 e ss. del codice del consumo).

Art. 101 cod. cons.

La Parte III del codice del consumo termina con un Titolo V (Erogazione di servizi pubblici), Capo I (Servizi pubblici) contenente il solo art. 101.

Premesso che lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti della normativa vigente in materia, interessante è il secondo comma dell'articolo in questione secondo cui "Il rapporto di utenza deve svolgersi nel rispetto di standard di qualità predeterminati e adeguatamente resi pubblici".

Il successivo comma garantisce agli utenti, tramite forme rappresentative, "...la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalle leggi".

È la stessa legge a stabilire, per enti erogatori di particolari servizi pubblici l'obbligo di adottare apposite carte di servizi come avviene, ad esempio, per le strutture ospedaliere, diffuse al pubblico attraverso varie modalità, dal formato cartaceo alla pubblicazione su sito web.

Artt. 102-113 cod. cons.

Il Libro IV del codice del consumo, intitolato "Sicurezza e qualità dei prodotti" si apre con il Titolo I relativo alla "Sicurezza dei prodotti".

L'art.2 del codice del consumo annovera, tra i diritti del consumatore, il diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi (primo comma, lett. b), strettamente connesso con il diritto alla salute (art. 2, primo comma, lett.a) ed il correlativo diritto alla informazione (art. 2, primo comma, lett.c).

Secondo l'art. 102 "Il presente titolo intende garantire che i prodotti immessi sul mercato ovvero in libera pratica siano sicuri". Nella scelta di un prodotto il consumatore valuta, oltre la utilità, la sua sicurezza che viene garantita da un determinato produttore riponendovi fiducia.

La Unione Europea è, perciò, particolarmente sensibile al problema avendo emanato regole rivolte ad obbligare gli stati membri ad adottare regole uniformi in materia, in quanto assicurare la sicurezza dei prodotti immessi sul mercato consente la tutela preventiva del consumatore e struttura il mercato.

Le regole in materia di sicurezza dei prodotti quivi indicate sono da ritenersi applicabili, ai sensi del secondo capoverso del comma secondo "...laddove non esistono, nell'ambito della normativa vigente, disposizioni specifiche aventi come obiettivo la sicurezza dei prodotti".

Premessa la generica definizione di prodotto presente nell'art. 3, comma primo, lett. e) cod. cons. come "...qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale,

indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo...”, il primo capoverso del secondo comma dell’art. 102 cod. cons. precisa che il titolo in questione si applica a tutti i prodotti definiti come sicuri dall’art. 103, comma 1, lettera a).

Esclusioni parziali e totali dall’applicazione della disciplina in esame sono previste nella seconda parte dell’articolo.

Per il comma terzo dell’art. 102 cod. cons. le regole previste nel titolo in commento “...si applicano, per i prodotti soggetti a requisiti di sicurezza prescritti da normativa comunitaria, unicamente per gli aspetti ed i rischi o le categorie di rischio non soggetti a tali requisiti”. A tali prodotti non si applicano le definizioni di prodotto pericoloso e rischio grave contenute nell’art. 103, comma 1, lett. b) e c) e gli articoli 104 e 105 cod. cons. Diversamente a tali prodotti tornano ad applicarsi gli artt. 104 e 105 nonché gli artt. 106-108 “...se sugli aspetti disciplinati da tali articoli non esistono disposizioni specifiche riguardanti lo stesso obiettivo” (commi quarto e quinto art. 102 cod. cons.).

Infine “Le disposizioni del presente titolo non si applicano ai prodotti alimentari di cui al regolamento (CE) n. 178/2002, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002” (comma sesto art. 102 cod. cons.). Trattasi di settore destinatario di normativa specifica.

L’art. 103 cod. cons. contiene le definizioni richiamate dal precedente articolo. Ai fini del Titolo I in commento si intende per:

“...a) prodotto sicuro: qualsiasi prodotto, come definito all’articolo 3, comma 1, lettera e), che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l’installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l’impiego de prodotto e considerati accettabili nell’osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone in funzione, in particolare, dei seguenti elementi:

- 1) delle caratteristiche del prodotto, in particolare la sua composizione, il suo imballaggio, le modalità del suo assemblaggio e, se del caso, della sua installazione e manutenzione;
 - 2) dell’effetto del prodotto su altri prodotti, qualora sia ragionevolmente prevedibile l’utilizzazione del primo con i secondi;
 - 3) della presentazione del prodotto, della sua etichettatura, delle eventuali avvertenze e istruzioni per il suo uso e la sua eliminazione, nonché di qualsiasi altra indicazione o informazione relativa al prodotto;
 - 4) delle categorie di consumatori che si trovano in condizione di rischio nell’utilizzazione del prodotto, in particolare dei minori e degli anziani;
- b) prodotto pericoloso: qualsiasi prodotto che non risponda alla definizione di prodotto sicuro di cui alla lettera a);
- c) rischio grave: qualsiasi rischio grave compreso quello i cui effetti non sono immediati, che richiede un intervento rapido delle autorità pubbliche;
- d) produttore:

-il fabbricante del prodotto stabilito nella Comunità e qualsiasi altra persona che si presenti come fabbricante apponendo sul prodotto il proprio nome, il proprio marchio o un altro segno distintivo, o colui che rimette a nuovo il prodotto; il rappresentante del fabbricante se quest'ultimo non è stabilito nella Comunità o, qualora non vi sia un rappresentante stabilito nella Comunità, l'importatore del prodotto; gli altri operatori professionali della catena di commercializzazione nella misura in cui la loro attività possa incidere sulle caratteristiche di sicurezza dei prodotti;

e) distributore: qualsiasi operatore professionale della catena di commercializzazione, la cui attività non incide sulle caratteristiche di sicurezza dei prodotti;

f) richiamo: le misure volte ad ottenere la restituzione di un prodotto pericoloso che il fabbricante o il distributore ha già fornito o reso disponibile ai consumatori;

g) ritiro: qualsiasi misura volta a impedire la distribuzione e l'esposizione di un prodotto pericoloso, nonché la sua offerta al consumatore".

In relazione alla prima delle definizioni suesposte, per valutare la sicurezza offerta da un prodotto occorre verificare se esso sia normalmente utilizzato, ovvero sia è usato per uno scopo confacente all'acquisto, e se, a tale ordinaria utilizzazione non crei alcun rischio o rischi minimi. Ciò richiede una indagine che valuti, ad esempio, anche l'effetto combinato della utilizzazione con altri prodotti o l'essere il bene, rischioso se utilizzato da soggetti cui normalmente non è destinato come minori od anziani.

Quanto alle definizioni di cui alle lettere d-e) è responsabile della sicurezza dei prodotti chi incide sulle sue caratteristiche come il produttore degli stessi o il suo rappresentante o l'importatore. Diversamente non è responsabile il distributore, salvo quanto precisato nell'art. 104 cod. cons.

Relativamente alle differenze tra l'azione di richiamo e di ritiro mentre la prima è rivolta ad ottenere la restituzione, al fine della riparazione o sostituzione di un prodotto già collocato presso i consumatori; la seconda impedisce la commercializzazione eliminando dal mercato i prodotti non ancora immessi.

L'art. 104, terzo comma, cod. cons., obbliga il produttore ad informare il consumatore sugli eventuali rischi connessi all'utilizzazione di un bene ed a intraprendere misure adeguate a neutralizzarli, compresi il ritiro del prodotto dal mercato, il richiamo nonché l'informazione appropriata ed efficace dei consumatori.

A tal fine il successivo quinto comma prevede che le misure di ritiro, di richiamo e di informazione al consumatore hanno luogo su base volontaria o su richiesta delle competenti autorità a norma dell'articolo 107.

Il richiamo interviene quando altre azioni non siano sufficienti a prevenire i rischi del caso, ovvero quando i produttori lo ritengano necessario o vi siano tenuti in seguito a provvedimenti dell'autorità competente.

Esempio di richiamo sono stati gli interventi realizzati, in momenti successivi, dalla casa automobilistica Toyota relativamente a due modelli di autovetture per le quali aveva ricevuto segnalazioni dalla propria rete distributiva di seri difetti, causa, tra l'altro di incidenti.

In un caso particolare si trattava della facilità di usura del freno anteriore sinistro, attribuibile ad un particolare lotto di autovetture uscite dalla fabbrica nel giugno

2006. In quella occasione il costruttore ha avvisato le Autorità nazionali competenti e disposto un'ampia campagna informativa per consentire ai proprietari di autovetture di effettuare riparazioni gratuite presso i meccanici autorizzati.

In un altro caso un difetto dell'interruttore degli alzacristalli elettrici che poteva causare un corto circuito in alcuni tipi di vetture commercializzate tra il 2008 ed il 2010. Ne è derivato il richiamo di 6.5 milioni di veicoli e la sostituzione e/o riparazione della componente incriminata.

Casi di richiamo vi sono stati anche per la installazione di difettosi *airbeg* su circa 53 milioni di vettura della FCA, Honda, BMW ed altre case automobilistiche, causa di aperture accidentali in corso di marcia con correlativi incidenti anche mortali e mancata apertura in caso di sinistri.

Diversamente è accaduto che la Mattel, nel 2007, abbia scoperto che un particolare modello di bambola realizzato in Cina, nelle fabbriche in cui aveva delocalizzato la produzione, fosse colorata con una sostanza ritenuta cancerogena e vietata nei principali mercati. In tal caso la società produttrice ne ha disposto il richiamo e conseguente eliminazione dal mercato.

Importante, infine, tornando all'articolo di partenza, è il secondo comma dell'art. 103 cod. cons., per il quale la sicurezza o pericolosità di un prodotto non può essere valutata sulla base che altri beni presentano un rischio di utilizzo minore od offrono un livello di sicurezza maggiore.

L'art. 104 cod. cons. distingue gli obblighi incombenti sul produttore e distributore. Trattasi di c.d. responsabilità a cascata.

Il primo deve immettere sul mercato solo prodotti sicuri, fornendo al consumatore tutte le informazioni "...utili alla valutazione e alla prevenzione dei rischi derivanti dall'uso normale o ragionevolmente prevedibile del prodotto, se non sono immediatamente percettibili senza adeguate avvertenze, e alla prevenzione contro detti rischi". Ciò significa che, se vi sono prodotti che possono essere pericolosi in determinate condizioni, il relativo rischio può essere minimizzato o neutralizzato con adeguate avvertenze.

Importante è, tuttavia, la precisazione che chiude il secondo comma dell'art. 104 cod. cons. secondo cui aver predisposto adeguate avvertenze non esime da responsabilità il produttore secondo la complessiva disciplina prevista in materia.

Tra le misure "adeguate" adottate dal produttore del bene, in funzione delle caratteristiche del prodotto fornito, per consentire al consumatore sia di essere informato sui rischi connessi al suo uso sia per intraprendere le iniziative per neutralizzare tali rischi, compresi il ritiro del prodotto dal mercato ed il richiamo, ritroviamo:

"...a) l'indicazione in base al prodotto o al suo imballaggio, dell'identità e degli estremi del produttore; il riferimento al tipo di prodotto o, eventualmente, alla partita di prodotti di cui fa parte, salva l'omissione di tale indicazione nei casi in cui sia giustificata;

b) i controlli a campione sui prodotti commercializzati, l'esame dei reclami e se del caso, la tenuta di un registro degli stessi, nonché l'informazione ai distributori in merito a tale sorveglianza" (commi terzo e quarto art. 104 cod. cons.).

Per il sesto comma dell'art. 104 cod. cons. il distributore deve agire con diligenza nell'esercizio della sua attività per contribuire a garantire l'immissione sul mercato di prodotti sicuri. Tale soggetto professionale, pur non essendo direttamente responsabile della sicurezza dei prodotti, è tenuto alla esplicazione di una attività sostanzialmente corretta ovvero:

"...a) a non fornire prodotti di cui conosce o avrebbe dovuto conoscere la pericolosità in base alle informazioni in suo possesso e nella sua qualità di operatore professionale;

b) a partecipare al controllo di sicurezza del prodotto immesso sul mercato, trasmettendo le informazioni concernenti i rischi del prodotto al produttore e alle autorità competenti per le azioni di rispettiva competenza;

c) a collaborare alle azioni intraprese di cui alla lettera b), conservando e fornendo la documentazione idonea a rintracciare l'origine dei prodotti per un periodo di dieci anni dalla data di cessione al consumatore finale".

Ne deriva, per il seguito settimo comma "Qualora i produttori e i distributori sappiano o debbano sapere, sulla base delle informazioni in loro possesso e in quanto operatori professionali, che un prodotto da loro immesso sul mercato o altrimenti fornito al consumatore presenta per il consumatore stesso rischi incompatibili con l'obbligo generale di sicurezza...", un obbligo di tempestiva informazione alle amministrazioni competenti con indicazione dei comportamenti intrapresi per prevenire i rischi per i consumatori.

Se il rischio paventato si palesa grave, il successivo comma ottavo dell'art. 104 cod. cons. dispone che le informazioni da fornire comprendono almeno:

"...a) elementi specifici che consentano una precisa identificazione del prodotto o del lotto di prodotti in questione;

b) una descrizione completa del rischio presentato dai prodotti interessati;

c) tutte le informazioni disponibili che consentono di rintracciare il prodotto;

d) una descrizione dei provvedimenti adottati per prevenire i rischi per i consumatori".

Naturale previsione conclusiva, contenuta nel comma nono, è l'obbligo di collaborazione di produttori e distributori, "...con le Autorità competenti, ove richiesto dalle medesime, in ordine alle azioni intraprese per evitare i rischi presentati dai prodotti che essi forniscono o hanno fornito".

