

Vincenzo Vigoriti

## **SUPERABILI AMBIGUITÀ. LE PROPOSTE EUROPEE IN TEMA DI ADR E DI ODR**

**Sommario:** 1. L'Unione Europea e l'attività di promozione della risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. – 2. La proposta di direttiva sull'ADR. Garanzie procedurali. – 3. (*Segue*). Carattere solo facoltativo dell'alternativa. – 4. (*Segue*). La rappresentanza. – 5. La proposta di regolamento sull'ODR.

### **1. L'UNIONE EUROPEA E L'ATTIVITÀ DI PROMOZIONE DELLA RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE DEI CONSUMATORI**

L'Europa ha dedicato all'ADR una serie impressionante di provvedimenti (regolamenti, direttive), ha promosso iniziative, ha diffuso documenti notissimi di favore e promozione per l'istituto. I fondamenti normativi sono nel Trattato (artt. 114, 169 TFUE, che impegnano l'Unione ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori) e nella Carta dei diritti fondamentali (artt. 7, 8, 38 e 47). Nel 2011, nell'*Atto per il mercato unico*, la Commissione ha stabilito che una delle dodici "Azioni chiave" che l'Unione si è impegnata a intraprendere per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel mercato consiste nell'emanazione di regole sulla composizione alternativa delle controversie<sup>1</sup>.

Il 18 gennaio 2011, la Commissione ha diffuso un *consultation paper* chiedendo agli interessati notizie e pareri sull'uso dell'ADR

---

<sup>1</sup> Azione chiave: legislazione sulla composizione alternativa delle controversie. L'obiettivo è garantire il ricorso a procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie capaci di favorire una soluzione facile, rapida e abbordabile per i consumatori nonché suscettibili di salvaguardare le relazioni tra le imprese e la loro clientela. Quest'azione comprenderà una voce per il commercio *online*.

nella gestione del contenzioso fra consumatori e professionisti in materia commerciale. Erano 13 quesiti, di ampia portata, a cui occorreva rispondere entro il 15 marzo 2011.

Il documento ha ricevuto ben 220 risposte provenienti dai soggetti e dagli ambienti più diversi<sup>2</sup>: precisamente 32 dalle associazioni dei consumatori, 94 da quelle dei professionisti del commercio, 33 dagli Stati o comunque da organi pubblici, e altre ancora. Tutte sono state largamente favorevoli al potenziamento dell'istituto, hanno sollecitato la messa in funzione di meccanismi di ODR (*online dispute resolution*) per le controversie nascenti da rapporti di e-commerce (*infra*), hanno insistito sulla necessità di garantire benefici come la modestia dei costi e la celerità dei procedimenti.

Esaurita la consultazione, il 29 novembre 2011 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno diffuso due proposte di interventi normativi: una di direttiva sull'ADR nelle controversie consumatori-professionisti derivanti dalla vendita di beni o servizi e una di regolamento di ODR relativo alle controversie nascenti dalle stesse operazioni effettuate però in via elettronica (*e-commerce*).

## 2. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULL'ADR. GARANZIE PROCEDIMENTALI

La proposta sull'ADR è in linea con le indicazioni provenienti dalle risposte al *consultation paper* e quindi di favore e potenziamento dell'alternativa (considerando n. 1-2; art. 1).

La proposta è di ampio respiro perché concerne tutto il contenzioso di matrice contrattuale tra consumatori e professionisti (residenti o stabiliti nell'Unione, in Stati diversi) relativo alla vendita al dettaglio di beni o alla fornitura di servizi per tutti i settori economici, e ne promuove la definizione attraverso un organismo che suggerisce una soluzione o comunque si adopera perché le parti la raggiungano (considerando n. 7; art. 2). C'è anche il riferimento a soluzioni "imposte", da cui si deduce che è compreso anche l'arbitrato amministrato, ma non quello *ad hoc* (considerando n. 11-12). Seguono altre esclusioni, in verità comunemente ammes-

---

<sup>2</sup> Cfr. V. VIGORITI, *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2011, 81 ss.

se, come procedure gestite dai professionisti, trattative dirette fra le parti, tentativi del giudice in corso di causa (art. 2). L'attenzione è peraltro in tutta evidenza concentrata sulle alternative che insistono sul piano contrattuale, con provvedimenti efficaci solo se condivisi da entrambe le parti.

