UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI "M. FANNO"

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA E MANAGEMENT

PROVA FINALE

"LA RECENTE DISCIPLINA EUROPEA SULLA VENDITA DI BENI NEL MERCATO DIGITALE"

RELATORE:

CH.MA PROF.SSA ARIANNA FUSARO

LAUREANDA: MARTA VISTOSI

MATRICOLA N. 1066492

ANNO ACCADEMICO 2022 – 2023

Dichiaro di aver preso visione del "Regolamento antiplagio" approvato dal Consiglio del Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali e, consapevole delle conseguenze derivanti da dichiarazioni mendaci, dichiaro che il presente lavoro non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere. Dichiaro inoltre che tutte le fonti utilizzate per la realizzazione del presente lavoro, inclusi i materiali digitali, sono state correttamente citate nel corpo del testo e nella sezione 'Riferimenti bibliografici'.

I hereby declare that I have read and understood the "Anti-plagiarism rules and regulations" approved by the Council of the Department of Economics and Management and I am aware of the consequences of making false statements. I declare that this piece of work has not been previously submitted – either fully or partially – for fulfilling the requirements of an academic degree, whether in Italy or abroad. Furthermore, I declare that the references used for this work – including the digital materials – have been appropriately cited and acknowledged in the text and in the section 'References'.

Firma (signature) Marta Virdosi

INTRODUZIONE **5**

1 DIRETTIVA UE 2019/771 ..... **7**

1.1 Vendita di beni mobili B2C: la novità dei beni con elementi digitali **7**

1.2 Conformità **8**

1.2.1 I requisiti soggettivi 9

1.2.2 I requisiti oggettivi 10

1.2.3 Il difetto di conformità 11

1.2.3.1 *I rimedi al difetto di conformità* 13

1.3 Garanzie convenzionali **16**

1.3.1 Il divieto di deroghe *in peius* per il consumatore 17

2 RECEPIMENTO: IL D.LGS. N. 170, 4 NOVEMBRE 2021 ..... **19**

2.1 Armonizzazione massima selettiva: occasioni colte e perse **19**

2.1.1 Applicazione a contratti B2B 19

2.1.2 Onere di denuncia tempestiva del difetto di conformità 20

2.1.3 Nullità di protezione (art.135-sexies, c.1) 20

2.1.4 Il risarcimento del danno (art.135-septies) 21

3.1 Fornitura di contenuti/servizi digitali B2C **23**

3.2 Dati personali come corrispettivo **24**

3.3.1 I requisiti 28

3.3.2 La revoca del consenso e i suoi effetti 28

3.4 Conformità **29**

3.4.2 Gli aggiornamenti 30

3.4.3 Il difetto di conformità 31

3.4.3.1 *La non conformità al GDPR* 31

3.4.3.2 *I rimedi al difetto di conformità* 32

3.5 Modifiche a contenuti/servizi digitali **33**

4 RECEPIMENTO: IL D.LGS. N. 173, 4 NOVEMBRE 2021 ..... **35**

4.1 Occasioni colte e perse **35**

CONCLUSIONE **37**

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI **39**

INTRODUZIONE

Il presente lavoro intende offrire uno sguardo d'insieme sulle direttive UE che disciplinano la compravendita di beni, anche digitali, e la fornitura di contenuti e servizi digitali: la dir. 2019/771/UE e la dir. 2019/770/UE. Partendo dal presupposto che le due normative vanno interpretate in modo congiunto, in quanto per loro esplicita ammissione si completano reciprocamente (cons. 20, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE; cons. 13, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE), è sembrato sensato procedere esaminando prima la direttiva 771, che copre la vendita di beni in generale, proseguendo poi con l'analisi della n. 770, che regola invece nello specifico solo le forniture digitali. In ambo i casi, si provvederà a illustrare anche il relativo recepimento nell'ordinamento italiano, senza mancare di evidenziarne meriti e lacune.

Premesso questo, è importante sottolineare che si tratta di due direttive che tendono all'armonizzazione massima (cons. 10, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE; cons. 11, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE) perché concepite dal Legislatore europeo nell'ottica di giungere a un mercato unico digitale comunitario, obiettivo che necessariamente richiede di uniformare al massimo la tutela garantita al consumatore in tutto il territorio dell'Unione Europea. Di conseguenza, la legislazione dei singoli Stati membri ha dovuto allinearsi completamente a quanto previsto in sede europea, abbandonando il principio di maggior tutela che prima permetteva di mantenere una disciplina di maggior favore, fintanto che le discrepanze servivano a garantire una protezione superiore al consumatore rispetto alle norme europee. In verità, come si avrà modo di notare, le direttive in questione presentano così tante deroghe all'applicazione di tale criterio di uniformazione da renderla, piuttosto, un'armonizzazione massima intermittente (in tal senso anche: Barenghi, 2020; Pagliantini, 2020). In fin dei conti, ciò è l'inevitabile conseguenza dell'indeterminatezza dei precetti normativi che li rende impossibili da rispettare alla lettera, come al contrario richiederebbe un'armonizzazione effettivamente totale (PAGLIANTINI, 2020).

1 Direttiva UE 2019/771

Il 20 maggio 2019 l'Unione Europea ha emanato la dir. 2019/771/UE per disciplinare in modo più omogeneo i contratti di vendita di beni all'interno dei suoi territori. La normativa, recepita negli ordinamenti degli Stati Membri entro 1° luglio 2021, è stata applicata dal 1° gennaio 2022 (art.24, par.1, c. 1 e 2, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE), data a partire dalla quale ha anche abrogato la dir. 1999/44/CE (art. 23, c.1, *ibid.*) che regolava precedentemente la vendita di beni di consumo (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 1999/44/CE).

1.1 Vendita di beni mobili B2C: la novità dei beni con elementi digitali

La direttiva n. 771 disciplina la vendita di beni tra venditori e consumatori (art.1, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). Nonostante siffatto generico riferimento ai semplici beni, però, il legislatore europeo include poi nella definizione di bene anche i c.d. beni con elementi digitali, ossia quelli che incamerano o sono connessi con un dato contenuto/servizio digitale al punto da essere inservibili qualora questo mancasse (art.2, punto 5), lett. b, *ibid.*; art. 2, punto 3), Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE). Questa descrizione potrebbe apparire enigmatica, tuttavia, la dir. 771 fornisce per maggiore comprensibilità degli esempi, come quello dell'orologio digitale capace di operare solamente assieme a una *app* che, pur essendo parte del contratto di vendita, non è preinstallata ma necessita di *download* sullo *smartphone*: qui l'orologio è il bene corredato da una componente digitale, vale a dire l'applicazione (cons. 15, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE).

Per stabilire se anche l'elemento digitale interconnesso o incorporato sia disciplinato dalla medesima direttiva che regola il bene stesso – la n. 771 – è necessario osservare il parametro che spartisce la pertinenza applicativa tra la direttiva in esame e quella c.d. gemella – la n. 770 – inerente alla fornitura di contenuti e servizi digitali: l'autonomia funzionale del bene dall'elemento digitale (ADDIS, 2020). Infatti, al contratto di fornitura digitale devono essere applicate le disposizioni della direttiva 770 se il bene funziona autonomamente rispetto al contenuto/servizio digitale (cons. 16, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE; cons. 22, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE)[1], e

[1] Si noti che nell'ipotesi di componente digitale offerta su un supporto di memorizzazione fisico, come ad esempio una *memory card*, si applicano i precetti della direttiva n. 770 sia al file che al supporto stesso, ma solo a condizione che quest'ultimo si limiti unicamente a veicolare l'elemento digitale (cons. 20, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE; cons. 13, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE).

quelle della direttiva n. 771 quando invece il bene dipende dall'elemento digitale per poter funzionare (cons. 15, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE; cons. 21, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE), fermo restando che in caso di incertezza in merito a quale delle due direttive impiegare prevalgono le norme della seconda (*ibid*.).

L'introduzione del concetto di beni con elementi digitali, appena delineato, rappresenta una delle innovazioni della direttiva in questione, ma non l'unica. Come si vedrà nei prossimi paragrafi, la bipartizione della conformità (ADDIS, 2020), la rimozione dell'onere di denunzia del consumatore, il caso particolare del dichiarato intento del venditore a non ripristinare il difetto di conformità e la risoluzione stragiudiziale del contratto, costituiscono ulteriori novità circa la conformità nella disciplina della vendita di beni mobili *business to consumer*.

1.2 Conformità

La direttiva in esame si concentra principalmente sulla conformità dei beni, sui rimedi al difetto di conformità e sulle relative modalità di esercizio (cons. 11, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE), in modo da assicurare che non vi siano ambiguità su cosa possa legittimamente attendersi il compratore e su cosa costituisca responsabilità del professionista se non viene consegnato un bene conforme (cons. 25, *ibid.*).

In cosa consiste quindi la suddetta conformità? La direttiva chiarisce al riguardo che ogni cenno alla conformità ivi contenuto si rifà alla conformità del bene al contratto, la quale deve essere misurata in rapporto ai criteri di conformità soggettivi e oggettivi (*ibid*.). Di conseguenza, il bene è conforme al contratto se rispetta i requisiti di cui agli artt. 6 e 7 della direttiva poiché nel diritto europeo il bene conta per come dovrebbe essere, anziché per com'è alla conclusione del contratto (ADDIS, 2020). Questo implica che la conformità dipende anche dalle ragionevoli aspettative[2] del consumatore circa beni dello stesso genere, oltre che dalle previsioni del contratto, quindi, al rovescio, anche la non conformità va accertata controllando il bene che deve corrispondere a quello che desiderava il consumatore, cioè quello che giustamente confidava di vedersi consegnare (SIMONINI, 2022).

Da tutto ciò discende l'obbligazione a carico del venditore, di cui all'art. 5 della direttiva, di fornire beni che soddisfino i requisiti di conformità. Da quale momento e quanto a lungo, però,

[2] La delucidazione in merito a cosa le renda tali si ritrova nel considerando 24 della direttiva che raccomanda di verificare la legittimità in modo imparziale e in considerazione della tipologia e delle finalità dell'atto negoziale, della fattispecie coinvolta, nonché delle consuetudini dei contraenti (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE).

egli è tenuto a garantirne la conformità? Se la precedente direttiva 1999/44/CE aveva spostato la responsabilità del venditore dal momento del passaggio del rischio al consumatore a quello della consegna, la successiva direttiva (UE) 2019/771 l'ha persino prolungata (*ibid*.). La conformità è così passata dall'essere momentanea, giacché legata al preciso istante della consegna, all'essere duratura, per conservare lo stato di conformità determinato originariamente alla consegna (ADDIS, 2020).

