

wvp

ISSN 2239-7345

2013-1/8-COLSI

Istituto Universitario di Studi Europei
Working Papers Series

<http://workingpapers.iuse.it>

COLSI
Consumer Law
and Social Issues

Barbara Pasa

Le piccole e medie imprese (PMI) e il diritto europeo dei consumatori





Indice

1.Premessa.....	2
2.PMI e tutela del consumatore.....	3
3.PMI: un insieme omogeneo o molteplici sottoinsiemi?.....	3
4.Prassi commerciali sleali o ingannevoli, e normative di tutela.....	4
5.Behavioral law and economics e fiducia del consumatore.....	5
6.Fiducia e quadro normativo europeo.....	6
7.PMI e commercio on-line.....	7
8.Quali regole per le PMI nel commercio on-line.....	8
9.Critiche alle misure normative europee.....	9
10.Spunti ricostruttivi.....	11



Le piccole e medie imprese (PMI) e il diritto europeo dei consumatori

Barbara Pasa*

Sommario: 1 - Premessa. 2 - PMI e tutela del consumatore. 3 - PMI: un insieme omogeneo o molteplici sottoinsiemi? 4 - Prassi commerciali sleali o ingannevoli, e normative di tutela. 5- Behavioral law and economics e fiducia del consumatore. 6- Fiducia e quadro normativo europeo. 7- PMI e commercio on-line. 8- Quali regole per le PMI nel commercio on-line. 9 - Critiche alle misure normative europee. 10- Spunti ricostruttivi.

1. Premessa

Le riflessioni che seguono prendono spunto da alcuni dati presentati dall'associazione italiana che raggruppa le imprese che operano nel settore delle vendite on-line all'*eCommerce Forum 2012*, tenutosi a Milano il 16 maggio 2012 (v. *infra* par. 7). Intendono offrire un breve contributo al dibattito sulla realizzazione di uno strumento contrattuale comune europeo. Come è noto, infatti, nell'ottobre 2011 è stata pubblicata la proposta di Regolamento sulla vendita comune europea (cd. proposta Reg. CESL)¹. La proposta di Regolamento è una sorta di "sintesi estrema" del più ampio prodotto atteso dalla Commissione sin dal 2003, quando ha avviato la consultazione generale fra parti interessate (imprese e consumatori), altri operatori giuridici (avvocati, notai, giudici, etc.), ed accademici per l'armonizzazione del diritto contrattuale e del consumo europei, noto come DCFR, *Draft Common Frame of Reference*². La proposta di Regolamento CESL è coeva alla promulgazione della Direttiva 2011/83/CE³, sulla tutela dei diritti dei consumatori. Come è noto, anche questo strumento comunitario, da tempo allo studio e circolato sotto forma di proposta nel quinquennio precedente, è stato fortemente voluto dalla Commissione europea per riformare e consolidare 4 Direttive comunitarie degli anni '90, la Dir. 93/13, Dir. 99/44, Dir. 85/577, e la Dir. 97/7, di fondamentale importanza per il diritto contrattuale e del consumo europei.

* Professore Associato di Diritto privato comparato, Dipartimento di Giurisprudenza di Torino, barbara.pasa@unito.it. Il paper è stato discusso al seminario "La creazione della fiducia del consumatore europeo nel commercio elettronico: giuristi, sociologi e informatici a confronto" tenutosi presso l'Istituto Universitario di Studi Europei di Torino, 23 Maggio 2012, e ne mantiene lo stile discorsivo.

¹ Bruxelles, 11.10.2011, COM(2011) 635 definitivo.

² Il DCFR è stato pubblicato nel 2009: cfr. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf. Si tratta di un'ambiziosa raccolta di principi, definizioni e regole-modello estratte, per un verso, dall'*acquis* comunitario e derivate, dall'altro, dalla sintesi comparativa fra le normative nazionali di diritto civile; l'oggetto è, appunto, il diritto civile patrimoniale. Il DCFR si compone di dieci libri che riguardano i contratti e gli atti giuridici in generale, le obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, taluni contratti speciali (di costruzione, lavorazione, deposito, progettazione, informazione o consulenza, e trattamento medico), l'arricchimento senza causa, l'acquisto e la perdita della proprietà dei beni mobili, le garanzie reali su beni mobili e il trust. La letteratura sul DCFR è ormai sterminata: si parta da quanto raccontano i protagonisti del progetto: C. von Bar /E. Clive /H. Schulte-Nölke et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, 2 ed., Sellier, Monaco, 2009.

³ Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 22.11.2011, L 304/64.



2. PMI e tutela del consumatore

Al fine di contribuire proattivamente al dibattito in corso, si è inteso privilegiare il punto di vista delle Piccole e Medie Imprese (PMI), delle quali è finalmente ritornato⁴ ad occuparsi il legislatore europeo con la Comunicazione *Una corsia preferenziale per la piccola impresa - Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno Small Business Act per l'Europa)*⁵. Si tratta, in fin dei conti, del 99% delle imprese europee⁶ che operano o intendono operare *cross-border*. Tale Comunicazione ha addirittura sollecitato l'intervento del legislatore italiano, che ne ha dato "piena applicazione" (pur trattandosi di una mera Comunicazione, non di un atto giuridico dell'Unione ai sensi dell'art. 288 TFUE), con la L. 2011/180, cd. "Statuto delle imprese"⁷.

La maggior parte degli studi giuridici sono rivolti a scandagliare le profondità della tutela del consumatore. Tuttavia, a parte l'ovvia considerazione che l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo dei consumatori può favorire la prevedibilità delle regole, la sicurezza dei traffici commerciali e potrebbe, dunque, interessare anche le PMI (non solo i consumatori europei), il cambio di prospettiva si rende ancor più necessario dato il tema oggetto d'analisi, ossia la fiducia nelle transazioni elettroniche, nel web, in rapidissima diffusione. E' il settore in cui le PMI sono certamente fra i *repeat players* più esposti, visto che, a differenza delle grandi imprese, spesso non hanno le risorse (economiche e umane) necessarie per adeguarsi alle normative dei diversi paesi europei in cui intendono operare e non hanno neppure le risorse per sviluppare (e servirsi di) una tecnologia sofisticata che supporti le transazioni on-line. La fiducia, in questo tipo di transazioni, è da intendersi sia in termini molto ampi come 'lubrificante sociale' che corrobora le relazioni di scambio, come insegnano gli studiosi di sociologia, sia come sinonimo di 'reciprocità' nel rapporto fra professionista e consumatore (ma certamente anche nel rapporto fra professionisti), come suggeriscono gli economisti.

