



NEOFORMALISMO E TRASPARENZA SECONDO IL CANONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: NOTE SPARSE SUI CASI CONTENT SERVICES E EBOOKERS.COM. ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2011/83/UE.

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Spunti introduttivi: due quaestiones. - 2. Il potere del professionista su di una pagina web e la costitutiva inaffidabilità dell'informazione. - 3. Presunzione di consenso tacito per omessa opposizione?

1. Spunti introduttivi: due quaestiones.

Recita l'art. 6, § 5 della direttiva 2011/83/UE che le informazioni fornite dal professionista sono «parte integrante» del contratto e non possono venire modificate «se non con l'accordo espresso delle parti». La ragione di ciò è semplice e tutta rinserrata nella constatazione che il consumatore, negoziante a distanza o fuori dei locali commerciali, fonda di solito la propria decisione commerciale sulle informazioni precontrattuali, fornite dal professionista o da un suo ausiliario, e non sul testo di un regolamento predisposto, spesso per di più non letto con la dovuta attenzione. Di conseguenza, un'eventuale modifica dell'informazione, che il professionista dovesse effettuare unilateralmente in sede di confezione del documento contrattuale, verrebbe, in realtà, a falsare l'affidamento ragionevole del consumatore.

Senonché, quand'è che un'informazione, seppur imm modificabile, può dirsi trasmessa? Nella sentenza *Content Services*,¹ in attesa che la proposta di regolamento in tema di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel

mercato interno (COM 2012, 238 def) si consolidi in un testo definitivo, si offre un primo saggio dei molti problemi che si agitano intorno alla definizione delle modalità che sovrintendono al corretto adempimento dell'obbligo informativo di legge.

Ma non è solo questo il problema che agita il comparto dei rapporti a distanza tra professionista e consumatore. Non meno interessante è infatti una seconda questione, per molto tempo non compulsata a dovere dalla dottrina.

Secondo l'AGCM, nell'adunanza dell'8 agosto 2012, è ingannevole infatti la pratica di imputare al consumatore il costo di servizi opzionali mediante una casella, precostituita automaticamente, da spuntare in caso di rifiuto. Ogni sistema di preselezione automatica di un servizio finisce, a giudizio dell'Autorità, per ingenerare nel consumatore il dubbio sulla obbligatorietà o facoltatività della prestazione offerta. Donde il rischio ch'egli s'accogli un costo non assunto consapevolmente. Insomma, è un problema di chiarezza e trasparenza dell'informazione.

Senonché l'interrogativo da sciogliere è se questa versione rivisitata di un silenzio assenso ingannevole esiti in un vizio del vincolo contrattuale o nella mera ripetibilità del *surplus* versato. Proble-

¹ V. C. giust. UE, 5 luglio 2012, causa C-49/11, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*. Giudice a quo l'Oberlandesgericht di Vienna.

matica su cui la Corte di giustizia², pur ragionando in termini di effettività della tutela consumerista, non si pronuncia *funditus*. E di qui l'esigenza di discuterne. Per di più l'art. 23 del regolamento CE n. 1008/2008, che in materia di trasporto aereo vieta il meccanismo di preliezione con onere di rifiuto, testualmente riguarda i soli supplementi di prezzo, non anche i servizi accessori. Quindi una regola generale, includente tutte le variabili incidenti sul prezzo della prestazione principale, o di *species*? In un contesto siffatto, torna utile evidenziare che l'art. 60 del codice delle comunicazioni elettroniche, con estremo nitore, fa obbligo alle imprese fornitrici del servizio universale di definire le condizioni e le modalità di somministrazione onde evitare che l'abbonato sia poi costretto a pagare per prestazioni o servizi che non sono necessari o che non risultino indispensabili per il *quid* richiesto (ed erogato). L'articolo, rubricato 'controllo delle spese', formalizza insomma un divieto generale del sistema di *opt out*.

