

Roberto Calvo

*Consulenza e informazione nella prospettiva
delle imprese e dei consumatori*

SOMMARIO: 1. Informazioni sul rischio e sul contenuto del contratto. – 2. Clausole elusive degli obblighi informativi – 3. Il ‘contesto’ contrattuale.

1. *Informazioni sul rischio e sul contenuto del contratto*

Nella cornice della legislazione italo-comunitaria l'esigenza di predisporre un apparato di regole volte a garantire l'efficienza dell'informazione precontrattuale ha segnato un autentico punto di svolta nella tutela della parte economicamente debole o meno organizzata. Si è così assistito a un progressivo passaggio da un sistema ancorato ai postulati liberali tipici della tradizione ottocentesca, in cui la protezione dello stipulante – ad astrarre dalla sua posizione di forza all'interno del meccanismo contrattuale – era di massima legata alla disciplina dei rimedi estintivi del vincolo (risoluzione per inadempimento, annullamento dell'atto per vizi del consenso), a un altro – qual è quello contemporaneo – venato dal programma di proteggere la *partie faible* (che negozia in posizione di minorità rispetto all'imprenditore che detta *ad libitum* le regole del gioco) in modo anticipato, vale a dire attraverso la divulgazione *ex ante* di informazioni utili a maturare una determinazione negoziale consapevole circa i rischi implicati dall'operazione economica in via di perfezionamento, oppure a renderla immediatamente edotta all'esatto contenuto dell'intesa e delle tutele che sono riconosciute all'aderente.

Il tratteggiato modello di tutela 'precauzionale' che s'indirizza al procedimento di formazione dell'accordo, risponde anche all'interesse dell'impresa non solo perché rafforza la fiducia dei consumatori nei meccanismi che regolano il mercato interno, ma anche in quanto l'invocazione da parte

del singolo consumatore dell'annullamento per errore-motivo o per errore provocato (dolo commissivo o omissivo), imputabile alla falsata rappresentazione del rischio o del contenuto contrattuale, indebolisce l'impresa stessa nella misura in cui la caducazione dell'atto implica la nascita di biunivoche obbligazioni restitutorie *ex art.* 2033 c.c., che sono avvertite dall'imprenditore come una iattura tenuto conto del fatto che egli deve riprendere la merce già consegnata e restituire il denaro incassato¹.

Una lampante dimostrazione di quanto appena osservato è offerta dalla direttiva 1999/44/Ce sulle vendite al consumo, che ha sovvertito la tradizione consegnataci dal diritto romano ponendo all'apice della gerarchia dei rimedi – orientati, come si sul dire, al *favor contractus* – l'esatto adempimento (riparazione o sostituzione), degradando in tal guisa le azioni forgiate dal *ius aedilicium* (redibitoria e estimatoria) a tutela residuale.

Volendo cercare di seguire una chiave d'intonazione sistematica, la quale tenga conto delle direttive comunitarie che si sono occupate della materia qui passata in rassegna, è possibile affermare che gli obblighi informativi a carico del professionista rispondono a due distinte esigenze: da un lato si staglia l'informazione legata alla piena ed esatta comprensione del rischio negoziale con particolare riguardo alle operazioni sottintendenti un impegno economico rilevante, dall'altro quella inerente l'esatta rappresentazione del contenuto del contratto in via di formazione.

Quest'ultima esigenza contrassegna la direttiva 83/2011/UE. Essa si pone a ridosso di una costellazione di norme che hanno esteso la propria area di competenza soggettiva ai rapporti tra impresa e impresa (B2B): si pensi anzi tutto alle discipline in tema di affiliazione commerciale e subfornitura.

Interessa *in apicibus* segnalare che uno dei tratti identificativi della suddetta fonte extrastatuale si contraddistingue in termini negativi, non preve-

¹ Con riguardo all'estinzione del vincolo derivante dall'esercizio del diritto di recesso per opera del consumatore, il 46° considerando della direttiva 83/2011/UE prevede che «il professionista dovrebbe rimborsare tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, inclusi quelli che coprono le spese a carico del professionista per consegnare il bene al consumatore. Il rimborso non dovrebbe avvenire mediante buoni, salvo che il consumatore abbia utilizzato buoni nella transazione iniziale o ne abbia espressamente accettato l'uso. Se il consumatore sceglie espressamente un determinato tipo di consegna (ad esempio consegna rapida in 24 ore), sebbene il professionista abbia offerto un tipo di consegna comune e generalmente accettato con costi di consegna minori, la differenza tra i costi dei due tipi di consegna è a carico del consumatore».

