



3 NOVEMBRE 2021

Le Direttive nn. 770 e 771. Qualche
osservazione in tema di e-commerce e
tutela dei consumatori

di Giancarlo Caporali

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Macerata

Le Direttive nn. 770 e 771. Qualche osservazione in tema di e-commerce e tutela dei consumatori*

di Giancarlo Caporali

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Macerata

Abstract [It]: A seguito della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo dell'11/4/2018 (Com (2018) 183 final), intitolata "Un *New Deal* per i consumatori" è stato adottato un importante complesso di norme il cui centro è rappresentato dalla tutela pre-contrattuale e contrattuale dei consumatori, in particolare in tema di *e-commerce*. Una materia che sta subendo una profonda evoluzione normativa che raccoglie e lancia continuamente nuove sfide essendo su questo piano che sempre di più viene a situarsi il punto di equilibrio fra la tutela di molti dei più importanti diritti individuali e lo sviluppo del mercato. Il presente lavoro si propone pertanto sia di evidenziare gli sviluppi avuti dalla stessa normativa europea rispetto alla previgente disciplina, sottolineandone la "timidezza" in talune sue parti, sia di analizzare le novità contenute nella nuova regolamentazione europea con una specifica attenzione proprio al commercio *on line*, indagando l'impatto che la stessa potrebbe avere sulla vigente legislazione italiana in tema di formazione e risoluzione dei contratti.

Abstract [En]: Following the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee of 11/04/2018 (Com (2018) 183 final), entitled "A New Deal for Consumers", an important set of rules was deliberated whose center is represented by the pre-contractual and contractual protection of consumers, in particular with regard to e-commerce. A matter that is undergoing a profound regulatory evolution that continually collects and launches new challenges, being on this level that the balance point between the protection of many of the most important individual rights and the development of the market is increasingly located. This work therefore aims to both highlight the developments that European legislation has had with respect to the previous discipline, underlining its "shyness" in some of its parts, and to analyze the innovations contained in the new European regulation with a specific focus on online commerce, investigating the impact that the same could have on the current Italian legislation regarding the formation and termination of contracts.

Sommario: 1. Considerazioni generali. 2. La teoria. 3. Le Direttive nn. 770 e 771/2019/UE. 3.1. La nozione di consumatore e di operatore economico professionale. 3.2. L'ambito di applicazione delle Direttive nn. 770 e 771. 3.3. L'oggetto delle Direttive nn. 770 e 771. 3.3.1. I requisiti di conformità. 3.4. Responsabilità dell'operatore economico, termini dell'azione di responsabilità e diritti del consumatore nella Direttiva n. 770. 7. 3.4.1. Modifica del contenuto digitale o del servizio digitale e contratti a pacchetto. 3.4.2. Diritti dei terzi, onere della prova, decadenza, prescrizione, diritto di regresso dell'operatore economico e imperatività delle norme. 3.5. Responsabilità del venditore, termini per promuovere l'azione di responsabilità, onere della prova, decadenza e prescrizione nella Direttiva n. 771. 3.5.1. I diritti del consumatore, diritto di regresso e imperatività delle norme a tutela del consumatore nella Direttiva n. 771. 3.5.2. La garanzia commerciale. 3.6. Conclusioni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Considerazioni generali

Come osservato in dottrina gli inizi della politica europea di protezione dei consumatori sono tradizionalmente fissati al 14 aprile 1975,¹ data in cui il Consiglio assunse la Risoluzione «*riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*».²

In detta Risoluzione venivano individuati cinque obiettivi fondamentali da perseguire in ottemperanza ai compiti di integrazione economica e di miglioramento del tenore di vita all'epoca stabiliti dal Trattato istitutivo della Comunità economica europea, vale a dire *i*) la protezione contro i rischi per la salute e la sicurezza del consumatore; *ii*) la protezione contro i rischi che possono pregiudicare gli interessi economici del consumatore; *iii*) la consulenza e assistenza al consumatore in occasione di reclami o danni e diritto al risarcimento dei danni subiti dal consumatore secondo procedure rapide, efficaci e poco dispendiose; *iv*) l'informazione ed educazione del consumatore; *v*) la consultazione, rappresentanza e partecipazione dei consumatori nella preparazione delle decisioni che li riguardano.

