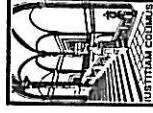


Alberto Maria Gambino
Gilberto Nava
(a cura di)

I NUOVI DIRITTI DEI CONSUMATORI

Commentario al d.lgs. n. 21/2014



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2014 – LINEA PROFESSIONALE - TORINO
© Copyright 2014 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappicelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-291-6

Stampa: Stamperia Artistica Nazionale S.p.A. - Trofarello (To)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

Prefazione [XVI]

Gli Autori [XVIII]

Articolo 45

Definizioni

[Commento di Matteo Siragusa]

1. Premessa [2]. – 2. I soggetti del contratto [4]. – 3. L'oggetto del contratto [8]. – 4. Contratto di vendita e contratto di servizi [11]. – 5. Contratto a distanza [13]. – 6. Contratto negoziati fuori dei locali commerciali [17]. – 7. Locali commerciali [26]. – 8. Supporto durevole [27]. – 9. Contenuto digitale [28]. – 10. Servizio finanziario [28]. – 11. Asta pubblica [28]. – 12. Garanzia [31]. – 13. Contratto accessorio [31]. – *Bibliografia* [32].

Articolo 46

Ambito di applicazione

[Commento di Fabiola Massa]

1. Considerazioni introduttive [35]. – 2. Ambito soggetto di applicazione [36]. – 3. (*Segue*) ... quello oggettivo di applicazione [37]. – 4. La decorrenza della nuova disciplina [38]. – 5. L'armonizzazione massima ed il rapporto con le norme di diritto speciale [38]. – 6. La fornitura di prodotti di base o di contenuti digitali non su supporto materiale e la *ratio* della loro inclusione nella disciplina [41]. – *Bibliografia* [44].

Articolo 47

Esclusioni

[Commento di Eleonora Sbarbaro]

1. L'attuazione della direttiva 2011/83/UE e l'unificazione della disciplina delle esclusioni [47]. – 2. I contratti esclusi: *a*) i contratti «*per i servizi sociali*» [52]. – 3. (*Segue b*) i contratti «*di assistenza sanitaria*» [53]. – 4. (*Segue c*) i contratti «*di attività di azzardo*» [54]. – 5. (*Segue d*) i contratti «*di servizi finanziari*» [55]. – 6. (*Segue e*) ed *f*) i contratti «*aventi ad oggetto la*

simo. Commentario, a

Commento al d.lgs. 6
a prima lettura coordi-

ntratti a distanza, in I
tlet Giuridica, Torino,

ir. civ., 1998, 375 ss.
ai consumatori: la di-

Articolo 46 Ambito di applicazione

1. *Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo si applicano, 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.*

2. *In caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici.*

3. *Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non impediscono ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali più favorevoli rispetto alla tutela prevista da tali disposizioni.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Ambito soggetto di applicazione. – 3. (Segue) ... quello oggettivo di applicazione. – 4. La decorrenza della nuova disciplina. 5. – L'armonizzazione massima ed il rapporto con le norme di diritto speciale. – 6. La fornitura di prodotti di base o di contenuti digitali non su supporto materiale e la ratio della loro inclusione nella disciplina.

Commento di
Fabiola Massa

1. Il presente articolo è stato inserito nel codice del consumo ad opera dell'art. 1 del d.lgs. n. 21/2014, con cui il legislatore italiano ha dato attuazione alle disposizioni della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, così come del resto autorizzato dall'art. 1 e dall'allegato B della legge di delegazione europea 2013.

Esso è volto a chiarire, coerentemente con la sua rubrica, gli ambiti di intervento e di applicazione dei successivi artt. dal 48 al 67, e si sostanzia in una pedissequa riproduzione, salvo taluni marginali adattamenti, del testo letterale dei commi 1, 2 e 6 dell'art. 3 della direttiva 2011/83/UE¹.

