

I. TEORIA DEL DERECHO PUBLICO Y DERECHO INTERNACIONAL

PREGI E DIFETTI DEL MODELLO EUROPEO DI TUTELA DEL CONSUMATORE

Gian Antonio Benacchio

Ordinario di diritto privato comparato
nell'Università di Trento

Abstract

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

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

Sommario: 1. Particolarità del modello europeo e strumenti di tutela. – 2. Aspetti critici del modello. – 3. Tecnologie digitali e discriminazione negoziale. – 4. Ripensare il modello.

1. Particolarità del modello europeo e strumenti di tutela

Nel corso degli anni la regolamentazione europea della materia avente ad oggetto la *tutela del consumatore* si è espansa in senso quantitativo e qualitativo, proponendosi come obiettivi la tutela della salute, la sicurezza e la qualità dei prodotti nonché la protezione degli interessi economici del consumatore. L'intervento europeo ha consentito *sia* di accelerare la formazione e la crescita della disciplina consumeristica negli Stati ove era assente, *sia* di garantirne uno sviluppo più uniforme e armonico. Tutto ciò è confluito nella formazione di quello che viene ormai unanimemente riconosciuto come il *nuovo diritto europeo dei contratti dei consumatori*¹.

¹ G. Alpa (a cura di), *I diritti dei consumatori*, in G. Ajani, G. Benacchio (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, Tomi I e II; C. Twigg-Flesner (edited by),

L'azione del legislatore dell'Unione ha portato all'adozione di un numero rilevante di direttive caratterizzate per interventi sia di tipo *verticale* sia di tipo *orizzontale*: nel primo caso dettando nuove regole riguardanti un particolare contratto o operazione economica², nel secondo caso disciplinando alcuni tratti generali della contrattazione, indipendentemente dal tipo di contratto o di operazione economica³.

Uno dei principali aspetti che caratterizzano la legislazione europea riguarda il grado di definizione delle singole regole, con effetti che vanno dall'*armonizzazione minima* dei modelli nazionali (quando i legislatori degli Stati membri non possono mantenere o introdurre una tutela del consumatore inferiore ad una determinata soglia pur potendo definire regole più severe rispetto alla soglia stessa), all'*armonizzazione massima* (quando i legislatori nazionali non possono discostarsi dalle indicazioni fissate nella direttiva stessa).

Questo processo legislativo evidenzia come non sempre il legislatore dell'Unione possiede la forza, la capacità, la determinazione sufficiente per obbligare gli Stati membri all'adozione di regole minuziose, stringenti e precise tali da vincolare gli Stati membri, ed è il motivo per cui sono rare le direttive che definiscono regole di armonizzazione *massima* nel diritto dei contratti. La necessità di ottenere una condivisione ampia per approvare una nuova direttiva impone, a livello europeo, l'elaborazione di proposte e soluzioni che rappresentano molto spesso un compromesso, una via di mezzo fra le diverse posizioni espresse da ciascun ordinamento nazionale⁴.

Più recentemente, inoltre, l'attività del legislatore UE è diventata frenetica. Da una parte, le nuove direttive intervengono sempre più in settori e materie fino ad

Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016; J. Basedow, *Un droit commun des contrats pour le Marché commun*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1998, 1, 7-28; E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, Giuffrè, 2007; G. De Cristofaro (a cura di), *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009.

² È il caso, ad esempio, delle direttive sui viaggi tutto compreso (direttiva 2015/2302/UE), sugli acquisti in multiproprietà (direttiva 2008/122/CE), sui contratti conclusi fuori dai locali di commercio (direttiva 2011/83/UE), sul contratto di credito (direttiva 2008/48/CE).

³ Esempi emblematici sono costituiti dalla direttiva sulle clausole abusive (direttiva 93/13/CEE), il cui contenuto si riferisce ad una serie vastissima di contratti e non ad una figura specifica, oppure dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali (direttiva 2005/29/CE), che stabilisce i principi generali per una corretta contrattazione, oppure, ancora, dalla direttiva sulle azioni inibitorie (direttiva 98/27/CE).