A fondamento dell'intervento dell'allora Comunità economica europea a tutela dei consumatori veniva posto l'art. 2 del Trattato istitutivo della CEE, ai sensi del quale era «compito della Comunità economica europea promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'intera Comunità, un'espansione continua ed equilibrata e un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita» (primo considerando della Risoluzione), norma sulla cui base si assumeva «che il miglioramento qualitativo delle condizioni di vita *sarebbe stato* uno dei compiti della Comunità e che questo compito *avrebbe implicato* la protezione della salute, della sicurezza e degli interessi economici del consumatore » (secondo considerando).

Ab origine l'intervento a tutela dei consumatori veniva dunque ricondotto al principale strumento dell'azione comunitaria, rappresentato dalla realizzazione del mercato comune (attualmente mercato unico).

¹ Sulla politica europea di protezione dei consumatori prima della Direttiva 2011/83/UE, ad esempio, si vedano L. Kramer, *EEC Consumer Law*, Bruxelles, 1986; V. Kendall, *EC Consumer Law*, London, 1994; G. Howells, T. Wilhelmsson, *EC Consumer Law*, Aldershot, 1997; N. Reich, H.W. Micklitz, *Europa'sches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 2003; S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2005; G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, in particolare il cap. II; H.W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

² In *G.U. C 092* del 25 aprile 1975. La detta risoluzione fece seguito alla risoluzione del Parlamento europeo del 24 gennaio 1969 sul rafforzamento della posizione del consumatore nel mercato comune e all'invito dei Capi di Stato e di governo riuniti a Parigi nell'ottobre del 1972 a rafforzare e coordinare le azioni per la tutela del consumatore, inserendosi nella prospettiva segnata dalla Carta europea dei consumatori approvata dall'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa nel 1973 (risoluzione n. 543), in cui venivano elencati i diritti che avrebbero dovuto essere garantiti ai consumatori dagli Stati aderenti al Consiglio d'Europa.

Tratto che, anche a seguito dell'avvallo dell'allora Corte di giustizia delle Comunità europee,³ è stato mantenuto nel tempo dapprima nella fase inaugurata dall'Atto Unico Europeo del 1986 in cui l'azione a tutela dei consumatori risultava ricollegata alla generalissima e *bonne a toute faire*, formulazione dell'art. 100A destinata a consentire la realizzazione del mercato interno, così come previsto dall'art. 8A, disponendo che sarebbe stata competenza del «Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, in cooperazione con il Parlamento europeo e previa consultazione del Comitato economico e sociale, *adottare* le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno» e successivamente, in modo esplicito con l'intruduzione dell'art. 129A che prevedeva: «1. La Comunità contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante: a) misure adottate in applicazione dell'articolo 100A nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata. 2. Il Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 189 B e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le azioni specifiche di cui al paragrafo 1, lettera b). 3. Le azioni adottate in applicazione del paragrafo 2 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con il presente trattato. Esse sono notificate alla Commissione».

Impostazione in seguito confermata e ampliata dal Trattato di Amsterdam del 1997, che con l'art. 2, par. 27 sostituiva il precedente testo dell'art. 129A (divenuto poi l'art. 153 del TCE) stabilendo che: «1. Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. 2. Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche e attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori. 3. La Comunità contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante: a) misure adottate a norma dell'articolo 100A

³ Da sottolineare in questo senso l'importanza rivestita dalla giurisprudenza dell'allora Corte di giustizia delle Comunità europee a partire dalla fondamentale sentenza sull'importazione del liquore francese *Crème de cassis* (o *Cassis de Dijon*) nell'allora Germania Ovest, sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral v Bundesmonopolverwaltung fuer Branntwein* in cui venne affermato, per quel che qui interessa, da un lato che la tutela del consumatore (che ciascuno degli Stati membri poteva perseguire all'interno del proprio ordinamento) doveva considerarsi un obiettivo sovraordinato rispetto alla realizzazione del mercato comune, riconoscendo che la stessa poteva costituire una ragione sufficiente per limitare il commercio fra gli Stati membri, dall'altro ammetteva che la Comunità economica europea potesse procedere alla "armonizzazione positiva" delle discipline nazionali di protezione del consumatore allo scopo di evitare che le stesse potessero compromettere la realizzazione del mercato comune. Detto altrimenti la Corte ammetteva che il legislatore europeo potesse legittimamente adottare provvedimenti normativi (di armonizzazione) per la protezione dei consumatori, nella misura in cui ciò si fosse reso necessario per l'attuazione del mercato comune.

nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri. 4. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 189B e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure di cui al paragrafo 3, lettera b). 5. Le misure adottate a norma del paragrafo 4 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con il presente trattato. Esse sono notificate alla Commissione».