¹ Il nuovo art. 46, sostituisce – ampliandone la portata – i precedenti artt. 45 e 51 cod. cons., in cui si recitava rispettivamente: «1. La presente sezione disciplina i contratti tra un professionista ed un consumatore, riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, in qualunque forma conclusi, stipulati:

Questo articolo può essere considerato il manifesto delle ambizioni che la Commissione europea intendeva perseguire in occasione della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2008) 614 def. dell'8 ottobre 2008, con cui si è dato inizio al percorso legislativo concluso con l'approvazione della direttiva 2011/83/UE, sintetizzabili nella revisione dell'*acquis* comunitario in materia di tutela dei consumatori coinvolti in un rapporto contrattuale con un, originariamente definito "commerciale", ed ora sostituito con la figura del professionista. In questo senso, infatti, la norma dichiara lapidariamente che le disposizioni sopra citate trovano applicazione «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». Queste parole, pur non essendo quelle adoperate inizialmente nella proposta di direttiva, lasciano presagire – in virtù del loro valore semantico estremamente dilatato – l'intenzione del legislatore di investire trasversalmente l'apparato delle norme sulla tutela del consumatore, senza per questo porsi limiti dovuti a specifiche fisionomie negoziali o a singole tecniche di raggiungimento dell'accordo.

2. Si è detto *supra* di come l'*incipit* della norma qui in commento prometta un'aplicazione degli articoli successivi estremamente penetrante, e soprattutto senza condizionamenti o limitazioni di sorta, sollecitando nel lettore la necessità di un riscontro di quanto lasciato intendere. Sicché, un primo rilievo – dal punto di vista della portata soggettiva della norma – può essere ravvisato nella stessa definizione di "professionista" adottata in sede nazionale, nella quale non vi è menzione della natura eventualmente anche pubblica dello stesso, contrariamente a quanto previsto all'art. 2, punto 2, della direttiva 2011/83/UE.

Tale mancanza lascerebbe propendere, in prima battuta, per la sottrazione alla di-

a) durante la visita del professionista al domicilio del consumatore o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura;

b) durante una escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali;

c) in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine, comunque denominata;

d) per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista.

2. Le disposizioni della presente sezione si applicano anche nel caso di proposte contrattuali sia vincolanti che non vincolanti effettuate dal consumatore in condizioni analoghe a quelle specificate nel comma 1, per le quali non sia ancora intervenuta l'accettazione del professionista.

3. Ai contratti di cui al comma 1, lettera d), si applicano, se più favorevoli, le disposizioni di cui alla sezione II) e «1. Le disposizioni della presente sezione si applicano ai contratti a distanza, esclusi i contratti:

a) relativi ai servizi finanziari di cui agli articoli 67-bis e seguenti del presente Codice;

b) conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati;

c) conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici;

d) relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione;

e) conclusi in occasione di una vendita all'asta».

sciplina che qui occupa dei contratti sottoscritti con un ente pubblico. Invero, il legislatore limitandosi nel nuovo art. 45 cod. cons. a richiamare la definizione di "professionista" già presente nel Codice del consumo all'art. 3, comma 1, lett. c), autorizza implicitamente l'interprete a riproporre anche in questa sede le conclusioni a cui in passato è già approdata la dottrina².

La scelta di non modificare la definizione di professionista propria del codice del consumo pre-d.lgs. n. 21/2014 non è purtroppo motivata nella relazione illustrativa del decreto, ma ciò non toglie che in essa vi si possa leggere la conferma di quanto assunto dalla dottrina sopra menzionata, e l'ovvia deduzione dell'autosufficienza del richiamo alla categoria delle persone giuridiche, intesa come insieme di soggetti sia pubblici che privati. La figura del professionista pubblico è poi recuperata, in parte, anche, e più precisamente, nel momento in cui la norma include nel campo di applicazione della disciplina i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, tra un prestatore pubblico (privo di specifica definizione) ed il consumatore.

3. Venendo all'ambito oggettivo di applicazione, la prima osservazione che si può fare, onde riscontrare la fedeltà dell'enunciato dell'applicabilità degli artt. 48-67 cod. cons. «*a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore*», è quella relativa alla constatazione proprio all'interno di tali articoli del richiamo ai soli contratti di vendita di beni, a quelli di servizi, ed infine ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando questi prodotti non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento, od ancora di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale. Le modalità con cui viene raggiunto il consumatore da parte del professionista e perfezionato l'accordo tra loro, nell'ambito della rosa dei contratti sopra riportati, sono invece prese in considerazione quale discriminante per l'identificazione degli obblighi di informazione precontrattuale da assolvere nei confronti del consumatore (vedi gli artt. 48 e 49 cod. cons.), senza per questo alterare il novero dei tipi contrattuali di fatto investiti dall'art. 46. In quest'ultimo senso opera, invece, l'art. 47 cod. cons., là dove reca tutta una serie di contratti, eterogenei tra loro, esclusi *ex lege* dal campo di applicazione dell'art. 46, e che debbono pertanto essere espunti dalla più ampia categoria dei contratti di vendita di beni e da quelli di servizi sopra richiamati.