L'art. 105 cod. cons. (Presunzione e valutazione di sicurezza) fissa i criteri di valutazione della sicurezza dei prodotti che si presumono tali, in mancanza di specifiche disposizioni comunitarie, quando si conformano alla legislazione vigente nello Stato membro in cui sono commercializzati e rispondenti ai requisiti previsti sul piano sanitario e della sicurezza.

Dal punto di vista del profilo dei rischi un prodotto si presume sicuro se il produttore dimostra di aver rispettato le regole dell'Unione Europea o italiane.

Nel caso di assenza di regole giuridiche o tecniche per la valutazione, è possibile prendere in esame:

- le norme nazionali non obbligatorie che recepiscono norme europee;
- le norme in vigore nello Stato membro in cui il prodotto è commercializzato;
- le raccomandazioni della Commissione Europea relative ad orientamenti sulla valutazione della sicurezza dei prodotti;
- i codici di buona condotta in materia di sicurezza vigenti nel settore interessato;
- gli ultimi ritrovati della tecnica;
- il livello di sicurezza che i consumatori possono ragionevolmente attendersi (commi primo-terzo art. 105 cod. cons.).

Salvo quanto sopra disposto, le Autorità competenti intervengono, nel caso un prodotto si dimostri, malgrado la conformità, pericoloso per la salute o sicurezza del consumatore, per limitare o impedire l'immissione sul mercato o chiederne il ritiro od il richiamo dal mercato.

L'art. 106 cod. cons. individua gli enti preposti ai controlli di cui al successivo art. 107. Trattasi dei Ministeri dello sviluppo economico, della salute, del lavoro e delle politiche sociali, dell'interno, dell'economia e delle finanze, delle infrastrutture e trasporti, nonché le altre amministrazioni pubbliche di volta in volta competenti per materia.

Le amministrazioni pubbliche scambiano per via telematica le informazioni relative alla attività esercitata mediante il sistema pubblico di connettività (SPC) che consente la condivisione delle informazioni della pubblica amministrazione.

Secondo il primo comma dell'art. 107 cod. cons., le amministrazioni suindicate provvedono a controllare che i prodotti immessi sul mercato siano sicuri.

Il Ministero dello sviluppo economico è tenuto ad informare la Commissione europea del loro elenco, nonché degli uffici e degli organi di cui esse si avvalgono, aggiornato annualmente su indicazione delle amministrazioni stesse.

Le misure che tali amministrazioni possono intraprendere sono differenti secondo il livello di pericolosità o meno del prodotto:

“...a) per qualsiasi prodotto:

1) disporre, anche dopo che un prodotto è stato immesso sul mercato come prodotto sicuro, adeguate verifiche delle sue caratteristiche di sicurezza fino allo stadio dell'utilizzo o del consumo, anche procedendo ad ispezioni presso gli stabilimenti di produzione e di confezionamento, presso i magazzini di stoccaggio e presso i magazzini di vendita;

2) esigere tutte le informazioni necessarie dalle parti interessate;

3) prelevare campioni di prodotti per sottoporli a prove ed analisi volte ad accertare la sicurezza, redigendone processo verbale di cui deve essere rilasciata copia agli interessati.

b) Per qualsiasi prodotto che possa presentare rischi in determinate condizioni:

1) richiedere l'apposizione sul prodotto, in lingua italiana, di adeguate avvertenze sui rischi che esso può presentare, redatte in modo chiaro e facilmente comprensibile;

2) sottoporre l'immissione sul mercato a condizioni preventive, in modo da renderlo sicuro.

c) Per qualsiasi prodotto che possa presentare rischi per determinati soggetti:

1) disporre che tali soggetti siano avvertiti tempestivamente ed in una forma adeguata di tale rischio, anche mediante la pubblicazione di avvisi specifici;

d) per qualsiasi prodotto che può essere pericoloso:

1) vietare, per il tempo necessario allo svolgimento dei controlli, delle verifiche o degli accertamenti sulla sicurezza del prodotto, di fornirlo, di proporlo la fornitura o di esporlo;

2) disporre, entro un termine perentorio, l'adeguamento del prodotto o di un lotto di prodotti già commercializzati agli obblighi di sicurezza previsti dal presente titolo, qualora non vi sia un rischio imminente per la salute e l'incolumità pubblica.

e) Per qualsiasi prodotto pericoloso:

1) vietarne l'immissione sul mercato e adottare le misure necessarie a garantire l'osservanza del divieto;

f) per qualsiasi prodotto pericoloso già immesso sul mercato rispetto al quale l'azione già intrapresa dai produttori e dai distributori sia insoddisfacente o insufficiente:

1) ordinare o organizzare il suo ritiro effettivo e immediato e l'informazione dei consumatori circa i rischi da esso presentati.

I costi relativi sono posti a carico del produttore e, ove ciò non sia in tutto o in parte possibile, a carico del distributore;

2) ordinare o coordinare o, se del caso, organizzare con i produttori e i distributori, il suo richiamo anche dai consumatori e la sua distruzione in condizioni opportune. I costi relativi sono posti a carico dei produttori e dei distributori.

Per quei prodotti che presentano un rischio grave le amministrazioni attuano rapidamente gli interventi previsti dal comma secondo (lett. b-f), tenendo conto delle linee-guida che riguardano la gestione del RAPEX (*Rapid exchange about safety product*), procedimento rapido di notifica relativo alla commercializzazione o l'uso di prodotti che presentano un rischio grave per i consumatori, di cui all'allegato II del codice del consumo (secondo e terzo comma, art. 107, cod. cons.), introdotto fin dal 2003. Trattasi di prodotti circolanti sul territorio europeo che possono o meno avere tale origine ed indipendentemente dalla fonte, legale od illegale, di immissione.

Dunque, le amministrazioni agiscono diversamente secondo la situazione da affrontare: dai controlli previsti genericamente per ogni tipo di bene, che possono condurre al riscontro o meno di criticità, agli interventi relativi a prodotti che possono presentare rischi per determinate categorie di persone, dagli interventi relativi ai prodotti di accertata pericolosità non ancora immessi nel mercato a quelli riservati a prodotti di accertata pericolosità già immessi nel mercato.

Le amministrazioni competenti, nell'adottare le misure previste dal comma secondo dell'art. 107, con particolare riferimento alle lett. d) ed f) si comportano secondo il c.d. principio di precauzione, che le legittima ad assumere tali misure anche se il rischio che si intende prevenire non è stato ancora definitivamente accertato nella sua

esistenza ed entità (quarto comma, art. 107, cod. cons.) Per l'esercizio delle proprie competenze si avvalgono della Agenzia delle dogane e della Guardia di finanza, le quali hanno accesso al sistema di scambio rapido delle informazioni gestite dal sistema RAPEX (comma sesto art. 107 cod. cons.). Il Ministro della salute si avvale dei propri uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera.

Esse “incoraggiano e favoriscono l'azione volontaria dei produttori e dei distributori di adeguamento agli obblighi imposti dal presente titolo, anche mediante l'eventuale elaborazione di codici di buona condotta ed accordi con le categorie di settore” (comma quinto art. 107 cod. cons.).

Destinatari delle misure di cui all'articolo in esame sono, per il settimo comma dell'art. 107 cod. cons. il produttore, il distributore, e, in particolare, “...il responsabile della prima immissione in commercio...” nonché “qualsiasi altro detentore del prodotto, qualora ciò sia necessario al fine di collaborare alle azioni intraprese per evitare i rischi derivanti dal prodotto stesso”, in ciò ricomprendendo anche l'utilizzatore del bene.

Le Amministrazioni competenti, per il comma decimo dell'art. 107 cod. cons., sono tenute al segreto professionale relativamente alle informazioni acquisite nella loro attività salvo “... la loro divulgazione sia necessaria alla tutela della salute o della pubblica o privata incolumità”.

Regole procedurali relative agli interventi adottabili dalle amministrazioni competenti in materia di controlli sulla sicurezza dei prodotti sono fissate dall'art. 108 cod. cons. che dispone, per i provvedimenti limitativi della immissione sul mercato di un prodotto o ne dispone il ritiro o il richiamo la loro adeguata motivazione, l'indicazione dei termini e delle Autorità competenti cui è possibile ricorrere e la notifica entro sette giorni dall'adozione (primo comma art. 108, cod. cons.).

Ad eccezione dei casi di grave o immediato pericolo per la salute o per la pubblica o privata incolumità, prima dell'adozione delle misure di cui all'art. 108, commi secondo e terzo, agli interessati deve essere consentito di partecipare alla fase del procedimento amministrativo e di presenziare agli accertamenti riguardanti i propri prodotti. Si applicano, a riguardo, le regole previste dagli artt. 7 e ss. **l. n. 241/1990** in base ai quali gli interessati possono presentare osservazioni orali e scritte, queste ultime anche successivamente alla emanazione del provvedimento se, a causa dell'urgenza della misura da adottare, non hanno potuto partecipare al procedimento (secondo e terzo comma art. 108 cod. cons.). La procedura istruttoria per l'adozione dei provvedimenti è disciplinata con regolamento in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione (quarto comma art. 108 cod. cons.).

L'art. 109 cod. cons. detta obblighi a carico delle amministrazioni competenti ad attuare controlli sulla sicurezza dei prodotti al fine di assicurare una “...efficace sorveglianza del mercato, volta a garantire un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza dei consumatori.”. Trattasi:

-della istituzione, l'aggiornamento e l'esecuzione di programmi di sorveglianza per categorie di prodotti o di rischi,

- dell'aggiornamento delle conoscenze scientifiche e tecniche relative alla sicurezza dei prodotti;
- della predisposizione di esami e valutazioni sui sistemi di controllo e la loro efficacia.

Le Amministrazioni competenti assicurano “la gestione dei reclami presentati dai consumatori e dagli altri interessati con riguardo alla sicurezza dei prodotti e alle attività di controllo e sorveglianza...” secondo modalità operative concordate in sede di conferenza di servizi (primo e secondo comma art. 109 cod. cons.)

L'art. 110 cod. cons. (Notificazione e scambio di informazioni) attiene agli obblighi di notificazione dei provvedimenti emanati dalle amministrazioni competenti alla Commissione europea al fine di creare un efficace scambio di notizie in merito alla sicurezza dei prodotti circolanti nel mercato. Tra questi sistemi di notifiche vi è il RAPEX relativo alla commercializzazione o l'uso di prodotti che presentano un rischio grave per i consumatori tranne alimenti e mangimi, prodotti farmaceutici e dispositivi medici, per i quali esistono altri sistemi di allarme specifici.

Scopo del RAPEX è quello di prevenire e di limitare l'afflusso sul mercato comunitario dei prodotti potenzialmente dannosi per i consumatori i quali, insieme alle informazioni ed ai rischi ad essi associati, sono raccolti e catalogati su un apposito sito web (http://ec.europa.eu/consumers/dyna/rapex/rapex_archives_en.cfm).

Secondo la relazione sulle attività di Rapex nel 2011 nella UE sono stati vietati, ritirati o richiamati oltre 1800 prodotti pericolosi. Tessili, articoli di abbigliamento e di moda rappresentano il 27% dei prodotti pericolosi identificati da Rapex, seguiti da giocattoli (21%), veicoli (11%), apparecchi elettrici (8%) e cosmetici (7%).

L'UE lavora in stretta collaborazione con la Cina per ridurre il numero elevato di prodotti pericolosi provenienti da questo paese, che nel 2011 hanno rappresentato il 54% delle notifiche. Il lavoro di Rapex è stato agevolato anche dall'entrata in vigore nel 2011, di norme di sicurezza più severe per i giocattoli: si pensi che, nel 2011, il 35% dei giocattoli destinati ai bambini con meno di tre anni non rispettava le norme europee in materia.

Secondo le regole disposte dalla UE i provvedimenti, anche concordati con produttori e distributori, adottati per limitare o sottoporre a particolari condizioni la commercializzazione o l'uso di prodotti che presentano un rischio grave per i consumatori, vanno notificati alla Commissione europea secondo le prescrizioni del sistema RAPEX, previa comunicazione al Ministero dello Sviluppo Economico.

Se il rischio relativo alla sicurezza dei prodotti è limitato al territorio nazionale, per essere oggetto di notificazione deve presentare un interesse anche per gli altri Stati membri e non essere stato oggetto di precedenti segnalazioni.

In base a quanto segnalato la Commissione può adottare, se lo ritiene opportuno, una decisione che imponga agli stati membri di adottare misure idonee. Essa, se attinente a prodotti che presentano un rischio grave per la salute e sicurezza dei consumatori, è comunicata, a cura del Ministero dello sviluppo economico, all'amministrazione competente per assumere provvedimenti idonei entro i venti giorni successivi, salvo

termine minore. “Le Autorità competenti assicurano alle parti interessate la possibilità di esprimere entro un mese dall’adozione della decisione di cui al comma 5, pareri ed osservazioni per il successivo inoltro alla Commissione” (quinto e sesto comma art. 110 cod. cons.).

Per il successivo comma, infine, è vietata la esportazione di prodotti pericolosi oggetto di una decisione della Commissione a meno che sia diversamente disposto. Dunque, il sistema Rapex funziona da filtro anche per le esportazioni pericolose oltre che di filtraggio per la circolazione di prodotti all'interno della UE.