3. PMI: un insieme omogeneo o molteplici sottoinsiemi?

Preliminarmente si deve notare che la categoria delle PMI è di fatto ampia ed eterogenea: essa comprende la micro-impresa, quella piccola e media, le imprese familiari, l'impresa artigiana, le imprese tecnologiche, femminili, giovanili, ecc. Anche i contratti che queste imprese concludono sono di vario tipo: si annoverano i cd. contratti con i consumatori (B2C), cui si applica lo "statuto del consumatore", i contratti stipulati con altre PMI, e quelli conclusi con imprese di grandi dimensioni, per i quali la categoria di riferimento è quella dei contratti B2B (secondo le istituzioni europee, infatti, solo in casi eccezionali il contratto fra PMI e grande impresa potrebbe rientrare nei contratti B2C).

⁴ Era il 2000 quando veniva varata la cd. "strategia di Lisbona" (Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2000, che fissava come nuovo obiettivo strategico per l'Unione lo sviluppo sostenibile fondato sull'azione delle PMI, indispensabile per la crescita e l'occupazione a livello europeo, al fine di "sostenere l'occupazione, le riforme economiche e la coesione sociale nel contesto di un'economia basata sulla conoscenza").

⁵ Bruxelles, 25.6.2008, COM(2008) 394 definitivo.

⁶ I dati sono quelli diffusi dall'UEAPMI, Unione europea dell'artigianato e delle piccole e medie imprese, sito ufficiale all'indirizzo <http://www.ueapme.com/>. La Commissione europea nella Raccomandazione del 2003/361 del 6 maggio 2003 (GU L 124 del 20.5.2003, pag. 36) ha indicato i parametri per qualificare le diverse categorie di PMI, distinguendo fra media, piccola e micro impresa sulla base del numero di dipendenti, del fatturato annuo o del totale dell'attivo dello stato patrimoniale annuo. Nella grande maggioranza dei casi in Europa operano micro-imprese (numero dei dipendenti inferiore a 10, e fatturato annuo o totale dell'attivo dello stato patrimoniale annuo non superiore ai 2 milioni di Euro).

⁷ Legge 11 novembre 2011, n. 180 – Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese, G.U., 14 novembre 2011, n. 265, la stessa che ha previsto un portale del Ministero dello sviluppo economico tutto dedicato al "Made in Italy" (Art. 16 L. citata).



Non è scontato, dunque, trattare il tema della fiducia del consumatore europeo nel commercio elettronico con le PMI proprio perché, da un lato, esistono regimi nazionali frastagliati ed opachi, certamente poco armonizzati a livello europeo⁸, mentre, dall'altro, esiste un effettivo mercato del web entro cui operano tutte le imprese, senza che sia facile ed immediata la distinzione tra le diverse categorie d'impresе o tra le tipologie contrattuali sopra ricordate.

Sembra opportuno iniziare dall'obiettivo comune che si pongono le PMI, quello della promozione del diritto di ogni impresa ad operare in un contesto normativo sicuro, affidabile e coerente: coerenza da intendersi come manifestazione del principio di uguaglianza⁹, che impone di trattare casi uguali in maniera eguale e a condizioni di equità funzionale, attraverso interventi di tipo perequativo, con riguardo, in particolare, alle condizioni infrastrutturali, al credito ed ai rapporti con la pubblica amministrazione, nel rispetto degli obiettivi fissati dal TFUE.

4. Prassi commerciali sleali o ingannevoli, e normative di tutela

Per quel che riguarda l'affidabilità e la sicurezza del contesto, principi strettamente connessi alla questione della fiducia degli utenti soprattutto nelle transazioni a distanza, la recente normativa nazionale sulle pratiche commerciali sleali e sulla pubblicità ingannevole e comparativa, che ha attuato le ben note misure comunitarie¹⁰, ha già dato prova di quanto sia fondamentale ripensare alla questione della "fiducia del consumatore"¹¹. L'esperienza di consumo è terreno di attività predatorie da parte del professionista, che agisce per accaparrarsi il maggior numero di utenti, fornendo informazioni che creano un vantaggio illusorio (fra i tanti) essenziale: quello di far credere al consumatore di saper individuare quale sia il miglior prezzo sul mercato o il miglior rapporto qualità/prezzo rispetto al bene o servizio che interessa. La fiducia del consumatore viene tradita proprio da quei sistemi di *feedback* che dovrebbero consentire agli utenti delle transazioni on-line di scambiarsi rapidamente, sempre tramite la rete, notizie ed opinioni utili sui beni e/o servizi. Le prassi commerciali scorrette, persino

⁸ Nello specifico, l'area dei contratti commerciali è stata oggetto di interventi comunitari selettivi: si ricordi la Direttiva 86/653/CEE concernente gli agenti commerciali indipendenti, attuata in Italia inizialmente con il D.lg. n. 303 del 10 dicembre 1991 (integrato con il D. lg. 65/1999 per evitare un procedimento della Commissione per incompleta trasposizione); la Direttiva 2000/35/CE (sostituita dalla nuova Dir. 2011/7/ UE da attuarsi entro il 16 marzo 2013) sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; l'importante Direttiva 2000/31/CE relativa al commercio elettronico, recepita nel nostro ordinamento con il noto D. lg. 9 aprile 2003, n. 70. Per una sintesi recente delle questioni che incontra l'acquirente on-line v. O. Calliano, *I diritti dell'acquirente online e dell'utente di servizi telematici. Dalla normativa comunitaria al diritto europeo telematico*, in *Consumatori e nuove tecnologie, Contratti Tutele Responsabilità*, a cura di V. Franceschelli, E. Tosi, Milano, 2012, pp. 50-99.

