

Arbitrato

Mercato europeo, e-commerce, mediazione e consumatori: le novità legislative in arrivo

di Lydia Ansaldo



Nella seduta plenaria del 12 marzo 2013 i membri della Commissione Mercato Interno e Protezione dei Consumatori del Parlamento Europeo hanno approvato la proposta di direttiva relativa alla risoluzione alternativa delle controversie e la proposta di regolamento relativo alla risoluzione delle controversie on line. Dunque il Legislatore europeo guarda ai sistemi di ADR, *on line* ed *off line*, per offrire ai consumatori risposte in termini di sicurezza e affidabilità del commercio all'interno dello spazio comune e dell'e-commerce.

L'interesse per la risoluzione alternativa delle controversie si combina con le sfide che il mercato comune e l'e-commerce presentano

In seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale che ha sancito l'incostituzionalità del tentativo obbligatorio di mediazione, previsto per alcune materie, esclusivamente per un eccesso di delega, nel senso che nel prevedere l'obbligatorietà di un tentativo di mediazione il legislatore sarebbe andato oltre il contenuto sia delle legge delega che degli atti dell'Unione Europea, nel nostro Paese la mediazione è al centro di riflessioni e nuove proposte (1). Nel panorama europeo, invece, si prospettano interessanti novità per i consumatori nel senso che dalla Commissione Europea arrivano due nuove proposte che guardano alle ADR, e non solo alla mediazione che non è l'unico procedimento alternativo al giudizio statale, come strumenti di tutela per i consumatori, ma anche di sviluppo e crescita del mercato comune e dell'e-commerce (2). Queste iniziative sono state presentate nel 2011 e l'iter legislativo, dopo la recente approvazione, dovrebbe concludersi entro brevissimo tempo (3). L'ambito in cui sono state pensate e delineate è quello del commercio e degli acquisti nel Mercato Unico e nel mercato digitale. In particolare la Commissione, così si legge nella Comunicazione al Parlamento Europeo di presentazione delle due iniziative, ha analizzato i motivi per cui sino ad ora il ricorso al Mercato Comune e a quello digitale, da parte dei

consumatori cittadini dell'unione e delle imprese che nell'unione operano, sia stato così contenuto e li ha individuati nei timori che, consumatori ed imprese, avrebbero nel doversi confrontare, ove dagli acquisti transfrontalieri, *on line* ovvero *off line*, dovesse sorgere contestazioni o problemi, con sistemi giuridici e autorità giudiziarie che non conoscono. Di contro proprio un maggiore ricorso a questo mercato rappresenterebbe per le imprese un elemento di maggiore competitività e per i consumatori la possibilità

Note:

(1) Per l'analisi ed il commento della sentenza della Corte Cost. 6 dicembre 2012 n. 272, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 comma 1 d.lgs. n. 28 del 2010 ed in via consequenziale di tutti gli articoli del decreto che a quel comma facevano riferimento e di altri tra i quali quelli sulle conseguenze della proposta del mediatore, si rinvia a I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272*, in *Corr. giur.*, 2013, 262. V. anche A. Busacca, *Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la "mediazione obbligatoria"*, in questa *Rivista*, 2013, 241 ss.

(2) L'acronimo ADR ricomprende procedure differenti quali la negoziazione, la mediazione e l'arbitrato nelle quali può essere previsto l'intervento di un terzo ma anche la negoziazione diretta tra le parti, così come l'intervento del terzo può avere contenuto meramente facilitativo, valutativo o anche aggiudicativo. Possono poi esserci anche forme ibride come il med-arb ripreso, seppur in parte, dal d.l. n. 28 del 2010, laddove prevede che il mediatore possa o debba, se richiesto dalle parti, formulare una proposta che resteranno le parti libere di accettare oppure no. Per un migliore approfondimento delle caratteristiche dei procedimenti ADR e dei tipi di ADR si veda, G. De Palo-I. d'Urso-D. Gollann, *Manuale del Mediatore Professionista*, Milano, 2004, 13.