L’articolo 111 (Responsabilità del produttore) fa salve le disposizioni di cui al titolo secondo in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi. Trattasi dell'altro aspetto di tutela della normativa sulla sicurezza dei prodotti che interviene quando si sia prodotto un danno ed il consumatore ne richiede il risarcimento.

Se il prodotto insicuro determina un danno a persone o cose viene ad applicarsi, dunque, la responsabilità del produttore esercitando l'azione giudiziaria civile corrispondente; pertanto il richiamo e ritiro dei prodotti insicuri tende a scongiurare la responsabilità civile del produttore per danni a persone e cose.

Le due forme di tutela per il consumatore possono coesistere in quanto mentre le regole in materia di sicurezza sono finalizzate ad attuare una tutela generica del mercato con finalità prevalentemente preventiva, le regole sulla responsabilità del produttore intervengono a danno avvenuto.

Il sistema sanzionatorio relativo alle violazioni in materia di sicurezza dei prodotti è contenuto nell’art. 112 cod. cons. e distingue profili di responsabilità penale ed amministrativa.

I primi tre commi dell’art. 112 cod. cons. si aprono con la locuzione “Salvo che il fatto costituisca più grave reato...” prefigurando l'insorgere di ipotesi delittuose ancora più gravi. Le fattispecie sanzionate sono le seguenti:

- il produttore o il distributore che immette sul mercato prodotti pericolosi violando le disposizioni delle amministrazioni competenti ai sensi dell’art. 107, secondo comma, lett. e) cod. cons., è punito con l’arresto da sei mesi ad un anno e con l’ammenda da 10.000 euro a 50.000 euro art. 112, primo comma, cod. cons.);

-il produttore che immette sul mercato prodotti pericolosi, è punito con l’arresto fino ad un anno e con l’ammenda da 10.000 euro a 50.000 euro (secondo comma art. 112 cod. cons.);

-il produttore o il distributore che non ottempera ai provvedimenti emanati a norma dell’articolo 107, comma 2, lettere b), numeri 1) e 2), c) e d), numeri 1) e 2), è punito con l’ammenda da 10.000 euro a 25.000 euro (terzo comma art. 112 cod. cons.).

Diversamente:

-il produttore o il distributore che non assicura la dovuta collaborazione ai fini dello svolgimento delle attività di cui all’articolo 107, comma 2, lettera a), è soggetto alla sanzione amministrativa da 2.500 euro a 40.000 euro (quarto comma art. 112 cod. cons.);

- il produttore che violi le disposizioni di cui all’articolo 104, commi 2, 3, 5, 7, 8 e 9, ed il distributore che violi le disposizioni di cui al medesimo art. 104, commi 6, 7, 8 e

9, sono soggetti ad una sanzione amministrativa compresa fra 1.500 euro e 30.000 euro (quinto comma art. 112 cod. cons.).

L' art. 113 cod. cons. costituisce norma di rinvio. Riallacciandosi a quanto disposto nell'art. 102 cod. cons. fa salve "...le specifiche norme di settore che, con riferimento a particolari categorie merceologiche, obbligano a specifici standard di sicurezza" nonché "... le disposizioni regionali che "...disciplinano i controlli di competenza".

Artt. 114- 127 cod. cons.

Il Titolo II della Parte IV del codice del consumo è destinata alla "Responsabilità per danno da prodotti difettosi".

Per l'art. 114 cod. cons., rubricato "Responsabilità del produttore" il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto.

Tale responsabilità, introdotta in Italia attraverso il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, in recepimento della Dir. 85/374/CEE, è extracontrattuale e presuntiva, ma tale presunzione ammette la prova contraria.

La responsabilità del produttore si collega alla distribuzione sul mercato di prodotti di massa ed è di tipo presuntivo e non oggettivo, poiché prescinde dall'accertamento della consapevolezza del produttore, non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto (così Cass., sez. III, 26 giugno 2015, n. 13225).

Il consumatore danneggiato deve, infatti, provare «il collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno».

L'art. 115 cod. cons. contiene le definizioni, attinenti al solo titolo II, di:

-prodotto, ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile, ricomprendendo anche la elettricità;

-produttore, il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, il produttore della materia prima, nonché, per i prodotti agricoli del suolo e, per quelli dell'allevamento, della pesca e della caccia, rispettivamente l'agricoltore, l'allevatore, il pescatore ed il cacciatore.

Esse vanno, dunque, a prevalere su quelle di prodotto e produttore previste dall'art. 3 cod. cons.

Di fatto, dunque, le nozioni suindicate delimitano il campo di applicazione delle regole in tema di responsabilità del produttore ai soli beni mobili finiti o assemblati, nonché alla componentistica (per esempio i pneumatici di un'autovettura e le prese di corrente di un appartamento) con esclusione dei beni immobili per i quali si applicano le regole dettate dal codice civile in materia di responsabilità del proprietario di un edificio o altra costruzione per danni cagionati dalla rovina, salvo che non provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizi di costruzione (art. 2053 c.c.) e la responsabilità dell'appaltatore per vizi del suolo, per difetti della costruzione, e per la sua rovina, in tutto in parte (art. 1669 c.c.).

La ricomprensione tra i beni mobili anche della elettricità ha fatto ritenere che anche i danni provocati da balzi di tensione possano ricondursi alla responsabilità del

produttore, per quanto altri autori sostengono che essi sarebbero da ascrivere, più correttamente, ad una prestazione difettosa.

L'art. 116, primo comma, cod. cons. estende la responsabilità del produttore al fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di una attività commerciale quando il primo non sia individuato.

Questa responsabilità è subordinata alla omissione di comunicazione, al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, della identità e domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto. Tale richiesta, per il successivo comma secondo, deve pervenire al fornitore per iscritto indicando il prodotto che ha cagionato il danno, il luogo e, con ragionevole approssimazione, la data dell'acquisto; deve, inoltre, contenere l'offerta in visione del prodotto, se ancora esistente.

La responsabilità del fornitore è, dunque, legata alla coesistenza di tre fattori: che il fornitore abbia distribuito il prodotto nell'ambito di una attività commerciale, che il produttore non sia noto e che il fornitore ometta di rivelarne l'identità.

Si è parlato, in proposito, di "responsabilità a cascata", che colpisce i soggetti della catena commerciale, evidenziandone l'importanza al fine di assicurare maggiori garanzie di trasparenza. Così pure, ai sensi dell'art. 104 cod. cons., il fornitore è obbligato, al pari del distributore, nell'omettere "...la fornitura di prodotti di cui conosce o avrebbe dovuto conoscere la pericolosità, in base alle informazioni in suo possesso".

Rivolgendosi il consumatore alla A.G.O. per fare accertare la responsabilità ed ottenere il risarcimento del danno, se la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio non è stata preceduta dalla richiesta suindicata, può seguirvi. In tal caso il convenuto può rispondere entro i tre mesi successivi o nel termine maggiore concesso dal giudice "... se le circostanze lo giustificano" (terzo e quarto comma art. 116 cod. cons.).

Il terzo indicato come produttore o precedente fornitore, chiamato nel processo ex art. 106 c.p.c. (Intervento su istanza di parte), se compare e non contesta la chiamata determina la estromissione dal processo del fornitore originariamente convenuto il quale può chiedere "...la condanna dell'attore al rimborso delle spese cagionategli dalla chiamata in giudizio" (comma quinto art. 116 cod. cons.).

L'art. 116 cod. cons. si chiude (sesto comma) con l'affermazione che le sue disposizioni sono applicabili anche al "...prodotto importato nella Unione europea, quando non sia individuato l'importatore, anche se sia noto il produttore".

L'art. 117, primo comma, cod. cons. indica come prodotto difettoso quello che non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, da valutarsi caso per caso, tra cui:

"...a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite...". L'affermazione si ricollega agli obblighi di informazione del produttore contenuti nelle istruzioni di utilizzo. Così lo scoppio di una caffettiera, causata dal cattivo funzionamento della valvola di sicurezza, è causa di responsabilità del produttore se nelle istruzioni non è

stata specificata la necessità di prestare attenzione a questo componente pulendolo dalle incrostazioni di calcare o sostituendo l'apparecchio nel caso rientri o fischi a causa della pressione.

“...b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere;

c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione”.

Nella valutazione della difettosità valgono le indicazioni fornite dai commi secondo e terzo dell'art. 117 cod. cons. in base alle quali “Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio” e “un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie”.

Dunque appare chiaro che il difetto del prodotto si basa sul concetto di sicurezza, regolamentata dagli artt. 102 e ss. cod. cons.; è, pertanto, diverso dal concetto di vizio del bene il quale non comporta necessariamente la sua pericolosità.

Per l'art. 118 cod. cons. la responsabilità è tassativamente esclusa in presenza di alcune situazioni:

a) se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione;

b) se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione;

c) se il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, né lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della sua attività professionale;

d) se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante;

e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso;

f) nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, se il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date”.

Le ipotesi indicate esonerano da responsabilità se il produttore ne dimostri la sussistenza.

In relazione all'ipotesi descritta dalla lettera e), il c.d. rischio di sviluppo, la Corte di Giustizia della Comunità Europea ha specificato che tale disposizione, non riguarda la prassi e gli standard di sicurezza in uso nel settore industriale in cui opera il produttore. Inoltre la disposizione esonerativa non prende in considerazione lo stato delle conoscenze di cui il produttore era o poteva essere concretamente o soggettivamente informato, ma lo stato oggettivo delle conoscenze scientifiche e tecniche di cui il produttore si presume sia informato.

Per l'art. 119, primo e secondo comma cod. cons., un prodotto è posto in circolazione quando “...sia consegnato all'acquirente, all'utilizzatore, o a un ausiliario di questi, anche in visione o in prova oppure quando sia consegnato al vettore o allo spedizioniere per l'invio all'acquirente o all'utilizzatore”.

Il terzo comma dell'art. 119 cod. cons. deroga al principio in base al quale il prodotto deve essere messo in circolazione in maniera volontaria dal fabbricante, affermando che la responsabilità del produttore non è esclusa se i beni siano in circolazione a causa di una vendita giudiziale forzata a meno che "...il debitore abbia segnalato specificamente il difetto con dichiarazione resa all'ufficiale giudiziario all'atto del pignoramento o con atto notificato al creditore precedente e depositato presso la cancelleria del giudice dell'esecuzione entro quindici giorni dal pignoramento stesso".

A carico del danneggiato, in base al primo comma dell'art. 120 cod. cons. vi è l'onere di provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno.

Con riferimento al primo nesso, il danneggiato deve dimostrare di aver fatto uso del prodotto; con riferimento al secondo nesso, il danneggiato deve provare che dall'uso normale del prodotto siano derivati dei danni. La fonte della responsabilità del produttore, infatti, non consiste nella mera difettosità del prodotto, bensì in una fattispecie complessa che risulta composta dall'uso normale del prodotto e dalla causazione di effetti dannosi. In altre parole, il danneggiato non può dolersi di una difettosità che sia rimasta latente e priva di conseguenze materiali ed è tenuto, pertanto, a dimostrare il collegamento causale tra gli effetti materiali anomali derivanti dall'uso normale del prodotto ed il danno subito alla sua integrità fisica ovvero ad altro bene materiale.

Nell'ipotesi in cui il danneggiato riesca ad assolvere l'onere probatorio sopra descritto, viene a gravare sul produttore la dimostrazione della prova liberatoria, mediante una delle esimenti contenute nell'articolo 118.

I principi sono confacenti con le regole in materia di responsabilità extracontrattuale (artt. 2043 ss. c.c.) e connotano la responsabilità del produttore come di tipo presuntivo, consentendo la prova contraria (presunzione iuris tantum).

Infine, con una indicazione procedurale, il terzo ed ultimo comma dispone che, in caso di verosimiglianza della derivazione del danno dal difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica, spesso necessarie per accertare il rapporto causa-effetto, siano anticipate dal produttore.

In caso di pluralità di responsabili del medesimo danno, dispongono i primi due commi dell'art. 121 cod., tutti sono obbligati in solido al risarcimento con possibilità di esercitare l'azione di regresso verso i condebitori solidali da parte di chi ha estinto il debito. Tale azione tiene conto della "...misura determinata dalle dimensioni del rischio riferibile a ciascuno, dalla gravità delle eventuali colpe e dalla entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio la ripartizione avviene in parti uguali". Trattasi dell'applicazione delle regole in materia di solidarietà.

Se il danno è concorso anche per fatto colposo del danneggiato, ai sensi del primo comma dell'art. 122 cod. cons. il risarcimento si valuta secondo le disposizioni dell'art. 1227 del codice civile, quindi è diminuito secondo la gravità della colpa e le conseguenze che ne sono derivate.

Per il secondo comma dell'art. 122 cod. cons. il risarcimento non è dovuto quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che ne derivava e nondimeno vi si sia volontariamente esposto”.

Naturalmente, spetta al produttore fornire la prova dell'esistenza della causa di esclusione della sua responsabilità, dimostrando che il danneggiato aveva piena consapevolezza del difetto e del pericolo che poteva derivare.

Infine nella ipotesi che danneggiata sia una cosa il terzo comma dell'art. 122 cod. cons. prevede che “...la colpa del detentore di questa è parificata alla colpa del danneggiato”.

In base all'art. 123, primo e secondo comma, cod. cons. La risarcibilità dei danni causati da responsabilità del produttore è limitata solo a due fattispecie:

-danno cagionato dalla morte o da lesioni personali;

-distruzione o il deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso, purchè di tipo normalmente destinato all'uso o consumo privato e così principalmente utilizzata dal danneggiato sempre che il danno ecceda la somma di euro trecentottantasette.

