

LE TUTELE A FAVORE DEL CONSUMATORE DIGITALE NELLA “DIRETTIVA OMNIBUS”

Di Giuseppe Versaci

| 583

SOMMARIO: 1. *La modernizzazione digitale del diritto dei consumatori nel canone di un’armonizzazione declassata;* 2. *Il quadro definitorio dell’economia digitale: un esempio di “puntinismo” (normativo) o di “cubismo” (soggettivo)?;* 3. *Nuove ipotesi di asimmetrie informative e possibili abusi: un approccio sinergico tra la Dir. 2005/29/CE e la Dir. 2011/83/UE;* 3.1. *L’identità della controparte contrattuale nei mercati online;* 3.2. *La classificazione online delle offerte di beni e servizi;* 3.3. *I sistemi reputazionali delle recensioni online;* 3.4. *La personalizzazione dei prezzi;* 4. *Il recesso di pentimento nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali: un’ingiustificata disparità di trattamento per i contratti senza corrispettivo pecuniario;* 5. *Conclusioni: una nota metodologica.*

ABSTRACT. La Direttiva 2019/2161/UE (c.d. “Direttiva Omnibus”) prevede numerose novità sul fronte delle tutele dei consumatori che accedono al mercato unico digitale. In particolare, vengono apportate modifiche ed integrazioni alle discipline in materia di pratiche commerciali sleali e di obblighi informativi precontrattuali al fine di garantire un corretto e trasparente svolgimento delle operazioni di consumo nei mercati online. Inoltre, viene ampliato il campo di applicazione della Direttiva 2011/83/UE ai contratti di fornitura di servizi digitali che non prevedono un corrispettivo pecuniario, a cui però viene riservato un trattamento differenziato in merito ad alcuni aspetti disciplinari del recesso di pentimento. Il presente lavoro esamina gli interventi di riforma sopra richiamati, soffermandosi sia sui profili contenutistici che sul tipo di armonizzazione attuata dal legislatore europeo, della quale si mettono in risalto le sfumature cangianti. Si evidenzia, infine, come il moltiplicarsi di iniziative regolatorie del mercato digitale richieda all’interprete un notevole sforzo, che non consiste soltanto nel raccordare le nuove discipline europee ai sistemi nazionali, ma anche nel garantire una coerenza interna alle stesse regole di nuovo conio.

The Directive 2019/2161/Eu (the so-called “Omnibus Directive”) provides for numerous innovations in the field of consumer protection in the digital single market. In particular, there are some amendments and additions to the set of rules regarding unfair commercial practices and pre-contractual information duties and they aim to make B2C transactions work properly in online marketplaces. Moreover, the scope of the Directive 2011/83/Eu is changed to include digital service contracts which are provided free of monetary charge, but these contracts are treated differently with regard to some legal aspects of the right of withdrawal. The present work analyses the aforementioned changes in terms of both content details and the level of EU harmonization, whose different nuances are underlined. It eventually points out that the legal scholars are required to face the increased EU legislation on digital market, not only focusing on its coherence with national legal systems but also taking care of the consistency of the same new digital rules.

1. La modernizzazione digitale del diritto dei consumatori nel canone di un'armonizzazione declassata.

584 La strategia per un mercato unico digitale del 2015¹ e il *New deal* per i consumatori del 2018², quest'ultimo preceduto dal *Fitness check of EU consumer and marketing law* e dalla valutazione della direttiva sui diritti dei consumatori³, avevano fatto presagire che gli anni a venire avrebbero segnato novità rilevanti per il diritto del consumo a livello europeo⁴. Il punto di ricaduta del fermento regolatorio si è avuto nel 2019, anno nel quale hanno avuto luce le direttive nn. 770 e 771, relative rispettivamente ai contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali e ai contratti di vendita di beni, e la direttiva n. 2161, animata dallo scopo di migliorare l'applicazione e attuare una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. I propositi ambiziosi di quest'ultima, con la modifica parziale di ben quattro direttive che compongono l'*acquis* di contenuto consumeristico (le direttive 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE, 2011/83/UE), hanno fatto sì che le venisse affibbiato l'appellativo "omnibus".

Pur nell'eterogeneità degli interventi innovativi, concernenti sia misure di trasparenza che strumenti di *enforcement*, all'interno della direttiva novellatrice emerge la presenza di una serie sparsa di disposizioni che assumono come referente soggettivo il consumatore che agisce nel mercato digitale⁵. D'altronde, negli anni precedenti non sono

mancati interventi sanzionatori, sul fronte *antitrust*, nei confronti di condotte abusive poste in essere da imprese assolute protagoniste dell'economia digitale⁶. Al *public enforcement* già sperimentato, il legislatore europeo ha voluto quindi associare l'introduzione di un più efficace apparato di diritti e rimedi esercitabili sul piano orizzontale⁷. A tal fine, la direttiva in questione ha optato, da un lato, per un ampliamento degli obblighi informativi precontrattuali con taluni aggiustamenti di quelli già esistenti e, dall'altro, per un inquadramento tra le pratiche commerciali scorrette di alcune condotte pregiudizievoli rinvenute nei mercati *online*. Si tratta di interpolazioni compiute sulle direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE; del resto, le modifiche apportate alle direttive 93/13/CEE e 98/6/CE non hanno riguardato specificamente il consumatore che accede a beni e servizi di natura digitale, né quello che acquista beni e servizi di natura fisica con mezzi digitali⁸. Pertanto, considerato l'angolo di

digital environment», mentre altre «deal with a diffuse range of often significant issues»: C. TWIGG-FLESNER, *Bad Hand?*, cit., 173.

⁶ A livello di Unione europea, v. Commissione europea, decisione del 27 giugno 2017, caso AT.39740 – Google Search (Shopping), C(2017) 4444; Commissione europea, decisione del 18 luglio 2018, caso AT.40099 – Google Android, C(2018) 4761; Commissione europea, Decisione del 20 marzo 2019, caso AT.40411 – Google Search (AdSense), C(2019) 2173. A livello di Stati membri, ha riscosso una notevole risonanza la decisione del *Bundeskartellamt*, caso B6-22/16, 7 febbraio 2019, con cui l'autorità *antitrust* tedesca ha inflitto una pesante sanzione contro Facebook, inizialmente sospesa dall'Alta corte regionale di Düsseldorf (26 agosto 2019, Case VI-Kart 1/19 (V)), poi confermata in via provvisoria dal *Bundesgerichtshof* (BGH, 23 giugno 2020, KVR 69/19). Su quest'ultima vicenda, definita una «saga teutonica», v. riassuntivamente R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH e F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 513 ss.

⁷ A favore dell'opportunità di regolare l'economia digitale, con particolare riferimento alla sottospecie dell'economia delle piattaforme, mediante gli strumenti della *consumer protection*, si erano schierati diversi studi: OECD, *Protecting Consumers in Peer Platform Markets. Exploring the issues*, Ministerial meeting on the digital economy, Background report, 2016, 21-23; P. HAUSEMER ET AL., *Exploratory study of consumer issues in peer-to-peer platform markets*, European Commission, Final Report, 2017, 125-129; nella letteratura giuridica, v. S. GRUNDMANN e P. HACKER, *The Digital Dimension as a Challenge to European Contract Law – The Architecture*, in S. GRUNDMANN (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, Cambridge, 2018, 17-26, ove peraltro si sottolinea come la regolazione dell'economia digitale debba basarsi «not only on concerns of structural inequalities between the parties to the contract (information, 'bargaining power'), but also on greatly increased concerns for externalities (third-party effects)» (p. 19).

⁸ Non mancano, tuttavia, le esortazioni ad un aggiornamento più significativo della direttiva 93/13, che tenga conto proprio delle peculiarità dell'economia digitale: B. HAJEK, *Online Platform Service Providers on Platform 9%: A Call for an*

¹ Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final.

² Commissione europea, *Un "New Deal" per i consumatori*, 11 aprile 2018, COM(2018) 183 final.

³ Commissione europea, Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, 23 maggio 2017, COM(2017) 259 final; Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Evaluation of the Consumer Rights Directive*, 23 maggio 2017, SWD(2017)169; Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Report on the Fitness Check of EU consumer and marketing law*, 23 maggio 2017, SWD(2017)209.