(3) Per una prima sintesi delle novità delle Risoluzioni legislative del Parlamento europeo, 12 marzo 2013, n. TA/2013/65/P7 e TA/2013/66/P7, v. già in questa *Rivista*, 2013, 531 ss.

di godere di una più ampia scelta di prodotti e servizi (4). Nella convinzione che un maggiore sviluppo in questa direzione porterà ad una crescita economica dei Paesi dell'Unione e ad un aumento dei posti di lavoro. La Commissione ha individuato allora nelle ADR gli strumenti che possono garantire una maggiore tutela a consumatori ed imprese in tutti i casi in cui da quel tipo di operazioni commerciali possa nascere un contenzioso che difficilmente troverebbe una tutela percorrendo altre strade. Le ADR, beninteso, esistono già ma non sono poi così conosciute, diffuse e dunque sfruttate. Gli ostacoli che si frappongono ad un maggiore ricorso ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie sono da ricondursi, si legge nei documenti e nei comunicati stampa della Commissione, essenzialmente a tre ordini di motivi: alla mancata diffusione degli Organismi ADR a livello geografico, alla mancata copertura di tutte le materie oggetto di possibili controversie e alla mancata conoscenza di questi procedimenti da parte di imprese e consumatori. Lo stesso è a dirsi per il mancato sviluppo del mercato digitale interno: gli ostacoli che tale sviluppo impediscono sono analoghi a quelli poc'anzi indicati, accresciuti, forse, anche dalla persistente diffidenza da parte di alcuni nel portare a termine operazioni di acquisto via web. La Commissione, attraverso queste proposte si pone invece, come obiettivo, quello che le procedure alternative di risoluzione delle controversie siano fruibili per tutti i tipi di controversie dei consumatori (dunque che ci siano organismi competenti a gestire qualsiasi tipo di controversia), che i servizi offerti dagli organismi raggiungano tutti lo stesso livello di qualità e siano in grado di gestire anche controversie transfrontaliere e che consumatori e professionisti siano a conoscenza della possibilità di utilizzare dette procedure (5).

Uno sguardo d'insieme sulle proposte legislative: i destinatari delle proposte

Tra i punti comuni alle due proposte vi è proprio lo scopo che è quello «contribuire al funzionamento del mercato interno ed al raggiungimento di un elevato grado di protezione dei consumatori». In particolare poi il regolamento si pone come obiettivo il miglior funzionamento del mercato interno con particolare riguardo a quello digitale (6).

Queste proposte non rappresentano certo il primo intervento in materia da parte del legislatore dell'Unione Europea che in passato si è più volte dimostrato interessato ad un maggiore sviluppo della mediazione e delle ADR: procedimenti ritenuti da sempre semplici e veloci (7). Il provvedimento che nel nostro ordinamento ha contribuito maggiormente alla diffusione

degli Organismi che offrono servizi di mediazione è stata la direttiva 52/2008, non pregiudicata dalla presente proposta, che imponeva agli Stati Membri di dotarsi di un sistema di mediazione per le controversie transfrontaliere e attuata in Italia con il d.lgs. n. 28 del 2010, in attuazione della l. delega n. 69 del 2009, ed il successivo decreto ministeriale n. 180 del 2010. Ora queste proposte, a differenza proprio della direttiva 52/2008, si pongono come obiettivo la diffusione non solo della mediazione ma di tutti i procedimenti ADR, purché presentino determinate caratteristiche di professionalità ed indipendenza, e si rivolgono alle controversie che insorgono nell'ambito dei rapporti contrattuali, per acquisti nel mercato comune anche digitale, tra professionisti e consumatori: sia per i reclami presentati dai consumatori nei confronti dei professionisti che per quelli presentati dai professionisti nei confronti dei consumatori come si legge nei considerando introduttivi. Non si applicano invece ai rapporti tra i soli professionisti (8).