La direttiva concerne le controversie individuali, ma non esclude l'introduzione o il mantenimento di sistemi di ADR destinati ad occuparsi di controversie aventi carattere collettivo e risarcitorio. Anzi, la proposta sembra addirittura orientata in senso favorevole, dicendo che questo potrebbe essere il primo passo di un futuro cammino (considerando n. 15). Trattasi di un'apertura giustamente cauta, ma importantissima verso procedimenti di mediazione collettivi, ma soprattutto arbitrati di classe (*class arbitration*) dove la devoluzione a privati implica la rinuncia alla tutela statale per un numero anche indefinito di soggetti, magari neppure consapevoli dell'opzione.

Atteso il favore per l'alternativa, occorre però rilevare che c'è un'ambiguità di fondo ancora non superata. Da un lato, nessuno revoca in dubbio che l'accesso alla giustizia debba essere garantito e potenziato, ammettendosi al massimo un differimento ragionevole dello stesso, ma, dall'altro, al di là dei proclami e delle intenzioni, c'è il rischio concreto che l'ADR finisca col sostituire il processo diventando l'unica sede in cui il consumatore può ottenere tutela (nel linguaggio angloamericano: *one shot*). Ecco allora il forte impegno dell'Europa e degli Stati membri per estendere ad una fase tutto sommato preliminare e negoziale garanzie che non sono tipiche di quella fase, in una corsa affannosa tesa a rassicurare gli utenti, nella consapevolezza che i consumatori già diffidenti, e poi magari soccombenti in ADR, non si attiveranno in nessuna altra sede.

In quest'ottica, l'Unione vuole l'imparzialità di chi gestisce la controversia, la trasparenza, la durata limitata (non più di 90 giorni), la gratuità (o quasi), e infine l'equità, intesa anzitutto come contraddittorio, e più in generale come garanzia d'informazione adeguata, anche sulle conseguenze delle scelte (considerando n. 17-21). Si chiede altresì che gli organismi di ADR siano numerosi e facilmente accessibili e che le persone officiate possiedano le conoscenze (inevitabilmente, persino di diritto comunitario e di internazionale privato), le capacità e l'esperienza necessarie ad occuparsi della controversia (art. 6), che sia reso manifesto l'effetto giuridico dell'eventuale provvedimento finale (art. 7), che questo sia motiva-

to (art. 9(1) lett. b). Per finire, si vuole che il consumatore sia informato della facoltà di rifiutare la proposta e di quella di consultarsi con terzi, disponendo di un tempo ragionevole.

Tutto questo è eccessivo e fa temere che l'alternativa non sia qualcosa che precede l'accesso alla giustizia, ma si ponga come l'unica vera sede in cui si sfoga il contenzioso<sup>3</sup>.

### 3. (SEGUE). CARATTERE SOLO FACOLTATIVO DELL'ALTERNATIVA

La proposta esclude che il ricorso all'ADR possa essere imposto come obbligatorio, e si esprime per la natura facoltativa dello stesso, con scelta omogenea all'orientamento della maggioranza di quanti hanno risposto al *consultation paper* del gennaio 2011.

Ora, per la forma classica di ADR, l'arbitrato, nessuna obbligatorietà sarebbe ammissibile. La devoluzione ad arbitri deve essere frutto di scelta autonoma delle parti d'accordo fra loro dovendo altrimenti essere considerata incostituzionale. Il lodo è provvedimento che ha gli stessi effetti di una sentenza ed impedisce l'accesso alla giustizia per la stessa causa. Nessuno in Europa vuole l'arbitrato obbligatorio.

