

Architettura delle scelte e tutela del consumatore

Raffaele Caterina

Il diritto europeo dei consumatori costituisce un esempio di paternalismo libertario: senza sottrarre le scelte finali ai consumatori, esso è volto a proteggerli da decisioni affrettate e poco informate, e soprattutto dalle “spinte” all’acquisto da parte dei professionisti. Particolarmente importante è oggi la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, che vieta pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. In tal modo, il diritto si attrezza a rispondere a tecniche manipolatorie studiate dalla letteratura psicologica e ben note agli esperti di marketing.

Il paternalismo libertario

La ricerca psicologica ed economica degli ultimi quarant’anni ha posto sotto gli occhi di tutti che gli esseri umani deviano in maniera sistematica dalle previsioni della teoria della scelta razionale: «*In molti casi, gli individui prendono cattive decisioni: decisioni che non avrebbero preso se avessero prestato piena attenzione e se avessero posseduto informazioni complete, capacità cognitive illimitate e totale autocontrollo*» (Thaler e Sunstein, 2009, p. 11).

Sulla base di tali risultati sono state elaborate, nella letteratura giuridica, proposte riconducibili a un approccio di “paternalismo libertario”. Quest’ultimo riconosce l’esigenza di una protezione paternalistica degli individui rispetto ai propri errori, ma ritiene che tale protezione debba passare attraverso una buona “architettura delle scelte”, e non attraverso l’imposizione di obblighi e divieti (Thaler e Sunstein, 2009; ma proposte non dissimili sono state sostenute anche da altri autori). Ritiene, in altre parole, che gli individui debbano essere lasciati, in ultima analisi, liberi di scegliere, ma che sia lecito e opportuno tentare di aiutarli a scegliere meglio.

D’altra parte, esso sembra compatibile con alcune linee di evoluzione del diritto che, quantomeno in Europa, sono emerse con chiarezza negli ultimi decenni (cfr., per esempio, Caterina, 2007).

Uno dei settori che meglio esemplificano questa tendenza è rappresentato dalle discipline di tutela dei consumatori. In Europa, il processo è stato in buona parte guidato dal diritto comunitario ed è stato recepito dai vari ordinamenti nazionali.

Nelle prossime pagine, cercherò di evidenziare come il diritto (italiano ed europeo) dei consumatori incarni un approccio di paternalismo libertario, ma

anche come un dialogo stretto con la psicologia della decisione sia necessario per realizzarne gli obiettivi, sia sotto il profilo della applicazione sia attraverso il perfezionamento delle regole esistenti. Dopo un panorama generale, mi concentrerò sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Per semplicità, i riferimenti saranno alla disciplina italiana (Decreto legislativo 206/2005, c.d. Codice del consumo), ma si tenga presente che essa ha recepito alcune direttive europee, per cui il discorso non sarebbe sostanzialmente diverso per quanto riguarda altri ordinamenti.

Il diritto dei consumatori

La tutela dei consumatori non passa attraverso vincoli rigidi alla libertà contrattuale delle parti (nella forma di clausole imposte, prezzi calmierati ecc.), ma attraverso meccanismi volti a garantire una loro decisione ponderata e consapevole.

Non è il caso di soffermarsi sui doveri di informazione da parte del professionista, che non rappresentano neppure una manifestazione di paternalismo libertario (ma solo un modo per rimediare alle asimmetrie informative), se non per segnalare che il legislatore richiede che le informazioni siano «*adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, (...) tali da assicurare la consapevolezza del consumatore*» (art. 5). Non si tratta, dunque, soltanto di trasmettere informazioni, ma di farle comprendere, senza presupporre nel destinatario capacità cognitive illimitate.

Più importante è il diritto di recesso. Il consumatore ha diritto di recedere, senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi, dai contratti conclusi a distanza (per esempio attraverso Internet) ovvero negoziati fuori dai locali commerciali (art. 64). Al consumatore è concesso un periodo di quattordici giorni per recedere, senza specificare il motivo, dai contratti di multiproprietà e dai contratti relativi a prodotti per le vacanze di lungo termine (art. 73).