La scelta sull'ambito di applicazione è da ricondursi anche al compito, richiamato dalla direttiva al considerando n. 1 ossia, in base al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea, di contribuire a raggiungere un elevato livello di protezione per i consumatori. Per "consumatore" si intende la persona fisica che agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale. La proposta prende in considerazione però anche i contratti a duplice scopo precisando che sia da considerare consumatore chi, così leggiamo nel considerando n. 8, stipula un contratto per scopi in parte interni ed in parte esterni all'attività commerciale, ove lo scopo non sia predominante in un senso o nell'altro. Per

Note:

(4) Considerazioni presenti anche nella relazione di Mario Monti al Presidente della Commissione Europea, *Una nuova strategia per il Mercato unico*, 9 giugno 2010, oltre che nel Comunicato Stampa della Commissione Europea del 18 dicembre 2012.

(5) Il considerando 13 della proposta di direttiva prevede espressamente che non ci sia un obbligo per gli Stati di creare nuovi organismi competenti per ogni settore del commercio ben potendo contare su quelli esistenti purché rispettino i requisiti previsti dalla direttiva.

(6) Art. 1 di entrambe le proposte.

(7) Già nel 1999, in esito alla riunione di Tampere, il Consiglio d'Europa sottolineava l'opportunità di una maggiore diffusione delle ADR. Si la direttiva 2000/31/E sul Commercio Elettronico che conteneva un richiamo ai procedimenti ODR, il Libro Verde sulla mediazione del 2002, la direttiva 52/2008 sulle mediazione nelle controversie transfrontaliere e la direttiva 2009/22/Ce.

(8) Tuttavia il Considerando 7 della proposta direttiva precisa che pur non applicandosi la direttiva alle controversie tra professionisti questo non impedisce agli Stati membri di adottare oppure mantenere in vigore disposizioni relative alla risoluzione di tali controversie.

“professionista”, qualsiasi persona fisica o giuridica che indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto privato o pubblico, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi persona che agisca in suo nome o per suo conto. Secondo la proposta di direttiva in commento è controversia transfrontaliera quella «*connessa alla vendita di beni o alla fornitura di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito il professionista*» (9).

Per contribuire alla maggiore diffusione delle procedure ADR entrambe le proposte prevedono un obbligo di informativa a carico dei professionisti nei confronti dei consumatori anche attraverso i siti web e, in particolare, la proposta di regolamento sulle ODR prevede che le informazioni presenti sul sito dei professionisti operanti nell'e-commerce contengano un link alla piattaforma. Inoltre è previsto un costante monitoraggio da parte delle autorità competenti sull'operato degli Organismi.

Efficienza, trasparenza, equità sono gli elementi al centro della proposta di direttiva

La proposta di direttiva dunque non disciplina esclusivamente la mediazione ma, più in generale, le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie nascenti da contratti aventi ad oggetto la vendita di beni o la fornitura di servizi da parte di professionisti stabiliti nell'Unione a consumatori che nell'Unione risiedono. Sono da comprendere nei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, secondo quanto precisa la proposta, quelli in cui l'organismo propone o impone una soluzione ovvero riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole. Dunque nella definizione sono comprese procedure in cui il terzo, incaricato di gestire la procedura, pone in essere un intervento facilitativo ma anche più dichiaratamente valutativo o addirittura aggiudicativo arrivando ad imporre una propria decisione (10). Sembra dunque riferirsi la proposta anche a procedure di natura arbitrale purché all'interno di un Organismo ADR e non istituite *ad hoc* con riferimento ad un'unica controversia (11).

Risultano invece escluse quelle procedure che si svolgono presso organismi nei quali le persone incaricate di risolvere le controversie sono alle esclusive dipendenze del professionista; le procedure organizzate presso sistemi di gestione dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista; la negoziazione, con o per mezzo di rappresentanti, diretta tra consumatore e professionista ed infine i tentativi di risoluzione messi in atto da un giudice nel corso di un procedimento giudi-

ziario. Dunque sono esclusi tutti i casi in cui manca un soggetto preposto a gestire il tentativo, i casi in cui questo avviene in sede processuale e le situazioni in cui potrebbe venire meno l'indipendenza della persona incaricata della gestione del procedimento.