Si stabiliva in tal modo che l'azione a tutela dei consumatori potesse essere sviluppata sia a mezzo di misure adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno sia a mezzo di misure di sostegno, integrazione e controllo della politica svolta dagli Stati membri; sia ancora nella definizione e attuazione delle altre politiche comunitarie, laddove devono essere prese in considerazione le esigenze inerenti la protezione dei consumatori.

Mentre il Trattato di Lisbona del 2007 non ha apportato modifiche rispetto al contenuto normativo previgente, soltanto scindendo l'art. 153 TCE in due distinte disposizioni: il par. 2 dell'art. 153 TCE (relativo alla doverosa considerazione delle esigenze inerenti la protezione dei consumatori nelle altre politiche dell'Unione europea) è infatti divenuto l'art. 12 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), inserito nella Parte I rubricata "Principi"; laddove i restanti paragrafi risultano ora allocati nell'art. 169 dello stesso TFUE, inserito nel Titolo XV, rubricato "Protezione dei consumatori". All'interno di questa cornice normativa molteplici sono stati gli interventi regolatori susseguitisi negli anni in ambiti sempre più vasti, avendo innanzitutto come punto di riferimento la tutela degli interessi economici dei consumatori attraverso la realizzazione di una politica di armonizzazione di svariati aspetti sia delle fattispecie contrattuali ritenute di maggior rilievo per i consumatori sia delle fasi che precedono la stipulazione del contratto, in particolare la fase della sollecitazione all'acquisto per mezzo della pubblicità e quella delle informazioni precontrattuali, e, limitatamente ad alcune tipologie negoziali, la fase dell'esecuzione del contratto stipulato dal consumatore.

Ne è risultato un intervento normativo che si è sviluppato per quasi quarant'anni, dalla prima direttiva del 1984 in materia di armonizzazione della disciplina della pubblicità ingannevole (Dir. 84/450/CEE), passando per una molteplicità di Direttive, molte dedicate a singole fattispecie contrattuali, tra le quali si possono ricordare, per la diretta rilevanza con l'argomento qui esaminato, le Direttive 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 98/6/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; 2000/31/CE sui contratti stipulati *on-line*; 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali; 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, sino ad arrivare al recente pacchetto normativo che fa seguito alla Comunicazione della

Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo dell'11/4/2018 (Com (2018) 183 final), intitolata “Un *New Deal* per i consumatori”.

Tale pacchetto ricomprende la “Direttiva sulla fornitura di contenuti e servizi digitali” 2019/770/UE; la “Direttiva sulla vendita dei beni” 2019/771/UE, entrambe adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio nel maggio 2019; la cd. “Direttiva *Omnibus*” 2019/2161/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica le precedenti già ricordate direttive: 1) Direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori; 2) Direttiva 2011/83/UE, sui Diritti dei Consumatori; 3) Direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 4) Direttiva 98/6/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; la “Direttiva sui Ricorsi Collettivi” 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE; a cui può aggiungersi, per taluni limitati aspetti, il Regolamento UE 2019/1150 il cui scopo principale è tuttavia quello “di promuovere equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *on line* nei diversi ambiti dei mercati digitali”.

Si tratta di un vasto complesso di norme il cui centro è ancora una volta rappresentato dalla tutela pre-contrattuale e contrattuale dei consumatori, rispetto alle quali uno dei punti di maggior novità è costituito dall'essere rivolte ad una più ampia disciplina dell'*e-commerce*, considerato che «il commercio elettronico è un motore di crescita chiave nel mercato interno» il cui «potenziale di crescita è lungi dall'essere pienamente sfruttato» si da spingere l'Unione ad «agire rapidamente e incoraggiare gli attori economici a sfruttare al massimo il potenziale offerto dal mercato interno», consentendo agli stessi «di accedere agevolmente alle vendite transfrontaliere di beni, comprese le transazioni di commercio elettronico», in particolare intervenendo per modernizzare la normativa esistente, da ritenere «tra i fattori fondamentali della decisione delle imprese di offrire beni oltre frontiera» e «della disponibilità dei consumatori a scegliere fiduciosamente questo tipo di acquisto».⁴

Ragione per la quale il presente lavoro verrà incentrato principalmente sull'analisi delle novità nella regolamentazione europea che attiene alla tutela pre-contrattuale e contrattuale dei consumatori con una specifica attenzione al commercio *on line*.⁵

⁴ Le espressioni sono liberamente tratte e adattate al contesto dal “Considerando 4” della Direttiva 2019/771/UE.