⁴ A dire il vero, rispetto alle premesse con cui è stato lanciato il REFIT (il programma della Commissione europea di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione), nel cui quadro è rientrato il *Fitness check*, le proposte di riforma sono state meno estese di quanto ci si aspettasse: così C. TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers*, in *Zeitschr. für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2018, 166. Critici verso il *New Deal* M.B.M. LOOS, *The modernization of European Consumer Law: a pig in a poke?*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2019, 113 ss.; A. CILENTO, *New deal per i consumatori: risultati all'altezza delle ambizioni?*, in *Contr. impr.*, 2019, 1195 ss.

⁵ Tra i commentatori vi è chi ha descritto l'iniziativa regolatoria – all'epoca in cui era ancora solo una proposta – come una «mixed bag», riferendosi al fatto che alcune disposizioni «are intended to ensure that existing EU rules can work in the



visuale prescelto nel presente lavoro, queste ultime modifiche non saranno oggetto di trattazione.

Degli emendamenti di marca digitale, vale a dire predisposti per il modello di consumatore sopra descritto, balza all’occhio un elemento relativo alla tecnica armonizzatrice, che merita attenzione prima della disamina dei singoli aspetti di riforma. Invero, l’emanazione di una nuova direttiva consumeristica richiede di accertare preliminarmente il tipo di armonizzazione attuata dal legislatore europeo. Nel caso di specie, la questione è di particolare interesse perché trattandosi di una meta-direttiva, che incide su altre direttive già esistenti, è opportuno verificare se l’armonizzazione di queste ultime abbia subito cambiamenti, e nell’eventualità di che genere. Non essendoci nel testo della direttiva *omnibus* una disposizione generale dedicata all’armonizzazione, del tutto comprensibilmente in considerazione della varietà delle misure introdotte, è necessario setacciare ogni singolo articolo e considerando. Da un tale scrutinio ci si accorge che l’armonizzazione massima delle discipline sulle pratiche commerciali sleali e sui diritti dei consumatori è stata per lo più degradata, nell’ambito digitale, ad armonizzazione minima, con la peculiarità, in un caso, di concedere agli Stati membri persino margini di discostamento *in peius*⁹.

Prendendo le mosse dal nuovo art. 6 *bis* – fulcro della riforma – della direttiva 2011/83, relativo agli obblighi di informazioni supplementari specifiche per i contratti conclusi su mercati *online*, l’attenzione ricade sul par. 2 ove si prevede che, senza pregiudicare le disposizioni della direttiva sul commercio elettronico (direttiva 2001/31/CE), gli Stati membri hanno la facoltà di imporre ai fornitori dei mercati *online* ulteriori obblighi informativi rispetto a quelli indicati dal par. 1. Nel solco di un’armonizzazione che non osta all’introduzione di disposizioni nazionali *in melius* si pone anche il considerando 50 della direttiva *omnibus*, che consente agli Stati membri di adottare – oltre al divieto di rivendita di biglietti d’ingresso a eventi culturali o sportivi tramite *software* di tipo *bot* che aggirano i limiti quantitativi fissati dal venditore primario – misure di maggior tutela nei confronti dei consumatori che intendono accedere a tale tipologia di eventi ricorrendo ai canali del mercato secondario. Di conio del tutto diverso è l’armonizzazione realizzata nei riguardi della

disciplina del diritto di recesso per i casi in cui l’esecuzione di un contratto di servizi, negoziato fuori dai locali commerciali o concluso a distanza (ipotesi in cui rientra, per antonomasia, il contratto concluso *online*), sia iniziata prima della scadenza del periodo in cui esercitare lo *ius poenitendi*. Introdotto l’obbligo per il professionista di ottenere dal consumatore – non solo il consenso espresso ai fini dell’esecuzione “anticipata” del contratto, ma anche – l’accettazione di perdere il diritto di recesso una volta che il contratto sarà stato interamente eseguito, il considerando 42 della dir. 2019/2161 comunque prevede che gli Stati membri possano non applicare il suddetto obbligo nell’ipotesi in cui il consumatore abbia espressamente richiesto una visita del professionista per l’effettuazione di riparazioni. È evidente l’eccentricità di una simile disposizione, riprodotta in un nuovo comma dell’art. 16, dir. 2011/83, che immagina per il professionista l’astensione (ragionevole) da un certo obbligo, senza tuttavia imporla d’imperio, bensì rimettendola alla discrezionalità *deminuens* (in termini di protezione consumeristica) degli Stati membri.

Alla luce delle disposizioni passate in rassegna – da cui si sono tenute fuori le possibili deroghe nazionali in merito alla disciplina delle visite non richieste del professionista presso l’abitazione di un consumatore, vista la loro estraneità rispetto all’oggetto d’indagine di queste pagine – non può che rimarcarsi il declassamento subito dalla *full harmonization* delle direttive modificate. Orbene, com’è noto, l’armonizzazione ha già assunto diverse sfaccettature¹⁰, ma queste non sembrano destinate ad esaurirsi. Nella direttiva in esame, infatti, non si è soltanto introdotta un’armonizzazione che degrada quella precedente, frustrando gli intenti di una stagione in cui il vento pareva soffiare ormai a favore di un sempre maggiore avvicinamento delle discipline nazionali¹¹, ma si è altresì aggiunta la variante di un’armonizzazione che consente persino un abbassamento – per quanto non di grande rilievo, nel caso specifico – dello *standard* di tutela. Come se non bastasse, un’ulteriore anomalia è data dal

¹⁰ Per tutti, v. S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, 217 ss.; G. D’AMICO e S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018, *passim*.

¹¹ Com’è risaputo, da quando la Commissione europea presentò nel 2008 la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (COM(2008) 614 definitivo), l’armonizzazione massima sembrava aver preso il sopravvento. In luogo di tanti, v. M. FAURE, *Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law???*, in *Maastricht Journ. Eur. Comparative Law*, 2008, 433 ss.

Update of the Unfair Contract Terms Directive, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2020, 1143 ss.

⁹ Segnala l’abbandono dell’armonizzazione massima M. ĐUROVIĆ, *Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2020, 65.



fatto che la previsione contenuta nel succitato considerando 50 non trova riscontro nell’articolato normativo, dando ingresso ad un tipo di armonizzazione depotenziata anche sul piano della coerenza, tenuto conto del carattere non vincolante dei considerando. Non sembra che tali novità siano riconducibili ad un’unica *ratio*, tanto più che non tutte sembrano averne una ben precisa; affiora comunque l’idea secondo cui, almeno con riguardo agli interventi strettamente riferibili al mercato digitale, non si siano volute precludere misure supplementari di rango nazionale in considerazione dei rapidi sviluppi tecnologici (considerando 29, dir. 2019/2161)¹².

2. Il quadro definitorio dell’economia digitale: un esempio di “puntinismo” (normativo) o di “cubismo” (soggettivo)?

Sul fronte digitale, la direttiva *omnibus* ruota in gran parte attorno alla nozione di «mercato online», inserita sia nel corpo della dir. 2005/29 che in quello della dir. 2011/83. La dicitura introdotta è la seguente: «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un’applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori» (art. 2, par. 1, lett. m, dir. 2005/29 e art. 2, par. 1, n. 17, dir. 2011/83).

A tal proposito, è opportuno compiere una breve digressione. Deve evidenziarsi, infatti, come l’ultimo decennio abbia visto le scienze sociali cimentarsi, con uno sforzo considerevole, nel tentativo di concettualizzare gli aspetti più innovativi dell’economia digitale, a partire dalla figura centrale delle piattaforme¹³ fino alla

¹² A dire il vero, è opportuno rilevare che alcuni Stati membri si sono già dotati di una disciplina appositamente rivolta all’economia digitale (su tutti, la Francia con la *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*). Non è da escludersi, allora, che sarebbe risultata poco accetta un’armonizzazione massima su una materia da poco regolata a livello nazionale. Segnala l’influenza della normativa francese sulla dir. 2019/2161 J-D. PELLIER, *Regard sur la directive dite Omnibus 2019/2161 du 27 novembre 2019*, in *Revue des contrats*, 2020, 82, nt. 57.