Il quadro che si delinea è così quello di una situazione piuttosto ingarbugliata: sicché è meglio procedere con ordine.

2. Il potere del professionista su di una pagina web e la costitutiva inaffidabilità dell'informazione.

Sic stantibus rebus, sono informazioni su supporto durevole quelle disponibili sul sito del venditore ed accessibili con un *clic* su di un *link* mostrato all'atto della stipula del contratto? Quando infatti si fa questione di un contratto stipulato a distanza, oltre a ricevere le informazioni obbligatorie prima della conclusione (art. 4 dir. 97/7/CE), il consumatore ha diritto ad avere conferma per iscritto o, a sua scelta, su di un altro supporto duraturo, di tutta l'informativa in precedenza trasmessagli «prima od al momento della esecuzione del contratto» (art. 5 dir. 97/7/CE). Nel diritto italiano, riproducendo questa normativa, provvedono al medesimo scopo, gli artt. 52, c. 1, ll. a-l. e 53, c. 1 c. cons. mentre, se si scorrono gli artt. 7, § 4, lett. b) e 8, § 7, lett. a) della direttiva 2011/833, contemplante la nuova disciplina (anche) dei contratti a distanza, ci si avvede che, rispetto a questo specifico profilo, poco o nulla risulta mutato⁴.

2 V. C. giust. UE, 19 luglio 2012, causa C-112/11, *Ebookers.com Deutschland GmbH*.

3 Che solo in apparenza, lo si vedrà, può scambiarsi per una miscellanea a tutela del consumatore.

4 V., in luogo di tanti, S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 861 ss.; G.

Orbene, nel caso deciso dalla Corte di giustizia⁵, il problema verteva sulla pratica commerciale, adottata da una società fornitrice di *software*, di includere le informazioni di cui all'art. 5 della direttiva 97/7 in un collegamento in seno ad un testo che il consumatore doveva «contrassegnare come letto, con l'apposizione di un segno di spunta, per aderire al rapporto contrattuale»⁶. Una pratica che la Corte condivisibilmente sanziona in quanto se è vero che una specifica *conferma* scritta ulteriore delle informazioni obbligatorie non è editualmente necessaria allorché queste siano già state «fornite» al consumatore «prima della conclusione del contratto» (art. 5, § 1), è altrettanto vero che, in tal caso, il *quid* informativo dev'essere ricevuto dal consumatore per iscritto o su di altro supporto duraturo. E, va da sé, se l'informazione di legge è disponibile solo accedendo ad un *link* contiguo -e per di più succedaneo- alla casella di spunta ai fini dell'accettazione, a fare difetto è il requisito della ricevibilità. Quella ricevibilità su cui insiste anche la direttiva 2011/83, se il *fornire* (art. 8, § 7) è indice di una attività di informazione *tradita* da un soggetto ad un altro⁷.

Ma, a destare interesse, in un contesto siffatto, non è tanto la circostanza che il far visualizzare un *set* di dati non equivalga a trasmetterli *automaticamente*, con l'avverbio ad indicare un possesso dell'informazione transitata nella sfera giuridica del consumatore senza alcun *facere* di complemento. Quel che, nell'economia della sentenza, ha ben più rilievo è la categorica esclusione, dal novero delle figure esemplificanti un supporto durevole, di un sito *web*. Per conseguenza, e proprio a motivo del *decisum de quo*, assimilabile con tutta probabilità ad un supporto duraturo soltanto nel caso -per fare un esempio- di un *link* che rinvii ad un *pdf* firmato digitalmente e scaricabile dal consumatore, l'una e l'altra condizione valendo invero a sottrarre la pagina *web* da eventuali modifiche del gestore. È vero

DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto 2011*, a cura di Roppo e D'Angelo, Torino, 2012, 30 ss.; M. LEHMANN - A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 435 ss. e, per chi lo voglia, S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, II, 331 - 334.