Per quanto riguarda la prima tipologia, la norma prevede solo la risarcibilità del danno biologico inteso come lesione dell'integrità psico-fisica di un soggetto ma non del danno morale, previsto dall'art. 2059 c.c.

In riferimento ai danni alla persona è stato ritenuto che il risarcimento possa chiedersi anche se il prodotto è stato utilizzato durante l'attività lavorativa e non necessariamente in ambiente domestico.

La responsabilità del produttore non può essere esclusa o limitata pattiziamente, come prevede l'art. 124 cod. cons., con conseguente nullità delle clausole vietate.

Disposizione che si sarebbe anche potuto non riprodurre in questa sede essendoci quella di chiusura del codice rappresentata dall'art. 143 cod. cons.

Secondo l'art. 125, primo e secondo comma, cod. cons. il diritto del consumatore al risarcimento del danno si “prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile”. In caso di aggravamento del danno, il termine di 3 anni deve essere calcolato dal momento in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere consapevolezza della gravità sufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione giudiziaria.

Recita l'art. 126, primo comma, cod. cons. (“Decadenza”) “Il diritto al risarcimento si estingue alla scadenza di dieci anni dal giorno in cui il produttore o l'importatore nella Unione europea ha messo in circolazione il prodotto che ha cagionato il danno”.

Decorso tale periodo il produttore potrà dimostrare di non dover alcun risarcimento, impregiudicato il diritto del consumatore danneggiato di agire giudizialmente in base ad altri presupposti.

Recitano i successivi commi “La decadenza è impedita solo dalla domanda giudiziale, salvo che il processo si estingua, dalla domanda di ammissione del

credito in una procedura concorsuale o dal riconoscimento del diritto da parte del responsabile.

L'atto che impedisce la decadenza nei confronti di uno dei responsabili non ha effetto riguardo agli altri".

Diversi autori hanno evidenziato che tale termine è eccessivamente lungo per prodotti soggetti a deperibilità, ma d'altro canto, potrebbe essere lo stesso produttore ad apporre sui prodotti una data di scadenza anche tecnicamente non necessaria per esonerarsi da responsabilità.

L'ultimo articolo di questo titolo, il 127 cod. cons., prevede che le disposizioni in esso contenute "...non escludono nè limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi", in primo luogo il codice civile o leggi speciali. Esclude, al contempo l'applicabilità delle regole analizzate ai danni cagionati dagli incidenti nucleari ed ai prodotti messi in circolazione prima del 30 luglio 1988, data di entrata in vigore del d. P.R. n. 224/1988.

Concludendo la disciplina analizzata rappresenta il bilanciamento di diversi valori entrambi tutelati dalla UE: la tutela del soggetto debole sui mercati, la tutela delle imprese e del mercato.

Pur avendone la possibilità, in seno al recepimento della Direttiva di derivazione, gli stati membri, tra cui l'Italia, non hanno optato per un regime di responsabilità oggettiva ma più articolato, caratterizzato dalla necessità della prova tra difetto del prodotto e danno scaturito tale da far riscontrare una negligenza professionale e, conseguentemente, giustificare il sorgere della responsabilità del produttore.

Artt. 128-135 cod. cons.

(da Il codice del consumo commentato, a cura di a cura di Maria Castri e Alessandro Palmigiano, per iniziativa delle Regioni Campania /Puglia/Sicilia (Presidenza) consultabile su [http://www.ioconsumatore.eu/.](http://www.ioconsumatore.eu/))

Il Titolo III della Parte IV, rubricato "Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo" prevede un Capo I destinato alla "vendita dei beni di consumo" che si apre con l'art. 128 cod. cons. Esso introduce l'argomento che viene trattato in questa sezione del Codice del Consumo, cioè:

-i contratti di vendita dei beni di consumo;

-le garanzie nella vendita dei beni di consumo.

E' importante puntualizzare che le regole riguardanti i contratti di vendita dei beni di consumo e le garanzie previste dalla legge sono applicabili anche a contratti di tipo diverso, quali ad esempio, i contratti di permuta e di somministrazione, nonché a quelli di appalto, di opera e a tutti i contratti finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre; ciò vuol dire che tali contratti devono comunque riguardare necessariamente un bene di consumo.

La norma riporta delle definizioni essenziali per inquadrare tale argomento, ed in particolare:

-bene di consumo è qualsiasi bene mobile, anche da assemblare, che viene acquistato da un consumatore; da ciò è possibile stabilire che anche le singole parti che compongono un bene rientrano nella definizione di bene di consumo.

La disposizione, inoltre, non specifica che il bene debba essere per forza un bene materiale e, quindi, si ritiene che nella definizione rientri anche la vendita di beni immateriali, come ad esempio i software o programmi per computer.

Non rientrano invece nella nozione di beni di consumo:

a) i beni venduti attraverso le autorità giudiziarie (ad es. i beni mobili di un debitore venduti all'asta); tali beni, pur potendo essere beni di consumo, sono sottratti all'applicazione di tali regole in quanto vengono messi sul mercato attraverso canali non tradizionali;

b) l'acqua ed il gas, a meno che non vengano confezionati per la vendita di determinate quantità (ad esempio l'acqua in bottiglia da bere o il gas venduto in bombolette da campeggio);

c) l'energia elettrica.

-Venditore è qualsiasi persona fisica o giuridica (ad esempio una società), pubblica o privata, che esercita una attività imprenditoriale o professionale consistente nella vendita di beni di consumo, o la cui attività si svolge attraverso la conclusione di contratti di fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre (si fa riferimento anche ai già citati contratti di permuta e di somministrazione, nonché a quelli di appalto e di opera);

-garanzia convenzionale è qualsiasi garanzia offerta da un venditore o da un produttore che si aggiunge a quella esistente per legge (c.d. garanzia legale). In particolare, essa consiste nell'impegno da parte del venditore o produttore, senza oneri aggiuntivi per il consumatore, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare o intervenire sul bene di consumo, tutte le volte in cui lo stesso non corrisponda alle condizioni presenti nella garanzia o annunciate attraverso la pubblicità.

Tale strumento viene utilizzato dal venditore o dal produttore proprio per invogliare il consumatore alla scelta del proprio prodotto in virtù della più ampia tutela che gli viene offerta;

-riparazione è un intervento sul bene di consumo al fine di renderlo conforme alle previsioni contenute nel contratto di vendita.

Le regole riguardanti la vendita dei beni di consumo e le garanzie si applicano anche alla vendita dei beni usati, escludendo però la loro applicazione in presenza di difetti che derivano dal normale uso che viene fatto del bene.

L'art. 129 cod. cons. impone al venditore il preciso obbligo di consegnare al consumatore beni di consumo che siano conformi al contratto di vendita: in altri termini, tutte le volte che si acquista un prodotto, il bene che viene poi consegnato dal venditore deve avere le medesime caratteristiche, qualità e requisiti di quello presentato nel contratto.

Affinché questa regola possa essere seguita, vengono indicati dei parametri di confronto.

I beni di consumo sono conformi al contratto se:

-sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo: il concetto di idoneità all'uso deve essere considerato attraverso il confronto del bene ad altri beni della stessa categoria di merce. Occorre dunque valutare se del bene consegnato può farsi quell'utilizzo standard caratteristico del tipo di merce al quale esso appartiene;

-sono conformi alla descrizione fatta dal venditore: si presume, dunque, che quando le caratteristiche funzionali e qualitative di un bene acquistato e consegnato dal venditore corrispondano alla descrizione che ne viene fatta al momento del contratto di vendita, il bene è da considerarsi conforme al contratto stesso;

-possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello: tale parametro andrà valutato tutte le volte in cui un venditore, per presentare il bene al consumatore ai fini dell'acquisto, utilizzi un campione o un modello dello stesso. Pertanto, se le qualità del bene consegnato corrispondono a quelle del campione o modello presentato dal venditore, allora il bene sarà conforme al contratto.

-Presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle indicazioni presenti nella pubblicità e nell'etichetta. In particolare, le dichiarazioni pubbliche fatte dal venditore, sotto forma di messaggio pubblicitario o di quanto riportato nell'etichettatura, hanno carattere vincolante nel rapporto con il consumatore, nel senso che le caratteristiche del prodotto in tal modo dichiarate devono essere effettivamente presenti nel bene che viene consegnato all'acquirente, diventando parte integrante del contenuto del contratto;

-sono altresì idonei all'uso particolare voluto dal consumatore. Questo parametro di conformità va valutato soltanto quando il consumatore, dietro accettazione del venditore, abbia richiesto al venditore la consegna di un bene avente determinate caratteristiche specifiche, in quanto destinato ad un uso particolare che lo stesso intende farne.

Una volta elencati i parametri di conformità, la norma prevede determinate ipotesi che escludono sempre e comunque il difetto di conformità, e ciò anche quando il bene consegnato non possiede le caratteristiche sino ad ora elencate ed esaminate.

In particolare, non vi è difetto di conformità se, al momento della conclusione del contratto:

-il consumatore era a conoscenza del difetto di conformità;

-il consumatore non poteva ignorare il difetto di conformità con l'ordinaria diligenza, ossia il difetto di conformità era facilmente riconoscibile;

-il difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore. In tal caso, ciò non esclude che il professionista deve agire con la diligenza, tanto meno, che deve controllare i materiali e le istruzioni fornitigli (nel caso in cui poi il professionista dovesse riscontrare la cattiva qualità dei materiali forniti dal consumatore, dovrà fargli presente che la realizzazione del prodotto con questi materiali non sarebbe conforme al contratto).

Quando un bene di consumo, oltre ad essere consegnato, deve anche essere installato per espressa previsione contenuta nel contratto di vendita, l'imperfetta installazione fatta dal venditore, o avvenuta comunque sotto la sua responsabilità, viene considerata come un difetto di conformità del bene stesso. Ciò vuol dire che in tal caso, anche se il bene rispetta tutti i parametri di conformità sopra elencati (idoneità all'uso, conformità alla descrizione fatta dal venditore, possesso delle qualità del campione o modello, lo stesso sarà considerato non conforme al contratto perché installato in modo errato.

Analogamente, qualora il bene è stato concepito per essere installato dal consumatore e le istruzioni di installazioni sono carenti tanto da comportare un'imperfetta installazione, il bene sarà considerato non conforme al contratto.

L'art. 130 cod. cons. si occupa dei rimedi offerti al consumatore nel caso in cui il bene acquistato non sia conforme. Egli ha diritto:

-alla riparazione o alla sostituzione;

-alla riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto.

In primo luogo, se il bene non è conforme al contratto, il consumatore potrà chiedere al venditore di riparare o di sostituire gratuitamente il bene, secondo ciò che egli ritiene più conveniente.

La libertà di scegliere uno dei due rimedi viene però meno nel caso in cui quello scelto sia oggettivamente impossibile, o comporti al venditore spese irragionevoli rispetto all'altro.

Così, se ad esempio l'acquirente dovesse scegliere la riparazione e questa fosse impossibile o troppo costosa per il venditore rispetto alla sostituzione, il consumatore avrà necessariamente a disposizione solo tale ultimo rimedio.

In particolare, per valutare se la riparazione o sostituzione sono eccessivamente onerose, si farà riferimento alle spese effettuate per la spedizione, per la mano d'opera e per i materiali ed occorrerà, inoltre, tenere in considerazione tali circostanze:

-il valore che il bene avrebbe se non vi fosse il difetto di conformità;

-entità del difetto di conformità;

-l'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore.

In ogni caso, le riparazioni o le sostituzioni devono essere effettuate entro un tempo ragionevole e non devono arrecare inconvenienti al consumatore, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale è stato acquistato. Non essendoci un termine preciso stabilito dalla legge, nè una definizione che stabilisca cosa debba intendersi precisamente per "notevoli inconvenienti" bisognerà valutare caso per caso se la riparazione o la sostituzione siano state fatte oltre un congruo termine o abbiano causato disagi al consumatore.

L'acquirente, a sua scelta, potrà chiedere una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto in queste circostanze:

-la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose;

-il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro un termine congruo; ciò si verifica quando il consumatore, obbligato per legge a poter richiedere inizialmente quali unici rimedi la riparazione o sostituzione, non è stato soddisfatto nella sua richiesta entro un termine adeguato;

-la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore; tale circostanza si verifica nel caso in cui, nonostante sia avvenuta la riparazione o sia stato sostituito il bene (a seconda della scelta fatta al riguardo dal consumatore), ciò abbia arrecato dei notevoli disagi al consumatore per effetto della riparazione o della sostituzione.

Sia nel caso della richiesta di riduzione del prezzo, sia nel caso di richiesta di risoluzione del contratto (che comporta la restituzione del bene per il consumatore e la restituzione del prezzo corrisposto per il venditore), bisognerà tenere conto dell'uso del bene che, nel frattempo, è stato fatto dall'acquirente.

La norma prevede, inoltre, che il venditore, una volta denunciato il difetto di conformità da parte del consumatore, può offrire a quest'ultimo qualsiasi altro rimedio disponibile.

Gli effetti della sua offerta, però, si diversificano in base alle seguenti circostanze:

-se il consumatore, secondo l'ordine gerarchico sopra delineato (prima la riparazione o la sostituzione, poi, se ve ne sono i presupposti già esaminati, la riduzione del prezzo o la risoluzione), ha già richiesto uno dei rimedi previsti dalla norma in esame, il venditore sarà obbligato a soddisfare la sua scelta entro un tempo ragionevole, a meno che l'acquirente accetti il rimedio alternativo proposto;

-se il consumatore non ha scelto alcun rimedio previsto dalla legge, può accettare la proposta alternativa del venditore, oppure, sempre seguendo l'ordine gerarchico previsto, scegliere uno dei rimedi previsti dalla norma (prima la riparazione o la sostituzione, poi, se ve ne sono i presupposti, la riduzione del prezzo o la risoluzione).