¹³ Per una panoramica delle diverse possibili definizioni di piattaforme digitali, distinguendo le definizioni di taglio tecnologico da quelle di carattere socioeconomico, v. A. ASADULLAH, I. FAIK e A. KANKANHALLI, *Digital platforms: a review and future directions*, in *PACIS 2018 Proceedings*, 22nd Pacific Asia Conference on Information Systems, Yokohama, Japan, June 26-30, 2018, disponibile *online* su: https://www.researchgate.net/publication/327971665_Digital_Platforms_A_Review_and_Future_Directions (ultima visita: 10 maggio 2021). In una prospettiva più ampia, è degno di

delineazione di alcuni sottoinsiemi dell’economia in questione, come l’economia della collaborazione¹⁴ e l’economia dei dati¹⁵. Si fatica, tuttavia, a trovare definizioni condivise, considerata anche la rapida evoluzione delle tecnologie, talché, in uno scenario così incerto, i formanti giuridici hanno rinunciato – almeno finora – a fornire un quadro generale, pur se qualcuno l’avrebbe auspicato¹⁶.

La strategia fin qui percorsa, a livello eurounitario, è stata quella di affrontare i problemi dell’economia digitale all’interno di contenitori giuridici diversi, di volta in volta riferiti a un certo tipo di situazione giuridica soggettiva (ad es., la dir. 2019/790/UE sul *copyright*), a un certo tipo di mercato (ad es., la dir. 2018/1972/UE recante il codice europeo sulle comunicazioni elettroniche), a un certo tipo di condotta (ad es., il Reg. UE 2018/302 sul *geoblocking*), a un certo tipo di beni e servizi (ad es., la dir. 2019/770/UE sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali, comunque limitata soggettivamente ai contratti *b2c*) o a un certo tipo di rapporti giuridici (ad es., il Reg. UE 2019/1150 sui rapporti contrattuali *platform to business* e la dir. 2019/2161 qui in esame sui rapporti – contrattuali e non – *platform to consumer*).

Nelle discipline appena richiamate si ritrovano tratteggiati i caratteri di soggetti professionali talvolta affini, ma non coincidenti: il fornitore di un mercato *online*¹⁷; il fornitore di servizi di intermediazione *online*¹⁸; il prestatore di servizi di

particolare interesse il fascicolo di *Pandora Rivista* interamente dedicato al tema delle “piattaforme” (numero 3/2020).

¹⁴ *Ex multis*, F. RAMELLA e C. MANZO, *L’economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, Bologna, 2019. *Collaborative economy* è la locuzione che le istituzioni europee utilizzano per la maggiore, coprendo grosso modo lo stesso campo della più nota espressione di *sharing economy*: A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019, 32.

¹⁵ ICD e OPEN EVIDENCE, *European Data Market*, SMART 2013/0063, Final report, European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, 1 febbraio 2017; ITMEDIA CONSULTING, *L’economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, Roma, 2018.

¹⁶ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 149 ss.

¹⁷ È «“fornitore di mercato online”»: qualsiasi professionista che fornisce un mercato online ai consumatori» (art. 2, par. 1, n. 18, dir. 2011/83). Per la definizione di mercato *online*, v. *supra* nel testo.

¹⁸ È «“fornitore di servizi di intermediazione online”» la «persona fisica o giuridica che fornisce, od offre di fornire, servizi di intermediazione online agli utenti commerciali» (art. 2, par. 1, n. 3, Reg. 2019/1150). Sono «“servizi di intermediazione online”» i «servizi che soddisfano tutti i



condivisione di contenuti *online*¹⁹. Inoltre, in base alle definizioni dei servizi svolti, possono individuarsi *per relationem*: il fornitore di un servizio digitale²⁰; il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica²¹; il fornitore di servizi prestati tramite mezzi elettronici²². Le nozioni appena richiamate si sovrappongono a quelle già esistenti, contenute in discipline del passato come la

seguenti requisiti: a) sono servizi della società dell'informazione ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio; b) consentono agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori, a prescindere da dove sono concluse dette transazioni; c) sono forniti agli utenti commerciali in base a rapporti contrattuali tra il fornitore di tali servizi e gli utenti commerciali che offrono beni e servizi ai consumatori» (art. 2, par. 1, n. 2, Reg. 2019/1150).

¹⁹ È ««prestatore di servizi di condivisione di contenuti online»: un prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro. I prestatori di servizi quali le enciclopedie online senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo di e condivisione di software open source, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972, i mercati online, i servizi cloud da impresa a impresa e i servizi cloud che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale non sono prestatori di servizi di condivisione di contenuti online ai sensi della presente direttiva» (art. 2, par. 1, n. 6, dir. 2019/790).

²⁰ Stando alla definizione di «servizio digitale» di cui all'art. 2, par. 1, n. 2, dir. 2019/770, è fornitore di tale servizio l'operatore economico che presta «a) un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale; oppure b) un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati».

²¹ Sulla base della definizione di «servizio di comunicazione elettronica» di cui all'art. 2, par. 1, n. 4, dir. 2018/1972, è fornitore di tale servizio l'operatore economico che presta «i servizi forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono, con l'eccezione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i tipi di servizi seguenti: a) «servizio di accesso a internet» quale definito all'articolo 2, secondo comma, punto 2), del regolamento (UE) 2015/2120; b) «servizio di comunicazione interpersonale»; c) servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina e per la diffusione circolare radiotelevisiva».

²² Secondo la definizione di ««servizi prestati tramite mezzi elettronici»» di cui all'art. 2, par. 1, n. 1, Reg. 2018/302, è fornitore di tali servizi l'operatore che presta «i servizi forniti attraverso Internet o una rete elettronica e la cui natura rende la loro prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione».

direttiva sul commercio elettronico, ma saranno a loro volta sovrapposte da quelle che verranno, di cui si conoscono già le anteprese nelle proposte di regolamento sui servizi e i mercati digitali (c.d. *digital services act*²³ e *digital market act*²⁴). Basti pensare, nel primo caso, alla definizione nota di servizio della società dell'informazione²⁵ e, nel secondo, alla definizione futura di piattaforma *online*²⁶.

Di fronte ad una lista così lunga di nomi – cui dovrebbero corrispondere servizi diversi – la difficoltà risiede nel selezionare le aree di intersezione e divergenza, con la consapevolezza che molteplici operatori del mercato digitale svolgono più ruoli. Peraltro, le definizioni dei suddetti servizi sono fornite dal legislatore europeo in funzione del particolare problema che affronta e dell'obiettivo specifico che si prefigge²⁷, trascurando di conseguenza la coerenza sistematica della materia regolata. Bisogna comunque riconoscere che la regolazione del mercato digitale è in divenire, l'osservatore esterno vede dunque un'opera ancora incompiuta e non è da escludere la possibilità che i frammenti di disciplina finora delineati assumano una tonalità diversa, più

²³ Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, 15 dicembre 2020, COM(2020) 825 final.

²⁴ Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), 15 dicembre 2020, COM(2020) 842 final.

²⁵ Il servizio della società dell'informazione, alla base della direttiva sul commercio elettronico, ma definito dall'art. 1, par. 1, lett. b della direttiva 2015/1535/UE, corrisponde a «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Ai fini della presente definizione si intende per: i) «a distanza»: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; ii) «per via elettronica»: un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici; iii) «a richiesta individuale di un destinatario di servizi»: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale».

²⁶ È definita ««piattaforma online»» il «prestatore di servizi di hosting che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde al pubblico informazioni, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento» (art. 2, par. 1, lett. h, Proposta di regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali).

²⁷ Lo mette in evidenza, con riferimento alla nozione di servizio di intermediazione *online*, A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali*, cit., 14.

armonica, una volta accostati l’uno di fianco all’altro. In altri termini, potremmo assistere ad un effetto, per così dire, *puntinista*, secondo l’omonima corrente artistica che utilizzava la tecnica pittorica di scomporre i colori in singoli punti di modo che la loro fusione avvenisse nella retina dell’osservatore piuttosto che all’interno del quadro. Certamente, non può che trattarsi del migliore degli auspici.