5 V. C. giust. UE, 5 luglio 2012, causa C-49/11, cit.

6 Così *Conclusioni* dell'avvocato generale Mengozzi, § 13.

7 V. L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 697 s. In giurisprudenza, v. T.A.R., Lombardia, 5 aprile 2012, n. 1009, in *Foro amm. TAR.*, 2012, 1132, sulle informazioni che il consumatore deve *ricevere* e sulla conformità dell'art. 9.5 del codice di condotta commerciale, per le imprese relative alla fornitura di energia elettrica e gas naturale, all'art. 52 c. cons.



che il recente disposto dell'art. 34 della legge 24.3.2012, n. 27 -quanto all'obbligo degli intermediari del ramo assicurativo r.c. auto di informare il cliente sulla tariffa e sulle altre condizioni contrattuali proposte da almeno tre diverse compagnie assicurative- qualifica come utili a tale scopo anche le informazioni «obbligatoriamente pubblicate dalle imprese di assicurazione sui [loro] siti internet»: ma è dato credere che il disposto *de quo* sia da leggere nel modo in cui la Corte di giustizia, in una sentenza fin troppo negletta⁸, ha statuito, rimettendo cioè al giudice, nel caso un professionista rimandi al proprio sito internet per una parte delle informazioni rilevanti riguardo al prodotto od al servizio commercializzato, il vaglio dei «limiti inerenti al supporto impiegato per la comunicazione»⁹. Quindi secondo una logica di accertamento casistico che vagli preliminarmente il grado di conoscibilità del dato o, nella prospettiva che parrebbe varare la proposta di regolamento sulle firme elettroniche e l'identificazione transfrontaliera (COM 2012. 238 def), se trattasi di un sito web autentificato.

Comunque, l'argomentare della Corte -e già prima dell'avvocato generale- si dipana essenzialmente intorno al rilievo che, se supporto duraturo è qualsiasi strumento che consente al consumatore di registrare (o memorizzare) e di riprodurre inalteratamente quanto ricevuto (v., per es. art. 2, lett. f dir. 2002/65/CE; art. 3, lett. m dir. 2008/48/CE ed art. 2, n. 10 dir. 2011/83), allora un sito *web*, in quanto mezzo che spoglia il consumatore del diritto all'*intangibilità* del contenuto informativo indirizzato, non soddisfa i requisiti di legge. Il consumatore, si fa notare, a causa dell'intrinseca modificabilità di una pagina *web*, non ha il controllo dell'informazione. Che rimane, in realtà, di stretta pertinenza del professionista. E, si potrebbe chiosare, l'interesse che il consumatore ha al contenuto di una certa informazione, è precipuamente l'interesse alla prova assicurata da quella stessa informazione.

Il che, sia detto di passata, è esatto: all'obbligo del professionista di trasmettere un *quid* informativo corrisponde sempre il *diritto* del consumatore ad ottenere la piena disponibilità di quanto documentato. Non a caso l'art. 38 c. tur., per quanto statuisca che all'opuscolo informativo sono assimilati i materiali illustrativi divulgati su supporto elettronico, non menziona la pagina *web*: salvo, volendo abbozzare una interpretazione adeguatrice, non si tratti di una *webpage* stipulativamente denominabile come qualificata perché ricompresa in un'area ad accesso ri-

servato ove sono racchiusi documenti informatici provvisti di una separata validità giuridica.

Se non fosse che, per come lo si imbastisce, il periodare della Corte ha il difetto di non far risaltare l'esatta cifra di un problema che sembra piuttosto radicarsi nella specialissima natura di un sito *web*, quale supporto rimesso alla piena (ed esclusiva) disponibilità del professionista. Rispetto ad una pagina *web*, infatti, è l'ultima operazione che davvero conta: e certi messaggi che si leggono in rete -sulla modificabilità *ex uno latere* e senza previo avviso della struttura di una pagina, eliminando (o modificando) i servizi ovvero le condizioni di accesso (*seu* di utilizzo)- esprimono sintomaticamente la *particolarità* di uno strumento che, in quanto potestativamente mutevole, è *mutuamente esclusivo*. Sito internet e supporto durevole, rispetto ad un'informazione, sono insomma vocaboli di massima *congiuntamente esaustivi* ma che si escludono a vicenda. Un'informazione, materializzata per via della complessità dell'operazione economica, implica infatti che l'*esclusività* si trasmetta al consumatore. Come già aveva messo in risalto la Corte EFTA, citata incidentalmente nella motivazione, nel caso *Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht*¹⁰.