⁴ Si pensi, ad esempio, agli obblighi informativi precontrattuali: a fronte di una dettagliata elencazione, formalizzata nella direttiva 2011/83/UE ("*sui contratti dei consumatori*"), viene rimessa ai legislatori nazionali la definizione delle sanzioni da irrogare in caso di violazione, con la precisazione che le stesse dovranno essere "*effettive, proporzionate e dissuasive*" (così l'art. 24, direttiva 2011/83/UE). La scelta di non definire sanzioni comuni rispetto alla violazione degli obblighi imposti certamente crea più di qualche dubbio sulla reale efficacia dell'intervento rispetto agli obiettivi di armonizzazione del diritto.

ora di competenza degli Stati, dall'altra modificano le precedenti regole comunitarie, emanate cinque, dieci, venti anni fa, obbligando gli Stati ad una continua e complessa attività di recepimento⁵. Il risultato è una stratificazione progressiva di norme che non di rado disorientano l'operatore giuridico, il giudice, l'avvocato, lo studioso. Lo stesso legislatore e il giudice nazionale stentano ad adeguarsi correttamente a soluzioni europee, troppo spesso divenute incerte e di non univoca interpretazione⁶.

Dall'insieme delle direttive che compongono la disciplina europea sui contratti dei consumatori risaltano alcune caratteristiche comuni che concorrono a disegnare i modelli nazionali derivati, come, ad es., il c.d. diritto al ripensamento (*jus poenitendi*), esercitabile senza una giusta causa e senza obbligo di preavviso né di corrispondere alcun tipo di indennità a favore del professionista; oppure si pensi alle regole in tema di elementi essenziali del contratto che ampliano notevolmente le ipotesi di invalidità o di inefficacia del medesimo.

Ma il vero pilastro dell'azione europea nel settore consumeristico è costituito dal diritto, di portata generale, alla trasparenza e all'informazione (sui prodotti, sugli strumenti di tutela e su quant'altro possa essere utile per una scelta economica consapevole), da sempre ritenuto determinante soprattutto per incrementare la fiducia dei consumatori in un mercato unico e globale, transfrontaliero, non racchiuso all'interno dei confini nazionali.

Ora, se il modello di tutela elaborato in sede europea ha sicuramente contribuito a far sì che, oggi, il consumatore sia molto più salvaguardato rispetto a una trentina d'anni fa, negli ultimi anni, tuttavia, ci si sta domandando se questo modello sia davvero efficace e sufficiente a ristabilire l'equilibrio tra due parti dotate normalmente di forze contrattuali diverse⁷.

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

Ne risulta messo in discussione quello che era stato un emblema della dottrina liberale: vale a dire l'affermazione dell'autonomia privata come intangibile

⁵ L'effetto è la moltiplicazione delle regole europee con le quali ci si deve misurare e alle quali i legislatori nazionali devono costantemente adeguarsi, anche modificando più volte non solo le precedenti leggi di attuazione ma anche i medesimi articoli dei codici nazionali.

⁶ Non sempre è risolutivo il ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'UE. Se è vero, infatti, che l'attività di interpretazione delle regole svolta dai giudici di Lussemburgo ha contribuito in maniera fondamentale alla costruzione del diritto europeo per la tutela del consumatore, non può disconoscersi che le regole sempre più numerose formulate dalla Corte non contribuiscono a quella chiarezza e certezza del diritto di cui il consumatore avrebbe bisogno.

⁷ Va ricordato che già negli anni Cinquanta del secolo scorso il tema è stato affrontato magistralmente dal premio Nobel H. Simon, tra i primi a mettere in dubbio il fatto che il sovraccarico degli obblighi informativi possa generare consapevolezza nel compiere la scelta più corretta; cfr. H.A. Simon, A. *Behavioral Model of Rational Choice*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, 1, 99-118.

espressione della libertà della persona di autodeterminarsi, di regolare come crede la propria sfera giuridica ed economica, riducendo l'intervento correttivo dell'autorità giudiziaria a casi estremi e marginali. Anche se il contratto continua ad essere una questione del tutto privata, lo Stato non può e non vuole disinteressarsene e si fa garante di una migliore equità sociale, di una maggiore giustizia contrattuale, di una difesa degli interessi dei soggetti più deboli e meritevoli di tutela.

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

Se è vero, infatti, che permane negli ordinamenti nazionali un generico dovere di buona fede e correttezza, non può disconoscersi che il dovere di informazione ha acquisito autonomia e specifica connotazione e rafforzamento al punto da venire definito, in alcuni ordinamenti, un vero e proprio «*diritto fondamentale*»⁸.