Alla luce di quanto detto appare evidente che, se dal punto di vista soggettivo, il dettato normativo successivo all'art. 46 non tradisce le attese, da quello oggettivo, i confini di applicazione della disciplina sono in realtà molto più ristretti e discreti di quanto si è voluto lasciare intendere ricorrendo a formule aperte ed onnicomprensive.

² In particolare, per G. CHINÉ, voce *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 404, ogni qual volta un ente pubblico svolga un'attività di impresa può essere investito della qualifica di professionista, mentre per P. TROIANO, *Gli enti pubblici come «professionisti» e come «consumatori»*, in *Commentario al Capo XVII-bis del codice civile: dei contratti dei consumatori*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Cedam, Padova, 1999, 186, ciò non varrebbe quando l'ente esercita un'attività meramente funzionale.

4. Venendo all'entrata in vigore delle nuove disposizioni introdotte nel Codice del consumo ad opera del d.lgs. n. 21/2014, va detto che proprio l'art. 2, comma 1 del medesimo decreto, stabilisce che queste trovano applicazione ai contratti conclusi a partire dal 14 giugno 2014.

5. Tutto il nuovo Capo I del Titolo III del Codice del consumo, trasformato a mezzo del d.lgs. n. 21/2014 di recepimento della direttiva 2011/83/UE, è frutto di una tecnica diversa da quella sperimentata in passato dall'Unione europea nelle direttive abrogate o riformate con la direttiva 83, e nota come armonizzazione massima o piena, secondo cui l'ordinamento comunitario deve concentrarsi sulla regolamentazione di taluni aspetti del diritto sovranazionale (definiti al considerando n. 7 della direttiva 83 "chiave"), e rifuggire il ricorso a clausole generali come ad esempio quelle della buona fede o della correttezza che si arrischiano ad essere declinate in maniera diversa dai singoli Stati, e dunque ad essere foriere di una uniformità delle regole sul territorio comunitario solo apparente³.

La direttiva 2011/83/UE nasce, appunto, dalla presa di coscienza da parte del legislatore comunitario⁴ che il tessuto normativo generato in tema di tutela del consumatore, dopo anni di direttive ad approccio minimale in cui si lasciava agli Stati membri la possibilità di introdurre in sede di recepimento forme più incisive di protezione, era di fatto troppo frammentato ed ostacolava in particolare l'accrescimento degli scambi transfrontalieri, specie di quelli delle vendite a distanza, e tra queste, di quelle via Internet (considerando n. 5)⁵. Pertanto si è cercato con questa direttiva di fissare delle

³ Critiche a questo approccio sono state avanzate in particolare da R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 2, specie 322-323, 330, dove l'a. segnala come con la direttiva 2011/83/UE si sia passati per i contratti a distanza dalla prerogativa di garantire la comprensione delle condizioni del contratto da parte del contraente meno avvertito, imponendo al professionista di fornire tutte le informazioni precontrattuali dovute in virtù dei doveri di buona fede e di correttezza, al formalismo più totale, rappresentato da un obbligo di informazione assolvibile semplicemente consegnando al consumatore, di qualsiasi tipologia esso sia, ivi compreso quello meno capace, un mero formulario (o meglio i diversi formulari previsti). Per la dottrina straniera, v., invece, P. SIRENA-Y. ADAR, *Principles and Rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond*, in *European Review of Contract Law*, 2013, n. 9, specie 6, in cui gli autori pongono in evidenza come il ricorso al concetto di *legal principle* può recare vaghezza ed instabilità nell'ordinamento comunitario.

⁴ All'indomani dei risultati delle consultazioni pubbliche sul Libro verde sul riesame dell'*acquis* relativo al consumatore, adottato dalla Commissione europea l'8 febbraio 2007.

⁵ Il considerando n. 5 della direttiva pone perfettamente in evidenza come al legislatore comunitario sia a cuore l'innalzamento degli scambi transfrontalieri, e soprattutto come esso ravvisi nella completa armonizzazione delle informazioni e del diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, la soluzione per creare le condizioni ideali per stimolare gli operatori economici a ricercare le opportunità commerciali negli altri Stati membri.