Col lessico della tradizione dogmatica si dovrebbe allora, più correttamente, notare (ed evidenziare) che se il «diritto» sul contenuto informativo significa diritto «sulla rappresentazione» deducibile dall'informazione¹¹, ove il contenuto di questa sia modificabile unilateralmente, la *variatio* involgerà pure la rappresentazione del fatto incorporato, trasformandolo in un *quid* differente da quello originario. Ergo, la modificabilità della pagina *web* è sinonimo -più che di una volatilità, come si legge in una nota decisione della Cassazione¹²- di una non *definitività* dell'informazione. In quest'ottica, allora, è corretto rilevare che una «pagina *web* non è posta sotto il controllo di colui che la consulta, ma di colui che la pubblica»¹³: epperò il concetto va meglio affinato evidenziando il *potere* del professionista di incidere sull'informazione -più che nel senso di revocarla- con un disfare continuo *ad nutum*. Il fatto -innegabile- che un professionista sia nella condizione di mutare «a suo piacimento» una determinata

10 V. C. EFTA, 27 gennaio 2010, E-4/09, EFTA Court Report, 86, ove anche il corretto rilievo che la qualifica di un sito internet come supporto durevole non può venire desunta dalla circostanza che un cliente abbia espresso il proprio consenso a che la comunicazione delle informazioni avvenga mediante internet.

11 Così, con rilievi attualissimi, L. CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941, 110.

12 V. Cass., sez. lav., 16 febbraio 2002, n. 2912, in *Giur. it.*, 2004, 1355.

13 V. Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, cit. § 43 (anche per la citazione che segue).

8 V. C. giust UE, 12 maggio 2011, causa C-122/, *Konsumtombudsmannen c. Ving Sverige B*, in *Foro it.*, 2011, IV, 336 ss. 9 Cfr. C. giust. UE, 12 maggio 2011, cit. in motivazione.



webform dimostra invero che l'informazione ivi contenuta è *in progress* e, in quanto correggibile, non chiusa. Fa difetto, secondo il linguaggio dei filologi¹⁴, lo stadio del *ne varietur*. Col risultato che, per quanto la documentazione dell'informazione si sia individualmente esaurita¹⁵, per effetto del potere sul supporto la si deve intendere come un'informazione intrinsecamente inaffidante. Insomma, pure a riconoscere che una pagina *web* sia accostabile ad un documento informatico col valore di cui all'rt. 2712 c.c., resta inteso che, per il fatto di essere suscettibile di continua trasformazione¹⁶, essa pecca di -e quindi non offre- certezza giuridica.

In una celebre pagina carneluttiana¹⁷, l'attività di comporre un testo, cancellarlo una prima volta e poi rettificarlo prende il nome di operazione giuridica reale. E, di là dal diverso contesto nel quale l'espressione fu coniata, essa ben rende l'idea di un potere discrezionale sul supporto che non si esaurisce *ex uno actu*, essendo la *web form* ancora disponibile sebbene gli elementi documentali -di cui l'informazione consta- siano già stati posti in essere. La sola possibile eccezione, dopo che pure l'art. 2011/83 si perita di avallare l'interpretazione restrittiva qui suggerita¹⁸, si rinviene nell'art. 36 del regolamento Consob 16190/2007: anche se parrebbe un'eccezione più apparente che reale.