La proposta, infatti, pone particolare attenzione a che le procedure offerte siano imparziali, trasparenti, efficaci ed eque. Così viene sottolineata l'importanza che siano garantite, da parte degli Stati membri, competenza ed imparzialità delle persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie. L'imparzialità, viene sottolineato, si ha quando le persone fisiche che seguono il procedimento non possono essere oggetto di pressioni che possano influenzare il loro atteggiamento nei confronti della controversia. La trasparenza delle procedure deve essere assicurata attraverso una corretta informazione, sia sui siti web che sui supporti cartacei e comunque attraverso i documenti commerciali, di quanto attiene, tra l'altro, alle persone incaricate della gestione delle procedure, alla fonte dei finanziamenti, all'appartenenza a reti di organismi, ai tipi di controversie per le quali ciascun organismo si ritiene competente (12). L'efficacia è identificata nella facilità di accedere ai servizi degli Organismi, nella possibilità per le parti di partecipare alla procedura senza assistenza necessaria di un legale, nel fatto che la procedura sia gratuita, o comporti costi contenuti per i consumatori, ed infine che la controversia venga risolta entro 90 giorni dalla presentazione (termine prorogabile di ulteriori 90 giorni in caso di particolare complessità). Inoltre gli Organismi devono avere un sito web, che consenta la presentazione delle domande anche in via telematica.

Note:

(9) Identiche sono le definizioni di professionista e consumatore che ritroviamo nel nostro codice del consumo mentre appare interessante la considerazione sui contratti a duplice scopo. Mentre secondo la direttiva 52/2008 sono controversie transfrontaliere quelle in cui «*almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui: a. le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia; b. il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale; c. l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; d. ai fini dell'art. 5 (mediazione su invito di un organo giurisdizionale) un invito è rivolto alle parti*».

(10) È facilitativo l'intervento del terzo che si limita ad agevolare la comunicazione delle parti e ad aiutarle ad identificare una possibile soluzione; è valutativo l'intervento del terzo che entrando nel merito della controversia compie una sua valutazione e la propone alle parti; è aggiudicativo il procedimento che si conclude con una soluzione imposta alle parti.

(11) Considerando 11.

(12) La proposta prevede al considerando 18 la necessità che le parti ricevano tutte le informazioni che consentano loro di decidere in merito all'avvio di una procedura di ADR e questo sembra in linea con gli incontri di pre-mediazione che diversi Organismi nel nostro panorama stanno offrendo agli utenti.

tica, e che sia costantemente aggiornato. Le procedure devono essere eque e l'equità viene garantita attraverso la possibilità, data a ciascuno, di esprimere il proprio punto di vista e di ascoltare quello dell'altra parte, oltre che ascoltare il parere di eventuali esperti; viene altresì garantita attraverso la comunicazione alle parti, dell'esito della procedura con l'indicazione dei motivi sui quali l'esito è fondato. Inoltre nel caso di procedure che prevedono il suggerimento di una soluzione occorre che le parti siano ampiamente informate ed abbiano la possibilità di scegliere se accettare o meno la soluzione proposta oltre che di confrontarsi con una fonte indipendente.

La proposta richiama anche la necessità che si instauri una stretta collaborazione attraverso la creazione di reti di organismi, e che l'attività dei diversi centri sia costantemente monitorata. Da ultimo la direttiva prevede che gli Stati membri possano prevedere l'irrogazione di sanzioni nel caso in cui gli Organismi violino le disposizioni relative al dovere di fornire informazioni sul loro operato sia ai consumatori sia all'autorità competente.