Si è prodotta così una bipartizione del concetto di conformità che è il logico esito dell'ammissione dei beni con elementi digitali nella nuova normativa sulla vendita di beni (*ibid*.). Lo si evince dalla direttiva stessa che sottolinea come, nonostante la consegna dei beni sia generalmente l'occasione fondamentale per stabilire la conformità anche in caso di beni con elementi digitali, questo vale solo per forniture singole (cons. 37, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). Al contrario, qualora si tratti di forniture continuative con elementi digitali, siffatta circostanza si trasforma da singolo istante a lasso di tempo, che inizia proprio dalla consegna (*ibid*.).

In effetti, in virtù della costante evoluzione tecnologica che rende le loro prestazioni passibili di rapido decadimento, sono in particolare i beni intelligenti a dare carattere mutevole alla conformità che, dunque, ne condivide il rischio di progressivo deterioramento (SIMONINI, 2022). Ecco allora che la direttiva 771 giunge all'innovativa conclusione che la conformità del bene deve essere preservata anche al di là della consegna, ergo: il venditore ne è responsabile almeno per tutta la durata della garanzia (*ibid.*).

Questo significa che anche dopo la consegna il bene venduto deve continuare a serbare tutti quei requisiti di conformità richiesti dalla direttiva: criteri di seguito esaminati più nel dettaglio, che gli artt. 5-8 regolano abbastanza approfonditamente (DE CRISTOFARO, 2022a), pur tuttavia non discostandosi in concreto granché da quelli contemplati dalle precedenti norme (LUMINOSO, 2022).

1.2.1 I requisiti soggettivi

I requisiti soggettivi di conformità sono quelli specificatamente pattuiti da contratto (DE CRISTOFARO, 2022b). La direttiva dispone un elenco preciso di queste caratteristiche soggettive del bene conforme:

- soddisfa tutte le specifiche inserite nel contratto, come quelle relative a descrizione, tipo, quantità, qualità, funzionalità, compatibilità e interoperabilità (art. 6, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE);

- è adatto a qualsiasi impiego richiesto dall'acquirente entro la stipula contrattuale che il venditore abbia accettato (*ibid.*);
- include qualsiasi accessorio, compreso il manuale di istruzioni e di installazione, contemplato nel contratto (*ibid.*);
- comprende tutti gli aggiornamenti stabiliti nel contratto (*ibid.*).

Alcuni di questi sono di nuova introduzione, primo fra tutti il riferimento alla presenza di aggiornamenti per i beni con elementi digitali, come pure i requisiti di funzionalità, compatibilità e interoperabilità (LUMINOSO, 2022). La direttiva fa chiarezza intorno a questi ultimi raccomandando di interpretare: la funzionalità, come idoneità a svolgere tutte le funzioni in considerazione del suo scopo; la compatibilità, quale capacità del bene con elementi digitali di operare con hardware o software che beni dello stesso genere impiegano di norma; l'interoperabilità, come quella capacità del bene di operare con hardware o software differenti da quelli con cui sono utilizzati abitualmente (art. 2, rispettivamente punto 9), 8) e 10), Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE).

1.2.2 I requisiti oggettivi

I requisiti oggettivi di conformità sono quegli attributi universali di cui il bene è provvisto in base alla sua tipologia (LUMINOSO, 2022). Per questo motivo, oltre a essere conforme al contratto di vendita e quindi rispettare i criteri soggettivi di conformità, il bene deve conformarsi anche alle ragionevoli aspettative per beni dello stesso genere. Di conseguenza, la direttiva dispone segnatamente che il bene conforme è altresì:

- adatto ai normali usi pretesi per beni di quella natura, in considerazione anche dei possibili standard di settore (art. 7, par. 1, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE);
- fedele all'eventuale campione di prova offerto al consumatore dal professionista anteriormente alla stipula del contratto (*ibid.*);
- completo di tutti gli accessori – anche imballaggi e istruzioni varie – che l'acquirente conta legittimamente di vedersi consegnare (*ibid.*);
- consono a tutte le caratteristiche che giustamente il compratore conta di ritrovare di solito in beni dello stesso genere, anche in virtù di eventuali dichiarazioni fatte dal professionista o da terzi, come ad esempio quelle su quantità, qualità, durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza (*ibid.*).

Anche in questo caso i contenuti dell'obbligo di consegnare beni conformi al contratto sono aumentati rispetto alla precedente disciplina, ricomprendendo ora in aggiunta il fornire tutti gli

accessori, l'imballaggio, oltre che le istruzioni d'installazione e d'uso (DE CRISTOFARO, 2022b). Inoltre, la normativa in oggetto impone che per i beni con elementi digitali il professionista garantisca e notifichi la presenza degli aggiornamenti – compresi quelli di sicurezza – indispensabili a protrarne la conformità nel tempo (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). Suddetto onere è riconducibile, sì alla natura digitale degli elementi incorporati o interconnessi al bene, ma anche al disposto principio di durabilità secondo il quale un bene deve conservare nel tempo *performance* e funzionalità attese dal suo ordinario utilizzo (art. 2, punto 13), *ibid*.). L'inserimento di questo canone tra i criteri oggettivi di valutazione della conformità dei beni è una novazione auspicata già dal considerando 32, per il quale una maggiore durabilità è essenziale per pervenire a modelli di consumo più sostenibili e raggiungere un'economia circolare (*ibid*.).

Emerge chiara, dunque, l'attenzione del legislatore europeo verso la sostenibilità ambientale, tema a cui la stessa durabilità è strettamente congiunta poiché, di fatto, se aumenta la longevità di un prodotto allora il consumatore può utilizzarlo più a lungo prima di sostituirlo e con ciò contribuire a frenare il *turnover* smodato di beni consumati. Per converso, un'accelerata obsolescenza dei prodotti comporterebbe una maggiore quantità di oggetti dismessi da smaltire, nonché lo speculare riversamento sul mercato di altrettanti nuovi articoli a causa dell'aumento della domanda di nuovi beni (D'ONOFRIO, 2022). È un problema, questo, che il progresso tecnologico ha acuito, ispirando il controverso fenomeno della c.d. obsolescenza programmata, vale a dire la premeditata diminuzione dell'efficienza di un prodotto dopo un tempo inferiore rispetto alla normale durata di oggetti della stessa tipologia, pertanto quasi assimilabile a una tecnica di produzione (*ibid*.).

1.2.3 Il difetto di conformità

Che la pratica appena descritta, pregiudicando la durabilità ragionevolmente attesa dal consumatore, configuri un lampante difetto di conformità che di conseguenza autorizza l'acquirente a servirsi dei rimedi concessigli dalla direttiva, è indubbio (*ibid*.).

Ricorre un difetto di conformità, per l'appunto, ogniqualvolta il bene non rispetta uno o più requisiti di conformità[3], il che attesta una concezione di non conformità estesa a tal punto dalla nuova disciplina da racchiudervi qualsiasi ipotesi di discordanza tra lecite attese del compratore e attributi del prodotto (SIMONINI, 2022). Addirittura, la direttiva 771 vi include i vizi giuridici – considerati difetti di conformità ai sensi dell'art. 9 – che altro non sono che i difetti immateriali del bene venduto (*ibid*.).

[3] Eccetto per la deroga contemplata dall'art.7, par.5, dir. 2019/771/UE, come si vedrà più avanti (v. p. 17).

Resta tuttavia ancora in sospeso se la consegna di un bene del tutto differente da quello pattuito o così difettoso da non poter assolvere allo scopo per cui è stato acquistato – c.d. *aliud pro alio* – costituisca o meno un inadempimento dell'obbligo di consegna del venditore, poiché la questione non viene espressamente risolta dalla riformata disciplina della direttiva 771 (DE CRISTOFARO, 2022b). Malgrado ciò, l'orientamento prevalente è concorde nel considerare qualunque vizio materiale della cosa, *aliud pro alio* compreso, come difetto di conformità quindi quale contravvenzione all'onere di consegnare cose conformi al contratto (VENTURELLI, 2022). In considerazione di ciò, la fattispecie in discorso può identificarsi come difetto di conformità oggettivo (SIMONINI, 2022) perché un bene che si rivela inidoneo a essere utilizzato per i medesimi normali scopi dei beni dello stesso genere, senza dubbio, disattende uno dei requisiti oggettivi di conformità della direttiva (LUMINOSO, 2022).

Esplicitamente annoverata fra i difetti di conformità della direttiva (UE) 2019/771, ai sensi dell'art. 8, troviamo invece l'errata installazione del bene e i difetti che ne derivano, a condizione però che l'installazione sia prevista dal contratto e venga eseguita dal venditore, o da chi per lui, oppure sia a carico del consumatore e questi la compia scorrettamente a causa di inadeguate istruzioni formulate dal venditore – o dal fornitore del contenuto/servizio digitale nel caso di beni con elementi digitali. La ragione di tale disposizione risale al considerando 40, dal quale si evince che l'installazione porta a compimento la consegna del bene, pertanto, essendo necessaria per il perfezionamento della conformità, un difetto nell'installazione equivale a un difetto di conformità (LUMINOSO, 2022).

Per inciso, vagliando il secondo scenario prospettato dall'art. 8, è possibile ipotizzare che nella circostanza in cui il difetto di conformità sia determinato dalla condotta colposa dell'acquirente, la responsabilità del venditore sia generalmente esclusa (*ibid*.). Il ragionamento alla base di questa teoria è che un difetto provocato dal compratore sottintende che esso sia originato posteriormente alla consegna del bene, però il professionista risponde solo per i difetti di conformità presenti alla consegna – tant'è che, nell'ipotesi di mancata installazione da parte dell'acquirente degli aggiornamenti per l'elemento digitale, egli non ne risponde se li ha notificati al consumatore, anche ragguagliandolo in merito ai rischi del mancato aggiornamento (*ibid*.). Ragionando invece sull'attribuzione di una parziale responsabilità in capo al compratore, è presumibile che per concorso di colpa l'acquirente potrebbe ottenere unicamente un risarcimento del danno proporzionalmente ridotto in relazione alla gravità della sua colpa e dell'entità delle conseguenze prodotte (*ibid*.).