Rubricato *informazioni su supporto duraturo e mediante sito internet*, questo articolo ammette sì infatti che l'intermediario possa fornire informazioni al cliente per il tramite di un sito internet. Epperò la sequenza delle condizioni legittimanti l'utilizzo di questa tecnica di comunicazione si snoda secondo una *climax* che, previamente constatata la valenza di un sito *Internet* come tecnica appropriata al contesto di svolgimento del rapporto tra cliente ed intermediario, postula (i) il consenso espresso del cliente, (ii) l'aggiornamento delle informazioni ed una (iii) accessibilità continua alle stesse «*per tutto il periodo di tempo* in cui, ragionevolmente, il cliente può avere necessità di acquisirle». La deliberazione Consob n. 18210 del maggio scorso, resa in esecuzione della direttiva 2009/65/CE quanto alla tutela degli investitori nel comparto dell'OICVM, non

troppo diversamente ammette che il KIID, previsto in sostituzione del Prospetto Informativo Semplificato e confezionato in due pagine secondo un modello prestabilito, sia consultabile via *web*. Epperò, per quanto un sito internet finisca qui -così- per essere annoverato tra le condizioni per la presentazione di informazioni chiave agli investitori, rimane il fatto che la configurabilità di questa specifica modalità di adempimento implica il pre-requisito di dotare quel sito *web* di una funzione in grado di assicurare agli investitori, in una specifica classe di azioni, di ricevere periodicamente -e conservare¹⁹- una versione aggiornata del KIID di riferimento (artt. 14, 15-*bis* e 17-*bis*). Il che, se da un lato dimostra come talora sia la stessa natura dell'operazione economica ad imporre la precarietà sì per *variatio* unilaterale ma *cum causa* dell'informazione trasmessa, dall'altra certifica che l'esigenza di un supporto duraturo agevolmente accessibile accomuna qualsiasi controparte di un intermediario incaricato del collocamento o della commercializzazione di un prodotto finanziario.

3. Presunzione di consenso tacito per omessa opposizione?

Quanto alla seconda delle questioni decise, il caso delle cd. opzioni prestabilite, tutto origina da una controversia tra una società commercializzante in rete viaggi aerei ed il *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*²⁰. Il problema ineriva alla pratica commerciale di questa società di includere automaticamente, tra le spese di viaggio, oltre al prezzo comprensivo di tasse e diritti, anche il costo di un'assicurazione a copertura delle spese di annullamento del viaggio, con la facoltà per il cliente di «optare espressamente per la soluzione contraria». Quindi un tipico caso di sottoscrizione automatica, senza consenso espresso (cd. *opt out*) nonostante l'art. 23, § 1 del regolamento CE 1008/2008 sia nitido nello statuire che i supplementi di prezzo opzionali, da indicarsi per altro in modo chiaro e trasparente all'inizio di ogni processo di prenotazione, sono conteggiabili solo in caso di accettazione espressa. Cioè secondo il meccanismo dell'*opt in*.

La Corte, investita della questione, è *tranchant* nell'evidenziare che il contrario argomento addotto dal professionista, l'essere il servizio opzionale erogato da un soggetto terzo diverso dal vettore aereo,

14 Cfr. R. SIMONE, *Testo scritto, testo parlato, testo digitale*, in AA. Vv., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, 18.

15 Nel caso in cui il consumatore abbia provveduto a stampare o registrare la pagina *web* prima della modifica.

16 V. Cass. 16 luglio 2002, n. 2912, cit.

17 V. *Distruzione o destinazione alla distruzione della scheda del testamento olografo*, in *Foro it.*, 1937, IV, 97 ss.

18 Nel 23 *considerando* della direttiva 2011/83 la distinta specifica di ciò che debba intendersi per supporto durevole annovera infatti, oltre ai documenti su carta, le chiavi USB, CD-ROM, DVD, schede di memoria o dischi rigidi del computer «nonché messaggi di posta elettronica»: mentre, alla lettera, non è contemplato un sito internet.