Nel caso di un difetto di conformità di lieve entità (e non sia stato possibile ricorrere ai rimedi della riparazione o della sostituzione perché impossibili o eccessivamente onerosi) il consumatore non avrà diritto alla risoluzione del contratto, bensì soltanto alla congrua riduzione del prezzo.

L'art. 131 cod. cons. contiene una forma di tutela per il venditore che appartiene ad una catena distributiva (venditore finale), ossia per il professionista che non produce direttamente il bene per venderlo, ma che è preceduto da altri soggetti, quali un precedente venditore, un intermediario, un produttore.

In particolare, il fine di tale norma è quello di tutelare il venditore finale dalle conseguenze di avere venduto al consumatore un bene difettoso, senza che ci sia una sua responsabilità. Può accadere, infatti, che il difetto riscontrato da un acquirente non sia da attribuire a chi lo vende, ma dipenda dalle azioni o dai comportamenti degli altri soggetti appartenenti alla catena distributiva (come per esempio il produttore).

Colui che, però, risponde in prima persona nei confronti del consumatore di eventuali difetti di conformità del bene acquistato è sempre il venditore finale, il

quale è obbligato ad offrire all'acquirente uno dei rimedi previsti dalla legge (riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo, risoluzione del contratto).

In ragione di ciò, la norma prevede il diritto di rivalsa del venditore, ossia costui può chiedere al soggetto veramente responsabile (produttore o distributore) di farsi carico delle spese o degli oneri che egli ha dovuto sopportare.

I presupposti per i quali il venditore finale possa esercitare il suo diritto di regresso nei confronti del soggetto responsabile sono due:

-il consumatore ha richiesto al venditore di rispondere del difetto di conformità del prodotto;

-la non conformità deriva da un difetto imputabile al produttore o ad altro soggetto della catena distributiva.

Se si acquista un cellulare presso un negozio e si accerta che l'apparecchio venduto presenta dei difetti, anche se il difetto è da attribuire alla casa produttrice, ci si rivolgerà direttamente al venditore che offrirà uno dei rimedi previsti dalla legge a seconda delle circostanze del caso.

Se ad esempio il venditore dovesse sostituire il telefonino, egli avrà, poi, diritto di chiedere a sua volta alla casa produttrice un altro cellulare in modo da rivenderlo e non perdere così i mancati guadagni derivanti da quello difettoso.

Per ottenere la reintegrazione di quanto prestato dal soggetto responsabile, il venditore deve agire entro un anno da quando ha sostituito o riparato il bene, oppure da quando si è risolto il contratto o è avvenuta la riduzione del prezzo.

Per l'art. 132 cod. cons. i diritti previsti in favore del consumatore in caso di difetto di conformità hanno una durata limitata nel tempo, nel senso che il venditore è responsabile per due anni dal giorno in cui ha consegnato il bene al suo cliente per i difetti esistenti al momento della consegna; per i difetti che si manifestano oltre tale termine, dunque, il consumatore non può pretendere alcun rimedio da parte del professionista.

Il consumatore, inoltre, perde ogni diritto se non denuncia al venditore il difetto di conformità entro due mesi dal giorno in cui lo ha scoperto; se però il venditore ammette l'esistenza del difetto oppure lo ha occultato al consumatore, non è necessaria alcuna denuncia.

La norma, inoltre, introduce un termine di ventisei mesi dalla consegna del bene entro il quale il consumatore può esercitare un'azione legale nei confronti del venditore per far valere il difetto di conformità. Nel caso in cui il venditore ha volutamente nascosto i difetti del bene, il termine di ventisei mesi non decorre dal giorno della consegna, bensì dal giorno in cui il consumatore ha scoperto il raggirò del venditore.

Nel caso in cui il consumatore viene chiamato in giudizio per l'esecuzione del contratto, egli potrà far valere sempre gli eventuali diritti previsti in caso di difetto di conformità (senza essere limitato al rispetto dei termini dei quali si è scritto) purchè abbia denunciato il difetto di conformità entro due mesi dalla scoperta e prima della scadenza del termine.

L'art. 133 cod. cons. disciplina il contenuto della garanzia convenzionale, cioè della garanzia offerta da un venditore o produttore, in aggiunta a quella esistente per legge; per effetto di questo tipo di garanzia offerta dal professionista, il consumatore può vantare ulteriori diritti rispetto a quelli sino ad ora esaminati.

Si ritiene che la garanzia convenzionale possa costituire un mezzo per indurre il consumatore ad acquistare un bene proprio in ragione della promessa di ulteriori diritti e vantaggi dei quali può godere. Il contenuto di tale garanzia è vincolante per chi la offre e può essere diffuso attraverso due modalità:

- una dichiarazione di garanzia vera e propria;
- messaggi pubblicitari relativi al prodotto venduto.

L'articolo elenca, inoltre, gli elementi minimi che la garanzia convenzionale deve indicare:

- l'indicazione che il consumatore gode dei diritti previsti dalla garanzia legale e che la garanzia convenzionale lascia impregiudicati tali diritti;
- l'oggetto della garanzia (in che cosa consiste) espresso in modo chiaro e comprensibile;
- la sua durata e la sua estensione territoriale;
- il nome o la ditta di chi la offre;
- il domicilio o la sede di chi la offre.

Sul venditore o sul produttore che offrono la garanzia grava, pertanto, un obbligo di informazione che, nel caso concreto, è finalizzato a rendere il consumatore consapevole del contenuto, degli effetti e delle condizioni della garanzia.

Se il consumatore ne fa espressa richiesta, la garanzia convenzionale deve essere disponibile per iscritto o su un altro supporto duraturo al lui accessibile e, comunque, deve essere redatta in lingua italiana e con caratteri non meno evidenti di quello usati per eventuali altre lingue utilizzate.

La garanzia priva di tutti i requisiti sino ad ora indicati resta comunque valida ed applicabile.

E' utile sottolineare, infine, che il comportamento dei professionisti che offrono garanzie convenzionali senza rispettare i requisiti previsti, possono portare le associazioni dei consumatori ad istaurare un giudizio contro il professionista, chiedendo la pronuncia di una sentenza per far cessare il comportamento o misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni. Il professionista che non rispetta la sentenza, continuando ad offrire garanzie non rispondenti ai requisiti previsti dalla legge, potrà anche essere condannato al pagamento di somme di denaro da versare allo Stato.

L'art. 134 cod. cons. stabilisce che non ha nessun valore un accordo tra il venditore ed il consumatore che escluda o limiti i diritti e le garanzie previste a favore dell'acquirente.

Tale nullità colpisce sia i patti avvenuti nel momento in cui viene firmato il contratto, sia quelli stabiliti in un momento successivo (ma prima dell'eventuale denuncia del difetto di conformità da parte dell'acquirente). Si tratta di un rimedio che:

- può essere fatto valere solo dal consumatore e non dal venditore (nullità relativa);
- non comporta la nullità dell'intero contratto ma solo dell'accordo intervenuto tra il venditore ed il consumatore (nullità parziale).

In un eventuale giudizio, il giudice potrà, di sua iniziativa fare valere la nullità del patto.

Quando il contratto di vendita riguarda beni usati, la norma prevede la possibilità per il consumatore ed il venditore di limitare la responsabilità di quest'ultimo ad un periodo inferiore a quello legale (due anni), ma mai al di sotto di un anno dal momento della consegna. Tale norma ha la specifica finalità di evitare che il consumatore possa essere privato di tutela per il solo fatto che il bene venduto sia già stato oggetto di precedenti utilizzi.

E' importante ricordare che sono nulle le clausole contrattuali che prevedono l'applicazione di norme di un paese extraeuropeo, qualora il contratto presenti uno stretto collegamento con il territorio di uno stato membro. La regola mira a tutelare il consumatore in presenza di clausole che possano produrre l'effetto di abbassare il livello di tutela previsto all'interno della Comunità Europea.

L'art. 135 cod. cons. ha il fine di incrementare ulteriormente il livello di tutela del consumatore prevedendo che, oltre ai diritti previsti dalle norme relative alla vendita dei beni di consumo, il consumatore potrà godere di tutti quei diritti che la legge italiana gli riconosce e che non sono espressamente disciplinati dalle regole esaminate in questa sezione del codice del consumo.

Per evitare qualsiasi questione relativa alla garanzia del bene acquistato, il consumatore deve seguire questi piccoli accorgimenti:

- conservare per due anni (garanzia legale) o più (in caso di garanzia convenzionale) lo scontrino di acquisto del bene;
- fotocopiare lo scontrino (spesso, infatti, gli scontrini sono stampati su carta chimica, che in breve tempo sbiadisce);
- comunicare immediatamente al venditore i vizi del bene;
- non intervenire mai sul bene difettoso per cercare di ripararlo: rivolgersi sempre al venditore.

Artt. 136-143 cod. cons.

In merito al commento dei seguenti articoli si rinvia alla monografia di D. Mastrorilli, Contrattazione a distanza. Disciplina consumeristica e di settore, Progedit editore, Bari, 2011, pp.119-152, **ad eccezione del commento dell'art. 141 sostituito dal commento degli artt. 141/141 decies, a seguire.**

Artt. 141-141/decies cod. cons.

L'originario art. 141 cod. cons., dedicato interamente alla composizione extragiudiziale delle controversie, definita internazionalmente ADR (*Alternative Dispute Resolution*), tra le quali emergono la conciliazione e l'arbitrato, è stato

sostituito, a far data dal 3 settembre 2015, dagli artt. 141/141-*decies* per effetto del d. lgs. 6 agosto 2015 n. 130.

Trattasi della entrata in vigore del d.lgs. n. 130 del 6 agosto 2015, attuativo della Dir. 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, nazionali e transfrontaliere, nello specifico ambito delle obbligazioni derivanti da contratti di vendita, ovvero di servizi, tra professionisti stabiliti nell'Unione Europea ed i consumatori ivi residenti, che ha introdotto il nuovo Titolo II-bis, "Risoluzione extragiudiziale delle controversie" nella Parte V del codice del consumo.

La direttiva garantisce ai soggetti consumatori di avanzare reclami innanzi ad organismi indipendenti, imparziali, trasparenti ed efficaci, per la risoluzione delle controversie nazionali e transfrontaliere.

L'art. 2 del d. lgs. n. 130 del 2015 fa riferimento anche al Reg. UE n. 524 del 21 maggio 2013, che ha istituito un sistema per la risoluzione delle controversie online, sia nazionali che transfrontaliere, nella materia delle obbligazioni derivanti da contratti di vendita o di servizi conclusi elettronicamente, tra professionisti e consumatori, in vigore dal 9 gennaio 2016.

Già la legge n. 281/1998 aveva tra i suoi obiettivi quello di favorire il ricorso a queste forme alternative di risoluzione dei conflitti consumatori-professionista, e, nella previgente versione dell'art. 141, il codice del consumo realizzava le Raccomandazioni della Commissione europea, la 98/257/CE del 30 marzo 1998 (riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo) e la 2001/310/CE del 4 aprile 2001 (sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo), antesignane della Dir. 2013/11/UE.

Giungendo al commento degli artt. 141/141-*decies* cod. cons. premettiamo che, il ricorso ad uno dei rimedi di soluzione non conflittuale delle liti non fa perdere al consumatore il diritto di agire in giudizio, a prescindere dall'esito della procedura stragiudiziale di composizione della contesa (art. 141, comma 10, cod. cons.).

L'art. 141 cod. cons. riprende le definizioni di consumatore e professionista, già note perché contenute nell'art. 3; di contratto di vendita e di servizi, ex art. 45 cod. cons., ed introduce quelle di

"...e) controversia nazionale: una controversia relativa ad obbligazioni contrattuali derivanti da un contratto di vendita o di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede nello stesso Stato membro dell'Unione europea in cui è stabilito il professionista";

f) controversia transfrontaliera: una controversia relativa ad obbligazioni contrattuali derivanti da un contratto di vendita o di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stabilito il professionista;

g) procedura ADR: una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie conforme ai requisiti di cui al presente titolo ed eseguita da un organismo ADR-Alternative Dispute Resolution;

h) organismo ADR: qualsiasi organismo, a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, che offre la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR ed è iscritto nell'elenco di cui all'articolo 141-decies;
i) autorità competente: le autorità indicate dall'articolo 141-octies;
l) domanda: la domanda presentata all'organismo per avviare la procedura ADR;
m) servizi non economici di interesse generale: i servizi di interesse generale che non sono prestati a fini economici, a prescindere dalla forma giuridica sotto la quale tali servizi sono prestati, e, in particolare, i servizi prestati, senza corrispettivo economico, da pubbliche amministrazioni o per conto delle stesse".

I commi secondo e terzo dell'art. 141 cod. cons. forniscono indicazioni sullo stabilimento del professionista, persona fisica o giuridica e organismo ADR; i successivi commi quarto e quinto stabiliscono l'ambito operativo delle regole in commento limitandole alle:

- ... procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole e, in particolare, agli organismi di mediazione per la trattazione degli affari in materia di consumo iscritti nella sezione speciale di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e agli altri organismi ADR istituiti o iscritti presso gli elenchi tenuti e vigilati dalle autorità di cui al comma 1, lettera i)..."