⁵ Un tema interessante, ma che esula dal presente lavoro è quello della tutela del consumatore in tempo di pandemia. Per alcune considerazioni in materia S. Sandulli, *AGCM e tutela del consumatore ai tempi del coronavirus*, 05-05-2020, in *Osservatorio emergenza covid 19*, in www.federalismi.it, p. 1 ss.

2. La scelta dell'armonizzazione completa mirata cosiddetta *targeted harmonisation*

Un primo dato da sottolineare è il diffuso ricorso, effettuato nelle più importanti Direttive rientranti nel pacchetto sul “*New deal* dei consumatori” alla cosiddetta “armonizzazione massima o completa o piena”, sebbene *sub specie* di armonizzazione mirata in cui cioè l’armonizzazione completa viene, per così dire, “mitigata” dalla possibilità lasciata ai singoli Stati – ove espressamente previsto dalla stessa direttiva – di adottare disposizioni volte ad assicurare una maggiore protezione degli interessi dei consumatori, secondo la formula già utilizzata nell’art. 4 della Direttiva 2011/83/UE, sui Diritti dei Consumatori: «Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso», replicata identica sia nell’art. 4 della Direttiva 2019/770/UE sui contenuti digitali sia soprattutto nella Direttiva 2019/771/UE che sostituisce la Direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni.

In questa materia viene così rovesciata la scelta di cui al previgente art. 8 della citata Direttiva 1999/44/CE che all’opposto prevedeva un’armonizzazione minima, stabilendo: «1. L’esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente direttiva lascia impregiudicato l’esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale. 2. Gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore».

In merito si può dunque osservare che in tema di tutela dei consumatori prosegue da parte dell’Unione quel percorso, iniziato fin dai primi anni 2000, di sempre più vasto passaggio da un livello di “armonizzazione minima” a quello di una “armonizzazione completa”⁶ ovvero “mirata”, ritenuta fondamentale per il superamento delle differenze tra le normative nazionali in materia contrattuale capaci di avere un’incidenza negativa sia sul funzionamento del mercato interno e sulla concorrenza tra le imprese in esso attive sia sul commercio *on line* e quello in presenza, ostacolandone l’espansione oltre frontiera.

Percorso che sebbene sembri essersi ormai consolidato non va tuttavia esente da perplessità, potendosi osservare che la “piena armonizzazione” non solo possa essere inutile sotto il profilo del superamento della frammentazione normativa, ma addirittura dannosa per i consumatori, da un lato facendo venir

⁶ Per un esempio di “armonizzazione piena” si veda l’art. 22, par. 1 della Direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, che recita: «Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite», ma già prima si vedano nello stesso senso la Direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali, ammettendosi però una deroga di sei anni (art. 3, comma 5), la Direttiva 97/55/CE sulla pubblicità comparativa (art. 7), e la Direttiva 85/374/CEE in materia di responsabilità per danni da prodotti difettosi.

meno quelle legislazioni nazionali più rigorose e protettive di quella europea introdotta a fini di armonizzazione, dall'altro, attraverso la forzata uniformazione delle discipline nazionali, eliminando la possibilità per i singoli Stati di ricercare e introdurre soluzioni ed istituti innovativi da cui gli altri Stati potrebbero trarre esempio ed ispirazione nell'adottare più performanti modelli di tutela.⁷

A questo aggiungasi, soprattutto per materie quali la tutela della sicurezza, della salute o degli interessi dei consumatori, un altro aspetto non secondario di criticità: quale contrappeso alla scelta di adottare una Direttiva di completa armonizzazione (per le direttive di armonizzazione mirata il problema si pone in forma meno grave) il legislatore europeo dovrebbe estendere quanto più possibile e nella maniera più efficace possibile gli ambiti di tutela, visto l'effetto di blocco rispetto all'adozione da parte dei legislatori nazionali di discipline di tutela diverse e più favorevoli.