dendo essa una sanzione tipo la nullità del singolo contratto qualora l'obbligazione informativa non venisse soddisfatta, oppure se fosse trasgredito l'obbligo di incorporare l'informazione entro un «supporto durevole»². Al contrario, la disciplina sulla subfornitura così come quella sull'affiliazione commerciale, hanno scelto la strada diversa della nullità (di protezione) del contratto ove non sia stato rispettato l'onere della forma scritta (artt. 2 l. 192/1998 e 3 l. 129/2004). La differenza si spiega perché mentre queste ultime due fonti di diritto interno concernono rapporti fra parti sostanzialmente isolate (c.d. contratto individuale), la direttiva *Consumer rights*, invece, si riferisce – incanalandosi nel medesimo solco scavato da quella sulle pratiche commerciali sleali (2005/29/CE) – a situazioni implicanti vicende negoziali che coinvolgono una quantità indistinta di consumatori finali, allo scopo di garantir loro le informazioni sull'identità del professionista e sul contenuto della prestazione, sì da evitare che su tali *essentialia negotii* (e su altri elementi che, viceversa, non partecipano della natura di tasselli costitutivi della fattispecie) siano colti di sorpresa. L'additata *ratio legis* giustifica il sistema rimediale accolto dal legislatore dell'attuazione, il quale ha esteso *in subiecta materia* l'art. 27 c. cons., conferendo all'AGCM poteri inibitori e sanzionatori in caso di violazione degli obblighi informativi di matrice 'precontrattuale'.

Ci troviamo quindi al cospetto di una protezione generale e astratta di natura – come si è detto – preventiva, che si disinteressa deliberatamente³ del singolo episodio litigioso o del contratto isolatamente considerato, il quale continua a essere regolato – per quanto attiene alle situazioni patologiche imputabili alla 'disinformazione' (intendiamo alludere all'errore spontaneo

² Ossia, documenti redatti per iscritto, chiavi USB, CD-ROM, DVD, schede di memoria o dischi rigidi del *computer* nonché messaggi di posta elettronica (si veda il 23° considerando della direttiva 83/2011/UE).

³ Si veda il 14° «considerando» della direttiva 83/2011/UE, che – pur con un periodare il quale non spicca per eleganza – così recita: «La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la legislazione nazionale afferente al diritto contrattuale per gli aspetti di diritto contrattuale che non sono disciplinati dalla presente direttiva. Pertanto, la presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicata la legislazione nazionale che disciplina, ad esempio, la conclusione o la validità di un contratto (ad esempio nel caso di vizio del consenso). Analogamente, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare il diritto nazionale con riferimento ai rimedi generali previsti dal diritto contrattuale, le norme sull'ordine pubblico economico, ad esempio le norme sui prezzi eccessivi o esorbitanti, e le norme sulle transazioni giuridiche non etiche».

o a quello provocato) – dal quarto libro del codice civile⁴. Il potere di controllo e sanzionatorio che spetta alla suddetta Autorità dovrebbe esercitare un impulso dissuasivo alla trasgressione degli obblighi informativi tipizzati dai riformati artt. 48 e 49 c. cons.; vero è che la sanzione amministrativa pecuniaria (*ex art. 27, comma 9°, c. cons.*) è più incisiva (e quindi più temuta rispetto) a quella tradizionale, che interviene *ex post*, di annullamento del contratto per opera della giurisdizione ordinaria in caso di azione del consumatore ‘disinformato’ contro il professionista che abbia agito slealmente. Per altro verso l’evocata ‘disinformazione’ – si osservi incidentalmente – rileva anche sotto il profilo della scorrettezza di cui agli artt. 21 ss. c. cons.

Passiamo di scorcio alle fonti comunitarie che si occupano delle informazioni in tema di rischio contrattuale, nel cui ambito occorre da ultimo novare la direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali. Essa prevede una fattispecie contrattuale che prende il nome di servizio di consulenza e che consiste in un rapporto obbligatorio a titolo gratuito antecedente alla stipulazione del contratto di finanziamento, che dà veste giuridica autonoma al c.d. contatto sociale fra consumatore e professionista. Si tratta di un servizio funzionale allo scopo di responsabilizzare i professionisti nell’attività (preparatoria) di raccolta dei dati utili a soppesare la rilevanza del rischio di solvibilità del consumatore, in maniera da obbligare costoro a somministrargli informazioni e suggerimenti adatti a illustrare, con chiarezza e concisione (*‘clare loqui’*), vantaggi e svantaggi scaturenti dal finanziamento oggetto d’istruttoria⁵. La violazione dell’obbligo informativo concernente il rischio, oltre a rilevare quale inadempimento del contratto di consulenza, può anche tramutarsi in vizio della volizione se intacca il processo formativo della volontà della parte protetta.

