n. 15/2017

Roma, settembre 2017

MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA: INCOMPATIBILITÀ FRA LA NORMATIVA NAZIONALE E LA DIRETTIVA 2013/11/UE.

Nota a sentenza CGUE del 14.06.2017, C-75/16.

1. Premessa.

Nell'ambito di una controversia relativa ad un conto corrente acceso presso il B.P. da parte dei signori L.M e M.A.R., il Tribunale Ordinario di Verona, rilevava una serie di dubbi interpretativi relativi al previo esperimento obbligatorio della procedura di mediazione in applicazione dell'art. 5, co. 1-bis e 4 del d.lgs. n. 28/2010. Il giudice, al riguardo, ritenendo che alcune delle disposizioni del diritto italiano potessero risultare in contrasto con la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativa alla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (la "*Direttiva*"), decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre tali questioni alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("*CGUE*"), con ordinanza del 28 gennaio 2016, mediante un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Il 14 giugno 2017, nella causa C-75/16, la Prima Sezione della CGUE ha pronunciato una sentenza vertente sull'interpretazione della Direttiva e, di rimando, della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del consiglio del 21 maggio 2008, riguardante determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, nonché sulla compatibilità rispetto ad esse della disciplina nazionale circa le procedure di mediazione.

***

2. Contesto normativo – Ambito di Applicazione.

La Direttiva oggetto della questione interpretativa ha come obiettivo principale quello di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, superando le disparità esistenti tra gli Stati membri in ordine alla portata, alla qualità ed alla conoscenza dell'ADR (*Alternative Dispute Resolution*) e garantendo un maggiore livello di protezione dei consumatori[1]. A tale scopo viene garantito agli stessi la possibilità di presentare, su base volontaria, reclami nei confronti di professionisti [2] dinanzi a

[1] La direttiva 2013/11/UE definisce consumatore "*qualsiasi persona fisica che agisca a fini che non rientrano nella sua attività commerciale industriale, artigianale o professionale*" (cfr. art. 4, par. 1, lett. a).

[2] Sempre la Direttiva definisce, invece, 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 altra persona in suo nome o per suo conto*" (cfr. art. 4, par. 1, lett. b).

organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie (cfr. art. 1, par. 1 della Direttiva).

Per quanto attiene l'ambito di applicazione, la Direttiva non si applica a tutte le controversie che coinvolgono i consumatori, ma solo a quelle che presentano congiuntamente i requisiti indicati dall'art. 2, par. 1[3], ovvero quando:

- i reclami sono sollevati dai consumatori nei confronti dei professionisti e mai ai reclami presentati dai professionisti nei riguardi di consumatori o alle controversie tra professionisti.
- le procedure – imparziali, indipendenti, trasparenti, efficaci, rapide ed eque – hanno ad oggetto controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi come meglio definiti all'art. 4, par. 1, lett. c) e d) della Direttiva.
- le procedure sono affidate ad organismi ADR in possesso di tutti i requisiti di competenza, indipendenza e imparzialità nonché tali da assicurare il rispetto degli obblighi di trasparenza, equità ed efficacia[4].

Alla Direttiva 2013/11/UE si affianca inoltre, la direttiva 2008/52/UE, la quale ha tuttavia una portata oggettiva inferiore rispetto alla Direttiva in commento applicandosi solo alle controversie transfrontaliere, e un ambito soggettivo più ampio trovando applicazione anche alle controversie introdotte dai professionisti.

Ad ogni modo, stante quanto riportato all'art. 3, par. 1 della Direttiva 2013/11/UE, in caso di conflitto con una disposizione di un altro atto giuridico dell'Unione riguardante le procedure stragiudiziali di ricorso avviate da un consumatore nei confronti di un professionista, deve ritenersi prevalente il dettato di quest'ultima.

Per quanto attiene, invece, al contesto normativo italiano è opportuno menzionare il d.lgs. 28/2010 contenente disposizioni in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, le cui previsioni di dubbia compatibilità verranno evidenziate nel prosieguo della trattazione.

***

3. Le questioni pregiudiziali e la Sentenza della Corte di Giustizia del 14.06.17, C-75/16.

Nel dispositivo della sentenza C-75/16, la Corte ha, innanzitutto, preso in considerazione l'applicabilità della Direttiva alla causa principale sulla base della sussistenza dei requisiti già

[3] L'art. 2, par. 1 della Direttiva dispone che essa "*si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole*".