⁹ Così intende il termine la dottrina tedesca, come evidenziato anche in M. Graziadei, *Qualche appunto sul contributo italiano all'opera di codificazione del diritto europeo*, in *Le nuove frontiere della comparazione, Atti del Convegno Nazionale della SIRD, Milano, 5-7 maggio 2011*, a cura di L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti, Trento, 2012, pp. 217-240, a p. 231.

¹⁰ Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e Direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, attuate in Italia coi decreti legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007 e gli articoli 2, 4 e 8 del decreto legislativo del 23 ottobre 2007, n. 221; in particolare, l'art. 4 D. lg. 221/2007 ha modificato la rubrica del Titolo III della Parte II del nostro Codice del consumo, *Pratiche commerciali, pubblicità ed altre comunicazioni commerciali*, il cui Capo I (artt. 18-26) era già stato integralmente sostituito dal D. lg. 146/2007; sempre il D. lg. 221/2007, fra il resto, ha sostituito il comma 2 dell'art. 57 (*fornitura non richiesta*) rendendo omogenei i richiami normativi interni al codice del consumo, ed ha inserito nell'elenco dei diritti riconosciuti ai consumatori ed utenti come fondamentali, contenuti nell'art. 2, co. 2, cod. cons., il diritto "*all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà*"; il D. lg. 145/2007 (v. artt. 2-3-4), infine, ha attuato la Direttiva 2006/114/CE.

¹¹ Sul tema della fiducia, v. la nota critica di T. Wilhelmsson, *The Abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law*, *Journal of Consumer Policy*, 27 (2004): 317, a p. 328.



aggressive, le pubblicità ingannevoli o sleali on-line sono in continua evoluzione, dovendo necessariamente adeguarsi alle nuove tecnologie informatiche e alle loro infinite applicazioni. I rischi che si corrono concludendo transazioni in rete sono vari e nel gergo degli addetti ai lavori (nel nostro ordinamento, la Polizia postale e delle comunicazioni ne conduce una ricognizione abituale, relativa alle varie prassi commerciali e pubblicitarie) sono noti come *phishing*, *pharming*, *spam*, *smishing*, *trojan*, *virus*, *spyware*, *worm*, sino al *buzz marketing*, all'*astroturfing*. Ad esempio, i commenti compiacenti, commissionati e pagati direttamente dall'impresa al blogger, oppure ad un utente al quale l'impresa regala il bene o il servizio di cui trattasi, affinché ne scriva bene, creano una sorta di "passaparola" che si ingigantisce come uno sciame d'api (*buzz*); in altri casi, sono le imprese medesime a nascondersi dietro la facciata di *forum*, *blog*, *community* o altri *social network* per stimolare i consensi attorno ad un certo prodotto o servizio nell'era del web 2.0 (*astroturfing*). La *peer evaluation*, per queste ragioni, non può che essere debolmente efficace, anche nella rete di relazioni cd. "calde", dove il circolo di conoscenti virtuali e la fiducia che ciascun utente ripone nel giudizio degli altri dovrebbero essere di aiuto. La reputazione delle imprese non ne guadagna, la fiducia nel mercato on-line neppure. Per aumentare l'affidabilità e la sicurezza delle transazioni on-line dall'ottobre 2011 esiste allo studio della Commissione parlamentare X (Attività produttive) un progetto di modifica del nostro Codice del consumo (art. 23)¹²: la nuova norma prevede di sanzionare l'illecito compiuto da un terzo pagato dal professionista per l'attuazione di pubblicità ingannevole od occulta. Ma v'è da credere che non sarà sufficiente.

5. Behavioral law and economics e fiducia del consumatore

Fatte queste necessarie premesse sulle PMI e sulle pratiche scorrette e/o ingannevoli, veniamo alla connessa questione della "fiducia del consumatore". Non sembra che essa possa trovare una soluzione giuridica definitiva: vi sarà sempre il *player* disposto a sfruttare la fiducia altrui per il proprio tornaconto; si tratta di una questione ontologica connaturata ai rapporti umani, che si riflette endemicamente sulle modalità di comunicazione e chiaramente sulle transazioni on-line.

Nonostante, dunque, sia assodato che nella quotidianità gli individui si comportano come l'*homo oeconomicus* razionale, egoista, dedito alla massimizzazione del proprio profitto¹³, che talvolta agisce in modo irrazionale, ingenuo e persino imbarazzante per l'assurdità delle sue scelte¹⁴, vi è la possibilità che residui uno spazio (sebben limitato) fertile per le transazioni economiche fondate sull'altruismo e sulla correttezza. In tali casi, la *fiducia del consumatore* non potrà riguardare *solo* il consumatore, ma dovrà essere caratterizzata dalla *reciprocità*: qualcuno, infatti, tempo fa disse "*purchè vi sia buona*

¹² E' la proposta di legge Beltrandi (ed altri) di modifica dell'art. 23 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali ingannevoli nell'ambito delle comunicazioni elettroniche (n. 4720), cfr. <http://www.camera.it/126?tab=1&leg=16&idDocumento=4720&sede=&tipo=>.

¹³ Secondo le prime analisi (neoclassiche) di *Law & Economics* (fra gli altri v. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1998), la ragione della tutela del consumatore risiederebbe nei cd. fallimenti del mercato (*market failures*), che darebbero luogo ad una mancanza di informazioni, ad una asimmetria informativa cui dovrebbe rimediare, appunto, il diritto dei consumatori.

¹⁴ In questo caso il riferimento è agli studi di *Behavioral Law and Economics*, che hanno messo in luce le cd *biases*, le azioni irrazionali che caratterizzano il nostro agire come individui dotati di razionalità limitata (*bounded rationality*): *availability bias*, *overconfidence bias*, *hindsight bias*, *anchoring*, *framing effect*, *status quo effect*, etc... Per un'introduzione all'approccio, v. C. Jolls/C. R. Sunstein/R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review* 1998 [Vol. 50:1471-1550]. In letteratura italiana si vedano i contributi raccolti in R. Caterina (ed.), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Bruno Mondadori, 2008.