Dubbi in merito a questa soluzione sono stati avanzati da I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e impresa*, Europa, 2011, 759, dove si sottolinea come le imprese nazionali risulteranno sempre avvantaggiate in termini quanto meno per limitarsi solo ad alcuni profili citati dall'autrice – di costi di trasporto, di lingua utilizzata, di assistenza post vendita, di modi di risoluzione dei conflitti. Di ulteriori critiche, questa volta alle motivazioni po-

norme *standard* per gli aspetti comuni, inizialmente di un novero di direttive preesistenti estremamente ampio⁶, ed infine principalmente delle direttive in tema di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali. La tecnica della *full harmonization* è normalmente accompagnata dalla inderogabilità sia *in peius* che *in melius* degli *standard* così fissati, cosa che però nella direttiva qui in commento, e di converso anche nel suo strumento normativo di implementazione italiana, non è avvenuto in maniera così rigida come previsto in teoria. Infatti, l'art. 4 della direttiva lascia salva la possibilità da parte della direttiva stessa di consentire caso per caso la facoltà da parte degli Stati membri di trattenerne o adottare nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle della direttiva, «*includere le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*»⁷. Si tratterebbe pertanto di un modello spurio di armonizzazione massima, segno ancora una volta della mediazione che si è dovuta ricercare in occasione della travagliata gestazione di questa direttiva⁸.

Tornando al quadro normativo interno, il risultato di tutto questo può essere ben apprezzato proprio nel comma 2 dell'art. 46 cod. cons., dove si prende in considerazione la dialettica delle disposizioni degli artt. 48-67 cod. cons. con le eventuali disposizioni confliggenti presenti in un provvedimento comunitario disciplinante settori spe-

ste a fondamento dell'adozione della proposta di regolamento comunitario su un diritto comune europeo della vendita COM (2011) 635 def., coincidenti con quelle della direttiva 2011/83/UE, riferisce L. VALLE, *Diritto privato di derivazione europea, diritto privato europeo e regolazione dei contratti transnazionali nel mercato interno europeo*, in <http://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/valle.pdf>, 7, nota 23, richiamando la relazione della *Law Society of England and Wales, Response to UK Government Call for Evidence*, del maggio 2012, in cui si afferma che alla base degli ostacoli alla contrattazione transazionale vi sarebbero una serie di altri fattori, quali le differenze linguistiche, le norme sugli imballaggi e l'etichettatura della merce, le norme sulla pubblicità, la regolazione della proprietà intellettuale, i tassi dell'imposta sul valore aggiunto, i trasporti, e le possibilità di ottenere una risoluzione di una controversia nel caso in cui qualcosa non funzioni.

⁶ La proposta di direttiva COM (2008) 614 def. si poneva come obiettivo iniziale quello di riformare completamente le quattro direttive sui diritti contrattuali dei consumatori, la direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, la direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e la direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, così da creare un unico strumento orizzontale disciplinante in maniera sistematica gli aspetti comuni delle stesse. L'intervento avrebbe inoltre semplificato ed aggiornato le norme esistenti, risolvendo al contempo le incoerenze e colmando le lacune normative riscontrate. Il risultato sarebbe stato una sorta di "minicodice" del consumo, così lo ha definito G. ALPA, *I rimedi di diritto privato nella normativa di derivazione comunitaria*, relazione al V Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale tenuto a Roma l'11-13 marzo 2010, in www.consiglionazionaleforense.it, 8.

⁷ Questa disposizione è stata oggetto di critiche già in occasione della sua apparizione in sede di proposta di direttiva, e vi è stato ravvisato il rischio di un assessment «verso il basso» della tutela consumeristica, v. a questo proposito R. ALESSI, *Gli obblighi*, cit., 320, nonché la dottrina richiamata a nota 13.