- eventuali procedure, previste ai sensi del comma 7, in cui l'organismo ADR adotta una decisione";

- procedure di conciliazione paritetica di cui all'articolo 141-ter. Restano, invece, impregiudicate (comma sesto, art. 141 cod. cons.) le regole in materia di procedure conciliative obbligatorie come:

- la mediazione obbligatoria per alcune controversie civili ai sensi del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28;

- il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche ai sensi dell'art. 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249;

- il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle materie di competenza dell'Autorità per la energia elettrica, gas e sistema idrico (art. 2, comma 24, lettera b), della l. 14 novembre 1995, n. 481).

Il comma settimo dell'art. 141 cod. cons., ritiene procedure ADR quelle svolte, nei settori di propria competenza e nel rispetto dei principi di seguito indicati, dalla Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, dalla Banca d'Italia, dalla Commissione nazionale per la società e la borsa e dalla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; il comma ottavo elenca i settori di esclusione applicativa con la precisazione che "Le disposizioni di cui al presente titolo non precludono il funzionamento di eventuali organismi ADR istituiti nell'ambito delle norme e provvedimenti, di cui ai commi 7 e 8, ed in cui i funzionari pubblici sono incaricati

delle controversie e considerati rappresentanti sia degli interessi dei consumatori e sia degli interessi dei professionisti" (comma nono art. 141 cod. cons.).

Per lo svolgimento dell'attività di soluzione extragiudiziale delle controversie nazionali e transfrontaliere l'organismo ADR (art. 141-nonies cod. cons) deve iscriversi negli elenchi costituiti presso le autorità competenti indicate dall' art. 141-octies presentando idonea documentazione.

Tali elenchi vengono costituiti con decreto ministeriale o provvedimento interno (art. 141-decies cod. cons.)

Tali Autorità sono:

"...a) Ministero della giustizia unitamente al Ministero dello sviluppo economico, con riferimento al registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo, di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28;

b) Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), di cui all'articolo 1 della legge 7 giugno 1974, n. 216, con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dei regolamenti attuativi, e con oneri a carico delle risorse di cui all'articolo 40, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni, nonché dei soggetti che si avvalgono delle procedure medesime;

c) Autorità' per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), di cui all'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, per il settore di competenza;

d) Autorità' per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), di cui all'articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249, per il settore di competenza;

e) Banca d'Italia, con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;

f) altre autorità amministrative indipendenti, di regolazione di specifici settori, ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze;

g) Ministero dello sviluppo economico, con riferimento alle negoziazioni paritetiche di cui all'articolo 141-ter relative ai settori non regolamentati o per i quali le relative autorità' indipendenti di regolazione non applicano o non adottano specifiche disposizioni, nonché con riferimento agli organismi di conciliazione istituiti ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera g) e comma 4, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, limitatamente alle controversie tra consumatori e professionisti, non rientranti nell'elenco di cui alla lettera a)".

Il Ministero dello sviluppo economico è punto di contatto unico con la Commissione europea (art. 141-octies cod. cons.).

L'iscrizione negli elenchi tenuti dalle autorità prevede la indicazione di dati identificativi, recapiti ed informazioni sulle procedure seguibili, le condizioni, tariffe, lingue utilizzate per trattare la controversia ed i motivi di rifiuto della stessa. Inoltre, dal secondo anno di iscrizione nei registri suindicati ogni organo ADR è tenuto a trasmettere alla rispettiva autorità indicazioni in merito al numero

delle vertenze trattate, il tempo occorso per la soluzione delle stesse, il tempo medio occorrente in merito, eventuali significative problematiche ricorrenti ed eventuali raccomandazioni per la soluzione, la valutazione dell'efficacia della loro cooperazione all'interno di reti di organismi ADR che operano a livello transfrontaliero, la valutazione dell'efficacia della procedura ADR offerta dall'organismo e di eventuali modi per migliorarla (art. 141-nonies). Ogni autorità competente provvede all'iscrizione, alla sospensione e alla cancellazione degli iscritti e vigila sull'elenco che deve contenere informazioni aggiornate basilari ad identificare l'organismo, nonché provvede a trasmettere tutte le informazioni ivi contenute al Ministero dello Sviluppo economico quale punto di contatto unico con la Commissione europea (art. 141-decies cod. cons.).

Ai sensi del comma settimo dell'art. 141-decies cod. cons." Ogni autorità competente mette a disposizione del pubblico l'elenco consolidato degli organismi ADR, elaborato dalla Commissione europea e notificato al Ministero dello sviluppo economico quale punto di contatto unico, fornendo sul proprio sito internet un link al pertinente sito internet della Commissione europea. Inoltre, ogni autorità competente mette a disposizione del pubblico tale elenco consolidato su un supporto durevole".

L'art. 141-bis cod. cons. precisa obblighi, requisiti e poteri degli organismi ADR.

I primi, contenuti nel primo comma, sono volti alla corretta, agevole pubblicizzazione della procedura in tutte le sue fasi tale da consentire al consumatore non solo di accedere agevolmente al sito web, di ricevere le informazioni su supporto duraturo, di poter facilmente presentare la domanda corredata della documentazione per via telematica, di prevedere lo scambio di informazioni tra le parti per via elettronica o via posta, il tutto nel rispetto delle regole in materia di tutela della privacy.

Ulteriori obblighi sono indicati nei commi quarto e quinto in merito all' adeguatezza competenza delle persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie, ed assenza di eventuali circostanze idonee ad "...incidere sulla loro indipendenza e imparzialità o capaci di generare conflitti di interessi con l'una o l'altra delle parti della controversia che sono chiamate a risolvere"; prevedendo eventuali rimedi. Ulteriori obblighi attengono alla composizione del collegio giudicante (comma nono) ed alla formazione delle persone fisiche incaricate della risoluzione extragiudiziale delle controversie (comma decimo).

E' facoltà degli organismi ADR, "... salve le diverse prescrizioni contenute in altre norme applicabili ovvero nelle deliberazioni delle autorità di regolazione di settore.." adottare regole procedurali che consentano di rifiutare il trattamento di una determinata controversia in base a motivi predeterminati motivando opportunamente la ragione entro ventuno giorni dal ricevimento del fascicolo della domanda (secondo e terzo comma art. 141-bis cod. cons.)

La volontarietà delle procedure in oggetto è ribadita dal sesto comma dell'art. 141-bis cod. cons. confermando il diritto delle parti "...di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura ADR, salvo quanto previsto dall'articolo 141-quater, comma 5,

lettera a)" ovvero la conferma del medesimo principio in caso di proposta di una soluzione da parte del conciliatore.

L'art. 141-ter cod. cons. detta regole per il riconoscimento come organismi ADR delle negoziazioni paritetiche assistite ovvero quelle in cui parte delle persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista o da un'organizzazione professionale o da un'associazione di imprese di cui il professionista e' membro.

SPIEGARE

L'art. 141-quater cod. cons. (Trasparenza, efficacia, equità e libertà) individua gli obblighi relativi allo svolgimento dell'attività di risoluzione extragiudiziale delle controversie da parte degli organismi ADR come:

"...rendere disponibili al pubblico sui loro siti web, su supporto durevole su richiesta e in qualsiasi altra modalità funzionale al perseguimento delle finalità di trasparenza, efficacia, equità e libertà, informazioni chiare e facilmente comprensibili riguardanti:

- a) le modalità di contatto, l'indirizzo postale e quello di posta elettronica;
- b) il proprio inserimento nell'elenco di cui all'articolo 141-decies, secondo comma;
- c) le persone fisiche incaricate della procedura ADR, i criteri seguiti per il conferimento dell'incarico nonché per la loro successiva designazione e la durata del loro incarico;
- d) la competenza, l'imparzialità e l'indipendenza delle persone fisiche incaricate della procedura ADR qualora siano assunte o retribuite esclusivamente dal professionista;
- e) l'eventuale appartenenza a reti di organismi ADR che agevolano la risoluzione delle controversie transfrontaliere;
- f) il settore di competenza specifica, incluso, eventualmente, il limite di valore di competenza;
- g) le norme che disciplinano la procedura di risoluzione stragiudiziale della controversia per la quale l'organismo di ADR è stato iscritto e i motivi per cui l'organismo ADR può rifiutare di trattare una determinata controversia ai sensi dell'articolo 141-bis, comma 2;
- h) le lingue nelle quali possono essere presentati i reclami all'organismo ADR e secondo le quali si svolge la procedura ADR;
- i) se l'organismo ADR risolve le controversie in base a disposizioni giuridiche, considerazioni di equità, codici di condotta o altri tipi di regole;
- l) eventuali attività che le parti sono tenute a rispettare prima di avviare la procedura ADR, incluso il tentativo di risoluzione della controversia mediante negoziazione diretta con il professionista;
- m) la possibilità o meno per le parti di ritirarsi dalla procedura;
- n) gli eventuali costi che le parti dovranno sostenere, comprese le norme sulla ripartizione delle spese al termine della procedura;
- o) la durata media della procedura ADR;
- p) l'effetto giuridico dell'esito della procedura ADR;

q) l'esecutività della decisione ADR, nei casi eventualmente previsti dalle norme vigenti.

Il secondo comma dell'art. 141-*quater* cod. cons. impone agli organi gestori di tali procedure l'obbligo di pubblicizzare le relazioni annuali di attività ed altre informazioni correlate sui propri siti web, rendendole disponibili, a richiesta, su supporto durevole ed in altra modalità funzionale al perseguimento delle finalità di trasparenza.

Il successivo comma terzo impone agli organi gestori prescrizioni comportamentali come:

"...a) essere disponibili e facilmente accessibili online e offline per entrambe le parti, a prescindere dalla loro ubicazione;

b) consentire la partecipazione alle parti senza obbligo di assistenza legale; e' fatto sempre salvo il diritto delle parti di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura;

c) essere gratuite o disponibili a costi minimi per i consumatori;

d) ricevuta l'istanza, dare alle parti comunicazione dell'avvio della procedura relativa alla controversia non appena riceve il fascicolo completo della domanda;

e) concludersi entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento del fascicolo completo della domanda da parte dell'organismo ADR; in caso di controversie particolarmente complesse, l'organismo ADR può, a sua discrezione, prorogare il termine fino a un massimo di novanta giorni; le parti devono essere informate di tale proroga e del nuovo termine di conclusione della procedura".

Per il quarto comma dell'art. 141-*quater* cod. cons. durante la procedura deve essere garantito che:

"...a) le parti abbiano la possibilità entro un periodo di tempo ragionevole di esprimere la loro opinione, di ottenere dall'organismo ADR le argomentazioni, le prove, i documenti e i fatti presentati dall'altra parte, salvo che la parte non abbia espressamente richiesto che gli stessi debbano restare riservati, le eventuali dichiarazioni rilasciate e opinioni espresse da esperti e di poter esprimere osservazioni in merito;

b) le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura;

c) alle parti sia notificato l'esito della procedura ADR per iscritto o su un supporto durevole, e sia data comunicazione dei motivi sui quali e' fondato."

Nel caso di proposta di una soluzione l'organismo ADR assicura che:

"...a) le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento. Le parti sono informate di tale diritto prima dell'avvio della procedura. Nel caso in cui è previsto l'obbligo del professionista di aderire alle procedure ADR, la facoltà di ritirarsi dalla procedura spetta esclusivamente al consumatore;

b) le parti, prima di accettare o meno o di dare seguito a una soluzione proposta, siano informate del fatto che:

1) hanno la scelta se accettare o seguire la soluzione proposta o meno;

2) la partecipazione alla procedura non preclude la possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario;
3) la soluzione proposta potrebbe essere diversa dal risultato che potrebbe essere ottenuto con la decisione di un organo giurisdizionale che applichi norme giuridiche;
c) le parti, prima di accettare o meno o di dare seguito a una soluzione proposta, siano informate dell'effetto giuridico che da ciò consegue;
d) le parti, prima di accogliere una soluzione proposta o acconsentire a una soluzione amichevole, dispongano di un periodo di riflessione ragionevole." L'art. 141-quinquies cod. cons. indica gli effetti della procedura ADR sui termini di prescrizione e decadenza, mentre l'art. 141-sexies cod. cons, primi tre commi, prescrive obblighi informativi e regole di assistenza per i professionisti stabiliti in Italia che si sono impegnati a ricorrere ad uno o più organismi ADR per risolvere le controversie sorte con i consumatori.

Essi "...sono obbligati ad informar[li] in merito all'organismo o agli organismi competenti per risolvere le controversie sorte con i consumatori..." a comunicare l'indirizzo del sito web dell'organismo ADR pertinente in modo chiaro, comprensibile e "...sul sito web del professionista, ove esista, e nelle condizioni generali applicabili al contratto di vendita o di servizi stipulato tra il professionista ed il consumatore".

Nella evenienza che non si possa giungere alla soluzione di una controversia tra un consumatore e un professionista in seguito a un reclamo presentato direttamente dal consumatore al professionista, quest'ultimo gli fornisce le informazioni di cui al comma 1, su supporto cartaceo o altro supporto durevole, chiedendogli se intenda avvalersi dei pertinenti organismi ADR per risolvere la controversia stessa.

Premessa la salvezza delle norme "...relative all'informazione dei consumatori sulle procedure di ricorso extragiudiziale contenute in altri provvedimenti normativi..." (comma quarto), il successivo comma quinto tratta delle controversie transfrontaliere indicando nel Centro nazionale della rete europea per i consumatori (ECC-NET) l'organismo che raccoglie i reclami smistandoli all'organismo ADR competente a trattare la controversia transfrontaliera. Il medesimo Centro nazionale è designato anche come punto di contatto ODR.