Il diritto di recesso rappresenta sicuramente uno strumento di paternalismo libertario. Il consumatore è libero di scegliere; tuttavia, lo si protegge da decisioni impulsive, affrettate, frutto di un'informazione superficiale e spesso dell'insistenza del professionista. Si riconosce che in determinati momenti il soggetto è sprovvisto di quelle difese psicologiche, che entrano in funzione se sa di dover prendere decisioni impegnative e delicate; o più semplicemente si ritiene ragionevole riconoscere un breve periodo di ripensamento rispetto a contratti di una certa importanza economica.

Sarebbe interessante interrogarsi sulla possibilità di riconoscere con maggiore larghezza il diritto di recesso. Capita per esempio che il consumatore sia “adescato” e poi condotto nei locali commerciali per la conclusione del contratto.

Altrettanto interessante sarebbe interrogarsi sulla possibilità di prevedere, in alcuni casi, meccanismi diversi dal diritto di recesso. La ricerca ha da tempo evidenziato un gruppo di fenomeni che ruota intorno a quello che normalmente viene presentato come “*status quo bias*”: il fatto che una situazione sia percepita come lo *status quo* genera automaticamente una certa resistenza a cambiarla. Ciò si intreccia anche con un altro fenomeno (c.d. “*regret aversion*”): le persone tendono a provare un maggiore rimorso se un cattivo risultato discende più da un’azione che da un’omissione. L’esercizio del diritto di recesso potrebbe essere scoraggiato dalla naturale tendenza degli individui all’inazione. Se davvero in alcuni campi si ritiene importante garantire una decisione ponderata e consapevole, si potrebbero valutare altri strumenti: per esempio si potrebbe richiedere al consumatore una prima manifestazione di intenzione che deve essere, in un momento successivo, espressamente confermata (attraverso una nuova azione da parte del consumatore).

Un altro esempio di disciplina riconducibile a un approccio di paternalismo libertario è rappresentato dalle regole sulle clausole vessatorie. Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista sono nulle le clausole vessatorie, cioè quelle clausole che «*determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*» (art. 33). Il legislatore prevede una serie di clausole che si presumono vessatorie; per esempio: quelle che impongono al consumatore, in caso di inadempimento, il pagamento di una penale d’importo manifestamente eccessivo; quelle che riconoscono al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto; quelle che stabiliscono che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione, oppure che consentono al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere; quelle che sanciscono deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria (clausole arbitrali) ecc.

Tuttavia, «*non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale*» tra il professionista e il consumatore (art. 34). Dunque il professionista può provare che le clausole sono state frutto di una specifica trattativa.

Il legislatore non mette completamente al bando le clausole vessatorie, tendenzialmente svantaggiose per il consumatore. Quando le condizioni contrattuali sono predisposte dal professionista, spesso il consumatore le accetta in modo inconsapevole, o comunque non sufficientemente ponderato. Le clausole vessatorie sono guardate con sospetto dal legislatore, ma non precluse alle parti. Il problema naturalmente è specificare cosa sia necessario per ritenere soddisfatto il requisito della trattativa individuale. In linea di principio, la norma sembra richiedere un coinvolgimento attivo del consumatore; le scienze della decisione potrebbero dare un contributo utile nel mettere a fuoco le condizioni perché la trattativa svolga la sua funzione di garantire una scelta attiva e consapevole, e non una passiva recezione delle proposte del professionista.

Il divieto di pratiche commerciali scorrette

Nel 2007 il legislatore ha introdotto nel Codice del consumo il divieto di pratiche commerciali scorrette (art. 20). L'applicazione della disciplina è affidata alla Autorità garante della concorrenza e del mercato, che vieta le pratiche commerciali scorrette e applica sanzioni amministrative pecuniarie.

Le pratiche commerciali scorrette possono essere ingannevoli o aggressive.

Una pratica commerciale è considerata ingannevole non soltanto se contiene informazioni false, ma anche se *«seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea a indurre in errore il consumatore medio»* (art. 21). Il legislatore prende atto, dunque, che anche senza essere letteralmente falsa una pratica può essere tale da trarre in inganno il consumatore medio.