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

Di regola, prima che il contratto sia perfezionato, il professionista deve fornire al consumatore notizie che riguardano: le *caratteristiche di beni e servizi*; gli *elementi identificativi del professionista* (ad esempio, l'indirizzo geografico dove è stabilito, il numero di telefono, fax e l'indirizzo di posta elettronica); il *contenuto economico del contratto* (non solo il prezzo ma l'impegno economico complessivo nonché le modalità di pagamento); il *contenuto normativo del contratto* (ovverosia le modalità di consegna ed esecuzione, le tempistiche, la durata del rapporto, le garanzie legali e convenzionali, ecc.); gli strumenti per rendere *effettiva la tutela del consumatore* (dunque l'indicazione di eventuali formulari, di codici di condotta vincolanti il professionista, della possibilità di ricorrere a forme di risoluzione alternativa delle controversie che dovessero insorgere); la possibilità di esercitare il diritto di recesso (quando previsto) e le modalità per il suo esercizio.

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

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

Ma non solo. Ad essere oggetto di precisa e analitica (quasi pedissequa) regolamentazione legislativa sono anche le *modalità di comunicazione* delle

⁸ Così, in Italia, l'art. 2, comma 2, lett. c) ed e), del *Codice del consumo*.

informazioni, che devono essere espresse in modo «chiaro e comprensibile»⁹, permettere una piena consapevolezza del consumatore, in osservanza dei principi di *buona fede*¹⁰, *correttezza e lealtà*¹¹ nonché di *accessibilità*¹², essere «*appropriate alla tecnica di comunicazione*» impiegata¹³, tenuto conto anche delle modalità di conclusione del contratto, delle caratteristiche del settore nonché delle tipologie contrattuali¹⁴.

Gli obblighi informativi, così fortemente dettagliati, diventano quindi elementi essenziali e necessari dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori: il diritto/dovere di informazione non si colloca più all'esterno delle operazioni contrattuali ma viene a fare parte integrante del contratto, ampliando le ipotesi di invalidità o di inefficacia e dando origine ad un fenomeno che la dottrina definisce «contrattualizzazione degli obblighi informativi»¹⁵.

Nelle intenzioni del legislatore europeo, l'esigenza di garantire una effettiva tutela al consumatore dovrebbe poggiare sulla previsione di rimedi e sanzioni «effettive, proporzionali e dissuasive»¹⁶, «adeguate alla gravità delle condotte da reprimere» e tali da comportare un effetto deterrente.

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

⁹ Art. 5 dir. 2011/83.

¹⁰ Ad es. dir. 93/13.

¹¹ Ad es. reg. 2016/679.

¹² *Considerando* n. 36 dir. 2011/83.

¹³ Art. 8 dir. 2011/83.

¹⁴ Disposizioni speciali sono previste per i *contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, i *contratti a distanza*, i *contratti di vacanza a lungo termine*, i *contratti a distanza riguardanti servizi bancari, creditizi, assicurativi e di investimento*, i *contratti aventi ad oggetto servizi turistici*, le *comunicazioni telefoniche*, le *televendite*, il *commercio elettronico*, il *credito al consumo*, la *pubblicità delle tariffe del trasporto marittimo*, la *vendita di immobili in multiproprietà*. Per esempio, per quanto riguarda la multiproprietà, i *prospetti informativi* obbligatori devono indicare l'identità del proponente, la natura del diritto oggetto del contratto, il periodo di godimento del diritto, la descrizione precisa dell'immobile, gli estremi della concessione edilizia, i servizi e le strutture comuni a disposizione dell'acquirente, i costi e gli oneri relativi, i costi gestionali dell'immobile, lo stato di avanzamento dei lavori di costruzione, la garanzia che le prescrizioni contenute nella concessione edilizia siano state rispettate, la garanzia sulla effettiva realizzazione, compresa anche la certificazione di abitabilità (si veda l'art. 4 della direttiva 2008/122/CE).