Tutto ciò premesso, in accordo con quanto disposto dall'art. 10 della direttiva, il venditore risponde di qualsiasi difetto di conformità presente al momento della consegna e che si

manifesta entro due anni dalla stessa, al punto che – in ossequio all'art. 11, par.1 – si presume che il bene, anche quello con elementi digitali, non fosse conforme già alla consegna se il difetto è comparso entro un anno da essa (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). Per di più, il professionista è responsabile nei confronti del consumatore tanto per il bene, quanto per l'eventuale contenuto/servizio digitale ivi interconnesso o incorporato, per un arco di almeno due anni – di più se le forniture continuative superano tale durata, nel qual caso il venditore risponde fintanto che è obbligato a fornirle da contratto (art. 10, par.2, *ibid.*).

Riepilogando, la normativa in esame salvaguarda l'acquirente obbligandolo solo a documentare la sussistenza della difformità, sollevandolo quindi dall'onere di provare sia l'origine del difetto che la sua attribuibilità al professionista (PAGLIANTINI, 2020). In caso di attestata responsabilità del venditore per difetto di conformità, il consumatore avrà diritto a rivalersi su di lui avvalendosi dei rimedi previsti dalla disciplina. Casomai il difetto risalisse alla responsabilità di una terza parte precedente nella catena commerciale, quale ad esempio un produttore, a norma dell'art. 18 il venditore avrà poi il diritto di agire in rivalsa su di essa seguendo le modalità prescritte dalla legislazione nazionale (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE).

1.2.3.1 *I rimedi al difetto di conformità*

Prima di esporre i rimedi al difetto di conformità accordati dalla nuova disciplina sulle vendite mobiliari *b-to-c*, è opportuno soffermarsi brevemente sugli eventuali comportamenti che il consumatore deve tenere per poter usufruire di tale tutela. Al fine di non aggravare la posizione del venditore, il contraente debole deve collaborare con il professionista installando gli aggiornamenti software indispensabili per conservare la conformità del bene, altrimenti il venditore non è responsabile per i danni conseguenti al mancato aggiornamento (SIMONINI, 2022). In realtà, questa obbligazione risulta essere anche l'unica posta in capo al consumatore dalla direttiva 771, perché l'onere di informare il venditore della presenza del difetto di conformità non è più imposto dalla normativa (DE CRISTOFARO, 2022b), bensì soltanto lasciato alla discrezione degli Stati Membri dall'art.12, con la sola indicazione in tal caso di concedere al consumatore almeno due mesi di tempo per espletarlo. In definitiva, al consumatore resta solamente da far valere i suoi diritti entro il termine di prescrizione[4] (DE CRISTOFARO, 2022a).

[4] L'Italia ha inspiegabilmente mantenuto tale scadenza a ventisei mesi, senza considerare l'abolizione dell'onere di denuncia (DE CRISTOFARO, 2022a). Tale periodo era stato difatti fissato sommando i ventiquattro mesi di garanzia legale con i due mesi entro i quali il consumatore doveva denunciare il difetto al venditore, indi per cui il termine di prescrizione andava rettificato.

Analizzando l'assetto regolatorio dei rimedi per difetto di conformità, normalizzati dagli artt. 13-16 della dir. 2019/771/UE, è prontamente appurabile che esso è rimasto fondamentalmente immutato, sia per i rimedi concessi che per la loro gerarchia d'impiego, così come per la mancanza di norme sul risarcimento del danno (ADDIS, 2020).

In caso di bene non conforme, gli strumenti riconosciuti al consumatore per agire in rivalsa al difetto si riconfermano appunto essere il ripristino della conformità, la riduzione proporzionale del prezzo, o la risoluzione del contratto (art.13, par.1, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). Relativamente al primo, il consumatore può scegliere se ottenere il ripristino richiedendo la riparazione o la sostituzione del bene[5] (art.13, par.2, *ibid.*): entrambi rimedi che continuano a precedere gerarchicamente le altre soluzioni perché la nuova disciplina predilige ancora, in primis, la preservazione dell'atto negoziale (BARENGHI, 2020). Permane, infatti, la sequenza di rimedi già introdotta dalla previgente dir. 1999/44/CE che prevede di ricorrere alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto esclusivamente se la sostituzione e la riparazione sono entrambe impossibili o eccessivamente costose, oppure se il venditore non ha ripristinato la conformità in tempi ragionevoli e senza forti inconvenienti per il consumatore (DE CRISTOFARO, 2022b). Trapela qui ancora l'anima *green* del legislatore europeo che, con il considerando 48 della dir. 771, dimostra perfino di preferire il rimedio della riparazione a quello della sostituzione (D'ONOFRIO, 2022), adducendo come motivazione il fatto che incoraggia maggiore durabilità e consumo sostenibile, e raccomandando che la scelta tra questi due strumenti venga permessa solo in caso di impossibilità o sproporzionato costo a rispristinare per il venditore.

Si era già accennato inizialmente che in maniera innovativa rispetto alla precedente disciplina, la direttiva europea prevede l'eventualità che il venditore dichiari di non essere intenzionato a ripristinare la conformità (art. 13 par. 4, lett. d), Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE), stabilendo che il concretizzarsi del dichiarato – o implicito – intento del venditore a non adempiere al ripristino entro un accettabile lasso di tempo, è sufficiente ad autorizzare il consumatore a richiedere immediatamente la riduzione del prezzo o la risoluzione, senza dover sollecitare ulteriormente l'esecuzione del contratto (ADDIS, 2020).

[5] In linea con quanto ordinato dall'art. 14 (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE), il venditore deve provvedere a tali rimedi in tempi ragionevoli, senza spese per il consumatore, senza causargli notevoli inconvenienti ed eventualmente rimuovendo il bene non conforme già installato e installando il bene sostitutivo o riparato; il consumatore deve d'altra parte cooperare rendendo disponibili i beni non conformi. Non è previsto inoltre che quest'ultimo debba pagare per l'uso fatto del bene prima che questo fosse sostituito.

Ai rimedi appena citati la direttiva dedica due separati articoli: l'art. 15, ove specifica stringatamente che la diminuzione del prezzo deve essere commisurata alla perdita di valore subita dal bene in conseguenza della mancata conformità (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE), e il susseguente art. 16 in cui tratteggia invece più accuratamente lo strumento della risoluzione. Quest'ultimo articolo esordisce disponendo che il consumatore esercita la risoluzione per mezzo di una dichiarazione al venditore in cui esprime la sua decisione di risolvere il contratto (art. 16, par.1, *ibid.*). Tale esercizio perentorio del diritto alla risoluzione risalta in modo particolare nel nostro paese, giacché l'espresso riconoscimento della facoltà di imporre tale rimedio unilateralmente senza ricorrere a un giudice è un fatto nuovo (ADDIS, 2020; in tal senso anche BARENGHI, 2020; LUMINOSO, 2022). Va registrato che il consumatore può avvalersi del suddetto diritto anche in modo parziale, come concede lo stesso art. 16. Infatti, al successivo par. 2, prevede la possibilità di risolvere il contratto in relazione ai soli beni difettosi se il difetto di conformità concerne solo una parte dei beni ricevuti, ammettendo per giunta che nell'eventualità in cui non sia ragionevole per l'acquirente serbare neanche quella frazione di beni conforme, egli può ottenere la risoluzione del contratto di vendita per intero, quindi comprensiva dei beni acquistati assieme a quelli difettosi (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). In seguito alla comunicazione dell'azione risolutiva il compratore renderà la merce, a spese del venditore, il quale lo rimborserà di quanto pagato non appena ricevuto quanto reso oppure abbia ricevuto la prova della avvenuta restituzione (art. 16, par. 3, *ibid*.).

Quanto appena esposto è imprescindibile dal fatto che la risoluzione del contratto è autorizzata dalla direttiva 771 esclusivamente per difetti gravi e che spetta eventualmente al venditore dimostrare che il difetto è in realtà solo di lieve entità (art. 13, par. 5, *ibid.*). Questo principio, oltre a corroborare ulteriormente l'orientamento della direttiva sulla sostenibilità ambientale, dimostra che il diritto alla risoluzione costituisce ora la suprema espressione di difesa dalla difformità grave (SIMONINI, 2022). Tanto è vero che nella circostanza che il difetto comprometta talmente gravemente la possibilità di un uso normale del bene da rendere irragionevole aspettarsi che il consumatore creda nell'effettiva abilità del venditore di ripristinare la conformità (v. cons. 52, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE) scatterebbe la possibilità ammessa dall'art. 13, par. 4 della direttiva di richiedere direttamente la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto scavalcando l'ordine imposto per i rimedi dalla stessa normativa (BARENGHI, 2020).

Facendo un'analogia tra questi due citati strumenti, giudicabili affini, parte della dottrina (v. ADDIS, 2020; LUMINOSO, 2022) si è interrogata sulla possibilità di ottenere anche la

riduzione del prezzo attraverso una semplice dichiarazione al venditore, ma senza giungere a un'univoca conclusione. Se da un lato, infatti, l'estensione della dichiarazione stragiudiziale al rimedio della riduzione sembrerebbe inammissibile per via della significativa diversità di enunciazione delle due disposizioni e del fatto che, in caso di disaccordo tra i contraenti, è inevitabile ricorrere al giudice per stabilire l'ammontare di tale decurtazione; dall'altro, invece, tale forma di esercizio del diritto alla riduzione del prezzo sembrerebbe implicitamente prevista dall'art. 13, par. 6 della direttiva poiché, dando la possibilità al consumatore di astenersi dal pagare qualunque percentuale dell'importo dovuto fintanto che il professionista non ripristini la conformità, esso ammette anche che il blocco del pagamento applicato dopo l'unilaterale pretesa di riduzione è lecito mentre si attende la definizione dell'effettiva cifra da scontare (LUMINOSO, 2022). La questione resta quindi irrisolta.

Resta ancora esclusa dalla piena armonizzazione della direttiva la disciplina del risarcimento del danno (ADDIS, 2020), la quale viene solamente contemplata dall'art.3, par.6, che ne rimette la regolamentazione agli Stati membri (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). Ciononostante, questi sembrerebbero non potersi esimere dal riconoscere tale diritto al consumatore senza trasgredire il principio di armonizzazione massima a cui li vincola la direttiva, dato che il cons. 61, oltre a dare per certo che tale diritto venga già assicurato da tutti i Paesi dell'Unione, indica espressamente che l'acquirente ha il diritto di essere risarcito per qualsivoglia danno provocato dall'inosservanza delle responsabilità del professionista previste dalla direttiva (DE CRISTOFARO, 2022a). Tale risarcimento dovrebbe, nei limiti del possibile, ristabilire la condizione che la conformità avrebbe garantito al consumatore (*ibid*.). Va rilevato che il cons. 61 della direttiva 771 ammette, inoltre, la possibilità di riconoscere un risarcimento non solo per i danni da mancata conformità del bene ma anche per quelli derivanti da un suo ripristino tardivo o che abbia arrecato fastidi significativi all'acquirente.