La rete comunitaria di composizione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo, indispensabile per offrire soluzione alle controversie sorte nell'ambito di operazioni commerciali transfrontaliere tra consumatori e professionisti, era rappresentata dalla EEJ Net (*European Extra Judicial Network*), avente l'obiettivo di consentire al consumatore di adire, attraverso l'organismo extragiudiziario omologo del paese di origine, quello competente all'estero, in conformità delle Racc. 98/257/CE e 2001/310/CE. Il collegamento tra i vari organismi era disponibile on-line, attraverso la creazione, in ogni stato membro, di "centri di compensazione", presso cui il consumatore poteva ottenere informazioni adeguate ed aggiornate e l'indicazione dell'organismo cui rivolgersi.

Dal primo gennaio 2005 la EEJ si è fusa con la CEC o ECC-NET (*European Consumer Centres Network*), i c.d. Eurosportelli, offrendo ai consumatori un servizio di informazione ed assistenza capillare con un facile accesso ai risarcimenti.

In particolare, la CEC:

- informa i consumatori sulle opportunità offerte dal Mercato Interno;
- dà consigli agli individui che stanno affrontando problematiche di consumatori e li assistono nel seguire reclami transfrontalieri, suddividendole per settori, p.e. turismo, trasporti, energia ecc..;
- informa ed indirizza i consumatori verso le procedure di composizione extragiudiziale per i consumatori in tutta Europa (ADR) anche *on line* (ODR);
- fornisce ai consumatori accesso facile ed informato a tali procedure transfrontaliere;
- coopera con altre reti europee quali FIN-NET (rete finanziaria), SOLVIT (riservata alle autorità pubbliche in materia di problemi legali derivanti dalla applicazione della normativa comunitaria) e la rete Giudiziaria Europea nelle questioni civili e commerciali;
- fornisce informazioni sulla legislazione e la giurisprudenza europee e nazionali;
- effettua comparazioni transfrontaliere;
- fornisce alla Commissione Europea importanti informazioni di base sulle preoccupazioni dei consumatori.

L'accesso a ECC-NET avviene, principalmente, tramite uno dei Centri Europei Consumatori: è consigliabile, tuttavia, che i consumatori si rivolgano prima ad una associazione di consumatori o ad un altro servizio di consulenza competente.

La Rete CEC conta attualmente 30 centri (almeno un punto nazionale di contatto in ogni Stato membro), la lista aggiornata dei quali è disponibile sul sito www.ecc-netitalia.it.

In Italia i punti di contatto sono dislocati a Roma e Bolzano.

Gli organismi ADR ed il Centro nazionale della rete europea per i consumatori (ECC-NET) rendono disponibili "...al pubblico sui propri siti web, fornendo un link al sito della Commissione europea e, laddove possibile, su supporto durevole nei propri locali, l'elenco degli organismi ADR elaborato e pubblicato dalla Commissione ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4, della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori".

Il medesimo elenco è anche disponibile alle associazioni di consumatori e di categoria di professionisti che, a loro volta, possono pubblicizzarlo sui propri siti web o in qualsiasi altro modo esse ritengano appropriato, e così pure a ciascuna autorità competente (art. 141 *sexies* cod. cons., commi sesto, ottavo e nono).

L'ultimo comma di tale articolo, il nono, prevede che " Le autorità competenti incoraggino le associazioni dei consumatori e degli utenti, di cui all'articolo 137, e le organizzazioni professionali, a diffondere la conoscenza degli organismi e delle procedure ADR ed a promuovere l'adozione dell'ADR da parte di professionisti e consumatori. Detti organismi sono, altresì, incoraggiati a fornire ai consumatori le

informazioni relative agli organismi ADR competenti quando ricevono i reclami dai consumatori".

L'art. 141-septies cod. cons. attiene, infine, alla necessaria cooperazione tra gli organismi ADR nella risoluzione delle controversie transfrontaliere che le Autorità competenti assicurano, così come incoraggiano la riunione tra organismi ADR che trattano controversie per i medesimi settori, la loro cooperazione con le autorità preposte ad attuare la tutela dei consumatori e lo scambio di informazioni.

Il credito al consumo

Il codice del consumo conteneva regole specificatamente dettate per l'argomento che si tratta fino al 18 dicembre 2010. Si trattava degli artt. 40-43 cod. cons. che si aggiungevano a quanto disposto dal testo unico bancario negli artt. 121 ss.

E' intervenuto, poi, il d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi) che ne ha disposto l'abrogazione, tramite l'art. 3. E' sopravvissuto, all'interno del codice del consumo, il solo art. 43, modificato, che prevede il rinvio agli artt. 121 ss. t.u.b. nonché agli artt. 144 e 145 t.u.b. per l'applicazione delle relative sanzioni.

La normativa in materia, contenuta negli artt. 121 ss. del t.u.b. è stata successivamente modificata dal d. lgs. 14 dicembre 2010, n. 218 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, recante attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo IV del testo unico bancario) su cui sono intervenute ulteriori modifiche ed integrazioni per effetto del d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169.

Infine, solo a titolo informativo, il d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (c.d. "Decreto Mutui"), recepimento della dir. 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (recante modifica delle dirr. 2008/48/CE e 2013/36/UE e del reg. (UE) n. 1093/2010), ha inserito nel t.u.b. un nuovo Capo I bis, che si inserisce nel Titolo VI, ed è rubricato "credito immobiliare ai consumatori".

Quest'ultimo non sarà oggetto di commento. Esso sarà limitato agli artt. 121 ss. t.u.b.

Il primo comma dell'art. 121 t.u.b., stabilisce i campi soggettivi ed oggettivi di applicazione della normativa.

Soggettivamente trattasi di contratti stipulati tra un consumatore (definizione contenuta nella lett. b) identificato secondo la usuale connotazione del codice del consumo) ed un:

-finanziatore, il soggetto che "... essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito..."(lett. f)

-intermediario del credito, indicante gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi o qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in

denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dal Titolo VI-bis, almeno una delle seguenti attività:

1) presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti;

2) conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore;...” (lett. h).

Il campo di delimitazione oggettivo della disciplina è rappresentato dalle definizioni di:

-contratto di credito indicante il contratto con cui “...un finanziatore concede o si impegna a concedere ad un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria;...” (lett. c)

-contratto di credito collegato, indicante un contratto di credito “... finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici se ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

1) il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito;

2) il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito...” (lett. d).

Definizioni aggiuntive sono quelle di:

-costo totale del credito, ovvero “...gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza;...”(lett e)

-importo totale del credito, “... il limite massimo o la somma totale degli importi messi a disposizione in virtù di un contratto di credito;...” (lett. g)

-sconfinamento, cioè “...l'utilizzo da parte del consumatore di fondi concessi dal finanziatore in eccedenza rispetto al saldo del conto corrente in assenza di apertura di credito ovvero rispetto all'importo dell'apertura di credito concessa;...” (lett. i)

-supporto durevole, ovvero “...ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate;...” (lett. l)

- tasso annuo effettivo globale o TAEG indicante “... il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito” (lett. m).

In base al secondo comma il costo totale del credito include anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte.

Il terzo comma dell'art. 121 t.u.b. rinvia a regolamentazione della Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, quanto alle modalità di calcolo del TAEG, ivi inclusa la specificazione dei casi in cui gli importi, previsti nel comma secondo, sono compresi nel costo totale del credito.

L'art. 122 t.u.b. restringe l'ambito di applicabilità suindicato, ovvero i contratti di credito comunque denominati, con le seguenti eccezioni:

“...a) finanziamenti di importo inferiore a 200 euro o superiore a 75.000 euro. Ai fini del computo della soglia minima si prendono in considerazione anche i crediti frazionati concessi attraverso più contratti, se questi sono riconducibili a una medesima operazione economica;

b) contratti di somministrazione previsti dagli articoli 1559 e seguenti del codice civile e contratti di appalto di cui all'articolo 1677 del codice civile;

c) finanziamenti nei quali è escluso il pagamento di interessi o di altri oneri;

d) finanziamenti a fronte dei quali il consumatore è tenuto a corrispondere esclusivamente commissioni per un importo non significativo, qualora il rimborso del credito debba avvenire entro tre mesi dall'utilizzo delle somme;

e) finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato;

f) finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili aventi una durata superiore a cinque anni;

g) finanziamenti, concessi da banche o da imprese di investimento, finalizzati a effettuare un'operazione avente a oggetto strumenti finanziari quali definiti dall'articolo 1, comma 2, del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, purché il finanziatore partecipi all'operazione;

h) finanziamenti concessi in base a un accordo raggiunto dinanzi all'autorità giudiziaria o a un'altra autorità prevista dalla legge;

i) dilazioni del pagamento di un debito preesistente concesse gratuitamente dal finanziatore;

l) finanziamenti garantiti da pegno su un bene mobile, se il consumatore non è obbligato per un ammontare eccedente il valore del bene;

m) contratti di locazione, a condizione che in essi sia prevista l'espressa clausola che in nessun momento la proprietà della cosa locata possa trasferirsi, con o senza corrispettivo, al locatario;

n) iniziative di microcredito ai sensi dell'articolo 111 e altri contratti di credito individuati con legge relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi d'interesse non superiori a quelli prevalenti sul mercato;

o) contratti di credito sotto forma di sconfinamento del conto corrente, salvo quanto disposto dall'articolo 125-octies” t.u.b.

L'inapplicabilità di parte della normativa è disposta nei commi secondo/quarto dell'art. 122 t.u.b.:

1) per le aperture di credito regolate in conto corrente, qualora il rimborso delle somme prelevate debba avvenire su richiesta della banca ovvero entro tre mesi dal prelievo (artt. 123, comma primo, lett. da d) a f), 124, comma quinto, 125-ter, 125-quater, 125-sexies, 125-octies);

2) contratti di locazione finanziaria (leasing) che, anche sulla base di accordi separati, non comportano l'obbligo di acquisto della cosa locata da parte del consumatore (l'articolo 125-ter, commi da 1 a 4, t.u.b.);

3) alle dilazioni del pagamento e alle altre modalità agevolate di rimborso di un debito preesistente, concordate tra le parti a seguito di un inadempimento del consumatore (artt. 124, comma quinto, 124-bis, 125-ter, 125-quinquies, 125-septies t.u.b.) nei casi stabiliti dal CICR;

Importante è il quinto comma dell'art. 122 t.u.b. che precisa come i venditori di beni e servizi possono concludere contratti di credito “nella sola forma della dilazione del prezzo con esclusione del pagamento degli interessi e di altri oneri” evidenziando la differenza con gli operatori creditizi abilitati.

Ai sensi dell'art. 123, primo e secondo comma t.u.b., l'attività di credito al consumo è soggetta agli obblighi di trasparenza previsti dalla parte II, titolo III, del Codice del consumo, oltre quanto qui di seguito indicato, con la precisazione, al comma secondo, che è la Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, a precisare le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione. Essi devono contenere l'indicazione:

-del tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo:

a) il tasso d'interesse, specificando se fisso o variabile, e le spese comprese nel costo totale del credito;

b) l'importo totale del credito;

c) il TAEG;

d) l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni pubblicizzate, qualora i costi relativi a tali servizi non siano inclusi nel TAEG in quanto non determinabili in anticipo;

e) la durata del contratto, se determinata;

f) se determinabile in anticipo, l'importo totale dovuto dal consumatore, nonché l'ammontare delle singole rate.

Come naturale, trattandosi di contratti conclusi con un consumatore, particolare attenzione è rivolta agli obblighi informativi distinti in precontrattuali, contestuali alla conclusione del contratto e successivi.

In merito agli obblighi precontrattuali l'art. 124, primo comma, t.u.b. prevede che “il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito.

Queste informazioni sono fornite dal finanziatore o dall'intermediario del credito su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le

“Informazioni europee di base sul credito ai consumatori”. Gli obblighi informativi di cui al comma 1 si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo. Il finanziatore o l’intermediario forniscono qualsiasi informazione aggiuntiva in un documento distinto, che può essere allegato al modulo” (comma secondo, art. 124 t.u.b.).

Ove il contratto di credito sia stato concluso, su richiesta del consumatore, usando un mezzo di comunicazione a distanza che non consente di fornire le informazioni di cui al comma 1, “il finanziatore o l’intermediario del credito forniscono al consumatore il modulo di cui al comma secondo immediatamente dopo la conclusione del contratto di credito.

Su richiesta, al consumatore, oltre al modulo di cui al comma secondo, è fornita gratuitamente copia della bozza del contratto di credito, salvo che il finanziatore o l’intermediario del credito, al momento della richiesta, non intenda procedere alla conclusione del contratto di credito con il consumatore” (commi terzo e quarto, art. 124 t.u.b.).

Inoltre “il finanziatore o l’intermediario del credito forniscono al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dei commi 1 e 2, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento”.

Importante previsione, introdotta nel 2012, è quella relativa alla offerta di più contratti secondo la quale “in caso di offerta contestuale di più contratti non collegati ai sensi dell’articolo 121, comma 1, lettera d), è comunque specificato se la validità dell’offerta è condizionata alla conclusione congiunta di detti contratti” (comma quinto, art. 124 t.u.b.).