¹⁵ A proposito di questo fenomeno, in dottrina si parla di «neoformalismo» per sottolineare il fatto che, rispetto ai principi di libertà e autonomia contrattuale che hanno caratterizzato i sistemi giuridici occidentali fin dall'epoca delle codificazioni, si è ora passati a predeterminare obbligatoriamente numerosi aspetti del contenuto del contratto. R. Favale, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 2, 582 ss.; P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹⁶ L'obiettivo perseguito è quello di garantire "un elevato livello di protezione dei consumatori" e "un migliore funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori"; si vedano i considerando da 5 a 7 della direttiva 2011/83/UE nonché l'art. 24, direttiva 2011/83/UE.

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

Qualora, invece, il professionista violi gli obblighi di informazione in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del contratto, quest'ultimo sarà da considerare nullo o, comunque, non vincolante.

Allo stesso modo non è vincolante la clausola abusiva eventualmente presente nel contratto: in questo caso opera una speciale «nullità di protezione» che limita l'inefficacia alla clausola mentre il contratto rimane valido ed efficace per tutto il resto (principio della “conservazione del contratto”).

A presidio e garanzia dell'applicazione di tali forme di tutela vi sono le funzioni spettanti ad organi amministrativi oppure giurisdizionali. Al riguardo, possiamo ricordare che gli “strumenti di natura pubblicistico-amministrativa”, come *sanzioni pecuniarie* e *obblighi di modifica del comportamento commerciale*, sono affidati, generalmente, ad Autorità amministrative appositamente istituite a tutela del consumatore o ad altre Autorità indipendenti (in Italia, all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato: AGCM); gli “strumenti di natura civilistica”, invece, (nullità/annullabilità del contratto, inefficacia della clausola, azione inibitoria, risarcimento del danno ecc.), sono azionabili presso le autorità giurisdizionali individualmente o anche attraverso *class actions*.

Da ricordare, infine, la notevole attenzione che la normativa UE sta prestando negli ultimi anni ai c.d. “strumenti alternativi alla giustizia ordinaria”, che dovrebbero permettere di ottenere un risarcimento del danno o il riconoscimento di altri diritti senza dover necessariamente attivare il costoso, lento e farraginoso meccanismo della giustizia.

2. Criticità del modello

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

Sotto questo aspetto, la scelta europea di fondare la tutela dei consumatori sui pilastri dell'informazione e della trasparenza è assolutamente condivisibile.

Tuttavia, se consideriamo più da vicino gli effetti delle disposizioni emanate per attuare tale scelta emergono elementi e caratteristiche non del tutto efficienti, punti deboli che richiederebbero di essere rivisti e adeguati.

Il modello europeo si basa, infatti, sul presupposto che l'adempimento degli obblighi informativi e di trasparenza posti a carico del professionista rappresenti una garanzia di riequilibrio dell'asimmetria informativa tra le parti contrattuali.

Al contrario, gli studi condotti nel campo delle scienze cognitive e dell'economia comportamentale pongono in dubbio l'efficacia di questa soluzione¹⁷; l'eccesso di informazioni riversate sul consumatore rischierebbe di determinare effetti opposti a quelli desiderati e di trasformarsi, di fatto, in mancanza di (efficaci) informazioni, quindi controproducente. All'aumentare delle informazioni fornite, infatti, il destinatario cessa di valutarle passando direttamente alla fase decisionale che basa su strategie o tecniche (c.d. *euristiche*) come "prime impressioni", "inerzia", "desiderio di non modificare lo *status quo*"¹⁸.

Si consideri, ad esempio, l'area del *commercio elettronico* dove viene imposto al professionista di fornire: a) "informazioni generali", riguardanti il prestatore di servizi nonché l'Autorità di vigilanza competente; b) "informazioni commerciali", dirette a precisare i contenuti di beni e servizi e la presentazione dell'impresa che li offre; c) "informazioni riguardanti le modalità di conclusione del contratto"¹⁹.

La quantità di informazioni aumenta ulteriormente qualora il prestatore di servizi eserciti una *professione regolamentata*; in tal caso dovranno essere forniti anche gli elementi utili ad individuare: l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui è iscritto e il numero di iscrizione; il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato; le norme professionali e gli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi²⁰.