Per concludere, occorre abbandonare la tesi che usufruire del diritto al risarcimento sia una libera scelta dell'acquirente garantita dal principio di maggior tutela della dir. 1999/44/CE, perché superata ormai dalla teoria insita nella dir. 2019/771/UE, secondo la quale è essenzialmente il difetto di conformità a dare vita all'obbligo risarcitorio (VENTURELLI, 2022). Così facendo, si potrebbero applicare al risarcimento del danno le norme europee sui rimedi senza dover fare appello al presupposto della superiore protezione consumeristica (*ibid*.).

1.3 Garanzie convenzionali

Con riferimento alla possibilità di offrire al consumatore delle garanzie commerciali – altresì dette garanzie convenzionali – la direttiva 771 statuisce determinati obblighi per il venditore,

onde assicurare più trasparenza al contraente debole (cons. 62, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). Per questo, prevede che qualsivoglia responsabilità verso l'acquirente di cui si è fatto carico il venditore, o il produttore, e che esuli gli oneri *ex lege* del professionista di garantire la conformità – questa la definizione di garanzia all'art. 2, punto 12) della direttiva – lo vincoli giuridicamente in base a quanto indicato nella dichiarazione di garanzia commerciale stessa, nonché nella sua pubblicità (art. 17, par.1, *ibid*.). Qualora le condizioni della dichiarazione di garanzia differiscano da quelle presentate nella pubblicità e queste ultime risultino migliori per il compratore, il venditore è assoggettato a quelle pubblicitarie – salvo che queste non siano state riallineate agli attributi stabiliti nella dichiarazione di garanzia prima della conclusione del contratto (*ibid*.). Queste previsioni non sono discordi da quelle passate; in fin dei conti, la disciplina delle garanzie convenzionali essenzialmente riproduce quella precedentemente in vigore (LUMINOSO, 2022). Perplime, tuttavia, la scelta del Legislatore europeo di parificare le garanzie commerciali offerte dal venditore a quelle concesse dal produttore o da terzi, pertanto estranee al contratto di vendita, senza curarsi delle significative diversità che le contraddistinguono o delle complessità che ne derivano (DE CRISTOFARO, 2022a).

1.3.1 Il divieto di deroghe *in peius* per il consumatore

In maniera equivalente rispetto alla normativa precedente, la nuova direttiva sulle vendite mobiliari *b-to-c* consente al professionista di offrire garanzie aggiuntive rispetto a quelle imposte per legge, solo se più favorevoli per il compratore (LUMINOSO, 2022). In aggiunta, sempre in ottemperanza all'art. 21, il consumatore non è vincolato da accordi contrattuali svantaggiosi, atti a escludere o derogare alla protezione promessagli dalla normativa prima che egli abbia fatto presente al venditore il difetto di conformità (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE). Se ne desume che sono di conseguenza estromesse da tale divieto, assieme ai patti che accordano privilegi superiori ai diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo in materia, pure quelle negoziazioni lesive di tali diritti concluse dopo la denuncia di difformità del contraente debole, perché una volta che il consumatore ha esercitato un suo diritto l'imperatività che connota quest'ultimo si affievolisce lasciando spazio all'autonomia privata che sarà soggetta, perciò, soltanto al divieto di suo abuso (MANIACI, 2022). Come già accennato, secondo quanto previsto dall'art. 7, par.5, della dir. 2019/771/UE, rimangono autorizzate anche le pattuizioni che limitano o escludono la responsabilità del venditore per difetti oggettivi di conformità di cui il compratore era stato appositamente messo al corrente e che ha accettato, in modo manifesto e a parte, alla conclusione del contratto (*ibid*.).

Deve essere ben chiaro, però, che laddove la dir. 1999/44/CE si limitava a impedire deroghe peggiorative, la successiva dir. 2019/771/UE è andata oltre, proibendo addirittura le modifiche migliorative in forza del criterio di armonizzazione massima. Invero, mentre con la prima il legislatore europeo puntava unicamente a disciplinare parzialmente i più efficaci rimedi alla difformità, garantendo una tutela consumeristica infinitamente modificabile dagli ordinamenti nazionali in termini migliorativi, ma mai in senso peggiorativo; con la seguente intendeva istituire una protezione del consumatore uniforme in tutti gli Stati membri, grazie ad un'azione normativa inderogabile nemmeno positivamente (VENTURELLI, 2022).

Ne deriva, in conclusione, che al consumatore non è più permesso di rinunciare volontariamente ai diritti di derivazione comunitaria per avvalersi piuttosto della tutela nazionale, a prescindere dal maggior favore che avrebbe potuto trarne (*ibid*.).

2 RECEPIMENTO: IL D.LGS. N. 170, 4 NOVEMBRE 2021

La poc'anzi esaminata direttiva 2019/771/UE è stata attuata dall'Italia il 4 novembre 2021 per mezzo del d.lgs. n. 170, il quale ha completamente modificato le disposizioni degli artt.128-135 del Codice del consumo che in precedenza attuavano la dir. 1999/44/CE (DE CRISTOFARO, 2022a), nonché introdotto i nuovi artt. 135 *bis*-135 *septies* che recepiscono la nuova direttiva sulle vendite di beni cd. *business-to-consumer*.

2.1 Armonizzazione massima selettiva: occasioni colte e perse

In apertura si era già disquisito riguardo l'evidente parzialità dell'armonizzazione massima disposta dal Legislatore europeo per le direttive gemelle n. 770 e 771. Malgrado tale carattere avesse dovuto inevitabilmente riversarsi sul loro recepimento, considerato che agli Stati membri erano state addossate numerose deroghe da vagliare e sulle quali decidere in autonomia (DE CRISTOFARO, 2022a), i riformati artt. 128 e ss. del Codice del consumo non si presentano sostanzialmente difformi dalle previsioni della direttiva di riferimento. Questo ha sollevato molte perplessità da parte della dottrina nazionale che si è mostrata alquanto omogenea nel criticare l'opera attuativa, non soltanto per il suo contenuto, ma soprattutto per tutto ciò che ha invece tralasciato (in questi termini LUMINOSO, 2022).

2.1.1 Applicazione a contratti B2B

Procedendo con una breve analisi delle principali occasioni colte e perse dal recepimento italiano, è certamente un'opportunità sprecata l'omessa estensione della normativa ai contratti tra professionisti, nonostante l'espressa concessione del cons. 21 della direttiva che giustappunto attribuiva ai legislatori nazionali la possibilità di applicarne le disposizioni anche ai contratti lasciati fuori dalla sua sfera applicativa, così come di regolamentarli a discrezione (LUMINOSO, 2022). L'Italia poteva perciò, seguendo l'esempio indicato nel considerando citato, ampliare la tutela consumeristica decisa dalla normativa anche a tutti quei soggetti – fisici o giuridici – diversi dai consumatori (cons. 21, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE), oppure, includere nell'ambito applicativo della dir. 771 addirittura tutti i contratti che hanno ad oggetto la vendita di beni, indipendentemente dalla qualifica giuridica delle parti coinvolte o dal loro scopo (DE CRISTOFARO, 2022a). Con poca lungimiranza, però, il legislatore nazionale ha preferito attenersi fedelmente alla disciplina europea, ignorando totalmente che lo squilibrio del mercato – ulteriormente aggravato dalle complessità dei prodotti digitali – incombe altresì su quei contraenti forti che se calati in un ambiente competitivo mondiale diventano, al contrario, deboli, come ad esempio le

microimprese (GRISAFI, 2022). Senza considerare, fra l'altro, che l'eliminazione della specifica "di consumo" dai beni oggetto della disciplina in commento rendeva ancor più sensato allargare la sua tutela ai contratti *b-to-b*, data la conseguente ambiguità della sfera applicativa della direttiva, specie nel caso di vendite *online* dov'è tutt'altro che banale distinguere e qualificare giuridicamente i contraenti (*ibid*.). Inoltre, il d.lgs. attuativo ha così evitato – ancora – di regolare l'acquisto di un bene effettuato da una persona fisica a scopo solo in parte commerciale, quantunque tale ipotesi fosse contemplata dal cons. 22 della direttiva che consigliava in tal caso di valutare se la persona fisica agisce in qualità di consumatore, o meno, determinando quale sia il fine dominante: quello personale o quello commerciale (LUMINOSO, 2022).

2.1.2 Onere di denuncia tempestiva del difetto di conformità

Il legislatore italiano ha giustamente sfruttato, invece, la discrezionalità riconosciuta dall'art. 12 della dir. 2019/771/UE, come pure dal cons. 46, per eliminare l'obbligo di informazione tempestiva al professionista della scoperta del difetto (MANIACI, 2022). Abrogando pertanto l'art. 132, comma 2, cod. cons, che imponeva al consumatore di denunciare la non conformità del bene entro due mesi dal suo accertamento per non perdere gli attinenti diritti, il nostro ordinamento sottolinea ancora di più il distacco tra la disciplina delle vendite mobiliari *business-to-business*, assoggettata esclusivamente al Codice civile, e quella delle vendite *business-to-consumer*, a questo punto sottoposta pressoché solo al Codice del consumo (DE CRISTOFARO, 2022b). Senza contare che in questo modo il legislatore si schiera più a favore del contraente debole (MANIACI, 2022) perché non prevedendo più tale obbligo garantisce al compratore una tutela superiore (cons. 46, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE).

2.1.3 Nullità di protezione (art.135-sexies, c.1)

Altra nota positiva a favore del d.lgs. n. 170 concerne la disposizione attuativa dell'art. 21 della direttiva 771. Per quanto a primo impatto il comma 1° del nuovo art. 135-sexies del Codice del consumo decreti, al pari del sostituito art. 134, l'imperatività delle norme riguardanti la vendita di beni difformi dal contratto e la nullità degli accordi stipulati prima della denuncia della non conformità al venditore, che escludono o limitano – direttamente o indirettamente – la tutela assicurata al consumatore dalla disciplina europea, in realtà esso introduce *ex novo* l'indicazione che la nullità può essere invocata unicamente dal contraente debole e rilevata d'ufficio dal giudice (LUMINOSO, 2022). In tal modo, il legislatore italiano istituisce a beneficio del consumatore una nullità di protezione (MANIACI, 2022) che scaturisce dalla violazione del principio di inderogabilità *in peius* della norma stessa (LUMINOSO, 2022).