⁸ R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax o commiato?*, in *Foro it.*, 2012, V, 180, parla infatti a questo proposito di correttivo introdotto nel corso della procedura di approvazione della direttiva, e di passaggio ad una armonizzazione massima mirata («*targeted*») e «*consapevolmente rapportata alla disciplina nazionale entro la quale la matrice europea sarebbe dovuta inserirsi*».

cifici ed in quello correlato di attuazione nazionale. Più precisamente la soluzione adottata sarebbe quella, coerente con il principio di specialità, secondo cui prevalgono le disposizioni rientranti in atti normativi di più ridotto respiro, a scapito della ricerca armonizzazione piena. Ma ciò pone il destro ad una sorta di effetto gambero, ovvero, in settori specifici disciplinati da provvedimenti fondati su direttive ad approccio minimale, le regole uniformi qui dettate possono risultare più che una conquista, vane, almeno fintantoché non si giungerà gradualmente alla rimozione di tali direttive ed alla loro sostituzione con altre di nuova concezione.

Un'eccezione a questa regola è poi presente all'art. 49, comma 9, cod. cons., ove si stabilisce – diversamente dal criterio appena esposto – che in caso di conflitto tra una disposizione del d.lgs. n. 59/2010 e succ. modif ed integr., e del d.lgs. n. 70/2003 e succ. modif. ed integr., relativi rispettivamente ai servizi nel mercato interno e a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, rispetto ad una disposizione contenuta negli artt. 49-59 cod. cons. concernente il contenuto e le modalità di rilascio delle informazioni, prevale quest'ultima. Per quanto riguarda, invece, gli obblighi di informazione contenuti nei decreti legislativi appena citati, questi si complementano con quelli rinvenibili negli artt. 49-59 cod. cons. (così l'art. 49, comma 8, cod. cons.).

Sicché, l'auspicata armonizzazione massima perseguita, per limitarsi all'Italia, con il d.lgs. n. 21/2014, e volta – stando agli obiettivi prefissati dal legislatore comunitario – a ridurre i costi amministrativi che i professionisti debbono sostenere per offrire prodotti o servizi oltre i confini nazionali, consegna un quadro tutt'altro che lineare ed omogeneo rispetto a quello in vigore negli altri paesi unionisti, e soprattutto uno bisognoso di coordinamento con le altre fonti interne. Il risultato è infatti un assetto normativo non certo facilmente intellegibile da parte del professionista che non volesse ricorrere all'intervento di un esperto della materia, e sicuramente anche oneroso là dove si decida a ricorrervi.

A tutto ciò si aggiunga, inoltre, che a mente dell'art. 48, comma 4, cod. cons., il legislatore nazionale può introdurre o decidere di conservare degli obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale, rispetto a quelli già riportati nello stesso articolo, e relativi ai contratti tra professionista e consumatore diversi dai contratti a distanza o da quelli negoziati fuori dei locali commerciali.

Da quanto detto sin qui, appare chiaro che i profili di uniformità nel panorama comunitario introdotti sia con la direttiva che con la novella nazionale restano circoscritti principalmente agli obblighi di informazione precontrattuale, ai requisiti formali imposti per garantire la consapevolezza del consumatore rispetto agli impegni assunti ed alla disciplina del recesso⁹. Aspetti comuni che più che rassicurare gli operatori economici, conferendo certezza ai traffici giuridici, sembrano essere soverchiati dalle

⁹ Per una disamina puntuale, da parte della dottrina straniera, della disciplina del recesso introdotta con la direttiva 2011/83/UE v., *ex multis*, R. STEENNOT, *The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract*, in *Computer Law & Security Review*, 2013, 29, 105-119.

molteplici ipotesi di possibili deroghe in settori specifici.

Deroghe, esclusivamente in meglio, possono inoltre essere sempre operate spontaneamente dai professionisti a beneficio dei consumatori, semplicemente in virtù della loro autonomia contrattuale privata, così come del resto (forse pleonasticamente) ricorda anche il legislatore all'ultimo comma dell'articolo qui in commento.

6. La lettura dei paragrafi precedenti, specie i §§ 2 e 3, sollecita inevitabilmente l'interrogativo del perché non ci si sia limitati alla formula generale di «*qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore*», e si sia invece ritenuto necessario esplicitare tra i contratti oggetto di applicazione della novella legislativa i contratti di fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, definendoli tra l'altro prodotti di base. Ovviamente si tratta di una precisazione che affonda le sue radici nella direttiva 2011/83/UE, ed in particolare nell'art. 3, comma 1 della stessa, e pertanto non può esserne compresa la *ratio* se non spostando l'attenzione proprio sulle motivazioni che hanno spinto l'Europa ad effettuare una simile scelta.