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

¹⁷ In particolare, le ricerche nel campo dell'economia comportamentale dimostrano che le scelte degli individui sono condizionate da fattori emotivi e *bias comportamentali* che sfuggono a ipotesi di perfetta razionalità, circostanza che rende difficile apprezzare l'efficacia in concreto degli obblighi informativi; sul tema, che fece meritare a D. Kahneman il premio Nobel per l'economia, si veda con particolare riferimento al diritto bancario e finanziario U. Morera, E. Marchisio, *Finanza, mercati, clienti e regole... ma soprattutto persone*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, 1, 19-48, anche R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, ivi, 67-84; Commissione europea, *Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective. Final report*, novembre 2010. Si veda M. Franchi, A. Schianchi, *Scelte economiche e neuroscienze. Razionalità, emozioni e relazioni*, Roma, Carrocci, 2009; F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., 123 e ss.

¹⁸ Si tratta di un aspetto ben evidenziato da F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., 123 e ss., la quale rileva come l'individuo a cui le informazioni sono indirizzate, sebbene sia completamente informato, non disporrebbe comunque delle capacità cognitive per assorbire ed utilizzare tutte le informazioni, né le doti necessarie per decidere secondo dettami razionalisti.

¹⁹ Tra queste sono comprese: a) le modalità di archiviazione e accesso al contratto; b) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; c) i codici di condotta dell'impresa; d) le lingue per concludere il contratto; e) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie. Si veda l'art. 6 della direttiva 2011/83/UE.

²⁰ Art. 22, direttiva 2006/123/CE *relativa ai servizi nel mercato interno*.

Il modello elaborato dall’Unione dovrebbe avere un’importante conseguenza: responsabilizzare il consumatore inducendolo ad effettuare una scelta economica soltanto al termine di un procedimento cognitivo e decisorio consapevole. Ma, alla prova dei fatti, si rivela un obiettivo solo teorico, ed anzi rischia di diventare un cavallo di Troia per il consumatore, il quale non solo non è in grado di valutare con la dovuta attenzione la quantità di informazioni ma, soprattutto, una volta che queste sono fornite dal professionista, quest’ultimo è messo al riparo da recessi, contestazioni e lamentele da parte del consumatore. Il *dovere* di dare le informazioni e il *diritto* di riceverle si trasformano in un *diritto* (per il professionista) di dare tutte le informazioni previste onde acquisire la certezza dell’“intoccabilità” del contratto una volta concluso e in un *dovere* (per il consumatore) di informarsi a fondo prima di stipulare un contratto ²¹.

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

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

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

Al riguardo è esemplificativo l’ambito delle procedure alternative alla giurisdizione ordinaria (c.d. *alternative dispute resolution* o ADR), da tempo oggetto di attenzione in sede europea ²² in quanto funzionali a garantire una tutela effettiva dei diritti dei consumatori a fronte di una giustizia ordinaria congestionata.

²¹ Sul punto si riporta il giudizio di H.V. Micklitz, *Il consumatore mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Contratto e impresa*, 2016, 3, 859-889, secondo il quale «il consumatore è stato sfiancato dal peso normativo e politico che gli ha imposto di comportarsi come il buono e attivo agente di mercato, come un circospetto e attento cliente».

²² Si veda, tra gli altri, il *Libro verde della Commissione relativo all’accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico*, del 16 novembre 1993, COM(93)576 def., la *Comunicazione sulla risoluzione extragiudiziarie delle controversie in materia di consumo*, del 30 marzo 1998, COM(1998)198 def., la *Raccomandazione 98/257 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, del 30 marzo 1998, la *Raccomandazione 2001/310 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*, del 4 aprile 2001.

Sul tema troviamo un insieme di disposizioni europee²³ e nazionali che, a tacer della confusione su quelle che sono le caratteristiche delle ADR nelle loro varianti e specificità, non risultano chiare nemmeno per quanto riguardano i rispettivi ambiti di applicazione.

A rendere complesso, opaco e per alcuni aspetti contraddittorio il quadro normativo delle ADR è l'insieme di richiami e rinvii operato tra le direttive stesse nonché tra le rispettive norme nazionali di recepimento, col risultato di far sorgere una serie di dubbi riferibili, tra l'altro: a) alla obbligatorietà²⁴ per il consumatore di aderire alla procedura stragiudiziale; b) all'equivalenza delle diverse procedure di ADR; c) all'obbligo di assistenza di un avvocato; d) alle conseguenze che possono derivare dalla mancata partecipazione o dal ritiro dalla procedura senza giustificato motivo.