Sono esclusi dall’osservanza degli obblighi di informativa precontrattuale “I fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio, fermo restando l’obbligo del finanziatore di assicurare che il consumatore riceva le informazioni precontrattuali e che i fornitori di merci o prestatori di servizi rispettino la disciplina ad essi applicabile in base agli artt. 121 ss. t.u.b.” (comma sesto, art. 124 t.u.b.).

Contenuto, criteri di redazione, modalità di messa a disposizione delle informazioni precontrattuali; modalità e portata dei chiarimenti da fornire al consumatore ai sensi del quinto comma, anche in caso di contratti conclusi congiuntamente; obblighi specifici o derogatori da osservare nei casi di comunicazioni mediante telefonia vocale; aperture di credito regolate in conto corrente; dilazioni di pagamento non gratuite e altre modalità agevolate di rimborso di un credito preesistente, concordate tra le parti a seguito di un inadempimento del consumatore; offerta attraverso intermediari del credito che operano a titolo accessorio sono oggetto di disposizioni di attuazione da parte della Banca d’Italia in conformità alle deliberazioni del CICR.

L'art. 124-bis t.u.b. attiene alla verifica del merito creditizio che il finanziatore effettua, prima della conclusione del contratto di credito, sulla base di informazioni fornite dal consumatore stesso e, se necessario, consultando una banca dati pertinente. Esclusa la Centrale Rischi della Banca d'Italia, in cui confluiscono i dati relativi a finanziamenti più importanti, trattasi di banche dati private come la Experian, la CRIF (Centrale Rischi finanziari) la SIC (Sistemi informativi creditizi) o la CRIC (Centrale rischi di importo contenuto).

Tali informazioni necessitano di aggiornamento se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, valutando nuovamente il merito creditizio del cliente "...prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito". Anche per la verifica del merito creditizio è demandato alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, dettare disposizioni attuative.

L'art. 125, primo comma, t.u.b. prevede che i gestori delle banche dati, contenenti informazioni nominative sul credito, debbano consentire l'accesso ai finanziatori abilitati nel territorio della Repubblica ed a quelli degli Stati membri dell'Unione europea a condizioni non discriminatorie. Le condizioni di accesso sono fissate dal CICR, sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

Obblighi informativi peculiari, a carico del finanziatore attengono:

-al rifiuto della domanda di credito basata sulle informazioni attinte da una banca dati ("..il finanziatore informa il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati, secondo comma art. 125 t.u.b.);

-alla prima segnalazione ad una banca dati di informazioni negative ("I finanziatori informano preventivamente il consumatore... L'informativa è resa unitamente all'invio di solleciti, altre comunicazioni, o in via autonoma", terzo comma art. 125 t.u.b.). La delicatezza dell'operazione comporta che i finanziatori assicurino la esattezza ed aggiornamento delle informazioni comunicate alle banche dati, rettificando prontamente i dati errati in caso di errore (quarto comma, art. 125 t.u.b.).

-Agli effetti che le informazioni negative registrate in una banca dati possono avere sulla capacità di accedere al credito (quinto comma, art. 125 t.u.b.)

In chiusura dell'articolo si afferma che le regole suesposte non pregiudicano l'applicazione di quelle previste in materia di protezione dei dati personali dal d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

L'art. 125-bis t.u.b. detta prescrizioni in materia di forma e contenuto del contratto di credito al consumo ed obblighi informativi.

I commi primo e secondo ribadiscono che "I contratti di credito sono redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge e contengono in modo chiaro e conciso le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR. Una copia del contratto è consegnata ai clienti.

Ai contratti di credito si applicano l'articolo 117, commi 2, 3 e 6, nonché gli articoli 118, 119, comma 4, e 120, comma 2."

Quanto alla previsione che i contratti di credito possano essere redatti su supporto durevole si conferma la possibile conclusione anche a distanza, in particolare on line, ma l'aggiunta dell'inciso, contenuto nel primo comma dell'art. 125-bis t.u.b., "che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge" conduce alle disposizioni previste dal codice dell'amministrazione digitale in materia di firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali. Pertanto, tali convenzioni dovranno essere siglate almeno con una firma elettronica avanzata.

Il riferimento agli artt. 117-120 t.u.b. consente l'applicabilità delle principali regole in tema di trasparenza bancaria.

L'art. 125-bis t.u.b. prosegue con regole relative alla offerta contestuale di più contratti da concludere per iscritto, diversi da quelli collegati ai sensi dell'articolo 121, comma primo, lettera d), il cui consenso del consumatore va acquisito distintamente per ciascun contratto attraverso documenti separati (comma terzo art. 125-bis t.u.b.).

Nei contratti di credito di durata il finanziatore, ai sensi del comma quarto dell'art. 125-bis t.u.b., fornisce periodicamente al cliente, su supporto cartaceo o altro supporto durevole una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto il contenuto e modalità della quale è fissata dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR.

I commi successivi prevedono, la nullità di singole disposizioni o dell'intero contratto in caso di violazione di obblighi informativi, a titolo di sanzione contrattuale rispondente alla violazione di regole di ordine pubblico economico.

Secondo i commi quinto e sesto dell'art. 125-bis t.u.b. "nessuna somma può essere richiesta o addebitata al consumatore se non sulla base di espresse previsioni contrattuali" e che "Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto". Trattasi, dunque, di nullità relativa, compatibile con l'interesse di tutela del consumatore.

Una integrazione legale è prevista dal successivo comma settimo in caso di assenza o nullità delle relative clausole contrattuali. In tal caso:

"...a) il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese;
b) la durata del credito è di trentasei mesi".

Diversamente il comma ottavo ritiene nullo il contratto di credito al consumo se mancano informazioni essenziali su:

"..a) il tipo di contratto;
b) le parti del contratto;
c) l'importo totale del finanziamento e le condizioni di prelievo e di rimborso".

In tal caso “...il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili”(comma nono art. 125-bis t.u.b.).

Ulteriore tutela per il sottoscrittore di un contratto di credito al consumo è la previsione di un diritto di recesso, connotato come diritto di pentimento.

Ispirandosi a quanto previsto dalla normativa sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari contenuta negli art. 67-bis e ss. cod. cons., peraltro espressamente richiamata, ed andando a colmare un vuoto normativo che esisteva per i contratti bancari non conclusi a distanza, l'art. 125-ter, primo comma, t.u.b. prevede che ai consumatori contraenti di un contratto di credito spetta un diritto di recesso esercitabile entro 14 giorni decorrenti dalla conclusione del contratto o, se successivo, dal momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'articolo 125-bis, comma 1. In caso di contratto concluso a distanza “il termine è calcolato secondo l'articolo 67-duodecies, comma 3, del Codice del consumo”.

Per il comma secondo dell'art. 125-ter t.u.b. il consumatore che recede:

“...a) ne dà comunicazione al finanziatore inviandogli, prima della scadenza del termine previsto dal comma 1, una comunicazione secondo le modalità prescelte nel contratto tra quelle previste dall'articolo 64, comma 2, del Codice del consumo;

b) se il contratto ha avuto esecuzione in tutto o in parte, entro trenta giorni dall'invio della comunicazione prevista dalla lettera a), restituisce il capitale e paga gli interessi maturati fino al momento della restituzione, calcolati secondo quanto stabilito dal contratto. Inoltre, rimborsa al finanziatore le somme non ripetibili da questo corrisposte alla pubblica amministrazione”.

Fermo restando che “Il finanziatore non può pretendere somme ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 2, lettera b)...” (comma terzo art. 125-ter t.u.b.), per il successivo quarto comma “Il recesso disciplinato dal presente articolo si estende automaticamente, anche in deroga alle condizioni e ai termini eventualmente previsti dalla normativa di settore, ai contratti aventi a oggetto servizi accessori connessi col contratto di credito, se tali servizi sono resi dal finanziatore ovvero da un terzo sulla base di un accordo col finanziatore. L'esistenza dell'accordo è presunta. E' ammessa, da parte del terzo, la prova contraria”.

Per il quinto comma dell'art. 125-ter t.u.b.: “Salvo quanto previsto dai commi 1 e 2, ai contratti disciplinati dal presente capo non si applicano gli articoli [54-58], 67-duodecies e 67-ter decies del Codice del consumo”.

Gli articoli richiamati attengono, come è noto, al diritto di recesso rispettivamente nell'ambito della disciplina generale dei contratti a distanza e della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Un diritto di recesso non soggetto a termine alcuno è, poi considerato a favore del consumatore, fermo restando quanto disposto dal precedente art. 125-ter, dall'art. 125-quater t.u.b. per i contratti a tempo indeterminato. Esso è senza penalità e senza spese ma il contratto può prevedere un preavviso non superiore a un mese.

Diversamente, per il comma secondo dell'art. 125-quater t.u.b., il finanziatore può:
-recedere da un contratto di credito a tempo indeterminato con un preavviso di almeno due mesi, comunicato al consumatore su supporto cartaceo o altro supporto durevole;

- sospendere, per una giusta causa, l'utilizzo del credito da parte del consumatore, dandogliene comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole in anticipo e, ove ciò non sia possibile, immediatamente dopo la sospensione.”

A protezione del consumatore nel caso di inadempimento della fornitura di beni o prestazione dei servizi cui è collegato un contratto di credito al consumo sono previste regole particolari nell'art. 125- quinquies t.u.b. Ove si verificano tali circostanze il consumatore “dopo aver inutilmente effettuato la costituzione in mora del fornitore, ha diritto alla risoluzione del contratto di credito, se con riferimento al contratto di fornitura di beni o servizi ricorrono le condizioni di cui all'articolo 1455 del codice civile” ovvero se l'inadempimento non è di scarsa importanza avuto riguardo agli interesse del creditore della prestazione.

Ai sensi del comma secondo dell'art. 125-quinquies t.u.b. “La risoluzione del contratto di credito comporta l'obbligo del finanziatore di rimborsare al consumatore le rate già pagate, nonché ogni altro onere eventualmente applicato.” Non comporta, diversamente, l'obbligo del consumatore di rimborsare al finanziatore l'importo che sia stato già versato al fornitore dei beni o dei servizi, in quanto questi ha diritto di ripetere detto importo nei confronti del fornitore stesso.

Regole peculiari sono indicate in caso di locazione finanziaria (leasing) dal comma terzo dell'art. 125-quinquies t.u.b.

Ulteriore diritto del consumatore è quello al rimborso anticipato della somma concessa in credito ai sensi dell'art. 125-sexies t.u.b.

Tale rimborso non ha limiti temporali può essere totale o parziale con correlativo “...diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto”.

A tutela del finanziatore il comma secondo dell'articolo in commento ne dispone il “...diritto ad un indennizzo equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito”. Tuttavia l'indennizzo non può superare l'1 per cento dell'importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5 per cento del edesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto.

Diversamente, per il comma terzo dell'art. 125-sexies t.u.b., il finanziatore non ha diritto all'indennizzo:

“...a) se il rimborso anticipato è effettuato in esecuzione di un contratto di assicurazione destinato a garantire il credito;

b) se il rimborso anticipato riguarda un contratto di apertura di credito;

c) se il rimborso anticipato ha luogo in un periodo in cui non si applica un tasso di interesse espresso da una percentuale specifica fissa predeterminata nel contratto;

d) se l'importo rimborsato anticipatamente corrisponde all'intero debito residuo ed è pari o inferiore a 10.000 euro”.

Indicazioni relative alla facoltà di opporre eccezioni al cessionario sono previste in caso di cessione del credito da parte del finanziatore (art. 125-septies t.u.b.).

In linea con la previsione dell'art. 1264 c.c. il consumatore è informato della cessione del credito, secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, a meno che il cedente, in accordo con il cessionario, continui a gestire il credito nei confronti del consumatore.

L'art. 125-octies t.u.b. regola l'ipotesi di sconfinamento concesso al consumatore in un contratto di conto corrente, cui si applicano le disposizioni del Capo I del Titolo VI (Rapporti con i clienti- operazioni e servizi bancari e finanziari) del t.u.b.

A sua protezione, se esso si protrae per oltre un mese “ ..il creditore comunica senza indugio al consumatore, su supporto cartaceo o altro supporto durevole:

- a) lo sconfinamento;
- b) l'importo interessato;
- c) il tasso debitore;
- d) le penali, le spese o gli interessi di mora eventualmente applicabili.

Nelle comunicazioni il finanziatore osserva le disposizioni di attuazione emanate, sul punto, dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR (secondo e terzo comma art. 125-octies t.u.b.).

Alla disciplina degli strumenti pubblicitari destinati ai consumatori da parte degli intermediari del credito è riservato l'art. 125-novies t.u.b.

Gli annunci pubblicitari ed i documenti destinati ai consumatori devono obbligatoriamente contenere:

- l'indicazione della qualificazione esatta e l'ampiezza dei poteri dell'operatore professionale;
- l'eventuale compenso da versare all'intermediario del credito per i suoi servizi, oggetto di accordo tra il consumatore e l'intermediario del credito documentato su supporto cartaceo o altro supporto durevole prima della conclusione del contratto di credito;
- l'eventuale compenso che il consumatore deve versare all'intermediario del credito per i suoi servizi, al fine del calcolo del TAEG, secondo quanto stabilito dal CICR.

Infine, l'art. 126 t.u.b. riserva al Ministro dell'economia e delle finanze la possibilità di individuare, con regolamento, i casi in cui “...le comunicazioni previste dall'articolo 125, comma 2, e 125-quater, comma 2, lettera b), non sono effettuate in quanto vietate dalla normativa comunitaria o contrarie all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza”.