Innanzitutto, va detto che i prodotti di base qui richiamati, con eccezione del teleriscaldamento, sono già compresi nella definizione di "bene", allorché messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata (cfr. a questo proposito l'art. 2, punto 3, della direttiva e l'art. 45, comma 1, lett. c), cod. cons.), e dunque la loro fornitura rientra già nel normale contratto di vendita. Va da sé allora che stando agli argomenti ermeneutici della completezza e della coerenza dell'ordinamento giuridico, deve dedursi che l'esplicitazione di cui si discorre va intesa come riferita ai soli contratti di fornitura di questi prodotti in quantità non contingentate o circoscrivibili ad uno specifico volume. Ma allora, ci si domanda ancora se questi contratti così intesi non ricadano dopo tutto nella categoria assai ampia dei contratti di servizio, definiti sia dalla direttiva che dal d.lgs. n. 21/2014 in via residuale, come «*qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita*». Ebbene ciò non sembra essere suffragato dal considerando n. 19 della direttiva, secondo cui i 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, non debbono essere considerati ai fini della disciplina consumeristica, né un contratto di vendita né un contratto di servizi. Ciò non toglie tuttavia che la precisazione inserita nell'ordinamento per mezzo della menzione di specifiche tipologie di contratti appare del tutto ridondante, nonché superflua, in quanto già assorbita dalla considerazione generale di «*qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore*». Locuzione generale che a ben vedere contiene anche i contratti di fornitura di contenuti digitali non forniti su un supporto materiale, pure considerati dalla disciplina qui in oggetto (v. a titolo di esempio il comma 2 degli artt. 5 e 6 della direttiva, nonché il comma 2 degli artt. 48 e 49, cod. cons.), e tuttavia non richiamati apertamente né all'art. 46 cod. cons. né all'art. 3, comma 1 della direttiva. Persino l'espresione finale con cui si precisa che i prodotti di base debbono essere forniti su base contrattuale onde essere interessati dalla norme successive risulta tautologica, in quanto anticipata dal richiamo iniziale allo strumento contrattuale. La presenza, poi, della congiunzione "anche" posta subito prima dell'espressione "da parte di prestatori pubblici", sottolinea come i contratti di fornitura dei prodotti di base là dove prestati da

soggetti privati (*rectius*: professionisti) sono già compresi nella espressione generale di “qualsiasi contratto”, e considerato che il professionista può essere sia pubblico che privato, ne deriva a *fortiori* che anche quando queste forniture sono prestate da soggetti pubblici ricadono ancora una volta nell’espressione generale.

Sicché, appare evidente come l’inciso con cui si è aggiunta la precisazione *de qua* sia il frutto di una scarsa raffinatezza della tecnica legislativa europea, dovuta molto probabilmente alle difficoltà incontrate in sede comunitaria durante il processo di decisione, allorché le istituzioni europee hanno dovuto trovare un punto di incontro tra le diverse istanze e propendere per formule lessicali sicuramente non sufficientemente ponderate.

Al di là delle considerazioni qui sviluppate, resta il dubbio del perché si sia passati da una proposta di direttiva in cui si prendevano in considerazione, tra le altre cose, i contratti di vendita di acqua e gas confezionati in un volume delimitato o in quantità determinata, e si eliminava *in toto* l’elettricità dalla definizione stessa di bene (art. 2, punto 4 della proposta), ad una direttiva che sottopone l’elettricità allo stesso trattamento dell’acqua e del gas, e contempla *ex novo* il teleriscaldamento (di cui il legislatore nazionale ha ritenuto, tra l’altro, di non fornire alcuna definizione, malgrado il considerando n. 25 della direttiva), e la fornitura di contenuti digitali su supporto non materiale.