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

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

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

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

Al di là del dovere di non utilizzare clausole vessatorie, il professionista è tenuto a formulare sempre le clausole «in modo chiaro e comprensibile» per permettere al consumatore di avere piena ed effettiva conoscenza del contenuto contrattuale e valutarne ogni effetto. La chiarezza e la comprensibilità sono

²³ Si vedano la Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione in materia civile e commerciale, la Direttiva 2013/11/UE sulle ADR dei consumatori, il Regolamento UE n. 524/2013 relativo alla risoluzione online delle controversie dei consumatori.

²⁴ Obbligatorietà intesa come condizione di procedibilità per la successiva azione giudiziale.

strumenti che dovrebbero assumere una connotazione fortemente sostanziale consentendo di conoscere il contenuto del contratto. Invero, l'assenza di ogni definizione normativa circa il significato di *chiarezza* e *comprensibilità* delle clausole contrattuali viene colmata dall'attività interpretativa del giudice o dall'azione di controllo delle Autorità amministrative. V'è dunque una delimitazione in negativo, che porta a individuare soltanto volta per volta e a posteriori eventuali violazioni delle regole di chiarezza e comprensibilità.

Un'ultima considerazione riguarda le cautele predisposte per la contrattazione che abbia ad oggetto prodotti e servizi finanziari, la cui tecnicità e particolarità rendono l'asimmetria informativa tra professionista e consumatore ancora maggiore rispetto a tutti gli altri tipi di contratti. L'impianto normativo che risulta delineato dovrebbe implicare l'assunzione di modalità più incisive per evidenziare al consumatore la natura e i rischi del prodotto o servizio stesso. Tale esigenza, come si dirà oltre, è rimasta irrisolta mentre regole particolari e cautele specifiche sono previste a favore del soggetto finanziario (banca, assicurazione ecc.).

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

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

Ciò comporta una tutela apparente, in gran parte svuotata, puramente formale, che avvantaggia maggiormente gli operatori professionali, i quali hanno gioco facile ad adempiere agli obblighi informativi documentali (informative precontrattuali, propensione al rischio, ecc.) senza un corrispondente e reale vantaggio informativo per il consumatore.

3. Tecnologie digitali e discriminazione negoziale

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

La rapida diffusione delle innovazioni tecnologiche su scala mondiale ha avviato un'ondata di cambiamenti in tutti i contesti socio-economici ²⁵, alla quale non sfuggono le relazioni contrattuali dei consumatori, sempre più spesso dislocate su piattaforme digitali che utilizzano la *rete* come infrastruttura per numerosi altri servizi ²⁶.

Lo sviluppo e la crescita di questi nuovi mercati, supportata da uno straordinario progresso tecnologico, genera innegabili vantaggi economici, risparmi di tempo, incremento del potere di acquisto ma, allo stesso tempo, solleva molti interrogativi sulle conseguenze per gli individui e la società in termini non solo di garanzia di diritti e libertà fondamentali ma anche dei livelli di trasparenza e di informazione da salvaguardare per la tutela dei consumatori ²⁷.

Si pensi, ad esempio, alla questione della *completezza* e *adeguatezza* delle informazioni rese disponibili ai consumatori, soprattutto con riguardo alla proprietà e mobilità dei dati e delle informazioni che gli stessi consumatori mettono a disposizione per realizzare l'operazione commerciale. Ogni volta che si consultano le piattaforme, quando si comprano o si scambiano prodotti sul *web*, le piattaforme su cui avvengono tali attività utilizzano modalità e contenuti informativi che non vengono quasi mai compresi nel loro significato effettivo. Esse si limitano ad informare, in via generale, che installeranno *cookie* sui dispositivi del consumatore e che assicureranno la massima trasparenza. Ma il contratto che lega i consumatori alle piattaforme del *web* è, secondo la terminologia degli economisti, un contratto *incompleto*, nel senso che gli utenti non sono in grado di conoscere esattamente il rischio a cui possono andare incontro. Ad esempio, non hanno nozione sulle garanzie della piattaforma in materia di sicurezza informatica e non conoscono nulla di quanto avviene successivamente alla cessione dei propri dati e al loro utilizzo ²⁸.

²⁵ J. Tirole, *Économie du bien commun*, Presses Universitaires de France, 2016, 405, segnala che il processo di digitalizzazione della società sta governando i cambiamenti economici e sociali del XXI secolo riformando ogni ambito delle attività umane. Vedi anche L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2017; M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, in *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, 3, 2014, 213-218.