Evenienza che non è frequente riscontrare, ad esempio, per rimanere alla materia in esame, potendosi nutrire molti dubbi sul fatto che al passaggio dall'armonizzazione minima stabilita dalla ora abrogata Direttiva 1999/44/CE alla *targeted harmonisation* imposta dalla Direttiva 2019/771/UE, abbia corrisposto un soddisfacente incremento della tutela dei consumatori. Valga per tutti il mantenimento a due anni del termine di garanzia legale per i difetti di conformità che avrebbe potuto (e dovuto) essere portato quantomeno a trenta mesi se non a tre anni. Sebbene debba osservarsi che l'armonizzazione mirata rispetto all'armonizzazione completa presenta l'indubbio vantaggio, laddove al legislatore europeo manchi il "coraggio" o la "forza" di decisioni protettive maggiormente incisive, di rimettere, in taluni ambiti, in mano agli Stati la scelta di normazioni più favorevoli per i soggetti destinatari della tutela. Così, per rimanere all'esempio della Direttiva 2019/771/UE, non avendo il legislatore europeo inteso direttamente allungare a due anni il periodo di inversione dell'onere della prova – vale a dire il periodo in cui il difetto di conformità del bene che si manifesta entro un dato termine dalla consegna, deve presumersi, salvo prova contraria, sussistente al momento della consegna stessa – lo stesso ha nondimeno deciso di estenderlo ad un anno (nella previgente Direttiva 1999/44/CE era di sei mesi), consentendo in ogni caso ai singoli Stati «invece del periodo di un anno di ... mantenere in vigore o introdurre un periodo di due anni dal momento in cui il bene è stato consegnato» (art. 11, par. 2 Direttiva 2019/771/UE). Così ancora, non avendo inteso mitigare l'onere precedentemente previsto, perchè il consumatore possa far valere i suoi diritti, di denunciare al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi (art. 5,

⁷ In merito, ad esempio, T. Wilhelmsson, *Full harmonisation of consumer contract law?*, in *Zeitschrift für europäischesprivatrecht*, 2008, p. 225; V. Mak, *Review of the Consumer Acquis - Towards Maximum Harmonisation?*, Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper n. 2008/6; H. Micklitz, *The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain*, in G. Howells, R. Schulze *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, p. 47; J. M. Smits, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper Series 2009/2; S. Weatherill, *The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a « Drafting Guide »*, in *German Law Journal*, 12/03, p. 827.

par. 2 Direttiva 1999/44/CE), il legislatore europeo ha stabilito che «gli Stati membri possano mantenere in vigore o introdurre disposizioni che prevedono che, al fine di godere dei diritti del consumatore, il consumatore debba informare il venditore di un difetto di conformità entro un periodo di almeno 2 mesi dalla data in cui il consumatore ha riscontrato tale difetto di conformità» (art. 12, Direttiva 2019/771/UE). Dove l'espressione “almeno due mesi” sembra potersi interpretare nel senso di consentire agli Stati anche di introdurre un termine più lungo, ad esempio, tre mesi.

Certo l'armonizzazione mirata, quale soluzione di compromesso, presenta, come accennato, indubbi vantaggi e tuttavia da un lato attenua, ma non risolve il problema della frammentazione normativa, dall'altro, per le parti in cui l'armonizzazione è resa completa, per giustificare l'uniformazione delle normative statali, dovrebbe porsi come la disciplina più avanzata della materia che va a regolare o quantomeno modellarsi sulla normativa più avanzata, pena il rischio di ridurre con riguardo a uno o più Stati membri le tutele già accordate ai cittadini di quegli stessi Stati.

D'altronde, soprattutto nelle materie dirette alla protezione dei cittadini, l'armonizzazione completa sembra trovare una soddisfacente giustificazione solo quando il legislatore europeo alzi l'asticella della tutela dei cittadini rispetto a quella garantita dai singoli Stati, diversamente sembrando favorire interessi di altra natura, a volte contrastanti con quelli propri di un elevato livello di protezione dei cittadini.