2. Clausole elusive degli obblighi informativi

Riprendiamo il discorso sulla legge di attuazione della direttiva 83/2011/UE. Le regole fondamentali che concernono il profilo legato

⁴ Sul tema sia consentito rinviare a R. CALVO, *Diritto civile*, I, *Il contratto*, Zanichelli, Bologna 2015, p. 419 ss.

⁵ Cfr. R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 823 ss.

all'informazione sono racchiuse nei già menzionati artt. 48 e 49 c. cons.⁶. Il criterio direttivo è così compendiabile: gli obblighi informativi devono essere adempiuti in via 'precontrattuale'. Il legislatore ha voluto mettere bene in chiaro che le informazioni vanno somministrate al consumatore prima che il contratto sia stato perfezionato. Detta precauzione si uniforma alla logica della direttiva, la quale vuole appunto assicurare che la determinazione volitiva del consumatore sia rischiarata dai raggi della conoscenza in merito al contenuto dell'affare in via di perfezionamento.

L'ipotesi considerata fisiologica dal legislatore è quella in cui l'informazione riguardante il contenuto – non il rischio come già notato – sia fornita prima dell'intesa. Ciò posto, immaginiamo che il professionista rediga una proposta contrattuale arricchendola di un termine iniziale, la quale così suona: il contratto è immediatamente vincolante, tuttavia l'adempimento degli obblighi informativi relativi al contenuto dovrà essere attuato decorsi *tot* giorni e comunque prima dello scadere del termine iniziale di efficacia del contratto stesso. Di lì il dubbio se l'immaginata clausola possa ritenersi in sintonia con la *ratio* venante gli artt. 48 e 49 c. cons.

La risposta al quesito è di segno negativo. Il consumatore deve essere messo nelle condizioni di formare la propria determinazione volitiva facendo leva sul patrimonio di informazioni che il professionista deve mettergli a disposizione *ex ante*. È dunque evidente che ogni clausola contrattuale

⁶ Si rammenti che ai sensi del 26° «considerando» della direttiva 83/2011/UE «I contratti relativi al trasferimento di beni immobili o di diritti su beni immobili o alla creazione o all'acquisizione di tali beni immobili o di tali diritti, i contratti per la costruzione di nuovi edifici, per la trasformazione sostanziale di edifici esistenti nonché i contratti per la locazione di alloggi a scopo residenziale sono già soggetti a una serie di requisiti specifici nella legislazione nazionale. Tali contratti includono ad esempio la vendita di immobili ancora da progettare e la locazione finanziaria con opzione di acquisto (*hire-purchase*). Le disposizioni della presente direttiva non sono appropriate per detti contratti che dovrebbero pertanto essere esclusi dal suo ambito d'applicazione. Una trasformazione sostanziale è una trasformazione paragonabile alla costruzione di un nuovo edificio, per esempio quando viene conservata solo la facciata di un vecchio edificio. I contratti di servizi, in particolare quelli relativi alla costruzione di annessi di edifici (ad esempio un *garage* o una veranda) e quelli relativi alla riparazione e ristrutturazione di edifici diverse dalla trasformazione sostanziale, dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva, così come i contratti relativi ai servizi di un agente immobiliare e quelli relativi alla locazione di alloggi a scopo non residenziale». V. ora l'art. 47, lett. e) e f), c. cons.

preordinata a posticipare l'adempimento del debito informativo addossato al professionista quando il contratto sia oramai perfezionato non vale come adempimento corretto della prestazione in discorso.

Che cosa succede qualora fosse imposta dal professionista una clausola condizionale. Su questo fronte d'indagine occorre sceverare la condizione sospensiva da quella risolutiva. Orbene, se condizionassimo gli effetti dell'accordo all'adempimento degli obblighi informativi, a prima vista non dovrebbe scorgersi alcuna elusione delle regole che ci stanno occupando, in quanto la condizione sottintenderebbe che l'adempimento dell'obbligo informativo assurga ad avvenimento futuro e incerto innervante gli effetti del contratto. Qui l'efficacia del contratto non è automatica come nell'ipotesi (su esposta) del *dies a quo*, essendo legata all'adempimento delle obbligazioni cognitive. Sennonché, la protezione del consumatore rimarrebbe in ogni caso indebolita, posto che egli resterebbe vincolato al contratto ove scoprisse, all'esito dell'adempimento degli obblighi informativi, che – si faccia il caso – il professionista è diverso da quello che immaginava. Ragion per cui anche in tale situazione conviene *funditus* ritenere non adempiuta correttamente l'obbligazione informativa. La premessa invita a riflettere che si tratterebbe pur sempre di una condizione unilaterale, quindi rinunciabile dal consumatore; questi cenni suggeriscono di accostare – sotto il profilo della legittimazione attiva – la condizione di adempimento (di un'obbligazione legale) alla nullità di protezione⁷. Va da sé che le conclusioni che precedono valgono a maggior ragione in ipotesi di condizione risolutiva.