²⁶ Si tratta di servizi fruibili in qualunque luogo e con immediatezza attraverso dispositivi mobili; ci si riferisce sia ai mercati nei quali il proprietario della piattaforma digitale è anche il venditore (ad es. *Ikea*), sia a quelli nei quali il proprietario della piattaforma si limita a mettere in relazione venditori e consumatori (ad es. *eBay*, *Alibaba*).

²⁷ M. Cozzio, *Effetti della mutazione giuridica: la trasparenza come nuovo bene comune?*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2019, 118 e ss.; S. Barocas, A. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016, 102; OCSE, *Protecting Consumers In Peer Platform Markets: Exploring The Issues*, collana *Digital economy Papers*, Parigi, 2016, n. 235; F. Di Porto (a cura di), *Big data e concorrenza*, num. spec. di *Concorrenza e mercato*, 2016.

²⁸ Si consideri il caso recentemente discusso alla Corte di giustizia UE nel quale i giudici hanno ritenuto che le compagnie telefoniche che assegnano i numeri di telefono non possano rifiutarsi di metterli a disposizione di imprese di altri Stati membri che ne facciano richiesta. Il consenso alla

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

Quasi sempre restano nebulose le clausole di non rivendita a terzi o condivisione dei dati, col risultato che non v’è chiarezza sul modo con cui le piattaforme utilizzano le informazioni che venditori e consumatori mettono a disposizione per realizzare l’operazione commerciale.

Un recente studio ²⁹ ha riscontrato che la quasi totalità delle pagine *web* visitate ³⁰ monitorava e trasferiva informazioni a terze parti; un altro studio ha rilevato su un milione di siti *web* esaminati erano oltre 80mila i soggetti terzi ai quali venivano comunicati i dati riferiti alle visite ³¹. L’obbligo, introdotto dal legislatore

pubblicazione dei dati accordato dall’abbonato *la prima volta*, permette che i successivi trasferimenti di dati ad altre imprese di altri Stati membri avvengano senza necessità di nuovi consensi. Vedi Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-536/15, *Tele2 (Netherlands) e a.* Altro episodio emblematico è quello che ha portato alla convocazione di Mark Zuckerberg, presidente e amministratore delegato di Facebook Inc. nell’aprile 2018 da parte delle Commissioni Giustizia e Commercio del Senato degli Stati Uniti e nel maggio 2018 da parte del Parlamento dell’UE dopo che si era scoperto che un’azienda inglese, la Cambridge Analytica, aveva sottratto milioni di dati personali di utenti Facebook, utilizzandoli per influenzare le elezioni statunitensi del 2016.

²⁹ Y. Zhonghao, S. Macbeth, K. Modi, J.M. Pujol, *Tracking the Trackers*, in *proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web*, Ginevra, 121-132, <http://www2016.net/proceedings/proceedings/p121.pdf>.

³⁰ Per l’esattezza, il 95 per cento.

³¹ N. Arvind, D. Reisman, *The Princeton Web Transparency and Accountability Project*, 2017, *prepublished book chapter*, <http://randomwalker.info/publications/webtap-chapter.pdf>. In media è stato stimato che ogni volta che un utente visita un sito web o utilizza un’applicazione, i dati vengono trasmessi non solo agli editori ma anche ad una trentina di servizi di terze parti. Il contesto è stato minuziosamente rappresentato nel *report* di W. Christl e S. Spiekermann *Networks of Control. A Report on Corporate Surveillance, Digital Tracking, Big Data & Privacy*, *Facultas, Vienna, 2016*, 45-52, 121 e ss. le quali sottolineano che «users are often not aware of how many companies receive information about their everyday lives, and our knowledge about how apps collect data and transfer it to third parties is limited, incomplete, and often outdated», e affermano che «as data brokers often share data with others, it is virtually impossible for a consumer to determine how a data broker obtained their data (...) most consumers have no way of knowing that data brokers may be collecting their data».

europeo³², di comunicare all'originario titolare eventuali successivi trasferimenti a terzi dei dati che lo riguardano non sembra risolutivo né soddisfacente in quanto si scontra con la rapidità, la frequenza e il numero dei soggetti terzi coinvolti.

