

Prof. GIOVANNI DE CRISTOFARO

**PROPOSTA DI EMENDAMENTO DEL COMMA 7, LETT. D), DELL'ART. 1 DELLO
SCHEMA DI D. LEGISLATIVO ATTUATIVO DELLA DIRETTIVA UE 2019/2161:**

Il recepimento del nuovo art. 11-bis dir. 2005/29/CE (comma 15-bis dell'art. 27 cod. cons.)

Una delle novità più importanti introdotte dalla direttiva 2019/2161 consiste nella imposizione agli Stati membri dell'obbligo di riconoscere e disciplinare rimedi privatistici "proporzionati ed effettivi" esperibili dai consumatori *uti singuli* nei confronti dei professionisti che pongano in essere nei loro confronti pratiche commerciali sleali in violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali dettato dall'art. 5, par. 1 della dir. 2005/29/CE (art. 20, comma 1, cod. cons.)

Il nuovo art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE (introdotto appunto dalla dir. 2019/2161/UE) non ha provveduto tuttavia a regolamentare in modo puntuale ed analitico questi rimedi privatistici individuali ed il relativo regime normativo, limitandosi a prevedere che tali rimedi debbano necessariamente includere il risarcimento del danno, nonché – ma solo "se pertinente" – la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

Agli Stati membri viene espressamente demandato il compito di "stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi", e cioè di costruire il regime normativo e i presupposti applicativi di tali rimedi. Nel far questo, gli Stati membri vengono autorizzati (ma non obbligati) a "tener conto eventualmente della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, nonché del danno sofferto dal consumatore e di altre circostanze in ipotesi rilevanti".

La norma europea precisa infine che i rimedi privatistici *ad hoc* che debbono essere previsti a vantaggio dei consumatori comunque non sono destinati a pregiudicare i diritti e i rimedi che competono ai consumatori sulla base di altre discipline vigenti, di derivazione europea o meramente "nazionali".

Lo **schema di decreto legislativo di recepimento della dir. 2019/2161/UE (art. 1, comma 7, lett. d)** ha collocato la disposizione destinata a dare attuazione al nuovo art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE (introdotto dalla dir. 2019/2161 UE) nel comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. cons.

Testo della disposizione di recepimento del nuovo art. 11-bis dir. 2005/29/CE inserita nello schema di decreto legislativo:

15-bis. I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori.

Relazione illustrativa: "La lettera d) introduce, dopo il comma 15, il comma 15-bis), con cui si riconosce al consumatore la possibilità di adire il giudice ordinario, in coerenza con quanto già attualmente previsto dal sopra citato articolo del Codice in tema di atti di concorrenza sleale e pubblicità comparativa. Tra i rimedi invocabili, si indicano espressamente il risarcimento del danno e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Si prevede espressamente che restino impregiudicati gli ulteriori ed eventuali rimedi posti a tutela del consumatore".

La formulazione del comma 15-bis dell'art. 27 cod. cons. prevista dallo schema di decreto legislativo approvato dal Governo appare **assolutamente insoddisfacente**, in quanto supinamente ed inutilmente riprodottriva della formulazione della disposizione europea, e soprattutto perché **gravemente lacunosa e fortemente ambigua**.

Privo di senso, in una disposizione di diritto interno, è il riferimento a **rimedi “proporzionati ed effettivi”**, che si giustifica soltanto all'interno di una direttiva UE di armonizzazione delle legislazioni nazionali che prescrive ai legislatori nazionali di costruire una disciplina nazionale dei rimedi coerente con i due requisiti fondamentali della proporzionalità e della effettività richiesti dal diritto UE.

Quanto al **risarcimento del danno**, non si comprende:

- a) se si tratti di una responsabilità extracontrattuale o contrattuale, e conseguentemente (fra l'altro) quale sia il termine prescrizione del diritto al risarcimento;
- b) se sia risarcibile anche il danno non patrimoniale;
- c) come debba essere regolata la distribuzione degli oneri probatori in caso di controversia instaurata dal singolo consumatore davanti al giudice ordinario o in una ADR;
- d) quale valenza possa eventualmente avere nel giudizio ordinario l'eventuale previo accertamento, compiuto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e coperto da giudicato, dell'avvenuta violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette (con conseguenze adozione di provvedimenti inibitori e sanzionatori) da parte del professionista convenuto in giudizio dal consumatore con una azione risarcitoria;
- e) se la quantificazione del risarcimento debba avvenire in base a criteri puramente riparatori/compensativi ovvero possa/debba essere ispirata anche ad altri criteri (sanzionatori/dissuasivi), come parrebbe far intendere la circostanza che la disposizione impone espressamente al giudice ordinario di tener conto *“della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti”*