D'altra parte, è considerata aggressiva una pratica commerciale che limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio non soltanto mediante molestie o coercizione, ma anche "indebito condizionamento" (art. 24).

Il riferimento al consumatore medio non deve essere sopravvalutato. Infatti il legislatore chiarisce che *«le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo»* (art. 20).

In tal modo si è aperto uno spazio per una considerazione più realistica dei processi decisionali dei consumatori e, di conseguenza, per una loro tutela più incisiva. Da tempo, infatti, la ricerca psicologica studia il modo in cui le decisioni sono influenzate dal modo in cui le informazioni sono rappresentate, così come da informazioni periferiche, cioè irrilevanti dal punto di vista della teoria della scelta razionale. Manipolando il modo in cui le informazioni sono rappresentate o il contesto in cui i consumatori prendono la loro decisione è possibile influenzarne le scelte.

Ciò che è importante sottolineare è che la ricerca psicologica è entrata da molto tempo nelle strategie di comunicazione e di marketing aziendale. Le deviazioni dal modello del decisore razionale non sono semplicemente oggetto di interesse accademico: *«La scoperta di queste trappole, limiti e distorsioni nella elaborazione delle informazioni ha portato i ricercatori a mettere a punto delle tecniche di influenza che mirano ai comportamenti dei consumatori»* (Gueguen, 2009, p. 19).

Naturalmente, dal punto di vista del diritto, il problema resta quello di individuare in quali casi si può parlare di un'induzione in errore, ovvero di un indebito condizionamento. Rimane chiaro, infatti, che non si può ritenere vietata qualsiasi pratica volta a influenzare il comportamento dei consumatori,

inducendoli ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.

L'interesse e i problemi aperti dalla ricerca psicologica per l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette possono essere testimoniati attraverso alcuni esempi.

Gli psicologi hanno studiato da tempo il fatto che in molti casi è difficile “tornare indietro”. «*C'è in noi una forma di pressione interna che ci spinge a non rinunciare alle nostre decisioni o ad agire in modo coerente*» (Gueguen, 2009, p. 133). Una volta intrapreso un corso di azione, è difficile tornare indietro, anche se le premesse della decisione iniziale si rivelano infondate o vengono meno.

Lo stesso legislatore ha dimostrato di esserne consapevole; per esempio, inserendo in una “lista nera” di pratiche considerate sempre ingannevoli, e quindi vietate, il c.d. *bait advertising*: «*Invitare all'acquisto di prodotti a un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti*» (art. 23, lett. e).

Il *bait advertising* può considerarsi solo un esempio di una più ampia serie di casi in cui le imprese tendono a sfruttare la spinta alla coerenza dei consumatori, spingendoli a una scelta o a un'azione iniziali che poi influenzeranno il loro comportamento in modi imprevedibili, secondo la teoria della scelta razionale. Il caso più semplice è quello del “colpo basso”: catturando l'attenzione del consumatore attraverso una prima presentazione ingannevole o semplicemente omissiva, le imprese guadagnano un vantaggio che non è completamente vanificato nemmeno se successivamente, e prima della conclusione del contratto, le informazioni sono corrette o integrate. Da questo punto di vista, appare completamente condivisibile il consolidato orientamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, condiviso dalle prime sentenze della giurisprudenza amministrativa, che considera sufficiente, ai fini della scorrettezza della pratica, che essa produca un effetto “di aggancio” sui consumatori, indipendentemente dalle informazioni che vengono successivamente fornite loro: «*Secondo un orientamento costante dell'Autorità, avallato dalla giurisprudenza amministrativa, la completezza e la veridicità di un messaggio pubblicitario va verificata nell'ambito dello stesso contesto di comunicazione commerciale e non già sulla base di ulteriori informazioni che l'operatore pubblicitario renda disponibili solo a 'contatto', e quindi a effetto promozionale, già avvenuto*» (Tar Lazio - Roma, Sez. I, 24 aprile 2009, n. 4138).