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

La tendenza a rendere disponibili sempre più informazioni (personali e non) sulle piattaforme digitali o comunque su spazi digitali comuni, la diffusione di dispositivi mobili "intelligenti" (*smart, -phone, -watch, -car, -glasses*, ecc.), la connessione degli oggetti alla rete, la crescita esponenziale delle piattaforme digitali e le capacità di analisi dei mega dati (*Big data*) hanno ampliato a dismisura le possibilità di ricollegare dati disseminati nella rete a singole persone, fino a identificarle, permettendo di ricostruire, prevedere e orientare nel volgere di pochi millisecondi comportamenti individuali e di gruppo³³.

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

Le conoscenze in tema di psicologia e psicomotricità, neuroscienze ed economia comportamentale, combinate con le attuali capacità computazionali portano, dunque, a risultati che non possono non far riflettere, dato che profili personali, preferenze commerciali e attitudini sono ricostruiti rendendo addirittura *prevedibili e orientabili* le scelte dei consumatori (e non solo)³⁴.

³² Il regolamento (UE) 2016/679 «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» definisce una serie di vincoli (con oneri di tipo informativo) in caso di trasferimento dei dati personali verso terzi (articoli da 44 a 50).

³³ Sul tema W. Christl, S. Spiekermann, cit. Vedi anche A. Mantelero, G. Vaciago, *The "Dark Side" of Big Data: Private and Public Interaction in Social Surveillance*, in *Computer Law Rev. Int.*, 2013, 1, 161-169; G. Colangelo, V. Falce (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, il Mulino, 2017. Per implicazioni sociologiche D. Lyon (edited by), *Surveillance as Social Sorting. Privacy, Risk, and Digital Discrimination*, Routledge, New York, 2003; ID., *Surveillance Studies: An Overview*, Cambridge Polity Press, 2007, 14, ove l'Autore definisce il concetto di «sorveglianza nell'età digitale».

³⁴ Sono interventi cd. di *mass personalization* quali *instant personalization, predictive marketing, personalized pricing and election campaigns*, ecc.; W. Christl, *Corporate Surveillance in Everyday Life. How Companies Collect, Combine, Analyze, Trade, and Use Personal Data on Billions*, Cracked Lab, Vienna, 2017, 65-83.

Le prassi applicative sono numerosissime con implicazioni socio-economiche che, in assenza di contesti normativi e tutele incisive, determinano *discriminazioni negoziali* (tra le più rilevanti: differenze di prezzi e offerte, limiti nell'accesso ai servizi assicurativi, sanitari, finanziari, occupazionali, non corretta rappresentazione del contesto), manipolazioni, rischi per la sicurezza, la riservatezza, l'autodeterminazione nei comportamenti, squilibri nel mercato ³⁵.

A fronte di questo livello di innovazioni, si pone la necessità di nuove regolamentazioni per garantire forme adeguate di trasparenza e informazioni ai consumatori, i quali dovrebbero poter accedere ai profili personali, ai loro “doppi virtuali” ³⁶, elaborati dagli algoritmi che governano le attività di *data mining* e conservati su molte delle piattaforme del mercato digitale e dagli operatori dei dati. Si tratta, naturalmente, di nuove regolamentazioni che per le caratteristiche del mercato, travalicano la possibilità di efficaci interventi da parte dei singoli Stati ed esigono di operare ben oltre i confini nazionali.

4. Ripensare il modello

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

Tutto questo dovrebbe far riflettere sul fatto che l'informazione, anche se completa e trasparente, non è di per sé sempre sufficiente a tutelare il consumatore, e più ancora sul fatto che le modalità con le quali le informazioni vengono rese non sono meno importanti del contenuto delle informazioni stesse.

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

Anche la predisposizione di interfacce standardizzate che mettano in evidenza, ad es. mediante particolari formati grafici, soltanto gli elementi più

³⁵ D.J. Solove, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, 2004, 97 e ss.

³⁶ S. Turkle, *Reclaiming Conversation. The Power of Talk in a Digital Age*, New York, Penguin Books, 2015, 365-366.

significativi del contratto potrebbe rappresentare una soluzione degna di approfondimento per garantire una più esaustiva comprensione delle informazioni, ferma restando la possibilità per i consumatori di conoscere in qualunque tempo l'intero blocco delle informazioni a cui hanno diritto.

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