*volontà e fiducia reciproca (o anche paura reciproca) allora non esistono problemi che non possano essere risolti attorno ad un tavolo*¹⁵.

Altrimenti, per dirlo con Lenin “*la fiducia è bene, il controllo è meglio*”, che è proprio ciò che deve aver pensato il legislatore europeo quando ha previsto i molteplici obblighi informativi, che caratterizzano soprattutto la cd. fase delle trattative pre-contrattuali, inserendoli in almeno una dozzina di direttive aventi prevalentemente ad oggetto i contratti con i consumatori, oltre che nel DCFR e nella proposta di Regolamento CESL. Tali obblighi pre-contrattuali dovrebbero garantire alle parti (soprattutto nei contratti B2C) un controllo *ex ante*, per consentire una sorta di prevedibilità del comportamento altrui, ed un controllo *ex post* per confrontare se quanto promesso corrisponde a quanto effettivamente realizzato nel regolamento contrattuale¹⁶.

6. Fiducia e quadro normativo europeo.

Per ragionare, dunque, in termini di *fiducia reciproca fra consumatore e professionista nel commercio on-line* pare utile operare il cambio di prospettiva di cui si è detto in premessa, prendendo in considerazione unitamente la posizione di consumatore e PMI, ed immaginando che, ad un certo punto, un legislatore benevolo potrà concretamente qualificare la PMI come consumatore o professionista.

In primo luogo, si tratta di verificare se le recenti misure europee siano in grado di favorire tale affidabilità e fiducia reciproca nel commercio elettronico, ed eventualmente se siano capaci di innalzare il livello di sicurezza degli scambi in rete, come si prefiggono le istituzioni europee.

Il quadro normativo sovranazionale che persegue tali scopi nell'ultimo anno si è composto principalmente di 3 strumenti:

- a) la Comunicazione della Commissione [COM (2011) 942 DEF] *Un quadro coerente per rafforzare la fiducia nel mercato unico digitale del commercio elettronico e dei servizi on-line*, che mira a costruire una Rete di cooperazione per la tutela dei consumatori (CPC Net), un “Enterprise Europe Network” con l’assistenza della rete dei Centri europei dei consumatori (ECC-Net), e che ha portato all’adozione della cd. Agenda del Consumatore europeo (2012);
- b) la Direttiva 2011/83 sui *Diritti dei consumatori*, che consolida e riforma le 4 precedenti direttive sopra menzionate, procedendo attraverso un’armonizzazione massima (*full harmonisation*) che impone agli Stati Membri di non introdurre o mantenere previsioni nazionali divergenti rispetto alla direttiva, incluse norme maggiormente protettive (art. 4, Dir. 2011/83), e che interviene principalmente sugli obblighi d’informazione e sul diritto di recesso;
- c) la Proposta di Regolamento CESL [COM (2011) 636 DEF] sul *Diritto comune europeo della vendita*. Quest’ultima dovrebbe diventare il Regolamento sulla compravendita europea, uno strumento *opt-in*, cioè facoltativo, che per essere scelto dalle parti dovrebbe *in primis* sconfinare quella sorta di “apatia razionale” che può essere spiegata sia in termini di “*path dependence*”¹⁷, sia più

¹⁵ Primo Levi, da *I sommersi e i salvati*.

¹⁶ Sul punto v. diffusamente, B. Pasa, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale del contratto*, Napoli, 2008.

¹⁷ Gli “accidenti della storia” ancorano il comportamento individuale ad uno standard sub-ottimale, che trattiene l’individuo medesimo dall’adottare nuovi standard comportamentali più efficienti (ad es. nel nostro sistema, è scoraggiata l’azione collettiva in giudizio per far valere le proprie ragioni). Si rinvia alla vasta letteratura sulla *path dependency theory*, non essendo qui possibile darne conto.



semplicemente in termini di “lontananza culturale”¹⁸, ma che in ogni caso influenza il comportamento dell’individuo, escludendo l’uso di questo nuovo strumento. A causa della sua struttura particolarmente complessa¹⁹, la proposta di Regolamento CESL scoraggerebbe comunque l’utente: vi è infatti una lunga premessa formata da una Relazione, che delinea il contesto economico e giuridico su cui poggia la proposta di Regolamento, e che viene riassunta nei lunghissimi *Considerando* che precedono il testo del Regolamento vero e proprio; seguono i 16 articoli del Regolamento (*chapeau*) e due allegati: l’Allegato I del Regolamento, che contiene il testo CESL (186 articoli, oltre ad un’Appendice 1, sulle istruzioni-tipo relative al recesso e ad un’Appendice 2, contenente il modulo di recesso-tipo) e l’Allegato II del Regolamento, che contiene la nota informativa standard che il professionista deve rilasciare al cliente prima che le parti concordino di applicare il diritto comune europeo della vendita. Secondo certa dottrina, il Regolamento CESL, una volta approvato, diverrà il 28° regime giuridico europeo, in aggiunta ai 27 nazionali degli Stati Membri (senza contare che dal primo luglio 2013, con l’ingresso della Croazia, gli ordinamenti giuridici europei sono divenuti 28); secondo altri, diverrà il 2° regime nazionale, che affiancherà il diritto civile interno in materia di compravendita. Inoltre, non possiamo scordare che esiste anche un altro regime a disposizione delle parti, quello predisposto dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci (CISG), che si applica ogniqualvolta le parti non abbiano optato per una legge specifica²⁰. Pur con i noti limiti che riguardano il regime della CISG (regola solamente alcuni aspetti dei contratti di vendita di beni mobili, tralasciandone altri come i vizi del consenso, le clausole abusive e la prescrizione; inoltre, alcuni Stati non hanno firmato la Convenzione: Regno Unito, Irlanda, Portogallo e Malta), rimarrà anch’esso a disposizione delle parti contrattuali come 29° regime di default *lato sensu* europeo o 3° regime nazionale.

A questo punto, viene da chiedersi quale significato rivesta la distinzione fra regime “europeo” e quello “nazionale”, se non per meri fini descrittivi o didattici, di indicazione della provenienza delle misure adottate.