Purtroppo neanche dall’esame degli atti ufficiali prodotti dalle istituzioni comunitarie nel corso dei tre anni di gestazione della direttiva sui diritti dei consumatori si riesce a trarre un aiuto utile per la comprensione della *ratio* di questa trasformazione, ma al massimo si può capire ad esempio che il teleriscaldamento ha fatto il suo ingresso nel testo della bozza di direttiva grazie al documento del Consiglio UE n. 16933/10 del 10 dicembre 2010, con cui si proponeva un considerando *20-bis* dedicato proprio a questa materia. Od ancora, ciò che si può apprezzare è che nel torno di tempo in cui si procedeva all’approvazione di questa direttiva, le istituzioni europee erano prese da altre iniziative legislative, quali ad esempio la proposta di direttiva sull’efficienza energetica, poi divenuta direttiva 2012/27/UE, che a sua volta teneva conto di una Comunicazione della Commissione Europea del 2011 [COM (2011) 109 final/2], e la proposta di regolamento CE sul diritto comune europeo della vendita [COM (2011) 635 def.], dove all’art. 2, lett. *h*), vi è una definizione di beni comprendente anche qui l’acqua e altri tipi di gas, purché messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata, mentre l’elettricità ed il gas naturale sono espunti dalla nozione di bene. Sempre per quanto riguarda l’acqua, nel 2011 era in discussione una risoluzione del Parlamento europeo «sull’attuazione della normativa UE sulle acque in attesa di un necessario approccio globale alle sfide europee in materia di acque» 2011/2297 (INI), e soprattutto era già in vigore la direttiva 2000/60/CE del 23 ottobre 2000, con cui si istituiva un quadro per l’azione comunitaria in materia di acque¹⁰.

¹⁰ Per il testo della direttiva, nella sua versione consolidata, v. all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02000L0060-20090625&from=EN>, mentre preme qui segnalare che a febbraio 2014 è stato raggiunto e superato il *quorum* di un milione di firme di cittadini europei resi-

Sennonché, forse proprio la Comunicazione della Commissione europea dedicata al «*Piano di efficienza energetica 2011*» COM (2011) 109 final/2 consente di identificare una possibile chiave di lettura filologica dell'innesto nella proposta di direttiva dei richiami ai contratti di fornitura di acqua, gas, elettricità e teleriscaldamento. In particolare, secondo la Commissione europea, per poter perseguire l'efficienza energetica posta come obiettivo strategico di Europa 2020 (ovvero quello di ridurre del 20% entro l'anno 2020 i consumi di energia primaria stabiliti nelle previsioni), si deve intervenire affinché, tra le altre cose, i consumatori siano informati frequentemente sul loro consumo energetico, così da permettergli di ridurre i consumi di elettricità, gas, riscaldamento e raffreddamento, e di acqua calda. Occorre inoltre stabilire «*i requisiti minimi sul contenuto e il formato della fornitura e dei servizi di informazione*» (v. p. 15 della Comunicazione) destinati ai consumatori, al fine di mettere a disposizione di quest'ultimi informazioni «*chiare, precise e attualizzate*» sul consumo di elettricità, gas e riscaldamento. Considerato, infatti, che solo il 47% dei consumatori risulta essere cosciente della quantità di energia che consuma (v. p. 13 della Comunicazione), la Commissione vuole fare in modo che siano sempre più gli stessi professionisti, fornitori di energia, a proporre ai consumatori soluzioni energetiche più competitive ed efficienti, anche per mezzo dell'erogazione di servizi di consulenza e di formulazione di offerte con tariffe differenziate a seconda della fascia oraria.

Ecco dunque spiegato il perché il legislatore comunitario abbia ritenuto opportuno porre in risalto, anche a discapito della coerenza logica del costruito dell'art. 3, comma 1 della direttiva, i contratti di fornitura dei c.d. prodotti di base erogati in quantità non limitata e del teleriscaldamento. Così facendo si è voluto assicurare, in maniera non certo impeccabile dal punto di vista giuridico, che anche a questo tipo di contratti siano applicati gli stessi obblighi di informazione precontrattuale tipici dei contratti di vendita dei beni mobili materiali, come pure i loro stessi requisiti formali e le loro stesse regole di recesso. Queste ultime sarebbero tra l'altro propedeutiche per la salvaguardia della libertà di scelta consapevole del consumatore, che in questa maniera potrà sempre svincolarsi dall'offerta rivelatasi non più in linea con le proprie esigenze, od altrimenti non più conveniente, nel corso del periodo di *cooling off*.