L'effetto di aggancio può considerarsi realizzato anche se la pratica cattura semplicemente l'interesse del consumatore. Naturalmente, esso è molto più efficace se lo induce a recarsi fisicamente presso una sede dell'impresa. È interessante menzionare una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, relativa a una campagna pubblicitaria ambigua, in cui l'impresa offriva tre mesi di corso di inglese gratis, omettendo di informare che l'omaggio

presupponeva l'iscrizione a un periodo di corso a pagamento. Ciò che ci interessa di più è lo *script* (cioè il testo della telefonata commerciale) adottato nella sede di Milano dell'impresa, da cui emerge che di fronte a un'eventuale richiesta di chiarimenti da parte del consumatore, l'operatore doveva limitarsi a invitarlo a recarsi presso una delle sedi dell'impresa: «*Venga a trovarci e, senza alcun impegno, potrà conoscere il programma didattico a lei più adatto con la certezza di avere, qualunque sia la durata del suo corso i primi tre mesi in omaggio. Quando posso invitarla per un breve colloquio informativo presso la nostra sede di..., preferisce oggi o domani?*» (Caso Corso Wall Street Institute - Finanziamento City Financial, Prov. n. 19969, Bollettino n. 25/2009).

Un secondo gruppo di esempi riguarda i prezzi.

È ormai ben documentato che esiste un effetto positivo dei “prezzi a terminazione 9” sul comportamento di acquisto delle persone. Tale effetto si lega verosimilmente a un errore di percezione o di memorizzazione del prezzo. «*Diverse ricerche hanno infatti dimostrato che i consumatori prestano maggiore attenzione alle cifre di sinistra del numero, in quanto la lettura si effettua da sinistra a destra. Il prezzo dispari crea quindi un'illusione di convenienza e produce un effetto risparmio nella mente del consumatore*» (Luglio, 2010, p. 195).

Naturalmente può sembrare stravagante l'idea di mettere al bando i “prezzi a terminazione 9”. È difficile negare, però, che prezzi come 10,99 euro non sembrano avere altro scopo che quello di indurre (magari sporadicamente) in errore una parte (magari minoritaria) dei consumatori.

Ma il problema dei prezzi è molto più ampio: il *framing* del prezzo è un importante strumento di marketing. L'Office of Fair Trading britannico ha commissionato alcune ricerche (anche sperimentali) per valutare l'opportunità di regolamentare alcune modalità di rappresentare e comunicare il prezzo (cfr., per esempio, Ahmetoglu, Fried, Dawes & Furnham, 2010).

Tra le pratiche capaci di esercitare una forte influenza sul comportamento del consumatore si è segnalato, per esempio, il c.d. *drip pricing*: al consumatore è inizialmente presentato soltanto un elemento del prezzo, mentre solo successivamente emergono elementi aggiuntivi, necessari oppure opzionali ma corrispondenti a scelte di acquisto aggiuntivo assai usuali tra i consumatori e, talvolta, riunite in un “pacchetto” presentato come soluzione di *default* dal professionista. Non soltanto si produce così un effetto “di aggancio” sul consumatore: si sfrutta anche il fenomeno, ampiamente studiato, del c.d. *anchoring*, per cui le persone, una volta che si sono create una “ancora” cognitiva (in questo caso il prezzo di base), tendono a non “aggiustare” abbastanza sulla base di informazioni successive.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi: basti pensare alle tecniche per comunicare un’“illusione di gratuità” (come le offerte del tipo “paghi 2 e prendi 3”, che apparentemente sono in grado di attirare i consumatori molto più che uno sconto sul prodotto singolo di entità corrispondente).

Conclusioni

Il modello europeo di tutela del consumatore, rispetto ad altre incarnazioni del paternalismo libertario, rimane più decisamente rispettoso della libertà di scelta degli individui. Mentre in altri contesti si sostiene apertamente l'esigenza di una "spinta gentile" che indirizzi «*le scelte degli individui in modo da migliorarne le condizioni di vita*» (Thaler e Sunstein, 2009, p. 11), il diritto del consumatore sembra soprattutto preoccupato di proteggere gli individui dalle "spinte" provenienti dai professionisti, dalle manipolazioni e da decisioni affrettate.