Diverso è il caso di tentativi di sistemazione negoziale, l'esperimento dei quali potrebbe essere imposto come condizione di procedibilità del successivo accesso alla giustizia. Invece, la proposta è nel senso che nessun tentativo possa essere imposto come obbligatorio, e che professionista e consumatore debbano essere lasciati liberi di scegliere l'alternativa senza costrizioni. Nel modo più totale, con facoltà anche di non partecipare (considerando n. 23).

Il rifiuto dell'obbligatorietà si spiega con l'intento di fugare il timore che l'ADR voglia farsi processo, ma risente dell'ambiguità di cui si diceva. Si vuole che i procedimenti di ADR si svolgano con tutte le possibili garanzie, con predisposizione di un apparato di organismi dislocati sul territorio, articolati in generali e settoriali, con l'acquisizione di risorse umane e materiali non facilmente reperibili, ma poi si dice che al tentativo si può benissimo rinunciare,

---

<sup>3</sup> Questa è la censura più importante fra quelle che hanno indotto il TAR Lazio a rinviare alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge n. 28/10 che impone l'esperimento di un tentativo di conciliazione da svolgere in modo sostanzialmente processuale.

e che le risorse impiegate possono rimanere inutilizzate. Con le ripercussioni negative che ognuno immagina, fra cui soprattutto l'abbandono dell'ADR.

Ferma l'autonomia dei singoli, e quindi il carattere facoltativo dell'ADR, un sistema premiale va trovato, a sostegno di uno sforzo organizzativo tendenzialmente sempre più impegnativo. Potranno essere detrazioni fiscali, l'efficacia *secundum eventum*<sup>4</sup>, l'immediatezza della tutela esecutiva dell'accordo raggiunto, o altro, ma un sostegno deve essere assicurato.

#### 4. (SEGUE). LA RAPPRESENTANZA

Ultimo rilievo. La direttiva propone che l'iniziativa di ADR possa essere assunta anche dalle parti personalmente, senza valersi dell'assistenza di un legale, ma permette l'assistenza e la rappresentanza "di terzi" in qualsiasi fase della procedura (art. 8, lett. b). Quindi, al limite, il consumatore potrebbe trovarsi a fronteggiare da solo o con l'aiuto di un terzo, non meglio qualificato, una parte che si vale di assistenza specialistica anche legale.

La situazione è difficile. Pare arduo negare al consumatore, a chiunque, di farsi rappresentare da chi vuole in una fase negoziale, ma risulta altrettanto arduo negare che l'assistenza in ADR, da chiunque prestata, ha certamente natura giuridica, trattandosi sempre di accertamento di fatti, da valutare secondo la *lex specialis* del contratto, per cui sembra illegittimo prevedere che le parti possano rivolgersi a terzi non legali. Il professionista e il consumatore possono rinunciare a qualunque aiuto, ma se vogliono l'assistenza di terzi in situazioni di conflitto devono valersi di legali. Né potrebbe dirsi che i terzi svolgono attività di semplice consulenza, perché non sarebbe vero e perché comunque la consulenza legale va riservata agli avvocati anche nei procedimenti extragiudiziali, nell'interesse degli utenti.

Si domanda se non si debba addirittura arrivare all'imposizione di un'assistenza legale anche a chi per vari motivi non desidera valersene. A quanti considerano tale obbligo come un'inaccettabile

---

<sup>4</sup> Ad esempio, disponendo che i provvedimenti di ADR che definiscono una controversia siano vincolanti solo per il professionista, ma non per il consumatore che conserva libertà di scelta, e quindi di rifiutare la sistemazione contrattuale e agire in giudizio. V. il considerando n. 23.

forzatura, si oppone che la semplicità delle forme e la garanzia della necessaria accettazione dell'accordo non proteggono il consumatore dal rischio di esiti frustranti. A cui si aggiunge che in pratica ci sono sistemi, come quello italiano, in cui la semplicità di forme è solo apparente prevedendosi invece attività complesse, di contenuto assertivo, con conseguenze sui processi statali, eventualmente successivi. Di nuovo, con la rappresentanza obbligatoria si corre il pericolo di spaventare il consumatore, scoraggiandolo dal valersi dell'apparato di tutela alternativa, ma senza l'ausilio di un legale si rischia che il consumatore unisca al danno anche la beffa.