7. *PMI e commercio on-line*

Se questo è, in sintesi, il quadro normativo sovranazionale che condiziona le misure nazionali dei prossimi anni, vediamo ora quali sono i vantaggi e gli svantaggi concreti per le PMI che praticano transazioni on-line, secondo il loro giudizio. Stando al Rapporto Doxa²¹ commissionato già qualche anno fa da *PayPal* (il sistema ideato per rendere sicuro il pagamento elettronico, tramite il quale si crea un account per pagare on-line attingendo direttamente al conto corrente o alla carta di credito), basato su un’indagine a campione²² relativa al commercio elettronico nelle PMI in Italia, il web sarebbe stato giudicato

¹⁸ In ogni caso, per tornare all’esempio appena abbozzato nella nota precedente, la diversità della tradizione giuridica continentale rispetto al common law segnerebbe la distanza dal modello processuale di contenzioso “*adversarial*” tipico statunitense, che favorisce (insieme ad altri fattori) le *class actions*.

¹⁹ Nel frattempo, il Committee on Legal Affairs -JURI- del Parlamento europeo ha inoltrato alla Commissione una proposta di semplificazione della struttura del Reg. (18.02.2013).

²⁰ Sui rapporti fra CISG e CESL v. S. Ferreri, *Una fonte aggiuntiva in materia di vendita: il regolamento europeo in progetto*, CDCT working paper/EU legal culture, (on-line) 2012.

²¹ V. <http://it.scribd.com/doc/12246344/Ricerca-Doxa-PayPal-2008-Su-Ecommerce-PMI-Italia>.

²² Campione di 603 piccole e medie aziende italiane che impiegano tra 1 e 50 addetti.



ampiamente positivo sotto vari profili: - ai fini del miglioramento dell'immagine del proprio brand (78%), - del vantaggio competitivo rispetto alla concorrenza (41%), - dello sviluppo del business a livello nazionale (37%), - dell'incremento delle vendite (37%) e dei margini (33%), - dell'acquisizione di una quota rilevante di nuovi clienti (28%), nelle seguenti attività: per dare maggiore visibilità all'azienda e fare pubblicità (65%), per trovare nuovi clienti (21%), per vendere i propri prodotti e servizi (20%) e per incrementare le relazioni con i clienti esistenti (15,5%). Il target primario on-line sarebbe il consumatore (B2C) 55%, in seconda battuta ogni altro professionista (B2B) 35 %. L'indagine avrebbe evidenziato che una delle maggiori preoccupazioni delle PMI (condivisa dai consumatori) riguarderebbe, invece, i metodi di pagamento ed il pericolo di frodi informatiche o truffe quando il pagamento avviene con carta di credito; altre difficoltà sarebbero connesse alla consegna del bene o alla fornitura del servizio.

8. Quali regole per le PMI nel commercio on-line

Quali regole chiedono, dunque, le PMI per sviluppare il proprio business on-line in regime di libera concorrenza, del quale si avvantaggerebbero sia il mercato interno dell'Unione, sia indirettamente i consumatori? Secondo quanto emerso dall' "eCommerce Forum 2012" del 16 maggio 2012, organizzato da NetComm, l'associazione italiana che raggruppa le aziende che operano nel settore delle vendite di prodotti e servizi on-line, la crescita del commercio elettronico italiano per il 2012 si sarebbe dovuta mantenere intorno al 18%, un valore poco distante da quello dell'anno precedente, per un fatturato previsto di circa 9,5 miliardi di Euro. Di fatto, nonostante la crisi economica, la flessione delle transazioni on-line è stata minima rispetto alle previsioni (fatturato stimato di oltre 11,2 miliardi di Euro per il 2013). Le aziende ritengono che per la crescita del settore sarà necessario incentivare l'offerta e la domanda, sviluppare la logistica per le esportazioni, e i codici di condotta. Secondo le PMI, si dovrebbe innanzitutto semplificare il quadro delle regole giuridiche esistenti, ed intervenire sui metodi di pagamento, facilitando e rendendo più sicuri i pagamenti elettronici. In tal senso si veda, ad esempio, ciò che si propone di fare *MyBank*, il nuovo servizio paneuropeo che utilizza la piattaforma SEPA (*Single Euro Payments Area* - Area Unica dei Pagamenti in Euro), per cui il pagamento avviene nella modalità di home-banking, senza che si debba comunicare il numero di conto corrente²³.

Alla luce delle concrete esigenze delle PMI, gli strumenti normativi europei non sembrano del tutto adeguati: essi non giovano concretamente ai consumatori nè ai professionisti che operano nel mercato virtuale, dato che (almeno in questa fase) si concentrano sul contratto di compravendita di beni e di taluni servizi collegati (proposta Reg. CESL), oppure sulla revisione di tutto il diritto civile patrimoniale europeo (DCFR). Circa l'adeguatezza di questi strumenti per far fronte alle esigenze concrete degli operatori economici, in realtà, si sono già espressi con scetticismo vari attori istituzionali, a partire dal Comitato economico e sociale europeo (29 marzo 2012, INT/600 – CESE 800/2012), ad altri autorevoli organismi privati, come l'ELI (European Law Institute)²⁴. Le stesse PMI

²³ Cfr. <https://www.mybankpayments.eu/>.

²⁴ Sito ufficiale <http://www.europeanlawinstitute.eu/>, dove si possono reperire i documenti denominati *Statement*, che rappresentano la posizione ufficiale dell'ELI rispetto a taluni progetti europei. Nel sito, nella cartella *current projects*, si possono leggere gli *statements* relativi alla CESL.



europee hanno prodotto un duplice documento congiunto, poco favorevole ai citati interventi comunitari, reperibile nel sito ufficiale dell'UEAPMI²⁵.