19 Finanche per l'intera durata del contratto e, «nella misura necessaria, [per] il periodo successivo alla scadenza del contratto»: così Corte EFTA, 27 gennaio 2010, cit.

20 V. C. giust. UE, 19 luglio 2012, cit. Giudice *a quo* l'*Oberlandesgericht* di Köln.



si tradurrebbe in una (facile) elusione del dato normativo a danno del passeggero²¹. E, visto anche quanto dispone l'art. 22 della direttiva 2011/83 in materia di pagamenti supplementari, conclude recisamente nel senso di denunciare l'illegittimità di una siffatta pratica. Se si tratta di servizi opzionali, quindi «né obbligatori né indispensabili», va da sé che una decisione trasparente e comparativamente responsabile del cliente implica un suo consenso espresso. Che si tratti di un'assicurazione facoltativa *all inclusive* o di un qualunque altro servizio accessorio (es. priorità all'imbarco, servizi di ristorazione, noleggi auto *et similia*), essendo l'art. 23 del regolamento CE 1008/2008 una disposizione onnicomprensiva che concerne *tutti* i supplementi di prezzo connessi a viaggi aerei. Ma di nuovo, di là dalla corretta sottolineatura che un rifiuto posteriore, denegante un silenzio assenso onde evitare un pagamento supplementare, dimidia la tutela del passeggero, c'è di più e soprattutto altro da mettere in risalto. Quell'art. 22 della direttiva 2011/83, che la Corte cita, funge infatti da specola per il bando di tutte quelle formalità endoprocedimentali, non innominate ma *atipiche*²², incorporanti una presunzione di consenso, sospette di un'abusività *iuris et de iure* perché occultanti una sorpresa *nel* contrattare. E se la rubrica dell'art. 22 può sviare, diversamente da quanto si leggeva in quell'art. 31, c. 3 della Prima proposta di direttiva sui diritti dei consumatori intitolata alla 'prescrizione di trasparenza delle clausole contrattuali'²³, non c'è dubbio che la norma sia da iscrivere nel contesto di una tutela preventiva dalle cd. clausole nascoste (*überraschende Klauseln*), ancillari a forme di acquisto inconsapevoli comunque incidenti sul costo finale dell'operazione. I riquadri già contrassegnati *on line*, che il consumatore ha l'onere di rifiutare, null'altro sono infatti che dei segni (o dei *verba*) standard azionanti, se non esclusi, una disciplina di smaccato *favor* per il professionista. E, per quanto nuova, la lettera in cui si articola l'art. 22, non rappresenta una previsione isolata: la pratica di un consenso del consumatore, da acquisirsi in modo documentalmente esplicito e distinto per ogni contratto, con divieto per conseguenza di *relatio* e dello schema *opt-out*, già si rinviene infatti nel corpo degli artt. 125 *bis*, c. 3, t.u.b. (espressamente)

e 77, comma 1, c.cons. (implicitamente)²⁴. Il tutto, in quell'ottica privilegiata di un «sistematico rimodellamento» e/o «integrale rifacimento della regola negoziale»²⁵, che già in precedenza aveva portato ad evidenziare quanto la preselezione sia idonea ad inviluppare la libertà negoziale del consumatore, inducendolo ad una decisione negoziale che, se responsabilmente assunta, avrebbe potuto non compiere.

Quand'è così, sorprende perciò che il Consiglio di Stato²⁶, seppure prima del *decisum* in esame, abbia statuito nel senso che il semplice fatto di adottare un meccanismo *opt out* anziché *opt in* non vale di per sé ad incidere, in termini di volizione contrattuale consapevole, sul comportamento economico del consumatore²⁷.