Forse l'intervento più incisivo sulla libertà contrattuale è rappresentato dalla disciplina delle clausole vessatorie: la trattativa individuale è spesso incompatibile con il modo in cui si svolgono i rapporti tra consumatore e professionista, e questo rischia di "cacciare" dal mercato clausole che in determinati contesti e per determinati consumatori potrebbero apparire accettabili (si pensi per esempio alle clausole arbitrali). In generale, però, l'obiettivo sembra quello di creare un ambiente adatto a decisioni ragionevolmente ponderate e consapevoli, proteggendo il consumatore da informazioni non necessariamente false, ma comunque fuorvianti e da sollecitazioni troppo pressanti all'acquisto.

Non mancano opinioni che registrano con preoccupazione il rischio di una sovraprotezione del consumatore, che contestano la sua deresponsabilizzazione, che sottolineano l'esigenza che non sia trattato come un minore e disincentivato dal leggere i contratti che sottoscrive e dall'esercitare un minimo di attenzione e diligenza nell'assumere le proprie decisioni. Sullo sfondo sta la vecchia massima giuridica secondo la quale *nec stultis solere succurri, sed errantibus*. Sarebbe persino eticamente discutibile, in questa luce, che i consumatori debbano essere protetti da scelte sbagliate frutto della loro stessa disattenzione.

Si rischia, però, di non considerare un dato fondamentale. Il diritto dei consumatori non è fondamentalmente rivolto a proteggere gli individui da occasionali scelte svantaggiose. In fondo, la vera questione non è tanto la tutela microeconomica del singolo consumatore come contraente, ma la presenza di professionisti che pongono in essere sforzi sistematici e capillari per approfittare dei limiti cognitivi dei consumatori.

Attualmente, una quantità significativa di risorse è investita dalle imprese nello studio e nell'attuazione di pratiche commerciali capaci di trarre in inganno o quantomeno suggestionare gruppi più o meno ampi di consumatori, invece che nello sforzo di migliorare la qualità dei propri prodotti e servizi o di abbassarne il prezzo. Nei casi patologici, intere attività imprenditoriali si fondano sulla capacità di sfruttare le debolezze o l'ingenuità di gruppi di consumatori particolarmente vulnerabili.

Ci si può chiedere in quale misura questa realtà sia tollerabile; e in quale misura, invece, l'ordinamento giuridico abbia il compito di riportare la competizione su terreni più appropriati.

Il problema è se le imprese debbano competere pubblicizzando prodotti che verosimilmente non saranno in grado di fornire per attirare il pubblico presso

le proprie sedi, oppure dosando attentamente le informazioni fornite in prima battuta al consumatore in modo che questi scopra solo in un momento successivo gli elementi meno graditi, oppure effettuando ripetute e insistenti comunicazioni telefoniche nella speranza di sfruttare un momento di debolezza di una persona che ha già affermato di non essere interessato al prodotto o al servizio (ma anche: se debbano competere inserendo nei contratti clausole capestro, destinate a restare fuori dal campo di attenzione di una parte dei consumatori).

Il diritto dei consumatori non risponde tanto allo scopo di proteggere gli individui che si comportano irrazionalmente, quanto di scoraggiare gli sforzi prodotti dalle imprese per trarli in inganno o sottoporre a pressione le loro difese psicologiche; e così di creare le condizioni perché la concorrenza abbia esiti di una qualche utilità sociale.

Riferimenti bibliografici

- Ahmetoglu, G., Fried, S., Dawes, J. & Furnham, A., *Pricing Practices: Their Effects on Consumer Behaviour and Welfare*, 2010 (reperibile sul sito www.ofi.gov.uk).
- Caterina, R., "Processi cognitivi e regole giuridiche", in *Sistemi Intelligenti*, 2007, 381.
- Gueguen, N., *Psicologia del consumatore*, il Mulino, Bologna, 2009.
- Lugli, G., *Neuroshopping. Come e perché acquistiamo*, Apogeo, Milano, 2011.
- Thaler, R. H., Sunstein, C. R., *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano, 2009.