9. Critiche alle misure normative europee

In particolare, i tratti negativi della proposta Reg. CESL sono stati segnalati dall'ELI con il *position paper 2012*²⁶ che, fra il resto, ha evidenziato:

- a) la sovrapposizione di fonti nazionali, sovranazionali ed internazionali (Codici, laddove esistano, CISG, Direttive, proposta Reg. CESL), causata involontariamente dall'affermazione del principio della libertà contrattuale (Art. 1, co. 3, Allegato I Reg. CESL: "*dette norme possono essere utilizzate nelle transazioni transfrontaliere per la vendita di beni, la fornitura di contenuto digitale e la prestazione di servizi connessi, qualora le parti del contratto lo convengano*");
- b) le severe limitazioni concernenti l'ambito applicativo oggettivo (Art. 1 Allegato I -Reg. CESL), soggettivo (Art. 7 co. 1 Allegato I - Reg. CESL) e territoriale (Art. 4 Allegato I - Reg. CESL), che renderebbero lo strumento scarsamente appetibile. Quanto all'ambito *oggettivo*, il futuro Reg. CESL si applica ai soli contratti di vendita, estendendosi ai servizi connessi, compresa la cessione di contenuti digitali²⁷, (nonostante non venga convenuto un prezzo come contropartita, così l'art. 5 lett. b, Allegato I Reg. CESL), ma restando in pratica esclusi i contratti misti e quelli collegati all'eventuale finanziamento per l'acquisto²⁸. Quanto all'ambito applicativo *soggettivo*, l'art. 7 co. 1 Allegato I Reg. CESL dispone che esso riguarderà i soli contratti B2C e quelli B2B in cui almeno una delle parti sia una PMI, precisazione del tutto superflua, dato che il Reg. CESL dovrebbe servire proprio a favorire e facilitare le transazioni on-line delle PMI²⁹. L'art. 7 citato fa salva, tuttavia, la possibilità per gli Stati membri di adottare leggi che autorizzino l'applicazione del diritto comune europeo della vendita ai contratti B2B in cui nessuna parte sia una PMI: il che equivale ad ammettere, in definitiva, che non vi sarà un'effettiva armonizzazione della materia qualora uno Stato membro decida di estendere l'ambito applicativo soggettivo della CESL a tutti i B2B, in generale. L'obiettivo dell'armonizzazione non potrebbe essere raggiunto anche perché, nelle transazioni B2B, i professionisti godono di totale autonomia nella scelta della fonte regolamentare fra l'ampio ventaglio a loro disposizione (normativa nazionale,

²⁵ Unione europea dell'artigianato e delle piccole e medie imprese, *supra* nota 7.

²⁶ Reperibile gratuitamente all'indirizzo <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects/publications/>. Un successivo Statement dell'ELI è stato pubblicato nell'autunno 2013 (1st Supplement: reactions to the Draft Report of 18 February 2013 of the EP Committee on Legal Affairs), sempre reperibile al medesimo indirizzo.

²⁷ Definiti all'art. 2 lett. j dell'Allegato I del Reg. CESL come "*i dati prodotti e forniti in formato digitale, secondo o meno le indicazioni del consumatore, inclusi le registrazioni audio o video, le immagini o i contenuti digitali scritti, i giochi digitali, il software e il contenuto digitale che permette di personalizzare l'hardware o il software esistente, ed esclusi:*

- i) i servizi finanziari, compresi i servizi bancari on-line;
- ii) la consulenza legale o finanziaria per via elettronica;
- iii) i servizi di assistenza sanitaria per via elettronica;
- iv) i servizi e le reti di comunicazione elettronica, le infrastrutture e i servizi collegati;
- v) i giochi d'azzardo;
- vi) la creazione di nuovo contenuto digitale e la modifica del contenuto digitale esistente ad opera del consumatore, o altra interazione con le creazioni di altri utenti;" (...).

²⁸ Il Comitato sopra citato del Parlamento europeo -JURI- ha di recente sollecitato alcune modifiche alla proposta di Reg. CESL atte a non escludere, almeno in principio, i contratti che contengano '*an alien element*' e i '*linked contracts*'.

²⁹ Quanto all'ambito di applicazione soggettivo, il Comitato del Parlamento europeo non ha suggerito di estenderlo alle PMI, nonostante le indicazioni favorevoli dell'ELI sul punto (cfr. Statement ELI 2012 cit. *supra*).



sovranazionale e convenzionale), pur essendo incoraggiati dal *Considerando* n. 21³⁰ dell'Allegato I - Reg. CESL ad ispirarsi al diritto comune europeo della vendita nella redazione delle clausole contrattuali. Infine, quanto ai limiti applicativi *territoriali*, secondo l'art. 4 Allegato I Reg. CESL, il Regolamento troverà applicazione solo nei contratti transfrontalieri³¹, quelli cioè riguardanti parti che abbiano la residenza abituale in due paesi diversi, almeno uno dei quali sia uno Stato membro. Nel caso di contratti B2C, il contratto è considerato transfrontaliero anche se tale qualificazione dipende dalla scelta unilaterale del consumatore, ottenendo così di trovarsi in un paese diverso da quello in cui il professionista ha la residenza abituale al mero fine di godere dell'applicazione della CESL (è sufficiente che il consumatore indichi un indirizzo di un paese diverso da quello del professionista, sempre che uno degli indirizzi si riferisca ad uno Stato membro). La formulazione del limite territoriale è particolarmente svantaggiosa per le PMI, dato che generalmente sono le imprese di grandi dimensioni ad avere sedi estere (luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale, elemento necessario per l'applicabilità del futuro Reg. CESL). Una "trans-nazionalità" che spesso la PMI non può vantare a causa della sua dimensione propriamente "locale".