[4] L'organismo ADR, a prescindere dalla sua denominazione, deve essere istituito su base permanente, ed inserito in un elenco notificato alla Commissione Europea ai sensi dell'art. 20, par. 2.

menzionati di cui all'art. 1 (*v. § 2*), rimettendo tale valutazione al giudice del rinvio.

Passando al merito, la Corte ha esaminato le altre questioni sollevate dal Tribunale di Verona il quale domandava se la Direttiva in questione ammettesse o meno una normativa nazionale, quale appunto il d.lgs. 28/2010, in base alla quale:

1) il ricorso obbligatorio ad una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'art. 2, par. 1 della Direttiva, costituisce una condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa alla corrispondete controversia;

2) nell'ambito di tale procedura, sussiste l'obbligo per i consumatori di essere assistiti da un avvocato;

3) i consumatori possono sottrarsi ad una procedura solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo.

Si riportano di seguito le valutazioni della CGUE esposte nella sentenza in commento.

*

3.1 La mediazione come "*condizione di procedibilità*" e il suo carattere "*volontario*".

Con riferimento al primo punto, a far sorgere il dubbio di incompatibilità con la "Direttiva" è stata la previsione contenuta nel comma 1-*bis* dell' art. 5 d.lgs. 28/2010[5], in base alla quale nell'ambito di talune controversie espressamente indicate, chi intende esercitare un'azione giudiziaria è previamente tenuto ad esperire un tentativo di mediazione che costituisce **condizione di procedibilità** dell'azione stessa.

Al contrario, come rileva lo stesso giudice del rinvio, l'art. 1 della "Direttiva" prevede solo la **facoltà**, e non l'obbligo, per i consumatori di presentare "*su base volontaria*" reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi ad organismi ADR.

Nell'approfondire tale questione, la Corte prende in esame il secondo capoverso del medesimo art. 1 della "Direttiva", il quale riconosce agli Stati membri anche la possibilità di rendere obbligatorie tali procedure, a condizione che la legislazione nazionale non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario.

Peraltro, la Corte evidenzia che l'art. 3, lett. a) della direttiva 2008/52/UE definisce la mediazione come "*un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base*

[5] Secondo cui: "*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale*".

volontaria di raggiungere un accordo sulla risoluzione" il quale può essere avviato dalle parti, suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale, ma anche prescritto dal diritto di uno Stato membro. Inoltre, la Corte afferma che il carattere "volontario" della mediazione va fatto coincidere non già nella libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, quanto invece con il fatto che "*le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento*"[6].

Assumendo quindi rilevanza non il carattere obbligatorio o facoltativo della procedura, ma il fatto di non pregiudicare l'accesso al sistema giudiziario, la Corte rileva che una normativa nazionale che preservi e ne garantisca l'accesso, pur introducendo un tale obbligo, non contravviene alle previsioni di cui sopra e non pregiudica l'obiettivo della procedura[7].

Anche in questo caso, viene rimesso al Tribunale il compito di verificare l'aderenza della normativa italiana a tale statuizione.

La Corte, pertanto, conclude la trattazione del primo punto sostenendo che "*il requisito di una procedura di mediazione come condizione di procedibilità può rilevarsi compatibile con il principio di tutela giurisdizionale qualora tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti per le parti*" [8], qualora in sostanza, non pregiudichi in alcun modo l'accesso al sistema giurisdizionale.

*

3.2 L'assistenza dell'avvocato nell'ambito della procedura ADR.

In merito al secondo punto, il giudice del rinvio solleva il dubbio circa l'incompatibilità del d.lgs. 28/2010 nella parte in cui prevede, per le parti, l'assistenza obbligatoria di un avvocato durante la procedura ADR.

La risposta a tale quesito viene offerta prendendo in esame l'art. 8, lett. b) della Direttiva il quale stabilisce, al contrario, che alle parti è riconosciuta la possibilità di prendere parte alla procedura ADR "*senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o ad un consulente legale*", possibilità della quale esse devono essere previamente e regolarmente informate[9].

Una simile previsione risponderebbe all'intento generale della Direttiva, cioè incentivare la risoluzione delle controversie attraverso procedure stragiudiziali, facilitandone l'accesso e limitandone i costi per i consumatori.

[6] Cfr. Considerando 13 - Direttiva 2008/52/UE.

[7] La sentenza contiene ripetuti riferimenti per analogia alla sentenza del 18 marzo 2010, da C317/08 a C320/08.

[8] Corte di Giustizia dell'UE, Prima sezione, sentenza del 14 giugno 2017, causa C-75/16.