Quanto alla **risoluzione del contratto** e alla **riduzione del prezzo**,

- a) non si comprende in primo luogo se questi rimedi (fra loro certamente alternativi) possano esser fatti valere anche in cumulo con il rimedio risarcitorio ovvero soltanto in alternativa rispetto ad esso;
- b) non si comprende quali siano i presupposti in presenza dei quali il consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta possa chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. La disposizione stabilisce infatti che, diversamente dal risarcimento (che parrebbe suscettibile di essere richiesto sempre ed incondizionatamente, per il solo fatto che un professionista abbia posto in essere nei confronti di un consumatore una pratica commerciale scorretta che abbia cagionato un danno al consumatore destinatario della relativa condotta), la risoluzione del contratto (al pari della riduzione del prezzo) è un rimedio che il consumatore può attivare soltanto “ove applicabile”. Cosa significa? Quali sono le condizioni di “applicabilità” di questo

rimedio? Quali sono i presupposti aggiuntivi rispetto alla pura e semplice violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette che debbono ricorrere affinché il consumatore possa considerarsi legittimato a chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo? In nessun punto della disposizione si forniscono chiarimenti in proposito. E non è pensabile che la esperibilità dei rimedi in questione venga fatta dipendere da una valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria condotta tenendo conto, caso per caso, "*della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti*".

- c) Manca completamente una disciplina dei rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo: sono rimedi ad esercizio necessariamente giudiziale o possono essere esercitati anche in via stragiudiziale? Come è regolata la prescrizione? Quali sono le conseguenze dell'esperimento del rimedio della risoluzione del contratto dal punto di vista degli obblighi restitutori gravanti sulle parti? Qual'è il parametro di quantificazione della riduzione del prezzo? Quali effetti produce l'esperimento di questi rimedi quando quello stipulato dal consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta sia un contratto di durata o un contratto relativo a servizi finanziari?
- d) Non si è tenuto conto del fatto che assai sovente la pratica commerciale scorretta viene posta in essere da un professionista diverso (ad es. produttore o importatore nel territorio nazionale) dal professionista (ad es. venditore finale) che ha concluso con il consumatore il contratto avente ad oggetto la fornitura del bene o del servizio a titolo oneroso. Anche in queste ipotesi il consumatore dovrebbe considerarsi legittimato ad esperire (nei confronti del professionista con il quale ha stipulato il contratto) il rimedio della riduzione del prezzo o della risoluzione del contratto? E a quali condizioni, e in presenza di quali presupposti? E può immaginarsi in queste ipotesi che il consumatore convenga in giudizio contestualmente il professionista autore della pratica commerciale scorretta con una azione risarcitoria e il professionista controparte del contratto con una azione di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo?

Quanto ad eventuali rimedi privatistici diversi ed ulteriori rispetto a quelli espressamente contemplati dal nuovo comma 15-bis dell'art. 27 cod. cons.:

La disposizione del nuovo comma 15-bis dell'art. 27 cod. cons. annovera espressamente, fra i "rimedi proporzionati ed effettivi" esperibili davanti al giudice ordinario dal consumatore vittima di una pratica commerciale scorrette, soltanto il risarcimento del danno, la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo. L'elenco deve considerarsi tassativo o meramente esemplificativo?

La formulazione testuale della disposizione parrebbe lasciare intendere che non si tratti di un elenco tassativo ("*....compresi....*"). La direttiva, nei *considerando*, contempla espressamente anche la sostituzione o la riparazione, e in generale il rimedio del cd. esatto adempimento.

Sotto questo profilo sarebbe opportuno un chiarimento, per evitare ulteriori incertezze.

1) Proposta emendativa de minimis

ART. 27, COMMI 15-BIS, 15-TER E 15-QUATER, DEL CODICE DEL CONSUMO

15-bis. Il consumatore nei confronti del quale sia stata posta in essere una pratica commerciale scorretta ha diritto al risarcimento del danno patrimoniale che siffatta pratica gli abbia provocato, ai sensi degli artt. 2043ss. c.c. Grava sul consumatore l'onere di fornire la prova dei danni causati dalla pratica commerciale posta in essere dal professionista. Accertato che la condotta tenuta dal professionista costituisce una pratica commerciale scorretta vietata ai sensi dell'art. 20, comma 1, si presume la colpa del professionista che l'abbia posta in essere.

15.ter. Qualora la pratica commerciale scorretta abbia influenzato in modo determinante la scelta del consumatore di stipulare un contratto con un professionista, il consumatore può recedere dal contratto stesso, anche se la pratica è stata posta in essere da un professionista diverso da quello con il quale il consumatore ha stipulato il contratto.

15.quater. Sono fatti salvi gli ulteriori diritti eventualmente spettanti ai consumatori in applicazione delle disposizioni vigenti.