D'altronde, l'art. 21 della dir. 2019/771/UE si limitava a stabilire la generica non vincolatività di tali accordi, sicché nel recepirlo il nostro legislatore ha preferito mantenere l'istituto della nullità che – sebbene non espressamente indicato nell'art. 135 – resta circoscritto alla sola pattuizione viziata visto che siffatta parziarietà era già stata accertata in sede di interpretazione dell'abrogato art. 134, cod. cons. (MANIACI, 2022).

2.1.4 Il risarcimento del danno (art.135-septies)

Reputandolo un diritto già garantito al consumatore in tutta l'UE, come già spiegato qualche pagina addietro, la direttiva 771 non ha provveduto a regolamentare il rimedio risarcitorio e, malauguratamente, altrettanto è stato fatto nel suo recepimento. Effettivamente, l'art. 135-*septies* del Codice del consumo si è banalmente limitato con il primo comma, a rimandare alle disposizioni del Codice civile inerenti al risarcimento del danno (LUMINOSO, 2022), mentre con il secondo comma, a ricordare che il margine applicativo dei precetti codicistici – deputati dunque a integrare le garanzie potenzialmente invocabili dal consumatore – resta in ogni caso l'invalicabile grado di tutela sancito dalla disciplina europea (VENTURELLI, 2022). Di conseguenza, il Codice civile diviene un semplice supporto complementare del Codice del consumo (DE CRISTOFARO, 2022a); pertanto, anche se è lodevole l'esplicita ammissione del rimedio risarcitorio, sarebbe stato preferibile che il legislatore italiano l'avesse disciplinato più nel dettaglio invece di rinviare alle norme generiche che regolano il risarcimento del danno (DE CRISTOFARO, 2022b).

Considerata quindi la mole di deroghe permesse dalla dir. 2019/771/UE ma non debitamente sfruttate in ambito attuativo, non resta che riaffermare l'imperizia del legislatore italiano nel recepire tale direttiva.

3 DIRETTIVA UE 2019/770

In concomitanza alla direttiva n. 771, il 20 maggio 2019 l'Unione Europea ha emanato la dir. 2019/770/UE allo scopo di regolare i contratti di fornitura dei contenuti e dei servizi digitali. Come la direttiva gemella, suddetta normativa è stata recepita dagli Stati membri entro il 1° luglio 2021, quindi applicata ai contratti stipulati dopo il 31 dicembre 2021, sebbene nel suo ambito di applicazione rientrino anche i contratti di durata conclusi prima del 1° gennaio 2022 ma che continuano a produrre effetti dopo tale giorno (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

3.1 Fornitura di contenuti/servizi digitali B2C

Oggetto della direttiva sono appunto le forniture di contenuti/servizi digitali *business-to-consumer*, con particolare riguardo agli elementi concernenti la conformità al contratto del contenuto o servizio digitale, i rimedi in caso di difformità o di fornitura non pervenuta, oltre che i criteri per potersi avvalere dei suddetti strumenti e la possibilità di unilaterale variazione del contenuto/servizio digitale a opera del venditore (*ibid*.).

È naturale a questo punto chiedersi cosa sia concretamente un contenuto o un servizio digitale. La risposta è rintracciabile nelle definizioni inserite nell'art. 2 della direttiva, il quale definisce contenuto digitale semplicemente i dati in formato digitale, mentre identifica come servizio digitale sia quello per l'accesso, la creazione, la trasformazione o l'archiviazione di dati digitali, sia quello per la condivisione – o ogni altro scambio – di dati digitali creati o condivisi dai suoi utenti (*ibid*.). Per avere un'idea meno astratta di cosa si intende, si pensi ai contenuti e ai servizi digitali utilizzati quotidianamente dalla maggior parte delle persone: contenuti digitali quali file audio e video – come le canzoni e i *podcast* su Spotify e i video di YouTube – o servizi digitali tipo quelli di *e-commerce*, *social networking* e dei motori di ricerca – come quelli rispettivamente forniti dalle piattaforme Amazon, Instagram e Google.

In breve, dunque, la direttiva deve essere applicata a tutte le forniture di servizi/contenuti digitali offerte da professionisti a consumatori, a prescindere dallo strumento adoperato per erogarli, eccezion fatta per i servizi di accesso a internet che restano esclusi, così come i contenuti o servizi digitali incorporati oppure interconnessi con i beni (*ibid*.). Come già illustrato, infatti, la componente digitale dei c.d. beni con elementi digitali soggiace alla direttiva gemella n. 771. Al contrario, sono sempre regolati dalla dir. 770 i supporti fisici destinati unicamente a contenere i materiali digitali, come DVD e chiavette USB (*ibid*.).

3.2 Dati personali come corrispettivo

Prima di procedere oltre, occorre fare un'ulteriore precisazione. La dir. 2019/770/UE si applica, ai sensi dell'art.3, esclusivamente ai contratti di forniture digitali dove in cambio il consumatore paga – o si vincola a pagare – un prezzo, oppure fornisce – o si vincola a fornire – i propri dati (*ibid.*). In merito a quest'ultima opzione è fondamentale registrare che si intendono esclusi dal quadro normativo della direttiva tutti quei contratti in cui il compratore scambia – e per riflesso il professionista sfrutta – solamente dati considerati necessari affinché il venditore assolva gli obblighi di legge o fornisca il contenuto/servizio digitale (*ibid.*). Il motivo di tale esclusione risiede nel fatto che questa ipotesi non configurerebbe una controprestazione alla fornitura, giacché il consenso prestato unicamente per ragioni di funzionalità prova l'effettiva gratuità del trattamento dei dati (ADDANTE, 2020).

A prima vista, l'accostamento della controprestazione fondata sulla cessione di dati personali non essenziali a quella dove invece il corrispettivo è rappresentato dal pagamento di un prezzo suggerirebbe di paragonare i dati personali al denaro, come fossero una valuta (GRISAFI, 2022). In verità, una simile concezione andrebbe in contrasto con il regolamento UE sulla protezione dei dati[6], tanto che, sebbene la bozza della direttiva qualificasse i dati personali come "controprestazione non pecuniaria" (ADDANTE, 2020, p. 899), la versione finale fu modificata su pressione del Garante Europeo per la protezione dei dati allarmato dal connesso rischio di mercificazione delle informazioni personali (*ibid.*). Il Legislatore europeo fu così dissuaso dall'inquadrare la cessione di dati non necessari come controprestazione nel sinallagma contrattuale e spinto a specificare, nel cons. 24, l'inequiparabilità dei dati personali ai beni commerciabili, in quanto oggetto di diritto fondamentale della persona (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

3.2.1 Contenuti/servizi digitali vs dati personali: una nuova fattispecie?

Classificare il consenso al trattamento ai dati come vera e propria controprestazione della fornitura digitale potrebbe essere considerata un'opzione ormai praticabile, in quanto l'innegabile odierna esistenza di un mercato dei dati personali renderebbe ormai matura l'accettazione della suddetta diretta corrispettività che, peraltro, non rinnegherebbe la centralità dei diritti personali ma, piuttosto, li affiancherebbe (CAMARDI, 2019). In fondo, riconoscere l'interesse economico alla circolazione dei dati in ambito digitale – come già fa il Legislatore europeo – significa altresì implicitamente ammettere che i dati sono in grado di generare valore

[6] Il c.d. GDPR, il cui contenuto prevale sulle disposizioni della direttiva 770 (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

(ADDANTE, 2020), un valore che non risiede nei dati di per sé ma nei sistemi computazionali in grado di elaborarli e aggregarli per ottenere informazioni di rilievo monetario (ZENO-ZENCOVICH, 2018, si veda ADDANTE, 2020, p. 893, nt.11). Per di più, se la direttiva si fosse addirittura spinta a individuare una tipologia *sui generis* per i contratti in cui l'accesso al contenuto o servizio digitale è subordinato alla cessione di dati personali, avrebbe potuto garantire una maggiore protezione al consumatore nel mercato digitale (D'IPPOLITO, 2020). Cionondimeno, il cons. 12 caldeggia chiaramente che la direttiva si astenga *in toto* dall'indicare o creare una fattispecie giuridica di appartenenza per i contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, lasciandone tuttavia la possibilità ai singoli Stati (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

In ragione di questo e per aggirare lo stigma della capitalizzazione dei dati personali, la normativa ha scisso in due diversi modelli negoziali le ipotesi delineate dall'art. 3, par.1, profilando in primo luogo un normale contratto oneroso a prestazioni corrispettive e in secondo luogo, invece, un caso – anziché un contratto – in cui la fornitura gratuita di contenuti o servizi digitali collima con la simultanea cessione di dati personali (CAMARDI, 2019). Poiché non è appunto possibile che quest'ultimo schema rappresenti una nuova fattispecie, lo si potrebbe assimilare a un contratto a titolo gratuito, con unica obbligazione a carico del fornitore, al quale è abbinato un atto di disposizione del consumatore per il trasferimento dei suoi dati personali al titolare del trattamento, per usi non essenziali alla fornitura (*ibid.*). Grazie a questo *escamotage* la dir. 2019/770/UE ha potuto estendere la tutela contrattuale all'ipotesi di cessione dei dati, senza doverla ricondurre a uno specifico tipo negoziale, così da scongiurare che il gratuito beneficiario di contenuti/servizi digitali godesse di un trattamento deteriore rispetto al consumatore che per lo stesso bene digitale paga (ADDANTE, 2020).

3.2.2 La gratuità apparente

Per quanto una fornitura ottenuta senza pagare un prezzo in denaro venga automaticamente reputata gratuita dalla maggior parte degli acquirenti, in concreto non lo è affatto.