La sentenza dei giudici amministrativi -è verocontesta(va) principalmente l'assimilazione tra sistema *opt in* e pratica commerciale scorretta: epperò se, con riguardo al combinato disposto degli artt. 22 e 23 c. cons. può discutersi sull'effettiva attitudine *in concreto* del cd. defflaggare ad indurre in errore il consumatore²⁸, sembra invece fuor di dubbio che una tecnica di silenzio/assenso, preconfezionata dal professionista, riesca davvero ad impastoiare la volontarietà di una scelta economica. Tanto è vero che, in una pronuncia di poco successiva²⁹, la tecnica di deselegazione del *flag* non riceve più alcun avallo a tutto vantaggio, onde anestetizzare il rischio dei cd. *internet cost traps*, di un comportamento attivo di adesione. Segno che il divieto di costi opzionali automatici col diritto per il consumatore, come prescrive l'art. 22 della direttiva 2011/83, al rimborso di quanto indebitamente versato, è parte in realtà di un trittico conformativo generale -nel quale si inverte la versione aggiornata del principio di trasparenza- le cui due altre polarità sono rappresentate, rispettivamente

24 Riguardo ai contratti accessori a quello di multiproprietà o ad un prodotto per le vacanze di lungo termine.

25 V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 418.

26 V. CdS, 27 ottobre 2011, sez. VI, n. 5785, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Consumatori e utenti*, n. 31.

27 Per una diffusa critica alla sentenza v. N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. pubbl. econom.*, Padova, 2012, 258 s.(e nt. 121).

28 Per quanto, quando lo stesso professionista si avvalga di due tecniche opposte per due contratti diversi -quello di viaggio e la polizza assicurativa- contestualmente offerti al consumatore, l'ingannevolezza sia *in re ipsa*. E lo stesso, verrebbe da aggiungere, sembra debba riconoscersi nei casi in cui la qualifica del cliente come *consumer price sensitive* sia più più spiccata che in altri. Si pensi all'ipotesi della tariffa acquistata come offerta promozionale ma col corredo di una serie di voci aggiuntive opzionali.

29 V. CdS, 24 Novembre 2011, sez. VI, n. 6204, in *Rep. Foro it.*, voce *Concorrenza (disciplina della)*, n. 51.

21 V. anche *Conclusioni* dell'avvocato generale Mazak, §§ 37 e 38.

22 In quanto pur sempre interne ad un procedimento dornativo foggiate *ex lege*: v., in luogo di tanti, G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 368.

23 Per una trattazione più diffusa sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali V*, Milano, 2012, 1280 ss.



-dal divieto di spese occulte, che si legge nell'art. 8, § 2 dir. 2011/83, con un consenso del consumatore che si reputa *inesistente* se il professionista non rispetta l'onere, affidato ad una letteralità di legge intangibile³⁰, di assicurarsi la consapevolezza del primo circa il fatto che l'inoltro dell'ordine implica un obbligo di pagamento;

-dal concorrente obbligo di informazione precontrattuale relativo al prezzo totale comprensivo delle imposte e di tutte le spese aggiuntive di spedizione e consegna con la variabile, nel caso il prezzo finale o le voci di spesa accessoria non siano ragionevolmente quantificabili in anticipo, di una puntuale indicazione delle modalità di calcolo del primo o dell'addebito delle seconde (art. 6, § 1, lett. e nonché art. 7, § 4, lett. a).

Un tritico generale, si diceva, senza che il riferirsi dell'art. 8, § 2 testualmente ai soli contratti conclusi a distanza mediante siti *web* faccia del suo corposo effetto denegativo -una non vincolatività per mancato perfezionarsi della fattispecie- una vicenda di settore. Un'attenta dottrina³¹, prendendo spunto dal fatto che, in luogo di un'informazione da rendersi disponibile «in tempo utile prima [della stipula]» (dir. 97/7) si ha ora un dovere del professionista da adempiersi antecedentemente al momento in cui il consumatore sarà vincolato dal contratto o da un'offerta (art. 5, § 1 ed art. 6, § 1), non si mostra dello stesso avviso e dubita che la nuova direttiva garantisca «effettivamente» una «scelta ponderata, consapevole ed informata del consumatore». Se non deve più intercorrere, questo è quanto si dice, uno spazio temporale minimo, l'obbligo informativo potrà allora perfezionarsi *ex uno actu* contemporaneamente alla stipula del contratto. Ma, si prenda nota, di là dalla circostanza che il combinato disposto degli artt. 5 e 6, per quanto involuto, sia vocato a garantire non la consapevolezza nel negoziare bensì quella nel «cancellare ... o mantenere un affare già concluso»³², non è che il rilievo esposto persuada a pieno. Dall'analisi restano infatti fuori gli artt. 8, § 2 e 22 i quali, in un contesto ove «ogni contatto tra consumatore e professionista» può mo-