La qual cosa, con riguardo alla materia della tutela dei consumatori, offre non pochi spunti di riflessione sul sempre più massiccio ricorso da parte dell'Unione europea all'istituto dell'armonizzazione completa o anche mirata, inducendo a chiedersi se davvero costituisca la via migliore per tutelare i consumatori o se invece non sia assai meglio la scelta di un'armonizzazione minima con un elevato livello di tutela, laddove la necessità dell'armonizzazione piena appare piuttosto dettata dall'esigenza di uniformare «le norme di diritto contrattuale in base alle quali gli operatori di mercato concludono transazioni commerciali» quali «fattori fondamentali della decisione delle imprese di offrire beni oltre frontiera» (Considerando 4 della Direttiva 2019/771/UE), dato che «norme pienamente armonizzate su taluni aspetti essenziali del diritto contrattuale dei consumatori dovrebbero rendere più facile per le imprese, soprattutto le PMI, offrire i loro prodotti» ovvero fornire i loro contenuti digitali o servizi digitali in altri Stati membri (Considerando 10 della Direttiva 2019/771/UE; Considerando 7 della Direttiva 2019/770/UE).

3. Le Direttive nn. 770 e 771/2019/UE

La Direttiva 2019/770/UE; ha ad oggetto, come detto, la fornitura ai consumatori di contenuti e servizi digitali e non ha precedenti, è cioè la prima Direttiva in materia. Mentre la Direttiva 2019/771/UE sulla vendita di beni ai consumatori sostituisce, abrogandola, la previgente Direttiva 1999/44/CE.

Si tratta di due Direttive che se non possono definirsi gemelle nel senso stretto del termine perché ciascuna presenta rispetto all'altra talune differenze dovute al diverso oggetto che regolamentano, in senso lato possono però considerarsi tali, visto che da un lato seguono lo stesso impianto normativo, dall'altro l'operatività dell'una implica che molte delle disposizioni in essa contenute si ritrovino identiche nell'altra. D'altronde mettendo a confronto queste due Direttive e la previgente Direttiva 1999/44/CE in materia di vendita dei beni ai consumatori appare indubbio che quest'ultima disciplina ha costituito il modello che, opportunamente ammodernato, è stato nuovamente edito in materia di vendita dei beni e altresì applicato, nei suoi termini essenziali, anche alla fornitura di contenuti e servizi digitali. Il doveroso coordinamento fra le due Direttive, onde evitare per i consumatori una duplicazione di tutele, nel caso di beni per il cui funzionamento fosse necessario un contenuto o servizio digitale, ha poi imposto che molte delle tutele previste dalla Direttiva n. 770 si ritrovassero anche nella n.771.

La chiave di volta di questo coordinamento è stata trovata nell'ampliamento della nozione di "bene", intendendosi con essa, ai sensi dell'art. 2, n. 5 di quest'ultima Direttiva, «a) qualsiasi bene mobile materiale; l'acqua, il gas e l'elettricità sono considerati beni a norma della presente direttiva quando sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata; b) qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene («beni con elementi digitali»);»;

Dovendosi fermare l'attenzione non soltanto sul fatto che attualmente anche l'energia elettrica è stata ricompresa nell'ambito di applicazione della Direttiva, purchè venduta in un volume delimitato o in quantità determinata, mentre prima ne era esclusa,⁸ quanto soprattutto sull'introduzione nella categoria "bene" dei beni con elementi digitali, la cui peculiarità è la causa prima, ma non ultima, del necessario coordinamento fra le due Direttive.

La sovrapposizione fra le due normative allo scopo «di rispondere alle aspettative dei consumatori e garantire un quadro giuridico semplice e chiaro per gli operatori economici di contenuto digitale o servizi digitali», è stata dunque evitata dal legislatore europeo operando in modo che «la direttiva (UE) 2019/770 si applichi alla fornitura di contenuti digitali o servizi digitali, ivi compresi i contenuti digitali forniti su supporti materiali, quali DVD, CD, chiavi USB e schede di memoria, nonché al supporto materiale stesso, purché quest'ultimo sia esclusivamente il vettore del contenuto digitale», e riservando l'applicazione della direttiva n. 771 esclusivamente «ai contratti di vendita di beni, inclusi i beni con elementi digitali, che

⁸ Per l'art. 1, par. 2 lett. b) Direttiva 1999/44/CE erano «beni di consumo qualsiasi bene mobile materiale, tranne: – i beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie; – l'acqua ed il gas, quando non confezionati per la vendita in un volume delimitato o in quantità determinata; – l'energia elettrica».

necessitano di contenuti digitali o di servizi digitali per funzionare» (Considerando 13 della Direttiva n. 771).