Dovrebbe essere evidente che la fornitura digitale previo consenso al trattamento dei dati a fini commerciali viene offerta dal professionista perché può comunque trarne un profitto; dopotutto, in ambito commerciale anche la gratuità viene sempre utilizzata per un fine economicamente razionale (RESTA e ZENO-ZENCOVICH, 2018, si veda D'IPPOLITO, 2020, p. 667, nt. 135). Al contrario, purtroppo, tale apparente gratuità finisce quasi sempre per ingannare il consumatore che non ha un'effettiva percezione del valore dei suoi dati, né del loro trattamento o della fine che faranno. In altre parole, sovente il soggetto non è pienamente consapevole dei

pericoli a cui si espone rilasciando dati personali *online*, fatto che diventa ancora più preoccupante se si tiene presente che talvolta questa cessione di dati è addirittura involontaria: ad insaputa dell'utente, infatti, la c.d. profilazione automatica sfrutta dati captati osservando la sua attività – come preferenze e valori – per orientare le sue decisioni d'acquisto e potenzialmente manipolarne persino la volontà negoziale (ADDANTE, 2020)[7]. Ciò può avvenire, ad esempio, tramite l'uso dei famigerati *cookies,* che memorizzano le briciole di informazioni lasciate indietro ad ogni accesso dallo *user*, per analizzarle ed estrapolarne risultati di maggior valore per il titolare del trattamento. Ormai è facile riconoscere questa tecnologia perché, di solito, ad ogni prima visita su una pagina *web*, si presentano simboleggiati da caselle di spunta che consentono l'eventuale parziale o totale rifiuto all'utilizzo dei cookies, pena in quest'ultima opzione l'impossibilità di accedere ai contenuti/servizi. Fin qui il loro uso non sembrerebbe affatto sospetto, se non fosse che ignorandoli e continuando a navigare sul sito, l'autorizzazione al trattamento si intende accettata automaticamente per ciascuna finalità, con il paradossale risultato che, a causa della loro disattenzione, i soggetti che dovrebbero essere protetti finiscono con il favoreggiare chi li raggira approfittando del pretesto del comportamento concludente (GENTILI, 2022).

Questa asimmetria informativa rispetto alla posteriore valorizzazione dei dati scambiati rende sleale presentare come gratuito il trasferimento di qualcosa che finirà con il guadagnare valore (LEONE, 2022). Dunque, è più corretto definirli contenuti o servizi digitali c.d. *zero price* (D'IPPOLITO, 2020) per meglio evidenziare l'assenza di un prezzo pagato dal consumatore ma non di uno suo sforzo patrimoniale (RICCIUTO, 2018, si veda CAMARDI, 2019, p. 510, nt. 11). Per evitare allora che la reale dimensione dell'impegno contrattuale venga minimizzata agli occhi del compratore, dovrebbe essere assicurato il rispetto degli obblighi di informazione precontrattuale; tuttavia, la dir. 770 non prevede ma si limita ad auspicare, con il cons. 42, che le informazioni precontrattuali vengano incluse fra i requisiti del contratto (ADDANTE, 2020). Recentemente, però, i suddetti obblighi sono stati espressamente estesi alle ipotesi di cessione di dati personali in cambio di servizi/contenuti digitali. Pertanto, considerato che il più importante dato precontrattuale per il consumatore è sicuramente il prezzo e che l'equivalente in caso di fornitura apparentemente gratuita è il consenso al trattamento, diventa essenziale disciplinare quest'ultimo per difendere il diritto fondamentale della persona alla protezione dei suoi dati (*ibid.*).

---

[7] Per un approfondimento si rimanda a Parenzo (2021, pp. 1477-1485) che ricollega tre tipologie di profilazione ad altrettanti "crescenti livelli di lesione dell'autonomia contrattuale" (*ivi*, p. 1477).

3.3 Consenso al trattamento dati per fini commerciali

Per il GDPR il consenso in ambito contrattuale è vincolato da due diverse condizioni di liceità perché origina da due premesse differenti: la necessità, che rende il consenso lecito in quanto indispensabile per l'esecuzione del contratto[8], e la volontà, che autorizza l'operatore economico a trattare i dati per fini commerciali (ADDANTE, 2020).

Tutto ciò emerge chiaramente dal modello contrattuale delineato dalla dir. 770 che scompone – in apparenza – lo stesso atto negoziale in due differenti separati momenti contrattuali per confermarne la duplice tutela ma, più di ogni altra cosa, anche per marcare l'esigenza di una doppia procedura e di un annesso doppio consenso dell'utente, ovvero: il procedimento e il consenso per la stipula del contratto di fornitura digitale – soggetti alla tutela negoziale – seguiti poi dal processo per esporre gli scopi del trattamento e ottenere l'altro consenso, quello informato, regolato dal GDPR (CAMARDI, 2019). In questo modo si produce un accavallamento di discipline che diventa indispensabile giacché il caso particolare della fornitura digitale acquisita in cambio di informazioni personali necessita di una regolamentazione in sincrono accordo con le norme su contratto, diritti della personalità e trattamento dati (SENIGAGLIA, 2020). In questo complesso intreccio il consenso agisce plasmando indirettamente l'oggetto del contratto perché stabilisce le finalità di trattamento, le quali circoscrivono proprio l'oggetto stesso del contratto: l'utilizzo dei dati personali (*ibid.*).

È possibile inferire, perciò, che nello scambio di contenuti/servizi digitali contro dati personali il consenso è la base legittimante il trattamento dei dati, il quale costituisce conseguentemente il contenuto principale dell'obbligazione (*ibid.*). Esistono, tuttavia, posizioni antitetiche che sostengono che il principio convalidante il trattamento dei dati non sia il consenso del consumatore, bensì la libertà di circolazione dei dati, perché per favorire il redditizio scambio di informazioni personali la normativa ha scelto di contrapporvi solo la modesta barriera del consenso, di rado incisiva, in quanto l'assenso è oggettivamente sempre subordinato alla spesso carente coscienziosità del consumatore (in tal senso GENTILI, 2022). Quel che è certo, però, è che questo genere di cessione di dati è legittima se, oltre a tutelare i dati oggetto di trattamento, si informano correttamente gli utenti per certificare un loro assenso realmente volontario (D'IPPOLITO, 2020). Per questo motivo, va poi alle autorità di controllo il naturale conseguente compito di convertire in effettiva consapevolezza quella che, fino a quel momento,

[8] Non significa che in tal caso il consenso si possa presumere (BRAVO, 2019, si veda ADDANTE, 2020, p. 902, nt. 38).

è semplice informazione per il consumatore (BASSAN, 2019, si veda D'IPPOLITO, 2020, p. 669, nt. 143).

La questione richiama in modo piuttosto evidente i requisiti stabiliti dal GDPR per il consenso al trattamento dei dati, sui quale vale ora la pena di soffermarsi considerati i loro effetti sulla validità del contratto di fornitura digitale (ADDANTE, 2020).

3.3.1 I requisiti

Sono quattro gli elementi che il GDPR richiama nella definizione di consenso: libertà, specificità, inequivocabilità e informazione (*ibid.*). Nel dettaglio:

- Il requisito della libertà indica che il consenso deve essere prestato senza vincoli o influenze esterne, indi per cui se ne desume che l'esecuzione del contratto non può essere condizionata al rilascio del consenso (*ibid.*);
- Il requisito della specificità impone che il titolare, al fine di permettere al contraente debole di avere piena cognizione degli effetti del suo assenso, formuli una domanda di consenso recante gli scopi specifici del trattamento (*ibid.*) e una distinta autorizzazione per ognuno di essi (GENTILI, 2022);
- Il requisito dell'inequivocabilità richiede che l'interessato accondiscenda al trattamento in modo da non dare adito a dubbi circa la sua volontà;
- Il requisito dell'informazione implica che il trattamento deve essere comprensibile e privo di ambiguità, per assicurare la piena consapevolezza nella richiesta di beni digitali (ADDANTE, 2020).

Questi caratteri ascrivono al consenso nella sfera digitale una conformazione più forte in confronto a quello negoziale, motivo per cui la giurisprudenza italiana è giunta ad attribuirgli la nozione di consenso rinforzato (GENTILI, 2022).

3.3.2 La revoca del consenso e i suoi effetti

Poiché il consenso al trattamento di dati personali non essenziali presenta le medesime caratteristiche dei diritti soggettivi assoluti, allo stesso modo esso non tollera effetti privativi della titolarità del diritto e reclama la permanente libertà di ricostituire, in qualsiasi momento, l'esclusività della fruizione dei propri dati (*ibid.*). Invero, il cons. 39 della direttiva invoca esplicitamente l'applicazione del diritto di revoca del consenso – garantito dal regolamento europeo sulla protezione dei dati – anche ai contratti di fornitura digitale in oggetto (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

Si manifesta così una situazione complessa perché, essendo la revoca perennemente ammissibile ed esercitabile ai sensi del GDPR, essa precarizza il rapporto contrattuale; nondimeno, siccome la sua efficacia è irretroattiva e il consumatore può revocare il consenso soltanto al titolare del trattamento e non a eventuali terzi ai cui quest'ultimo li ha venduti, la revoca al trattamento non inficia prestazioni e cessioni a terzi eseguite prima della sua notificazione (in questi termini sia SENIGAGLIA, 2020, p. 772, che LEONE, 2022, p. 241). Tutto sommato, quindi, lo scioglimento del contratto rappresenta per l'operatore economico un rischio stimabile dapprincipio, visto che deve dare informazione al soggetto del trattamento della sua facoltà di revoca già da quando gli domanda il consenso (SENIGAGLIA, 2020).

Va infine precisato che, il diritto di revoca del consenso applicato in ambito negoziale può tradursi nel recesso del contratto (ADDANTE, 2020), diventando così un diritto di recesso esercitabile secondo volontà che, in ultima istanza, costituisce un requisito di conformità non solo al GDPR ma anche al contratto (SENIGAGLIA, 2020), al pari quindi dei requisiti del consenso precedentemente esaminati.

3.4 Conformità

Chiusa la controversa questione relativa alla cessione dei dati personali, generata dalla dir. 2019/770/UE, è il caso di affrontare l'altro importante tema che la lega alla parallela direttiva n. 771: la conformità al contratto.

Sotto questo aspetto, l'innovazione della direttiva 770 è che, appunto, concede al consumatore di contenuti – o servizi – digitali di usufruire dei rimedi per difetti di conformità, fino a prima riservati solamente ai beni materiali dalla precedente dir. 1999/44/CE (TRUBIANI, 2022). La motivazione alla base di questa apertura risiede nel fatto che il Legislatore europeo reputava necessario armonizzare in senso assoluto – tenendo come standard una tutela notevole del consumatore – i precetti dei contratti di fornitura digitale inerenti alla conformità al contratto, ai rimedi alla difformità o all'omessa erogazione del contenuto/servizio digitale e in che modo avvalersene, come pure le variazioni al servizio/contenuto digitale (v. cons. 11, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE). Trova, quindi, ancora maggiore coerenza l'applicazione della normativa ai soli contratti con cessione di dati in campo negoziale, perché permette di estendere al caso sia le norme di conformità dei beni digitali che i classici strumenti rimediali universalmente ammessi per la non conformità dei beni nelle vendite *business-to-consumer* (D'IPPOLITO, 2020).