Vantaggi:

si chiarisce che il diritto al risarcimento attribuito al consumatore si fonda su di una responsabilità di tipo extracontrattuale del professionista che ha posto in essere nei suoi confronti la pratica commerciale scorretta, alla quale trova applicazione la disciplina generale del codice civile di cui agli artt. 2043 ss., e si esclude espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale, estranea alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette la quale persegue l'obiettivo di proteggere esclusivamente interessi economici dei consumatori

si elimina il rimedio la riduzione del prezzo (del tutto superfluo alla luce della attribuzione al consumatore del diritto al risarcimento del danno)

si sostituisce la risoluzione con il recesso, assai più conveniente per il consumatore (essendo suscettibile di esser esercitato con atto meramente stragiudiziale) e coerente con il sistema dei rimedi civilistici generali e con il sistema dei rimedi civilistici "speciali" spettanti ai consumatori

si subordina la possibilità di esercitare il diritto di recesso alla circostanza che la pratica scorretta abbia influenzato in modo decisivo la scelta del consumatore di concludere il contratto, in tal modo "tipizzando" la "giusta causa" del diritto di recesso attribuito al consumatore e introducendo quel presupposto applicativo ulteriore che la direttiva autorizza gli Stati membri a prevedere per il rimedio dello scioglimento del rapporto contrattuale.

si chiarisce che il diritto di recedere dal contratto spetta a prescindere dalla circostanza che la pratica commerciale scorretta sia stata posta in essere dal professionista che ha stipulato il contratto con il consumatore (es. il venditore finale) ovvero da un professionista terzo rispetto al contratto (fornitore di servizi di intermediazione on line, produttore, importatore, etc.), e in questa seconda ipotesi a prescindere dalla buona o mala fede della controparte del consumatore.

2) Proposta emendativa più ampia e completa:

Si propone di inserire la disposizione di recepimento del nuovo art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE in un articolo *ad hoc* (conformemente a quanto è stato fatto in quasi tutti gli Stati membri dell'UE) del codice del consumo e non semplicemente in un comma dell'art. 27 cod. cons., articolo dedicato ai procedimenti amministrativi di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del tutto inadatto ad ospitare una disposizione di natura squisitamente privatistica.

Art. 27-quinquies (Diritti del consumatore)

1. Il consumatore ha diritto al risarcimento dei danni patrimoniali che siano stati cagionati dalla pratica commerciale scorretta posta in essere nei suoi confronti dal professionista. Grava sul consumatore l'onere di fornire la prova dei danni patrimoniali sofferti a causa della pratica commerciale scorretta. Accertato che la condotta tenuta dal professionista costituisce una pratica commerciale scorretta vietata ai sensi dell'art. 20, comma 1, si presume la colpa del professionista che l'abbia posta in essere.

2. Qualora la pratica commerciale scorretta abbia influenzato in modo determinante la decisione di un consumatore di concludere un contratto con un professionista, il consumatore ha diritto di recedere dal contratto così concluso. Il recesso non può essere esercitato dopo che il contratto ha ricevuto completa e compiuta esecuzione. Grava sul consumatore l'onere di fornire la prova che la pratica commerciale scorretta ha influenzato in modo determinante la sua scelta di concludere il contratto con il professionista. Il consumatore che si avvalga del diritto di recesso ha diritto all'integrale rimborso della somma di denaro versata a titolo di corrispettivo. Nei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà di cose materiali, il consumatore è obbligato a restituire il bene ricevuto in consegna, ma se non è possibile restituire la cosa nello stato in cui si trovava quando gli era stata consegnata il consumatore non è gravato da alcuna obbligazione risarcitoria, restitutoria né indennitaria. Nei contratti ad esecuzione istantanea aventi ad oggetto la prestazione di servizi o la prestazione di contenuti digitali, il consumatore che abbia fruito del servizio o del contenuto digitale non è gravato da alcuna obbligazione risarcitoria, restitutoria né indennitaria. Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, il recesso non produce effetto se non dal giorno in cui il relativo atto viene posto in essere dal consumatore e non estende i suoi effetti alle prestazioni già eseguite. Nei contratti di credito, il consumatore che esercita il diritto di recesso è obbligato a restituire al professionista soltanto l'importo totale del credito concesso, non è gravato da alcuna ulteriore obbligazione nei confronti del professionista e ha diritto al rimborso di ogni ulteriore spesa sostenuta per la stipulazione del contratto di credito o in esecuzione del contratto stesso.

3. Il comma 2 trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il contratto sia stato concluso dal consumatore con un professionista diverso da quello che ha posto in essere la pratica commerciale scorretta, ancorché la controparte del consumatore ignorasse la circostanza che la decisione di quest'ultimo di stipulare il contratto fosse stata influenzata in modo determinante da una pratica commerciale scorretta posta in essere da un altro professionista.

4. Nei giudizi in cui venga invocata l'applicazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del divieto di cui al comma 1 dell'art. 20 constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 27, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato.

Il diritto al risarcimento di cui al comma 1 si prescrive in cinque anni, decorrenti dal giorno in cui è stata posta in essere la pratica commerciale scorretta. Il consumatore decade dal diritto di recesso di cui al comma 2 dopo il decorso di due anni dalla stipulazione del contratto.

Rimangono in ogni caso impregiudicati i diritti attribuiti al consumatore da altre disposizioni vigenti.