Per quel che concerne la diffidenza dell' UEAPMI rispetto alla medesima proposta di Reg. CESL, espressa nei due *position papers* del gennaio 2012³², sotto il profilo contenutistico si sottolinea la necessità di semplificare (*si noti, non di eliminare*) gli obblighi informativi pre-contrattuali di cui si accennava *supra* par. 1 e 4 (i quali determinano che il "controllo" prevalga sulla "fiducia" e sulla negoziazione libera): ad es., l'art. 23 e il correlato art. 29 della proposta di Reg. CESL – Allegato I, che prevede una ampia gamma di sanzioni in caso di violazione degli obblighi pre-contrattuali, sino all'art. 70 Reg. CESL – Allegato I, relativo al dovere di richiamare l'attenzione sulle clausole contrattuali non negoziate individualmente. Infatti le PMI spesso non hanno un ufficio legale interno: dovrebbero mettere a bilancio i costi per le consulenze di un avvocato anche al mero scopo di conoscere uno strumento così complesso, e naturalmente per redigere nuovi contratti che non ne violino i contenuti. Ciò non basterebbe comunque a risolvere la questione della conoscenza dei diritti contrattuali nazionali dei diversi paesi europei in cui la PMI intende sviluppare il proprio business, dato che il futuro Reg. CESL non risolve effettivamente la questione del ricorso alle norme di conflitto: si pensi al rinvio ai Regolamenti cd. Roma I (n. 593/2008) e Roma II (n. 864/2007), relativi ai conflitti di leggi in materia di obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali. Senza contare che il futuro Reg. CESL lascia irrisolta la questione del trasferimento della proprietà dei beni mobili e, almeno per il momento, anche quella della lingua.

L'adeguatezza degli strumenti europei rispetto alle esigenze delle PMI è stata valutata anche con riferimento alla Direttiva 2011/83/CE che tutela i diritti dei consumatori. In questo caso, lo scetticismo dei commentatori ha riguardato:

³⁰ Sull'effettività e la cogenza di una regola espressa nel *Considerando* anziché nel testo di un Articolo del Regolamento, e su tale tecnica, in generale, spesso utilizzata dal legislatore europeo, vi è da esprimere un certo riserbo, come già hanno fatto altri autori.

³¹ Anche in questo caso il Comitato del Parlamento europeo ha ritenuto di non dover proporre l'abrogazione della restrizione alle transazioni 'cross-border', al fine di ammettere anche quelle 'domestiche', nonostante le indicazioni in tal senso dell'ELI.

³² Reperibili in internet: http://www.ueapme.com/IMG/pdf/120119_pp_General_Remarks_CESL.pdf e http://www.ueapme.com/IMG/pdf/120119_pp_Specific_Remarks_CESL.pdf.



- a) il pericolo di un livellamento verso il basso della tutela del consumatore nei paesi in cui la tutela ha tradizionalmente raggiunto livelli molto alti³³;
- b) gli errori presenti nel teso comunitario (ad es., quelli relativi al mercato digitale, come la nozione di contenuto digitale, formulata all'art. 5 lett. b, da confrontare con l'art. 2 lett. j, Allegato I - Reg. CESL);
- c) il suo ambito applicativo, soggettivo e oggettivo. Come è noto, la Direttiva è indirizzata agli Stati membri, che vincola quanto agli obiettivi da raggiungere: in questo caso, gli Stati sono obbligati ad adottare misure che tutelino i "consumatori" secondo la definizione fornita dalla Dir. stessa (ambito applicativo soggettivo della Dir.³⁴); peraltro, al *Considerando* n. 13 essa chiarisce che ciascuno Stato potrà estenderne l'applicazione anche alle persone fisiche o giuridiche che non siano "consumatore" ai sensi della Direttiva medesima. Ogni Stato potrebbe, dunque, decidere di ricomprendere nella nozione, ad es., le organizzazioni non governative, le cd. start-up, o addirittura le PMI. Infine, al *Considerando* n. 17 la Direttiva lascia all'interprete la responsabilità di estendere l'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva anche ai contratti con "duplice scopo"³⁵.

10. Spunti ricostruttivi

In conclusione, a causa dell'ambiente (virtuale) in cui avvengono le transazioni (e dunque della tecnologia utilizzata), anche le PMI si possono trovare in situazioni di vulnerabilità simili a quelle in cui si trovano i consumatori: si pensi alla posizione del franchisee, ma anche alle micro-imprese per es., artigianali o familiari, quando concludono contratti al di fuori della loro abituale attività. Lo *status* socio-economico di "consumatore", perno dell'attuale nozione di consumatore, tuttavia, non offre alcuno spunto per uscire dall'*impasse*, perché si limita a tutelare la parte più debole nel compimento di meri atti di consumo *del tutto estranei* alla sfera professionale dell'individuo. La tutela offerta dallo statuto del consumatore *esclude*, pertanto, chi secondo la definizione legale consumatore non è, ma che potrebbe tuttavia (o dovrebbe) godere delle medesime garanzie a causa delle condizioni effettive del contesto in cui opera. Svantaggi economici o addirittura squilibri negoziali causati da vari fattori, principalmente dai nuovi procedimenti per la conclusione dei contratti collegati alle nuove tecnologie (si pensi, ad es., alle modalità di formazione dei contratti on-line), cui si aggiungono i costi del 'fattore linguistico', che rendendo il principio dell'autonomia contrattuale un dogma puramente "fittizio", giacché richiedono un intervento regolatorio.

³³ K. Tonner/K. Fangerow, *Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law? Euvr (Journal of European Consumer and Market Law)* vol. 1, n. 2, 2012, pp. 67-80.

³⁴ Art. 2, co. 1, Dir.: "qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale."

³⁵ V. C. Amato, *Brevi osservazioni riguardo il contributo italiano alla crescita del diritto contrattuale europeo: della nozione di consumatore*, in *Le nuove frontiere della comparazione, Atti del Convegno Nazionale della SIRD, Milano, 5-7 maggio 2011*, cit., pp. 309-326.



Si potrebbe pensare, pertanto, come suggerito da taluni, di abbandonare la definizione di consumatore, l'attuale "consumatore medio"³⁶, in favore di una '*civilian figure*'³⁷, il cui parametro di riferimento diventi la cittadinanza europea³⁸.