Il rischio, tuttavia, è che la costruzione di plurimi schemi soggettivi intersecanti – il prestatore di un servizio di intermediazione *online* potrebbe non fornire un mercato *online* (ad es., Facebook Marketplace che in Europa, almeno finora, funge solo da incontro di domanda e offerta, non permettendo la conclusione di transazioni²⁸), così come il fornitore di una piattaforma *online* potrebbe essere, contemporaneamente, fornitore di un servizio della società dell’informazione e prestatore di un servizio di condivisione di contenuti *online*, ma non anche fornitore di un mercato o di un servizio di intermediazione *online* (ad es., YouTube) – generi crisi identitarie che si traducono, soprattutto per le piccole e medie imprese, a maggior ragione se *newcomers*, in incertezza degli obblighi da rispettare, essendo questi definiti sulla base dello statuto di ciascuna delle suddette categorie²⁹. Ecco allora che, in uno scenario meno ottimista, il soggetto professionale operante nel mercato digitale, scomposto nei suoi molteplici volti a seconda dell’angolo di visuale assunto, potrebbe finire per rappresentare – proseguendo con la metafora pittorica – un tipico esemplare di ritratto picassiano.

²⁸

v.

https://www.facebook.com/help/1723922281209915?helpref=faq_content (ultima visita: 10 maggio 2021); https://www.facebook.com/help/329122794534612?helpref=related&ref=related&source cms_id=516057215192865 (ultima visita: 10 maggio 2021), ove la società di Menlo Park comunica che «[a]l momento l’acquisto su Facebook non è disponibile nel luogo in cui ti trovi».

²⁹ È senz’altro vero che, al momento, gli operatori economici che forniscono servizi di natura diversa sono per lo più i c.d. *Tech Giants*, che non incontrano certo i problemi segnalati nel testo; non può escludersi, tuttavia, che vi siano piccole e medie imprese – nella miriade di *apps* che il mercato digitale propone – che prestano servizi trasversali. La difficoltà, per queste ultime, non starebbe tanto nel rispettare gli obblighi introdotti dalle nuove normative, quanto nell’individuare i differenti statuti disciplinari, frutto della parcellizzazione che il legislatore europeo sta creando. Per tal ragione, sarebbe auspicabile che gli Stati membri, nel recepire le direttive europee di regolazione del mercato digitale, disciplinino la materia in modo organico, valutando l’ipotesi di un testo unico a ciò preposto.

3. Nuove ipotesi di asimmetrie informative e possibili abusi: un approccio sinergico tra la Dir. 2005/29/CE e la Dir. 2011/83/UE

Per comprendere le ragioni che hanno giustificato l’intervento di modernizzazione del diritto consumeristico bisogna partire dai fenomeni che caratterizzano il mercato digitale dagli ultimi anni. Invero, pur a fronte dei notevoli vantaggi apportati dalla possibilità di accedere a una miriade di beni e servizi di natura diversa, a costi spesso inferiori rispetto a quelli proposti dal mercato *offline*, è innegabile che il mercato digitale presenti delle insidie per i consumatori. In particolare, da un lato, la capacità decisionale di questi ultimi può essere fortemente influenzata da alcune pratiche commerciali di cui gli stessi non conoscono, o non comprendono, il meccanismo operativo. Dall’altro, i consumatori non hanno piena consapevolezza dei loro diritti per via dell’incertezza che avvolge la figura dei loro interlocutori³⁰.

In entrambi i casi, si riscontra un *deficit* informativo che il legislatore europeo ha deciso di colmare imponendo a determinati operatori economici (i fornitori di mercati *online*) specifici obblighi di informazione, da comunicare in talune ipotesi attraverso una certa forma-modulo di carattere digitale (un’apposita sezione dell’interfaccia *online* che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentate le offerte)³¹. Oltre all’aggiunta di tali obblighi, aventi ad oggetto un’azione positiva strumentale (la fornitura di certe informazioni), la direttiva *omnibus* vieta *tout court* alcune condotte ritenute scorrette. La strategia regolatoria punta, dunque, a contrastare le asimmetrie informative, e i possibili abusi che da queste possano derivare, facendo perno, per un verso, sull’introduzione di nuovi obblighi di *disclosure* inseriti nella direttiva 2011/83 e, per l’altro, sulla previsione di nuove pratiche commerciali sleali, o comunque di nuovi elementi da considerare ai fini dell’accertamento della scorrettezza commerciale, all’interno della direttiva 2005/29.

Gli interventi di modifica delle due direttive, tuttavia, non sono integralmente speculari, con la conseguenza che non tutte le omissioni delle nuove informazioni obbligatorie sembrano acquisire

³⁰ La questione è strettamente connessa allo stravolgimento di ruoli attuato dalla *sharing economy*. Cfr. OECD, *Protecting Consumers in Peer Platform Markets*, cit., 10, ove si sottolinea come «[u]nderstanding peer platform markets involves moving beyond traditional categories of buyer and seller, consumer and professional».

³¹ Sulle forme-modulo, v. S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 775-777.



rilievo in termini di pratiche commerciali ingannevoli. D'altronde, non tutte le violazioni dei “*facere informativi*” integrano gli estremi di una pratica commerciale che non solo è contraria alla diligenza professionale, ma è anche idonea a falsare in misura *rilevante* il comportamento del consumatore (v. art. 5, par. 2, dir. 2005/29)³². Il punto è centrale ai fini dell'individuazione del rimedio. Mentre, infatti, l'art. 11 *bis* introdotto nella dir. 2005/29 chiarisce finalmente quali siano i (possibili) rimedi individuali del consumatore vittima di slealtà professionale³³, la dir. 2011/83 resta ancora avara sul piano sanzionatorio³⁴, quanto meno se si cercano rimedi cui può riconoscersi un carattere generale o residuale³⁵.

Non resta, adesso, che illustrare le principali fattispecie fonti di asimmetrie e possibili abusi, esaminando le norme ad esse dedicate³⁶.

3.1.L'identità della controparte contrattuale nei mercati online

³² A tal proposito, si osserva che «[l]a complessità strutturale (e funzionale) che caratterizza la conformazione delle diverse fattispecie legali di pratica commerciale scorretta è necessaria per conferire forma giuridica alla scelta politico-economica di riconoscere e di rispettare l'*equipollente rilevanza regolatoria* di tutti gli interessi coinvolti nella dinamica del mercato (impresa, consumo e mercato)»: A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*, Torino, 2021, 406.

³³ In assenza di chiare indicazioni, la dottrina aveva suggerito varie ricostruzioni: *ex multis*, v. C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, 777 ss.; M. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 482 ss.; A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 418 ss.

³⁴ Così si era espresso all'indomani dell'emanazione della dir. 2011/83 S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 867.

³⁵ Per un'articolata ricostruzione dei diversi rimedi riconosciuti dall'ordinamento italiano in caso di violazione delle forme-modulo, v. S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Pers. merc.*, 2014, 261-267. A livello europeo, una ricostruzione generale delle tesi tradizionali circa i rimedi esperibili per violazione degli *information duties* è compiuta da K. POLUDNIAK-GIERZ, *Sanctions for Lack of Fulfilment of Information Duties: Searching for an Adequate Regulatory Model for Personalized Agreements*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2020, 823-830, ove si ricavano altresì spunti relativi all'ordinamento polacco.

³⁶ Dall'analisi che segue restano fuori il *marketing* di prodotti “a duplice qualità” e la rivendita di biglietti per eventi effettuata a seguito di acquisti tramite strumenti automatizzati (c.d. *bot*). A tali fenomeni, forieri di abusi, la direttiva *omnibus* ha dedicato attenzione inserendo apposite disposizioni all'interno della dir. 2005/29 (art. 6, par. 2, lett. c e allegato 1, n. 23 *bis*).

Se ad un consumatore del mercato *offline* viene chiesto *da chi* ha acquistato un certo bene, non vi è ragione di dubitare che questi risponda correttamente. Non è una novità, invece, che il consumatore del mercato digitale, al quale venga posta la medesima domanda, possa rispondere – in modo ambiguo – indicando il *luogo* di acquisto invece che il soggetto venditore (ad es.: Tizio dice che ha acquistato il telefono *su* Amazon). L'ambiguità non può dirsi ingiustificata per almeno due ragioni. Innanzitutto, perché a differenza di quanto avviene nel mondo fisico, il *marketplace* non corrisponde al suolo su cui si svolgono gli scambi, ma è chiaramente uno spazio virtuale messo a disposizione e gestito da un soggetto professionale, tanto che il medesimo nome (ad es., Amazon o eBay) può identificare sia il *luogo* – il sito *web* – che il *soggetto* fornitore del servizio. Tale aspetto, d'altronde, è già presente da tempo nel mercato mobiliare dove gli scambi sono ormai del tutto dematerializzati; in quest'ambito, tuttavia, per quanto l'investitore possa identificare il luogo con il soggetto che lo gestisce³⁷, non si assiste ad una confusione tra intermediario e venditore del titolo. Ecco, allora, la necessità di individuare una seconda – e più rilevante – ragione che induce il consumatore di cui sopra a rispondere in modo scorretto. Il vero *bias* sta nel fatto che negli acquisti effettuati sulle piattaforme digitali gli attributi qualificativi, e talvolta anche identificativi, del venditore del bene o fornitore del servizio non ricevono una considerazione equiparabile a quella riscontrabile in altri contesti di consumo³⁸. In molti casi, l'attenzione del consumatore è concentrata sul rapporto instauratosi con la piattaforma che funge da intermediario (il rapporto *p2c: platform to consumer*), piuttosto che sul secondo rapporto conclusosi con il fornitore del bene o servizio offerto sulla piattaforma³⁹.