Risulta poi fondamentale risolvere il problema delle risorse finanziarie necessarie a sostenere l'onere dell'assistenza legale. Al momento non ci sono proposte convincenti: non quella di un onere per lo Stato, sul modello dell'assistenza ai non abbienti; non quella di un onere a carico del professionista virtualmente soccombente, realizzabile solo se il consumatore accetta la decisione o la proposta di ADR; non quella di un'assistenza gratuita nella fase negoziale, "compensata" da quella però necessaria dello stesso legale nella fase giudiziale.

## 5. LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO SULL'ODR

La proposta relativa alla risoluzione *online* delle controversie dei consumatori è, in tutta evidenza, strettamente collegata, con un rapporto di specie, a quella sull'ADR.

In effetti l'acronimo ODR (*online dispute resolution*) indica solo le modalità con cui si introducono e vengono gestite certe controversie, e non indica qualcosa di diverso dall'istituto di riferimento. I ricorsi in ODR vengono devoluti e sono decisi dagli stessi organismi di ADR; condividono la natura extragiudiziale dell'eventuale sistemazione; in difetto della quale, non è pregiudicato l'accesso alla giustizia.

Lo scopo dell'ODR è ancora quello di favorire il mercato, specie quello digitale, predisponendo meccanismi di tutela meno complicati dell'azione in giudizio e capaci di gestire la quota fisiologica di conflitti (considerando n. 2 e 5). Il contenzioso che rileva è quello nascente sempre dalla vendita di beni o di servizi, di matrice però *online*. Offerta del professionista e ordine del consumatore devono essere insomma rigorosamente elettronici (art. 4, lett. c).

Il mezzo tecnico è l'istituzione di una piattaforma ODR con un sito web interattivo che offra un unico punto di accesso per consumatori e professionisti (considerando n. 14; art. 5, ed ivi i necessari dettagli).

A livello procedurale, la proposta suggerisce l'adozione di alcune regole comuni che si aggiungeranno a quelle particolari degli Stati membri, in linea con quanto già disposto in termini più generali per l'ADR.

La disciplina è abbastanza semplice: è contemplata la predisposizione di moduli di reclamo, che il ricorrente deve compilare, allegando i documenti di sostegno. Sulla base delle informazioni fornite con l'atto introduttivo, la piattaforma individua l'organismo di ADR competente e ad esso indirizza il ricorrente (art. 7). La piattaforma comunica tutta una serie di informazioni al ricorrente, nella lingua di quest'ultimo, e si mette in contatto con la parte convocata usando con lei la lingua del contratto (art. 8, comma 2). Individuato l'organismo ADR, se le parti decidono di proseguire, il reclamo viene conosciuto dall'organismo deputato. A sua volta, questo deve fornire alle parti una serie di informazioni, fra le quali l'esigenza o meno della presenza fisica loro o dei rispettivi rappresentanti (art. 8(2) lett. x).

La proposta prevede infine l'istituzione di una rete di assistenti che aiutano le parti ad avviare o gestire il procedimento, anticipa l'adozione di atti di esecuzione, prevede controlli ecc. (art. 6). Tutto rigorosamente *online*.

Non si pone alcun problema di obbligatorietà dell'iniziativa extragiudiziale e, al solito, si ribadisce che resta fermo il diritto del consumatore (o del professionista) di agire in giudizio, *omisso medio*, e quindi rinunciando al tentativo di sistemazione negoziale.

La sensazione è che l'ODR sia un'implicazione necessaria e non evitabile dell'*e-commerce*, e che la gestione *online* sia il futuro di qualunque controversia e non solo dei reclami di qualche consumatore.