3. Il 'contesto' contrattuale

La disciplina in esame prende specificamente in considerazione solo la trasgressione dell'informazione in materia di recesso. A questo scopo viene seguita una tecnica rimediale oramai collaudata, ispirata al *favor contractus*, che protegge la parte debole tramite l'ampliamento dei termini per l'esercizio del diritto potestativo (*ius poenitendi*) (art. 53 c. cons.)⁸.

⁷ Va da sé che le conclusioni che precedono valgono a maggior ragione in ipotesi di condizione risolutiva.

⁸ Cfr., diffusamente, S. PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv.*

La direttiva *Consumer rights* – intendo riferirmi all'art. 3, comma 5° – stabilisce che essa «non pregiudica il diritto contrattuale nazionale generale, quali le norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto, nella misura in cui gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale non sono disciplinati dalla presente direttiva».

Se così, il cerino acceso passa al giurista di diritto interno. Quali sono le soluzioni che potrebbero in qualche modo ipotizzarsi di fronte alla violazione di obblighi informativi estranei al recesso? Nel successivo art. 5, comma 1° (che riguarda gli *obblighi d'informazione per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*), compare una norma di salvaguardia secondo cui «il professionista fornisce al consumatore le seguenti informazioni in modo chiaro e comprensibile, qualora esse non siano già apparenti dal contesto». È facile ravvisare come il richiamo al 'contesto' (che – come è noto – costituisce il criterio-cardine per l'interpretazione del negozio di ultima volontà *ex art. 625, comma 1°, c.c.*) rappresenta un utile canone integrativo (extratestuale) dell'autoregolamento capace di porre un freno alla dilagante litigiosità fomentata da letture cavillose del testo.

Il punto è questo: quali sono le vie d'uscita da seguirsi in caso di trasgressione dell'obbligazione informativa non rimediata dal riferimento al 'contesto'? Le informazioni che riguardano l'oggetto del contratto dovrebbero giustificare la nullità dell'intesa per indeterminabilità dell'oggetto stesso (art. 1418, comma 2°, c.c.).

La stessa conseguenza vale con riguardo all'omissione delle informazioni che si riferiscono all'identità del professionista: se non si evincono dal 'contesto' – e la circostanza parrebbe tutto sommato poco frequente – il contratto sarà nullo stante i dubbi oscuranti l'individuazione del professionista.

Passando all'assenza o insufficienza di informazioni attinenti al prezzo, è fuori discussione che la soluzione più drastica sia la nullità, siccome il corrispettivo nei rapporti di scambio partecipa della natura di elemento essenziale della fattispecie negoziale. Bisogna invero considerare che il nostro sistema enuncia una regola che potrebbe rappresentare un'ancora di salvataggio in vista della sopravvivenza dell'accordo. Si tratta dell'art. 1474 c.c.; in sintesi – anche se l'eventualità è remota – il contratto deve ritenersi

dir. civ., 2015, p. 276 ss., cui rinviamo per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

nullo qualora le parti non abbiano indicato il prezzo, solo là dove sia inapplicabile l'ordine sequenziale di criteri suppletivi enumerati in quest'ultima disposizione⁹.

L'altro profilo d'inefficienza informativa attiene ai modi di pagamento. Anche in questo caso supplisce il diritto comune (art. 1498, comma 2°, c.c.).

Giova conclusivamente segnalare che le informazioni – come stabilisce l'art. 50, comma 1°, c. cons. – devono essere date attraverso un linguaggio facilmente comprensibile e attraverso caratteri, metodi di espressione leggibili. Siamo di fronte alla stessa regola dettata dall'art. 166 c. assic. Per quanto riguarda la semplicità e la comprensibilità, si vuole evitare l'abuso del tecnicismo; di conseguenza, le informazioni divulgate per mezzo di un linguaggio – quantunque rigoroso sotto il profilo formale – riservato ai tecnici del settore, non si uniformerebbero alla disciplina in questione dovendo essere considerate agli occhi del consumatore *tamquam non esset*.

⁹ Cfr., ad esempio, G. ALPA, voce *Prezzi*, II, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 3. Quanto al diritto giudiziale cfr. Cass., 14 dicembre 1988, n. 6816, in *Mass. Foro it.*, 1988; Cass., 23 gennaio 1988, n. 523, *ibidem*. V. inoltre Cass., 14 ottobre 1988, n. 5562, *ibidem*.