3.4.1 I requisiti soggettivi e oggettivi

Anche in questo caso il Legislatore comunitario fissa dei requisiti di conformità oggettivi e soggettivi, talmente speculari alla direttiva 771 da esibire solo modiche dissomiglianze. Di conseguenza, buona parte delle considerazioni fatte per quelli della direttiva gemella restano ancora valide, perciò, invece di procedere a un loro ridondante totale resoconto, ci si inoltrerà unicamente nella disamina di taluni tratti divergenti.

Per l'appunto, gli attributi soggettivi dei beni digitali indicati nell'art. 7 della dir. 2019/770/UE sono quasi indistinguibili da quelli dei beni di consumo, se non fosse che in aggiunta la direttiva richiede che il contenuto/servizio digitale sia fornito anche con l'assistenza clienti stabilita da contratto. Ugualmente, i requisiti oggettivi rivelano un'unica novità: la direttiva richiede ora che il materiale o servizio digitale fornito rispetti anche il requisito di accessibilità. Il consumatore deve quindi essere in grado di usufruire dei servizi o contenuti digitali erogati, il che presuppone che venga messo in condizione di accedervi dal fornitore (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE). Per inciso, non è chiaro se l'accessibilità intesa così dalla normativa come usabilità del bene digitale si possa altresì intendere quale conformità all'utilizzo da parte di utenti con disabilità, coerentemente con il principio di inclusività caro all'Unione Europea (GRISAFI, 2022).

Infine, ammettendo l'errata integrazione del bene digitale quale ipotesi di non conformità, l'art. 9 della direttiva 770 sottintende di riflesso che tra i requisiti di conformità della fornitura digitale vi sia anche quello – altrettanto nuovo – dell'integrazione. Pertanto, il prodotto digitale fornito deve tecnicamente calarsi nell'ecosistema informatico, hardware e software, in uso all'utente (CAMARDI, 2019).

3.4.2 Gli aggiornamenti

Quanto specificato circa la fornitura degli aggiornamenti per i beni con elementi digitali, disciplinati dalla dir. 2019/771/UE, è a maggior ragione valevole per i contenuti e i servizi digitali. Pure la dir. 2019/770/UE, infatti, impone al fornitore di garantire al consumatore sia gli aggiornamenti pattuiti alla stipulazione del contratto, sia quelli ragionevolmente pretesi dall'utente per prodotti di questa natura. Diversamente, però, nella disciplina in questione gli aggiornamenti connessi alla sicurezza assumono primaria importanza per via dell'inclusione del caso particolare delle forniture digitali indirettamente remunerate dal consenso del consumatore al trattamento dei dati personali a fini non essenziali. In questa ipotesi il requisito di sicurezza accoglie una concezione più ampia che ricomprende anche la sicurezza dei dati personali; pertanto, la conformità alla *cyber security* diventa una durevole esigenza di

protezione dai danni ai dati del consumatore che, in linea con le altre tipologie di aggiornamenti, deve essere assicurata per l'intero corso della fornitura (ADDANTE, 2020). Stando al cons. 47, in caso di forniture continuative, tutti gli aggiornamenti – quindi anche la tutela dai rischi di lesione della privacy – devono essere garantiti almeno per la durata della responsabilità contrattuale dell'operatore economico per i difetti di conformità (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

Tutto ciò non fa altro che dimostrare ulteriormente l'infiltrazione della normativa sulla privacy nella disciplina dei beni digitali (GRISAFI, 2022).

3.4.3 Il difetto di conformità

Se pur un preciso inquadramento dei difetti di conformità avrebbe aiutato a portare alla luce la diversità fra le problematiche generate dagli atti negoziali oggetto di normalizzazione, il Legislatore Europeo si astiene dall'esplicitare nella direttiva n. 770 le casistiche di difettosa conformità, come fa per la gemella n. 771 (CAMARDI, 2019). In ambo i casi, difatti, la tecnica legislativa adottata si concentra piuttosto sull'individuazione dei requisiti essenziali del bene conforme, dal cui scostamento si potrà poi trarre la difformità.

Unica eccezione a questo *modus operandi*, è la succitata espressa qualificazione dell'errata integrazione del contenuto digitale come difetto di conformità, simmetrica all'ipotesi di errata installazione del bene presentata nella direttiva 771. Difatti, in base all'art. 9 della direttiva 770, l'eventualità in cui il prodotto digitale sia incapace di operare nell'ambiente informatico del consumatore costituisce una non conformità del prodotto digitale di cui risponde il venditore, anche qualora l'onere di integrazione sia a esclusivo carico del consumatore se l'errore è indotto dall'inadeguatezza delle istruzioni del fornitore (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

3.4.3.1 *La non conformità al GDPR*

Data la radicata presenza della disciplina europea sulla protezione dei dati nella direttiva in discorso, è logico interrogarsi sul fatto che la mancanza di uno dei requisiti del consenso rappresenti anche un difetto di conformità del bene digitale.

La risposta appare chiara per parte della dottrina: in assenza di uno o più dei requisiti il consenso è invalido; motivo per cui, decadendone il presupposto, il trattamento dei dati personali diviene illecito e provoca la perdita di efficacia del connesso contratto di fornitura (ADDANTE 2020). L'espressa convalida di questa teoria si ritrova nel cons. 48 – malgrado non si ravvisi altrettanto perspicuo riferimento poi negli effettivi articoli della direttiva – il quale dichiara la possibilità che difformità alle caratteristiche pretese dal GDPR corrispondano a irregolarità nei confronti

dei requisiti di conformità dei servizi/contenuti digitali che, alla fine, danno vita anche a difetti di conformità del prodotto digitale (CAMARDI, 2019). Un'ulteriore conferma arriva dal richiamo alla sicurezza inserito nei requisiti oggettivi di conformità che, di fatto, lascia intendere che i criteri di sicurezza a garanzia della riservatezza dei dati personali istituiscono attributi di conformità del bene digitale, inversamente provando, pertanto, che ogni caso di violazione dei dati riservati costituisce un difetto di conformità del contenuto/servizio (GRISAFI, 2022).

In conclusione, è ragionevole ammettere l'ascrizione dei requisiti del consenso tra quelli di conformità e conseguentemente dedurne che un difetto di conformità del consenso si traduce anche in un difetto di conformità del contenuto/servizio digitale. Stando così i fatti, il difetto di specificità sarebbe paragonabile a un vizio di struttura che cagiona la nullità del contratto, laddove una discrepanza con gli altri attributi del consenso formerebbe un vizio di procedura collegabile a un vizio di volontà che rende il contratto passibile di annullabilità (SENIGAGLIA, 2020).

3.4.3.2 *I rimedi al difetto di conformità*

Come accennato, la direttiva 2019/770/UE concede al consumatore di beni digitali gli stessi rimedi già illustrati per la compravendita di beni di consumo e ciò anche nei casi di fornitura digitale vs dati personali, ma unicamente se coinvolgono informazioni non essenziali all'esecuzione del contratto perché solo queste assumono un valore patrimoniale che può essere rapportato – ma non parificato! – al versamento in denaro (ADDANTE, 2020). Per questa ragione, fatta eccezione per l'eventualità di omessa fornitura – di cui all'art. 13 della direttiva – che ammette universalmente il diritto al recesso dal contratto qualora il necessario previo richiamo a adempiere del consumatore sia stato ignorato dal venditore[9] (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE), il Legislatore europeo adotta una diversificazione applicativa dei rimedi basata sul tipo di remunerazione che accompagna la fornitura (SENIGAGLIA, 2020).

Infatti, pur riproponendo la struttura gerarchica dei rimedi della direttiva 771 e mantenendo l'obbligo di avvalersi in prima battuta dell'immediato ripristino della conformità per qualsiasi difetto, indipendentemente dal corrispettivo per la fornitura, in mancanza di reintegrazione della conformità la normativa attribuisce al consumatore pagante il diritto alla proporzionata

[9] In caso di dichiarato o concludente intento del fornitore a non erogare il prodotto digitale, ai sensi dell'art. 13, par.2, si salta l'inutile passaggio di sollecito al venditore e si procede direttamente a recedere dal contratto (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto per difetti gravi[10], mentre attribuisce al fruitore gratuito direttamente quest'ultima opzione – a prescindere dall'entità della difformità – data l'ovvia impossibilità di riformulare il già incalcolabile valore dei dati ceduti (SENIGAGLIA, 2020). In ognuna di queste ipotesi, ai sensi dell'art. 15 della direttiva, lo scioglimento del contratto dovrà essere esercitato con la stessa unilaterale dichiarazione stragiudiziale del consumatore fissata dalla direttiva gemella (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE). Va precisato inoltre che, a norma dell'art. 16, l'utente pagante che risolve il contratto ha diritto al rimborso totale, anche se diventa parziale e proporzionale in caso di forniture continuative per parte delle quali il prodotto digitale è stato erogato conformemente – eventuali somme anticipate per periodi non sfruttati verranno aggiunte al rimborso (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE). Per la risoluzione a opera del fruitore gratuito, invece, la direttiva 770 non sancisce specifiche previsioni di indennizzo dello sforzo economico sostenuto dall'utente che ha ceduto dati personali remunerativi per l'operatore economico, bensì rinvia – attraverso il cons. 73 – al generale diritto al risarcimento di disciplina europea (*ibid.*). Comunque, in via generale, le tempistiche di rimborso per qualsiasi di questi rimedi non possono superare i 14 giorni dalla notifica di intento a procedere del consumatore (*ibid.*).

Va da sé che nella particolare eventualità che la fornitura abbia preteso dal contraente debole sia un pagamento che un assenso al trattamento di dati non necessari, costui potrà avvalersi dell'intero arsenale di strumenti rimediali appena esposti (SENIGAGLIA, 2020).

3.5 Modifiche a contenuti/servizi digitali

L'anima tecnologica dei beni regolati dalla direttiva 770 richiede una loro frequente revisione di modo che siano aggiornati ai più recenti sviluppi digitali. Pertanto, l'art. 19 permette al fornitore modifiche unilaterali – ulteriori a quelle essenziali per la conformità del bene digitale – a patto che siano consentite e motivate da contratto, oltre che gratuite per l'acquirente che ne deve essere propriamente informato (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE). Se tali variazioni dovessero essere sensibilmente sfavorevoli per il consumatore e non gli fosse consentito lasciare invariato il prodotto gratuitamente può risolvere il contratto entro 30 giorni dall'avviso di modifica del venditore (*ibid.*).