Venendo infine alla possibile *ratio* dell'inclusione dei contratti di fornitura di contenuti digitali non forniti su supporto materiale all'interno del campo di applicazione della disciplina dei diritti dei consumatori, ancorché non esplicitati al pari di quelli dei prodotti di base nell'articolo dedicato all'ambito di applicazione, si può notare che l'innesto è stato voluto appositamente dal Consiglio europeo (v. a questo proposito il

deniti in almeno sette Stati UE, richiesto perché le istituzioni europee possano prendere in considerazione un'istanza di referendum popolare europeo, istituto introdotto con il Trattato di Lisbona. L'iniziativa denominata "Right2Water" è intesa, tra le altre cose, a «*to propose legislation implementing the human right to water and sanitation, as recognized by the United Nations, and promoting the provision of water and sanitation as essential public services for all*» e a fare in modo che «*Water supply and management of water resources not be subject to "internal market rules" and that water services be excluded from liberalization*». Maggiori informazioni su questa iniziativa possono essere tratte dalla Comunicazione della Commissione europea COM (2014) 177 final, a cui si rimanda.

documento MEMO/11/39 24 gennaio 2011¹¹, nel pieno rispetto dell'Azione 13, dedicata a «*Complementing the Consumers Rights Directive*», del I Pilastro intitolato «*Digital Single Market*» del programma Agenda Digitale 2020¹²⁻¹³.

Bibliografia

- ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale, in Europa e dir. priv.*, 2013, 2, 311-356.
- ALPA G., *I rimedi di diritto privato nella normativa di derivazione comunitaria*, relazione al V Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale tenuto a Roma l'11-13 marzo 2010, in www.consigionazionaleforense.it.
- CHINÈ G., voce *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 400-436.
- DORE G., *I doveri di informazione nella rete degli scambi commerciali telematici*, in *Giur. merito*, 2013, 12, 2569-2583.
- KIM N.C., *Expanding the Scope of the Principles of the Law of Software Contracts To Include Digital Content*, in *Tulane law review*, 2009-2010, 84, n. 1-6, 1595-1610.
- PARDOLISI, R., *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax o commiato?*, in *Foro it.*, 2012, V, 177-181.
- RIVA, I., *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta, in Contratto e impresa. Europa*, 2011, 2, 754-774.
- SBRESCIA V.M., *Infrastrutture, reti a banda ultra larga e governo democratico dell'economia europea*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2013, 3, 445-482.
- SIRENA P.-ADAR Y., *Principles and Rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond*, in *European Review of Contract Law*, 2013, 9, 1-37.

¹¹ Molto probabilmente alla base di questa scelta vi è anche l'attenzione normalmente dedicata da parte delle istituzioni comunitarie all'esperienza americana ed ai progressi conseguiti da questa, ed in particolare – in questo caso – al dibattito tutto statunitense sviluppatosi intorno all'introduzione o meno nei *Principles of the Law of Software Contracts* anche dei *digital content*, di cui una sintesi è rinvenibile *passim* in N.C. KIM, *Expanding the Scope of the Principles of the Law of Software Contracts To Include Digital Content*, in *Tulane law review*, 2009-2010, 84, n. 1-6, 1595-1610.

¹² L'Agenda digitale 2020 presentata dalla Commissione europea con la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 19 maggio 2010 intitolata «*Un'agenda digitale europea*» COM (2010) 245 def., è una delle sette iniziative faro della strategia Europa 2020, che fissa gli obiettivi per la crescita nell'Unione europea da raggiungere entro il 2020. Con questa Agenda la Commissione intende porre le basi per la costruzione di un mercato unico digitale che conduca l'Europa verso una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva. Su questo punto v. anche V.M. SBRESCIA, *Infrastrutture, reti a banda ultra larga e governo democratico dell'economia europea*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2013, 3, specie 461, dove l'a. segnala come «*un altro obiettivo perseguito dalla Commissione europea è quello di consentire all'economia europea di cogliere i vantaggi derivanti da un mercato unico del digitale basato sulle connessioni ad internet veloce e superveloce*».

¹³ Secondo G. DORE, *I doveri di informazione nella rete degli scambi commerciali telematici*, in *Giur. merito*, 2013, 12, 2574, nelle finalità della direttiva può ravvisarsi anche «*la volontà esplicita di favorire lo sviluppo di nuove forme di contrattazione, con particolare riguardo al commercio elettronico, anche rispetto alla fornitura di contenuti digitali online*».

STEENNOT R., *The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract*, in *Computer Law & Security Review*, 2013, 29, 105-119.

TROIANO P., *Gli enti pubblici come «professionisti» e come «consumatori»*, in *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti dei consumatori*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Cedam, Padova, 1999.

VALLE L., *Diritto privato di derivazione europea, diritto privato europeo e regolazione dei contratti transnazionali nel mercato interno europeo*, in <http://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/valle.pdf>.