Il problema che da ciò scaturisce è di tutta evidenza: la tutela consumeristica, infatti, ha una natura *relazionale*, nel senso che non dipende dalla qualità soggettiva di uno solo dei contraenti, ma si determina dall'incontro di due *status* soggettivi, essendo quello di professionista tanto essenziale quanto quello di consumatore. La mancanza di

³⁷ In realtà, è lo stesso legislatore che «utilizza l'espressione “mercato” anche per individuare le organizzazioni che prestano una serie di servizi diretti a ridurre i costi di transazione che si incontrano nella negoziazione degli strumenti finanziari»: R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2020, 235.

³⁸ E. TERRY, *The sharing economy in Belgium – a case for regulation?*, in *J. Eur. Cons. Mark. L.*, 2016, 50.

³⁹ Sulla «terna di rapporti bilaterali» che si vengono a formare nelle piattaforme digitali, v. A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali*, cit., 18-27.



informazioni complete sul fornitore del bene, servizio o contenuto digitale si riflette, di conseguenza, sulla (in)consapevolezza dei diritti che il consumatore può esercitare⁴⁰.

Alla luce di tali problematiche, è ben comprensibile il motivo per cui la direttiva *omnibus* addossò in capo al fornitore di un mercato *online* l'obbligo di informare i consumatori se il terzo che offre beni, servizi o contenuti digitali sia un professionista o meno (v. il neointrodotta art. 6 *bis*, par. 1, lett. b, dir. 2011/83). Inoltre, nell'ipotesi in cui il terzo non sia un professionista, l'informazione deve specificare che i consumatori non possono godere dello statuto di tutela riservato loro nei rapporti *b2c*, mentre, nell'ipotesi in cui gli obblighi contrattuali siano ripartiti tra la piattaforma e il terzo, va indicato il modo in cui opera tale riparto (art. 6 *bis*, par. 1, lett. c-d, dir. 2011/83). L'informazione circa la qualità soggettiva del terzo assume un carattere di particolare rilevanza, tale per cui la sua omissione può integrare gli estremi di una pratica commerciale ingannevole, nel caso di invito all'acquisto di un prodotto offerto su un mercato *online* (v. la lett. f inserita nell'art. 7, par. 4, dir. 2005/29)⁴¹.

L'aspetto più controverso di tali novità è che il fornitore del mercato *online* comunque non fornisce alcuna garanzia sulla qualifica del terzo, limitandosi a riportare la dichiarazione pervenutagli da quest'ultimo⁴². Il consumatore, pertanto, potrebbe essere informato di aver acquistato da un suo pari, cioè un altro consumatore, quando invece si trattava di un professionista, senza che possa dolersene con la piattaforma digitale che resterebbe esente da qualsiasi responsabilità⁴³. Qualora venisse scoperta la qualità professionale del venditore, non sarebbe certamente precluso al consumatore di agire nei suoi confronti, ma non è semplice stabilire con quale efficacia. Il vero punto di domanda, infatti,

⁴⁰ I. DOMURATH, *Platforms as Contract Partners: Uber and beyond*, in *Maastricht journ. eur. comparative law*, 2018, 574 ss.

⁴¹ Si consideri che la definizione di «prodotto» adesso include anche i servizi digitali e il contenuto digitale, oltre a qualsiasi bene o servizio (art. 2, par. 1, lett. c, dir. 2005/29).

⁴² Cfr. S. TOMMASI, *The 'New Deal' for Consumers: Towards More Effective Protection*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2020, 329-330.

⁴³ Così M.B.M. LOOS, *The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All*, in *Eur. rev. priv. law*, 2020, 416-417, il quale assimila tale esenzione (implicita) di responsabilità a quella (espressamente) prevista dall'art. 14 della direttiva 2000/31 a favore dei fornitori di servizi della società dell'informazione. In ogni caso, rispetto al rischio di falsa rappresentazione della propria identità da parte del terzo che sfrutta i canali commerciali del mercato *online* per offrire propri beni o servizi, lo stesso autore riconosce che si tratta di una possibilità piuttosto remota (*ibidem*).

riguarda la possibilità di esercitare gli eventuali rimedi consumeristici anche dopo che sia trascorso molto tempo dalla conclusione del contratto. È evidente che tutto dipende dalla determinazione dei *dies a quo* e *ad quem* applicabili ai diversi rimedi consumeristici. Torna alla mente il problema – affrontato dalla Corte di giustizia⁴⁴ e risolto, diversamente, dall'art. 10, par. 1 della dir. 2011/83 – del recesso di pentimento esercitato a distanza di parecchi anni dalla conclusione del contratto, con la giustificazione dell'omessa informazione da parte del professionista. Nel caso in questione, tuttavia, non si tratterebbe di una (semplice) *manca di informazione* circa la possibilità di recedere da un rapporto pacificamente ritenuto dalle parti come *b2c*, bensì si tratterebbe di una ben più grave tipologia di disinformazione, vale a dire un'*informazione mendace* sulla qualità professionale del soggetto contraente, con conseguente occultamento dei diritti esercitabili dal consumatore. Pertanto, l'eventuale applicazione analogica dell'art. 53, 1° co., cod. cons., che recepisce l'art. 10, par. 1, dir. 2011/83 sul termine lungo per il diritto di recesso, non sarebbe per nulla congeniale. Il medesimo problema si presenta, inoltre, anche per gli altri rimedi tipicamente consumeristici, come quelli ad esempio esperibili per i difetti di conformità del bene, servizio o contenuto digitale acquistato dal consumatore. Diventa allora auspicabile che gli Stati membri si avvalgano dell'armonizzazione minima sul punto (v. art. 6 *bis*, par. 2, dir. 2011/83) per chiarire i margini di tutela del consumatore *deceptus*.

3.2. La classificazione online delle offerte di beni e servizi

Diversi studi sul comportamento dei consumatori hanno dimostrato, confermando un dato intuitivo, che il posizionamento dei *links* apparsi a seguito di un *input* di ricerca influenza le scelte di consumo, che possono tradursi nell'acquisto di un certo bene o servizio, a dispetto di un altro, sulla base dell'ordine dei risultati⁴⁵. Le

⁴⁴ Corte giust. Ce, 13 dicembre 2001, c. 481/99, Heinger c. Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG, in *Corr. giur.*, 2002, 865 ss., con nota di R. CONTI, *Il diritto di recesso tra "contratti porta a porta" e "credito al consumo". Un importante sentenza della Corte UE*; Corte giust. Ce, 10 aprile 2008, c. 412/06, Hamilton c. Volksbank Filder eG, in *Guida dir.*, 2008, 3, 42 ss., con nota di P. LONGO, *Un diritto sugli atti stipulati a domicilio è esercitabile se il negozio non è adempito*.

⁴⁵ G. HIWATASHI DOS SANTOS, *A "New Deal for Consumers"? The European Regulatory Framework for Online Search Queries and Rankings under the Omnibus Directive (Directive*

prime offerte hanno una probabilità di essere scelte del 47% superiore alle altre presenti nella stessa lista, oltre al fatto che circa l'80% dei consumatori si sofferma soltanto sulla prima pagina dei risultati di ricerca⁴⁶. Tali statistiche si prestano ad essere utilizzate dalle grandi piattaforme con una finalità distorsiva delle dinamiche di mercato, tesa a favorire certi utenti commerciali (spesso società controllate dalle stesse piattaforme) a scapito di altri, come accertatosi nel caso *Google Shopping*⁴⁷ e come si sospetta per il servizio di logistica di Amazon⁴⁸.