[10] Come chiarisce l'art. 14, par. 6, sarà eventualmente il fornitore a dover dimostrare che il difetto non è grave (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE).

4 RECEPIMENTO: IL D.LGS. N. 173, 4 NOVEMBRE 2021

La dir. 2019/770/UE è stata recepita dal Parlamento italiano il 4 novembre 2021, parallelamente quindi alla dir. 2019/771/UE, con il d.lgs. n. 173 che ha appositamente introdotto nel Codice del consumo il nuovo Capo I-*bis* per i contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali (GRISAFI, 2022). Si tratta di un decreto legislativo di considerevole impatto perché grazie ai nuovi artt. 135 *octies*-135 *vicies ter* con esso introdotti, tali contratti godono per la prima volta di una specifica disciplina contrattuale (DE CRISTOFARO, 2022b).

4.1 Occasioni colte e perse

La gemellarità delle direttive fin qui analizzate si manifesta perfino nel loro accoglimento all'interno del nostro ordinamento, tant'è che le previsioni degli artt. 135 *octies* e ss. riproducono in buona sostanza i contenuti degli articoli attuativi della dir. 2019/771/UE (GRISAFI, 2022). Sicché, vista la moderatezza – o conveniente indolenza, a seconda del punto di vista – del legislatore italiano, alcune delle problematiche sollevate dall'attuazione della direttiva sulla vendita di beni di consumo, si ritrovano anche nel recepimento di quella sui beni digitali. In ragione di ciò, al fine di evitare di proporre un'analisi pressocché coincidente con quella effettuata in precedenza per il d.lgs. n. 170, si ritiene sufficiente complessivamente sottolineare in merito quanto segue.

Rinunciando totalmente alla concessione fatta dal cons. 12 della direttiva agli Stati membri, il d.lgs. n. 173 si riduce semplicemente a normalizzare certi profili delle forniture di contenuti digitali, senza spingersi a identificarle né come tipo contrattuale già esistente nel sistema legislativo italiano né come nuovo contratto *sui generis* (DE CRISTOFARO, 2022b). Inoltre, non approfittando nemmeno dell'autorizzazione offerta dal cons. 16, il legislatore nazionale desiste purtroppo nuovamente dall'estendere la disciplina comunitaria ai contratti *business-to-business* (*ibid.*). A dispetto di ciò, tuttavia, non essendoci norme specifiche per le forniture digitali tra professionisti ed essendo parte della tutela qui garantita al consumatore non di natura strettamente consumeristica, l'inclusione sembrerebbe indirettamente ammissibile grazie alla c.d. analogia *legis* (*ibid.*). Infine, al pari del connesso d.lgs. 170, il d.lgs. 173 conferma il divieto di deroghe peggiorative e la nullità di protezione, oltre che il diritto del consumatore al risarcimento del danno.

Nel complesso, con questo ampliamento del Codice del consumo il legislatore nazionale sembra disinteressarsi dell'esigenza di interconnessione e accordo che scaturisce tra le nuove disposizioni e quelle di altri capi o normative, tant'è vero che non fa cenno, ad esempio, ai

metodi di pagamento, malgrado il peso di tale materia nelle vendite digitali (GRISAFI, 2022). In effetti, il decreto legislativo ignora completamente il tema del coordinamento tra norme di varia natura, a nulla servendo la supremazia delle regole di settore ordinata dall'art. 135-*novies* che risolve le dispute nell'applicazione delle norme ma non la questione della loro reciproca integrazione (*ibid*.).

Ne emerge ancora una volta una tecnica di recepimento opaca che, non sfruttando appieno le deroghe per definire più chiaramente la disciplina delle forniture digitali, finisce paradossalmente per mantenere parte dell'incertezza che la direttiva europea *in primis* intendeva eliminare, rischiando a conti fatti di smorzare tanto la tutela del consumatore quanto quella del professionista.

CONCLUSIONE

Tramite la costruzione di un vero e proprio mercato unico digitale la Commissione Europea punta alla conversione digitale entro il 2030, obiettivo che racchiude in sé anche la creazione di un mercato unico dei dati che sia competitivo e tragga finalmente vantaggio dal grande flusso di informazioni finora trascurato per produrre così maggiore ricchezza (COMMISSIONE EUROPEA, 2022). Infatti, poiché i dati rappresentano beni non rivali[11], più imprese europee possono servirsene allo stesso tempo per generare profitti superiori che si traducano alla fine in un aumento del PIL della zona UE (*ibid.*). Tuttavia, in ragione dell'inevitabile uso di dati anche personali, questo presuppone che non si possa incoraggiare tale sistema economico senza parallelamente necessariamente rispettare i diritti della persona.

La strategia digitale mira, inoltre, a ricavare la massima crescita dall'*e-commerce* intracomunitario e proprio in questo senso agiscono le direttive esaminate: la n. 771 uniformando le norme europee sulla vendita di beni, la n. 770 facilitando la fornitura e l'accesso ai contenuti e servizi digitali (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/771/UE; Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/770/UE). A conti fatti, però, seppure queste comprendano elementi di novità, il complessivo risultato del legislatore Europeo è nulla più che discreto a causa delle tante deroghe lasciate agli Stati membri su aspetti che avrebbero beneficiato, piuttosto, di un'unitaria regolamentazione dall'alto. Eppure, alla luce della ragguardevole volontà dell'Unione Europea di formare un mercato unico digitale e del fatto che non è semplice far armoniosamente confluire in un'unica materia più discipline diverse, raccordandole fra loro, è possibile concedere clemenza al legislatore comunitario. Ugualmente modesto ma non altrettanto comprensibile, invece, il prodotto del legislatore italiano che ha provveduto a un recepimento letterale e misurato a un punto tale da renderlo quasi privo di significato.

In ogni caso, al di là delle riflessioni presentate in questo scritto sul loro contenuto e sulla loro attuazione, le direttive europee 2019/771 e 2019/770 restano solo frazioni del più ampio disegno di transizione all'era digitale. Ciò che deve essere tenuto in particolare considerazione, pertanto, è che il quadro normativo europeo continuerà ad avere bisogno di costante revisione anche una volta raggiunta la piena digitalizzazione perché, essendo la tecnologia determinante nel mondo digitale, il diritto europeo stesso non potrà esimersi dal seguirne l'evoluzione. In conclusione,

[11] Ossia, quei beni che consentono una loro simultanea comune fruizione perché il loro utilizzo da parte di un soggetto non preclude che qualcun altro, nel frattempo, ne usufruisca (COMMISSIONE EUROPEA, 2022). Per esempio, si pensi ai programmi televisivi o alla musica.

oltre che vigilare senza eccezione sul mercato digitale per garantire l'equa tutela di tutti gli attori coinvolti, l'Unione Europea dovrà essere capace di muoversi dinamicamente per aggiustarsi – legislazione compresa – ai cambiamenti strutturali e tecnologici dell'economia digitale.

Parole utilizzate: 11.411

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ADDANTE, A., 2020. La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali. *Giustizia Civile,* 7(4), pp. 889-931.

ADDIS, F., 2020. Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771. *Nuovo diritto civile,* 5(2), pp. 5-27.

BARENGHI, A., 2020. Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo. *Contratto e impresa,* 36(2), pp. 806-822.

CAMARDI, C., 2019. Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali. *Giustizia civile,* 6(3), pp. 499-523.

DE CRISTOFARO, G., 2022. Il recepimento della direttiva 2019/771/UE nel diritto italiano. Le opzioni fondamentali del legislatore nazionale. I limiti "soggettivi" ed "oggettivi" posti all'ambito di operatività della nuova disciplina. In: G. DE CRISTOFARO, a cura di *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo.* s.l.:Giappichelli, pp. 1-34.

DE CRISTOFARO, G., 2022. Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?. *Le nuove leggi civili commentate,* 45(1), pp. 1-47.

D'IPPOLITO, G., 2020. Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale. *Il diritto dell'informazione e dell'informatica,* 36(3), pp. 635-674.

D'ONOFRIO, M., 2022. Obsolescenza programmata: qualificazione giuridica e rimedi alla luce della Direttiva 2019/771/UE e del diritto interno. *Le nuove leggi civili commentate,* 45(2), pp. 516-532.

GAZZETTA UFFICIALE DELL'UNIONE EUROPEA, 22 maggio 2019. n. L136. pp. 28-50.

GENTILI, A., 2022. La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 76(3), pp. 701-716.

GRISAFI, R., 2022. *Il dato personale come presunto corrispettivo economico e le nuove fonti di integrazione eteronome del contratto nella fornitura di contenuti e servizi digitali. Il caso della disciplina della garanzia di conformità..* [Online] Available at: https://www.judicium.it/il-dato-personale-come-presunto-corrispettivo-economico-e-le-nuove-fonti-di-integrazione-eteronome-del-contratto-nella-fornitura-di-contenuti-e-servizi-digitali-il-caso-della-disciplina-della-garanzi/
[Consultato il giorno 27 Ottobre 2022].

LEONE, A., 2022. Servizi digitali 'zero price' e diritti dei consumatori [Nota a sentenza: Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2630]. *Il diritto industriale,* Issue 3, pp. 234-253.

LUMINOSO, A., 2022. La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. N. 170/2021). *Europa e diritto privato,* Issue 3, pp. 483-515.

MANIACI, A., 2022. I rapporti fra autonomia privata e disciplina italiana della vendita di beni di consumo dopo il recepimento della Direttiva n. 2019/771. *Europa e diritto privato,* Issue 2, pp. 237-261.

PAGLIANTINI, S., 2020. Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771. *Giurisprudenza italiana [1965],* 172(1), pp. 217-238.

PARENZO, B., 2021. Sull'importanza del dire le cose come stanno: ovvero, sul perchè della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l'esistenza di uno scambio sotteso ai c.d. servizi digitali 'gratuiti'. *Il diritto di famiglia e delle persone,* 50(3), pp. 1457-1489.

SENIGAGLIA, R., 2020. La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali. *Contratto e impresa,* 36(2), pp. 760-783.

SIMONINI, G., 2022. Verso una concezione oggettiva (e tecnica) del difetto di conformità dei beni di consumo. *Danno e responsabilità,* 27(1), pp. 64-76.

TRUBIANI, F., 2022. I contratti di cloud computing: natura, contenuti e qualificazione giuridica. *Il diritto dell'informazione e dell'informatica,* 38(2), pp. 395-465.

VENTURELLI, A., 2022. Risarcimento del danno e sospensione del pagamento del prezzo nella nuova disciplina dedicata alla fornitura. *Contratto e impresa,* 38(3), pp. 813-838.