strarsi decisivo per il formarsi del consenso³³, sembrano viceversa proprio palesare, al verificarsi di determinate omissioni informative o procedimentali, la carenza -in tutto o in parte- di una *dichiarazione di volontà* del consumatore: la quale, nell'intelataura della direttiva, pare così assunta *ex lege* come inesistente ogni qual volta faccia difetto una specifica consapevolezza di costui nell'*obbligarsi*. Stando infatti al combinato disposto degli artt. 8, § 2 e 22, una volizione contrattuale del consumatore viene in essere soltanto *se* preavvertitamente informata in modo specifico ed in quanto formulata in maniera espressa, con la regola di trasparenza degli artt. 6 e 7 deputata poi a fare da collante nella prospettiva di una *lex contractus* parametrata sull'affidamento ragionevole del consumatore. Riprodotta com'è in quell'art. 5 dettato per i contratti *diversi* da quelli stipulati fuori dei locali commerciali o a distanza, questa regola di trasparenza funge in realtà da reticolo transtipico, permeante ogni rapporto di consumo³⁴, in perfetta sintonia, del resto, con quanto statuito dalla Corte di giustizia nella *Ving Sverige AB*: per certo una sentenza interlocutoria laddove osserva che un invito all'acquisto fornito di un prezzo minimo non costituisce di per sé un'omissione ingannevole, ma nitida nel rimettere al giudice il potere di accertare se «l'omissione delle modalità di calcolo del prezzo finale impedisca al consumatore» di assumere «una decisione che non avrebbe altrimenti preso»³⁵.

A mostrarsi ricorrente, com'è facile riscontrare, non è soltanto il periodare dei giudici: per la Corte di quest'ultima stagione tutto invero sembra ruotare intorno alla *consapevolezza* del consumatore nel vincolarsi. Quella consapevolezza che l'art. 8, § 2, *prima facie* rappresentabile come un nuovo possibile caso di nullità testuale per violazione di una regola di comportamento³⁶, veste in realtà -allorché manchi- con la forma più stringente dell'*inesistenza*. E ragionare di un accordo inesistente anziché di uno nullo non è una differenza da poco.

30 Se l'inoltro dell'ordine postula l'azionamento di un pulsante, per l'art. 8 della direttiva il pulsante o la funzione analoga devono riportare, in modo facilmente leggibile, le sole parole «ordine con obbligo di pagare» o altra formulazione equipollente. V., al riguardo, M. LEHMANN – A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, cit. 435 ss. e, se si vuole, S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, cit. 332 s.

31 V. G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit. 53 (da cui la citazione).

32 Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. loc. ult. cit.*

33 Così anche F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *Contratti*, 2012, 735.

34 Sicché, sotto questo profilo, è esatto far notare che la direttiva 2011/83 contempla una norma generale, quanto alla trasparenza dei rapporti tra imprese e consumatori, sì di armonizzazione minima ma, per ciò stesso, non derogabile *in peius*. V. anche A. PALMIERI, *Quel che avanza dei diritti dei consumatori: una disciplina parziale e frammentaria (con qualche spunto interessante sul piano definitorio)*, in *Foro it.*, 2012, V,184.

35 V. C. giust. UE, 12 maggio 2011, cit. (in motivazione).

36 V., in questo senso, M. LEHMANN – A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, cit. 441.