Una piattaforma europea per la gestione delle controversie nascenti dal commercio *on line*

Con riferimento alle controversie transfrontaliere derivanti da contratti conclusi tra consumatori e professionisti *on line* la proposta di regolamento sull'ODR prevede la possibilità di ricorrere ai procedimenti ADR appunto in modalità telematica attraverso l'istituzione di una piattaforma europea. Non soltanto consumatori e professionisti potranno dunque presentare in modalità telematica i reclami ed avviare le procedure ma le stesse verranno gestite completamente in questa modalità (13).

La realizzazione della piattaforma così come la sua manutenzione e la sicurezza dei dati, saranno di competenza della Commissione che opererà attraverso il portale *Your Europe*. Mentre ogni Stato membro dovrà istituire un proprio punto di accesso alla piattaforma e notificare alla Commissione i dati ad esso relativi. In pratica chiunque ne abbia interesse dovrebbe poter attivare la procedura presentando in via telematica il proprio reclamo sulla piattaforma. Il reclamo a questo punto verrà lavorato dalla piattaforma e in base alle indicazioni richieste nell'apposito modulo, da compilarli a cura dell'istante allegando eventuali documenti, indicherà alle parti, utilizzando per il ricorrente la lingua di quest'ultimo e per la parte convocata la lingua del contratto, gli Organismi competenti a gestire la procedura, le modalità di scelta dell'Organismo cui indirizzare il reclamo, le tariffe, le regole della procedura ed altre informazioni

utili e necessarie affinché le parti possano correttamente scegliere un Organismo ed avviare una procedura. Per quanto attiene alle caratteristiche che gli Organismi devono possedere la proposta rinvia espressamente alla Direttiva sulle ADR (14).

Una volta avviata la procedura, che avrà le caratteristiche già indicate nella direttiva sulle ADR, verrà gestita in modalità telematica e consentirà alle parti di risolvere la controversie senza spostamenti fisici con notevole risparmio di costi e tempi. Il regolamento prevede anche che per chi accede alla piattaforma ci sia una costante assistenza nell'utilizzo del servizio. Trattandosi di una modalità di gestione dei procedimenti particolarmente rapida è previsto che lo stesso procedimento si concluda entro 30 giorni, prorogabili nel caso di complessità, dalla data di avvio della procedura.

Per capire come in concreto verranno gestite le procedure *on line* occorre attendere la concreta attuazione della piattaforma, potendosi immaginare, in base all'attuale esperienza, che le stesse si svolgano in forum ovvero in *chat* attraverso lo scambio di *post* che potranno essere indirizzati a tutte le parti ovvero riservati ad alcuni soltanto, e che le parti vengano avvertite della pubblicazione dei *post* attraverso messaggi via mail.

Conclusioni: iter della direttiva e prospettive

Dunque ci troviamo di fronte ad un'iniziativa legislativa di portata piuttosto ampia che mira a creare un sistema di ADR efficace e che assicuri tutela per tutti i consumatori e le imprese all'interno dell'Unione ed anche all'interno del mercato digitale in costante sviluppo. Un'iniziativa in linea si può dire anche con il nostro Codice del Consumo che all'art. 141 prevedeva la possibilità, nei rapporti tra consumatori e professionisti di avviare «*procedure extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica*». Si tratta ora di attendere la definitiva approvazione da parte del Parlamento Europeo delle due proposte legislative e di vedere come le stesse verranno poi recepite nel nostro ordinamento. Con particolare attenzione anche alle iniziative e alle proposte già presenti nel panorama italiano che al momento vedono impegnati tecnici e appassionati della materia.

Note:

(13) Sono invece escluse dall'ambito di applicazione del regolamento i servizi off-line, i servizi offerti mediante distributori automatici, i parcheggi a pagamento, i servizi di telefonia vocale o via fax ed altri descritti all'art. 4, lett. d.

(14) Così l'art. 4 che nella definizione di organismi di risoluzione alternativa delle controversie o organismo ADR richiama l'art. 4, lett. e, della direttiva sulle ADR e l'art. 5 comma 4 che riconosce la competenza degli Organismi indicati alla Commissione in base agli articoli della direttiva.