La direttiva *omnibus* non poteva trascurare il fenomeno, tenuto conto anche della circostanza che il Reg. UE 2019/1150 era già intervenuto a tutela degli utenti commerciali proprio in relazione al *gap* informativo che gli stessi professionisti scontano sul funzionamento del *ranking* delle loro offerte⁴⁹. Le medesime istanze di tutela, per quanto dirette a soddisfare interessi diversi⁵⁰, trovano così ristoro, a livello consumeristico, nella lett. a dell'art. 6 *bis*, par. 1 della dir. 2011/83, ove si prevede che il fornitore di un mercato *online* deve mettere a disposizione del consumatore, in un'apposita sezione dell'interfaccia *online* che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentate le offerte risultate dalla ricerca, informazioni generali in merito ai principali parametri che determinano la classificazione delle offerte e all'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri.

Tali informazioni si considerano, inoltre, rilevanti ai fini della configurabilità di una pratica commerciale scorretta per omissioni ingannevoli,

con l'esclusione tuttavia di tale previsione per i fornitori di motori di ricerca (v. il par. 4 *bis* inserito nell'art. 7 della dir. 2005/29). In ogni caso, la mancata indicazione, da parte dei fornitori di mercati *online*, di eventuali annunci a pagamento, o a pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all'interno della lista di risultati, costituisce *iuris et de iure* una pratica commerciale ingannevole (v. il punto 11 *bis* inserito nell'allegato 1 della dir. 2005/29).

Il cuore nevralgico di tali prescrizioni risente indubbiamente di cosa si intenda per «parametri che determinano la classificazione»⁵¹. L'articolato normativo non lo chiarisce, ma può rivolgersi lo sguardo ai considerando 22 e 23 della dir. 2019/2161, ove si precisa che occorre far riferimento a «qualsiasi criterio generale, processo, segnale specifico integrato negli algoritmi o qualsiasi altro meccanismo di aggiustamento o di retrocessione utilizzato in connessione con la classificazione», ma soprattutto si esclude qualsiasi pregiudizio alle disposizioni della dir. 2016/943/UE relativa alla protezione dei segreti commerciali. Quest'ultima previsione consente la prevedibile esenzione della piattaforma dall'obbligo di diffondere il funzionamento dei propri algoritmi, secondo la linea già seguita dal Reg. 2019/1150⁵².

3.3.I sistemi reputazionali delle recensioni online

Stando ad uno studio europeo, l'82 % dei consumatori consulta le recensioni rilasciate sul *web* da altri utenti prima di prenotare un soggiorno in albergo, comprare un prodotto elettronico o andare al ristorante⁵³. Il fenomeno in questione ha attirato l'attenzione della letteratura economica, la quale ne ha rimarcato sia gli aspetti positivi che quelli

(EU) 2019/2161), in *Anuário do NOVA Consumer Lab*, 2020, 73 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici.

⁴⁶ G. HIWATASHI DOS SANTOS, *op. ult. cit.*, 83, richiamando lo studio della Commissione europea, *Behavioural Study on the Transparency of Online Platforms*, Final report, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency (Chafea) on behalf of Directorate-General for Justice and Consumers, 2016.

⁴⁷ Commissione europea, decisione del 27 giugno 2017, caso AT.39740 – Google Search (Shopping), cit.

⁴⁸ Commissione europea, Statement by Executive Vice-President Vestager on Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and second investigation into its e-commerce business practices, Bruxelles, 10 novembre 2020, Statement/20/2082.

⁴⁹ A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali*, cit., 109 ss.

⁵⁰ A tal proposito, vi è chi evidenzia come, per quanto in entrambi i casi si tratti di risolvere fallimenti del mercato indotti da asimmetrie informative, i fallimenti in questione non siano della stessa tipologia, presentandosi in un caso (i rapporti *p2c*) *biases* cognitivi, mentre nell'altro (i rapporti *p2b*) problemi di azzardo morale e selezione avversa: P. IAMICELI, *Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2019, 413.

⁵¹ A tal riguardo, è d'uopo segnalare che la Commissione europea ha emanato degli orientamenti su come identificare i «principali parametri che determinano il posizionamento» cui si riferisce l'art. 5 del Reg. 2019/1150: Commissione europea, *Orientamenti sulla trasparenza del posizionamento a norma del regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio*, 8 dicembre 2020, C 424/1, 8 ss. Sebbene si tratti di un documento che mira ad agevolare l'applicazione di una specifica normativa, avente una finalità diversa dalla dir. 2019/2161 (la tutela degli utenti commerciali invece che dei consumatori), è indubbio che alcune indicazioni in esso contenute possano rivelarsi di un certo ausilio anche per l'interpretazione dell'art. 6 *bis*, par. 1, lett. a, dir. 2011/83 e dell'art. 7, par. 4 *bis*, dir. 2005/29.

⁵² A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali*, cit., 123-125.

⁵³ T. NWAOGU, V. SIMITCHEVA, M. WHITTLE e M. RICHARDSON, *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*, Final report, European Commission Directorate General for Health and Consumers, 2014, 10.



negativi. In particolare, si è messo in luce come i meccanismi di *feedback* reputazionale riscontrabili *online* siano in grado di contrastare il c.d. “*lemons problem*” spiegato da Akerlof⁵⁴. Allo stesso tempo, non mancano le criticità, sintetizzabili in quattro punti: *i*) abbondanza di recensioni, dunque abbondanza di informazioni, con la conseguenza che non verranno visualizzate tutte quelle recensioni la cui ricerca implica un costo superiore al valore della stessa informazione; *ii*) poca professionalità dei recensori, che spesso non adottano l’approccio che avrebbe un esperto del settore; *iii*) mancanza di controlli sulla veridicità di quanto scritto nelle recensioni; *iv*) tendenza delle piattaforme alla manipolazione dell’ordine con cui vengono presentate le recensioni ai consumatori, col fine di oscurare quelle più negative⁵⁵.

Prima dell’avvento della direttiva *omnibus*, la normativa esistente a livello europeo non era considerata sufficientemente efficace per affrontare le suddette problematiche⁵⁶, le quali non dipendono da un *deficit* informativo (posto che le stesse recensioni costituiscono informazioni)⁵⁷, bensì dipendono da un *deficit* di trasparenza, intesa in senso lato come mancanza di qualità dell’informazione, qui declinabile principalmente sotto l’attributo della lealtà⁵⁸. Pertanto, la logica che ha mosso il legislatore europeo è stata quella di individuare il garante di siffatta qualità, scindendo la fonte *volontaria* dell’informazione (gli utenti autori delle recensioni) dalla fonte *obbligatoria* della trasparenza della stessa (i gestori delle piattaforme). Coerentemente, non venendo in gioco una questione di *maggiore* informazione, quanto piuttosto di *meta*-informazione, non si è scelto di modificare la dir. 2011/83, ma soltanto la dir. 2005/29, con lo scopo di dettare alcuni obblighi di condotta su un’informazione già presente.

Ecco, dunque, che il nuovo par. 6 dell’art. 7 della dir. 2005/29 impone al professionista di comunicare se e in che modo *garantisce* che le recensioni pubblicate provengano da consumatori

che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto. Se il professionista indica che le recensioni sono inviate da consumatori che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto, si assume la responsabilità di adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che quanto indicato corrisponda al vero, pena la configurazione di una pratica commerciale ingannevole (punto 23 *ter* dell’allegato 1 della dir. 2005/29). Si incorre inoltre nel medesimo effetto se il professionista invia, o incarica qualcun altro di inviare, recensioni false o falsi apprezzamenti, o incarica di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui *social media*, al fine di promuovere prodotti (punto 23 *quater* dell’allegato 1 della dir. 2005/29).

Orbene, la posizione di garanzia riconosciuta al professionista che fornisce l’accesso alle recensioni, per quanto limitata⁵⁹, è senza dubbio un superamento – o, se si vuole, uno squarcio del velo⁶⁰ – dell’immunità prevista per il fornitore di servizi della società dell’informazione.