[9] Art. 9, par. 1, lett. b) della Direttiva prevede che "*le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura*".

Pertanto, la Corte conclude la trattazione del secondo punto affermando che una normativa nazionale, come quella italiana, che impone al consumatore di essere assistito da un avvocato o altro consulente legale, non può considerarsi compatibile con il dettato della Direttiva.

***

3.3 Il ritiro dalla procedura solo per giustificato motivo.

L'ultima questione trattata riguarda la dubbia compatibilità del d.lgs. 28/2010 lì dove prevede la possibilità delle parti di ritirarsi da una procedura di mediazione solo in presenza di un giustificato motivo, in assenza del quale il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio, condannando la parte, che non ha partecipato, al pagamento di una ammenda in favore dello Stato[10].

L'art. 9, par. 2, lett. b) della Direttiva, invero, riconosce ai consumatori il diritto di ritirarsi in "*qualsiasi momento*" se non soddisfatti dalle prestazioni e/o dal funzionamento della procedura senza che sia prevista alcuna forma di sanzione nei loro confronti. La suddetta possibilità è riconosciuta ad entrambe le parti, salvo che la normativa nazionale preveda la partecipazione obbligatoria del professionista alle procedure di ADR.

Sulla questione, il governo italiano ha precisato che l'imposizione dell'ammenda da parte del giudice è prevista soltanto in caso di mancata partecipazione senza giustificato motivo e non, invece, in caso di ritiro dalla procedura, come peraltro sancito dall'art. 5, c. 2-*bis* d.lgs. 28/2010.

Quindi, con riferimento a quest'ultimo punto, la Corte *in primis* ha rimesso al Tribunale l'onere di verificare se effettivamente il diritto nazionale così dispone e, *in secundis*, ha affermato che una normativa nazionale che prevede il "*giustificato motivo*", quale condizione necessaria per ritirarsi da una procedura di mediazione, non osta al dettato e agli intenti della Direttiva soltanto ove riconosca comunque al consumatore la facoltà di porvi fine senza restrizioni, per lo meno, dopo il primo incontro.

***

4. Conclusioni.

Alla luce di quanto detto, per quello che in questa sede interessa, gli impatti concreti di questa decisione sono poco rilevanti tenuto conto del fatto che **la Direttiva 2013/11/UE**, come già anticipato, **ha come "destinatari" esclusivamente i consumatori**, nei confronti dei quali vengono previste maggiori forme di tutela. Pertanto, in sintesi:

1. l'obbligatorietà del previo esperimento di un tentativo di mediazione, nei casi espressamente previsti dalla legge, seppur costituisca una condizione di

[10] Cfr. art. 8, comma 4-*bis* d.lgs. 28/2010: "*Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, c. 2 c.p.c... Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'art. 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio*".

procedibilità dell'azione giudiziaria, è da ritenersi compatibile con la Direttiva sempre che non pregiudichi in alcun modo l'accesso all'azione stessa;

2. la possibilità di scegliere se essere assistiti o meno durante una procedura ADR compete solo ai consumatori e non ai professionisti.
   A tal riguardo, vale la pena sottolineare che tale facoltà di scelta se da un lato potrebbe incidere positivamente sui costi da sostenere, dall'altro esporrebbe il consumatore poco esperto ad una "mancanza di tutela" nell'ambito di una procedura in cui il professionista (es. il soggetto Banca) venga invece assistito da un soggetto qualificato, quale un avvocato;
3. per quanto attiene la possibilità di ritirarsi in qualunque momento dalla procedura senza incorrere in ammende, la Direttiva potenzialmente riconosce tale possibilità ad entrambe le parti ma a condizione che la legislazione nazionale non preveda per il professionista l'obbligo di partecipazione alla procedura.
   In tal caso, infatti, tale facoltà è riconosciuta esclusivamente nei confronti del consumatore.
   Nel nostro caso, sussistendo tale obbligo nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto contratti bancari e finanziari, la possibilità sopra menzionata non potrà essere riconosciuta al professionista/Banca.

In ogni caso, considerate le numerose questioni che la CGUE ha rimesso al giudice del rinvio, al fine di valutare l'effettiva portata della decisione e capire quali potrebbero esserne i risvolti pratici, sarà opportuno attendere che quest'ultimo si pronunci con sentenza di merito sulla questione principale, provvedendo così a dare anche una risposta a tutte le altre questioni rimesse.

Dott.ssa Isabella Gisonna
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.