Una diversa ipotesi ricostruttiva, propone di mantenere la categoria del consumatore, ma di estenderla oltre "la persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, artigianale, industriale o comunque professionale": in tal modo potrebbe godere di tutela anche la persona fisica che agisce perseguendo lo scopo commerciale in misura talmente ridotta da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, ed eventualmente anche la persona giuridica (ad es., la PMI) quando nella transazione è parte svantaggiata. L'opzione consentirebbe di estendere la tutela di cui gode il consumatore alle PMI: tutte le PMI trarrebbero evidente vantaggio dalle misure comunitarie³⁹. Per tale via potrebbero accedere ad una protezione estesa, ma pur sempre "di categoria": con ciò, oltre ad avere ricadute negative sulla tutela dell'affidamento di controparte (che potrebbe non essere a conoscenza che sta negoziando con una PMI⁴⁰), l'opzione patirebbe il limite dell'arbitrarietà (insito nella delimitazione categoriale: perché proteggere una impresa con 49 dipendenti e non anche quella con 53?); inoltre si tratterebbe di una tutela inefficace, tipica di ogni tutela formale approntata "per categorie".

Una strada alternativa, ugualmente percorribile, sarebbe quella di abbandonare definitivamente la tradizionale ricostruzione paternalistica che fa riferimento al consumatore come "parte debole", intorno al quale è stato costruito tutto il resto, per ora rivelatasi poco fruttuosa. Si tratterebbe, in sintesi, di ripartire da una prospettiva inclusiva, comprensiva degli altri settori normalmente pertinenti al diritto della concorrenza (ad es., dei servizi: acqua, gas, energia, trasporti, telecomunicazioni, ecc.)⁴¹. Ripartire dall'analisi di quanto emerge dal funzionamento di altri istituti, come l'abuso di potere economico o di posizione dominante, significherebbe avere come termine di riferimento non più il consumatore, ma il *customer/user*, l'utente. In questo modo, gli interessi in conflitto nelle situazioni di disparità contrattuale, in ragione di uno svantaggio economico, tecnico, linguistico, ecc., potrebbero trovare una composizione grazie ad un approccio unitario, mirando, in ultima analisi, all'armonizzazione del settore dei servizi, anche se questi attengono tradizionalmente alla "materia commerciale". Si tratterebbe, dunque, di integrare il settore servizi con quello del cd. diritto contrattuale e dei consumatori europeo, di adottare una prospettiva inclusiva dei contratti B2B e B2C, dal momento che, come detto, i *repeat players* che necessitano di maggiore tutela sono proprio le PMI, e sono sempre le stesse PMI a rischiare maggiormente gli effetti del *social dumping*⁴². Per questa via, ci si potrebbe, infine, occupare di temi che più concretamente riguardano le prassi

³⁶ Per le critiche si veda da ultimo H.-W. Micklitz / N. Reich, *The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)" – Too Broad or Not Broad Enough?*, *EUI Working Paper LAW*, 2012/04.

³⁷ Così A. D. Chirita, *The Impact of Directive 2011/83/EU on Consumer Rights (February 3, 2012)*. *IUS COMMUNE LAW SERIES*, Keirse, Samoy and Loos, eds., Intersentia, 2012, disponibile tramite SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1998993>, a p. 13.

³⁸ M. W. Hesselink, *European Contract Law: a matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?* *ERPL* (2007), pp. 323-348.

³⁹ Così C. Amato, cit. *supra*, p. 316, che registra la giurisprudenza di merito italiana sul punto, oltre che il risalente dibattito dottrinale italiano circa la necessità di elaborare una nozione descrittiva e l'ampliamento di tale nozione di consumatore al cliente-paziente nonché al cliente di un servizio finanziario. E' della stessa opinione Anna Veneziano, *Un diritto europeo per le contrattazioni on-line (anche tra imprese? Contratto e impresa/Europa*, 1/2012, pp. 454 – 460. L'intero numero 1/2012 di *Contratto e impresa/Europa* era dedicato al dibattito circa un Codice europeo dei contratti.

⁴⁰ M. W. Hesselink, *SMEs in European Contract Law*, Study (2007), European Parliament – Legal Affairs PE 378.300, p. 16.

⁴¹ V. K. Tonner/K. Fangerow, cit. *supra*, p. 73.

⁴² V. J. W. Rutgers, *An Optional Instrument and Social Dumping Revisited*, *ERCL*, vol. 7 n. 2, 2011, pp. 350–359, a p. 351.



commerciali delle PMI (e delle imprese in genere), quali i metodi di pagamento ed i sistemi ADR o ODR⁴³. Per favorire il mercato on-line, più che la retorica della fiducia, varrebbe la concreta predisposizione (peraltro già discussa a suo tempo⁴⁴) di modelli europei standardizzati di clausole contrattuali⁴⁵, per settori commerciali, in inglese (e forse solo in inglese, tradendo con ciò il multilinguismo europeo, a favore della certezza e della prevedibilità del comportamento delle corti sotto il profilo ermeneutico). Favorire una contrattazione di massa standardizzata secondo uniformi canoni europei, potrebbe incentivare, semplificando, le transazioni nel web.

⁴³ Sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori on-line esiste una proposta di Regolamento (regolamento sull'ODR per i consumatori), Bruxelles, 29.11.2011, COM(2011) 794 def.; parallelamente è stata pubblicata anche una proposta di direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del Regolamento (CE) n. 2006/2004 e della Direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), Bruxelles, 29.11.2011, COM(2011) 793 def.

⁴⁴ Idea non nuova, giacché è stata una delle opzioni proposte, nel 2003, dalla Commissione europea nel cd. "Piano d'azione"; vari studiosi si sono dedicati a sviluppare quest'idea: per tutti v. ad esempio F. Cafaggi, *La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti*, *Contratto e impresa/Europa*, 2008, pp. 104-169. Nella stessa direzione, ossia della standardizzazione del regolamento contrattuale, di modo che sia possibile ricavarne modelli contrattuali europei piuttosto che una nuova disciplina in materia di compravendita, v. anche C. Cravetto/B. Pasa, *The 'Non-sense' of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts*, *ERPL*, 2011, pp. 759-785.

⁴⁵ Si veda in tal senso lo studio del luglio 2011 commissionato dalla BEUC (European Consumers Organization) a G. Howells/ H.-W. Micklitz/ N. Reich, *Optional Soft Law Instrument on EU contract law for businesses and consumers*, disponibile all'indirizzo internet <http://www.beuc.org/custom/2011-09955-01-E.pdf>.