3.4. La personalizzazione dei prezzi

È opinione diffusa che l’uso dei *Big data*, grazie alle sofisticate tecniche di profilazione, permetta agli operatori del mercato di effettuare una personalizzazione dei prezzi. È bene intendersi sui termini fin da subito: il fenomeno cui si allude non sarebbe una delle tante forme di *price discrimination* già presenti sul mercato, che pure consistono in una differenziazione dei prezzi che un’impresa applica sulla base di certe informazioni *personali* dei consumatori (ad es., gli sconti applicati ad una determinata fascia sociale). La letteratura economica, invero, è solita distinguere tre gradi di discriminazione dei prezzi, con caratteristiche molto diverse tra loro⁶¹. La personalizzazione dei prezzi realizzabile grazie alle nuove tecnologie digitali appartiene al primo grado di discriminazione, vale a dire quella che si verifica quando un’impresa pratica il prezzo massimo che il singolo consumatore è disposto a pagare⁶². Si tratta

⁵⁴ A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON e C. KUIPER, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the “Lemons Problem”*, in *Univ. Miami L. Rev.*, 830 ss. La teoria di Akerlof è esposta in G.A. AKERLOF, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Q.J. Econ.*, 1970, 488 ss.

⁵⁵ S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *Critical Analysis of Law*, 2018, 132-135.

⁵⁶ M. NARCISO, *The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2019, 566 ss.

⁵⁷ In dottrina, tuttavia, è stata proposta la distinzione tra *information* e *opinions*: P. IAMICELI, *Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law*, cit., 411.

⁵⁸ S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, 1292.

⁵⁹ Critica sul punto P. IAMICELI, *Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law*, cit., 414.

⁶⁰ L’espressione si ritrova nel titolo e nel testo di P. IAMICELI, *op. ult. cit.*, 392, 419.

⁶¹ In luogo di molti, v. M. BOTTA e K. WIEDEMANN, *To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance*, in *Eur. Journ. Law Econ.*, 2020, 383-384.

⁶² T. MAGGIOLINO, *Personalized Prices in European Competition Law*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840, June 12, 2017, 6-10, disponibile *online* su:



di una novità rilevante se si considera che finora un tale grado di discriminazione dei prezzi era ritenuto inattuabile per l'impossibilità delle imprese di disporre di una mole sufficiente di informazioni sui consumatori. Ad ogni modo, sebbene in teoria la personalizzazione dei prezzi possa trovare applicazione nel mercato digitale, nella prassi risulta ancora piuttosto rara⁶³. Sono facili da comprendere le preoccupazioni etiche che circondano il tema⁶⁴; è più difficile, invece, stabilire *a priori* se il *welfare* complessivo dei consumatori ne ottenga benefici, essendo determinanti le circostanze dei casi concreti⁶⁵.

A fronte di tale scenario, che vedeva il diritto ancora silente, la direttiva *omnibus* è intervenuta con poche indicazioni, ma comunque rilevanti. Alla luce della lett. e *bis* inserita nel par. 1 dell'art. 6 della direttiva sui diritti dei consumatori, nei contratti conclusi a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali il professionista deve fornire, se applicabile, l'informazione che il prezzo è stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato⁶⁶. Il considerando 45 della dir. 2019/2161 chiarisce che tale obbligo non dovrebbe applicarsi ad una fattispecie che, per quanto simile, non costituisce una vera e propria personalizzazione del prezzo, ossia la fissazione di prezzo “dinamica” o “in tempo reale”, caratterizzata da una grande flessibilità e rapidità nel modificare il prezzo proposto per rispondere alle richieste del mercato. L'ipotesi tipica cui si fa riferimento dovrebbe essere quella dei prezzi dei biglietti aerei, che variano (su base oggettiva) in relazione ai cambiamenti di domanda e offerta⁶⁷.

Pur nell'esiguità delle previsioni normative, il dato più significativo è che il legislatore europeo non ha inteso vietare i prezzi personalizzati, ammettendoli piuttosto a condizione di informare i

consumatori, sebbene resti un'incognita il contenuto specifico che tale informazione debba avere. Inoltre, in ragione del nesso che collega la fissazione di prezzi personalizzati al trattamento di dati personali, con quest'ultimo che funge chiaramente da strumento, trova applicazione anche la disciplina di *data protection*. Di conseguenza, da un lato, il professionista non potrà procedere alla personalizzazione del prezzo senza aver prima acquisito il consenso del consumatore interessato al trattamento e, dall'altro, quest'ultimo potrà comunque esercitare il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato che produca effetti giuridici che lo riguardino (art. 22, Reg. UE 2016/679)⁶⁸.

Ad ogni modo, il legislatore europeo avrebbe potuto cogliere l'occasione per specificare se, e a quali condizioni, una pratica di personalizzazione dei prezzi possa assumere i connotati di una pratica commerciale scorretta, con l'applicazione dei rimedi di cui all'art. 11 *bis* della dir. 2005/29. A tal proposito, una parte della dottrina europea ha già avanzato dubbi in merito al possibile annullamento del contratto, sul piano della proporzionalità ed effettività della tutela, preferendo altri strumenti sanzionatori come il risarcimento dei danni, le azioni collettive o le sanzioni amministrative⁶⁹.

4. Il recesso di pentimento nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali: un'ingiustificata disparità di trattamento per i contratti senza corrispettivo pecuniario

Come si è già anticipato, la direttiva *omnibus* è apparsa a stretto giro dall'emanazione delle direttive nn. 770 e 771 del 2019. Non poteva, quindi, ignorare la consumerizzazione – posta in essere dalla dir. 770 – di quelle forniture di contenuti o servizi digitali ottenute senza pagare un prezzo, ma tramite il rilascio di dati personali per fini sostanzialmente commerciali⁷⁰. Di conseguenza, l'ambito di applicazione della dir. 2011/83 viene allargato allo scopo di includere anche tali fattispecie contrattuali (v. il neointrodotta art. 3, par. 1 *bis*). La portata di tale novità si apprezza,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984840

(ultima visita: 10 maggio 2021).

⁶³ F. ZUIDERVEEN BORGESIU e J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, in *J. Consum. Policy*, 2017, 349.

⁶⁴ J.-P.I. VAN DER REST, A.M. SEARS, L. MIAO e L. WANG, *A note on the future of personalized pricing: cause for concern*, in *J. of Revenue and Pricing Management*, 2020, 113 ss.

⁶⁵ F. ZUIDERVEEN BORGESIU e J. POORT, *Online Price Discrimination*, cit., 353-355; M. BOTTA e K. WIEDEMANN, *To discriminate or not to discriminate?*, cit., 386-389.

⁶⁶ In dottrina, è stata avanzata la tesi secondo cui tale obbligo informativo coprirebbe (e dovrebbe coprire, per ragioni giuseconomiche) anche il diritto del consumatore di conoscere il c.d. *impersonal price*: F. ESPOSITO, *Making Personalised Prices Pro-Competitive and Pro-Consumers*, CeDIE Working Papers 2020/02, spec. 9 ss., 33 ss., disponibile online su: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3777595 (ultima visita: 10 maggio 2021).

⁶⁷ M.B.M. LOOS, *The Modernization of European Consumer Law (Continued)*, cit., 413.

⁶⁸ F. ZUIDERVEEN BORGESIU e J. POORT, *Online Price Discrimination*, cit., 359 ss.

⁶⁹ T. DE GRAAF, *Consequences of Nullifying an Agreement on Account of Personalised Pricing*, in *J. Eur. Cons. Mark. L.*, 2019, 184 ss.

⁷⁰ Sul tema, sia consentito rinviare a G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, 160 ss.



oltre che sul piano delle informazioni precontrattuali che il fornitore dei suddetti contenuti e servizi digitali dovrà fornire al consumatore, anche con riguardo al diritto di recesso esercitabile nei contratti conclusi a distanza.

Orbene, tale diritto assume un particolare rilievo principalmente per alcuni contratti di fornitura di servizi digitali, posto che per la fornitura di contenuti digitali mediante un supporto non materiale è già in vigore l’eccezione al diritto di recesso se l’esecuzione del contratto è iniziata con l’accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione di perdere il diritto (art. 16, par. 1, lett. m, dir. 2011/83). Tale eccezione si giustifica tenendo conto del fatto che la fornitura del contenuto digitale solitamente ha natura istantanea e l’eventuale restituzione del contenuto potrebbe essere facilmente elusa o comunque compromessa. In ragione di ciò, laddove i contratti per la fornitura di un servizio digitale siano caratterizzati da una singola fornitura da parte del professionista, è opportuno che la suddetta eccezione si applichi anche a tali contratti di servizi (v. considerando 30 della direttiva *omnibus*).

Risiedono comunque altrove le novità più interessanti apportate alla disciplina del recesso di pentimento, con ripercussioni proprio per quei contratti che non prevedono il versamento di un corrispettivo pecuniario. Le modifiche riguardanti gli artt. 7, par. 3, 8, par. 8 e 16, par. 1, lett. a, m della dir. 2011/83 sono tutte accumulate da un elemento, ossia dal fatto che alcuni oneri procedurali imposti al professionista ai fini dell’esclusione del diritto di recesso del consumatore – il consenso espresso di quest’ultimo all’inizio dell’esecuzione del contratto e l’accettazione dello stesso di perdere il diritto di recesso⁷¹ – si applicano soltanto ai contratti che prevedono un obbligo di pagare in capo al consumatore. Pertanto, nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali che prevedono il (solo) rilascio di dati personali da parte del consumatore, il professionista sarà esonerato da quegli oneri e il consumatore perderà il diritto di recesso senza che vi abbia acconsentito. Il ragionamento (sillogistico) che ha condotto il legislatore europeo a

⁷¹ Si tenga comunque in considerazione che la perdita del diritto di recesso non avviene secondo il medesimo meccanismo nei contratti di fornitura di servizi e nei contratti di fornitura di contenuti digitali su supporto non materiale. Invero, mentre nei primi il consumatore non può più esercitare il diritto di recesso se vi è stata la *piena prestazione* del servizio (art. 16, par. 1, lett. a, dir. 2011/83), vale a dire una volta conclusosi il servizio, nei secondi la perdita del diritto discende dal *semplice accesso* del consumatore al contenuto digitale (implicitamente art. 16, par. 1, lett. m, dir. 2011/83), dal momento che la fornitura ha un’esecuzione istantanea.

differenziare le due fattispecie si ricava dai considerando 37 e 38 della dir. 2019/2161, articolandosi nel seguente modo: *p*¹) la sanzione prevista nel caso di mancato rispetto delle suddette condizioni per l’esclusione del diritto di recesso è *l’esenzione del consumatore dall’obbligo di pagare* per i servizi ricevuti (art. 14, par. 4, lett. a-b, dir. 2011/83); *p*²) il mancato rispetto di una condizione deve avere *sempre* una conseguenza giuridica; *c*) il consenso espresso del consumatore all’inizio dell’esecuzione del contratto e l’accettazione dello stesso di perdere il diritto di recesso sono condizioni necessarie – ai fini dell’esclusione del diritto – *solo* nei contratti che prevedono il pagamento di un prezzo⁷². In realtà, la premessa minore non è esplicitata nei considerando 37 e 38, ma può ricavarsi alla luce della conclusione cui si giunge.

Del sillogismo di cui sopra l’errore palese è la presunzione che non ci possa essere una conseguenza diversa dall’esonero del consumatore dal pagamento del prezzo. Invero, il legislatore europeo avrebbe fatto meglio a ragionare in termini di scelta (non logica, ma) di *policy*, comunicando l’intenzione di ridurre gli obblighi del professionista laddove questi non riceva un corrispettivo pecuniario. Tale scelta, però, sarebbe apparsa comunque irragionevole, posto che il professionista ottiene un ritorno economico anche quando il consumatore “si limita” a fornire i propri dati, motivo per cui la dir. 2019/770 ha incluso tale fattispecie nel suo ambito applicativo. Non è peregrino, allora, ipotizzare che il suddetto consumatore venga *ingiustificatamente* sottratto di un diritto – il diritto di esprimere il consenso prima di perdere la facoltà di recedere da un contratto concluso a distanza – per ragioni che non attengono né alla coerenza logica, né a scelte politiche, quanto all’incapacità di trovare il rimedio appropriato in caso di violazione del diritto. A ben vedere, del resto, nella fattispecie contrattuale in esame il consumatore avrebbe pur sempre un rimedio di grande impatto, qual è la revoca del consenso al trattamento dei dati personali ai sensi dell’art. 7, par. 3, Reg. 2016/679. Tuttavia, gli effetti che tale revoca provoca sul contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali sono ancora tutti da definire a livello nazionale, così come previsto dal considerando 40 della dir. 2019/770⁷³.

5. Conclusioni: una nota metodologica

⁷² Si fa presente che *p*¹, *p*² e *c* stanno per premessa maggiore, premessa minore e conclusione.

⁷³ G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., 182 ss., cui si rinvia per l’esposizione dei diversi possibili scenari.



La rassegna delle novità introdotte dalla direttiva *omnibus* con riguardo al consumatore digitale, vale a dire quel consumatore che conclude contratti con mezzi digitali e/o che acquista (o accede a) beni, servizi o contenuti di natura digitale, induce a riflettere su un aspetto metodologico.

A tal proposito, infatti, la dottrina ha evidenziato come i fenomeni economici prodotti dalle nuove tecnologie digitali possano essere disciplinati adottando approcci giuridici diversi. Un autore ha distinto tra un approccio devoto alla coerenza sistematica (*coherentism*), che cerca di estendere le regole e i principi esistenti al nuovo contesto tecnologico, riducendo all'essenziale le novità legislative, e un approccio improntato al funzionalismo regolatorio (*regulatory instrumentalism*), che prende le mosse dagli specifici problemi sollevati dalla rivoluzione tecnologica per intervenire con strumenti regolatori *ad hoc*, senza troppo badare alla loro convivenza con le norme vigenti⁷⁴. Un'altra, invece, ha operato una diversa classificazione distinguendo tre approcci: il primo, di cui sarebbe espressione la dir. 2019/771, tratta le questioni del mondo *online* allo stesso modo di come tratta quelle del mondo *offline* (*generalist approach*); il secondo, il cui esempio sarebbe la dir. 2019/2161, mira a modernizzare le discipline esistenti mediante l'introduzione al loro interno di regole che rispondano alle nuove problematiche tecnologiche (*adaptive approach*); il terzo, riscontrabile nel Reg. 2019/1150, opta per l'adozione di una normativa espressamente destinata alla regolazione dei nuovi fenomeni portatori di istanze diverse rispetto al passato (*dedicated approach*)⁷⁵.

Entrambe le tassonomie proposte riguardano i differenti metodi che possono adottarsi in sede di politica del diritto, non essendo rivolte – almeno nelle intenzioni degli autori – all'*interpretazione* delle nuove regole introdotte per disciplinare i fenomeni emergenti. In campo ermeneutico, cambiano almeno in parte le esigenze. Invero, a fronte delle molteplici iniziative fin qui assunte dal legislatore europeo nell'ambito del diritto privato “digitale”, rispondenti ad approcci cangianti tenendo conto delle distinzioni di cui sopra, l'interprete si trova dinanzi ad un compito per nulla

agevole. Non solo, e non tanto, per la necessità di raccordare le nuove regole – di qualunque approccio siano espressione – con i sistemi nazionali, facendo i conti per giunta con un'armonizzazione che si presenta a diverse intensità (e densità)⁷⁶, ma anche, e soprattutto, per un altro aspetto. Come si è visto in precedenza (v. *supra* § 2), i diversi provvedimenti intervenuti a disciplinare il mercato digitale rischiano di non essere perfettamente coordinati tra loro, prima ancora che con i sistemi nazionali. È auspicabile, pertanto, che l'interprete adotti un metodo ermeneutico che aspiri a garantire, oltre ad una pacifica convivenza del (futuro) diritto derivato nazionale con il diritto comune, anche una coerenza sistematica dei frammenti disciplinari relativi alla stessa regolazione del mercato unico digitale.

⁷⁴ C. TWIGG-FLESNER, *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on online platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, in *J. Eur. Cons. Mark. L.*, 2018, 223-224, il quale riprende il lavoro di R. BROWNSWORD, *After Brexit: Regulatory-instrumentalism, Coherentism and the English Law of Contract*, in *J. of Contract Law*, 2017, 139 ss., spec. 142-143.

⁷⁵ P. IAMICELI, *Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law*, cit., 398-399, *passim*.

⁷⁶ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, cit., 218-219.