Scelta formalmente esplicitata tanto nell'art. 3, par. 3 della Direttiva n. 771 in cui viene disposto che la presente direttiva si applichi ai contenuti digitali o ai servizi digitali che sono incorporati o interconnessi con “beni con elementi digitali” «e che sono forniti con il bene ai sensi di un contratto di vendita relativo a tali beni, indipendentemente dal fatto che detti contenuti digitali o servizi digitali siano forniti dal venditore o da un terzo, peraltro stabilendosi la presunzione «che il contenuto digitale o il servizio digitale incorporato o interconnesso rientri nel contratto di vendita in caso di dubbio che la fornitura di detto contenuto digitale incorporato o interconnesso o servizio digitale incorporato o interconnesso faccia parte del contratto di vendita o meno», quanto, con contenuto rovesciato, ma identico, nell'art. 3, par. 4 della Direttiva n. 770.

Questo significa che, nel caso di vendita di “beni con elementi digitali”, unico responsabile di fronte al consumatore per i difetti di conformità sia del bene che dei contenuti o servizi digitali (o, il che è lo stesso, ridondando i difetti di conformità dei contenuti o servizi digitali in difetti del bene) è il venditore e non il fornitore, ove terzo rispetto al venditore, di tali contenuti o servizi.

Mentre, all'inverso, nel caso di «supporti materiali che fungano esclusivamente da vettori di contenuto digitale», quali, ad esempio, DVD, CD, chiavi USB e schede di memoria, unico responsabile di fronte al consumatore per i difetti di conformità sia dei contenuti o servizi digitali sia del supporto che li veicola (o, il che è lo stesso, ridondando i difetti di conformità del supporto in difetti dei contenuti o servizi digitali) è il fornitore di tali contenuti o servizi e non l'eventuale venditore (o produttore) del supporto (art. 3, par. 4 lett. a) della Direttiva n. 771; nell'art. 3, par. 3 della Direttiva n. 770).

Centrale in queste due direttive è in ogni caso la tutela del consumatore nell'*ecommerce*, essendone gli aspetti salienti da un lato la regolamentazione dei contratti di fornitura di un contenuto o servizio digitale e dall'altro la necessità di una specifica disciplina per la vendita di beni con elementi digitali, tant'è che una buona parte delle modifiche che si possono riscontrare rispetto alla previgente normativa dettata dalla direttiva n. 1999/44 sono riconducibili a tale necessità.

3.1. La nozione di consumatore e di operatore economico professionale

Ambedue le Direttive qui esaminate non modificano le tradizionali nozioni di consumatore e di operatore economico professionale.

Quella di consumatore continua a presentarsi come una definizione caratterizzata in senso negativo: è «consumatore: qualsiasi persona fisica che, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva, agisca

per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» (art. 2, n. 6 Direttiva n. 770; art. 2, n. 2 Direttiva n. 771).

Come si vede l'elemento qualificante della nozione è ciò che l'individuo non deve fare, non dovendo agire per finalità che rientrano nel quadro della sua attività economica, da intendere in senso lato come comprensiva di una qualunque attività diretta alla produzione di beni o servizi da destinare al mercato.

Mentre non viene dato alcun rilievo all'oggetto del contratto ovvero alla pur possibile inerenza del contratto alla competenza professionale o imprenditoriale del contraente, essendo *conditio sine qua non*, per negare il riconoscimento della qualifica di consumatore e la conseguente tutela, esclusivamente il fatto che il contratto non sia principalmente indirizzato al soddisfacimento di esigenze non connesse all'attività economica svolta dalla persona fisica.⁹

Rispetto alla prospettiva accolta un caso peculiare è quello rappresentato dai contratti con duplice scopo (c.d. contratti ad uso promiscuo), qualora il contratto sia concluso per fini che rientrano parzialmente nell'ambito delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori.

Si tratta di un caso che esula dall'ambito di applicazione delle Direttive esaminate, sebbene il legislatore europeo si sia orientato nel senso di ritenere che «laddove lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di determinare se la persona in questione *debba* altresì essere considerata un consumatore e a quali condizioni» (Considerando 17 della Direttiva n- 770 e identicamente Considerando 22 della Direttiva n. 771).¹⁰

Peraltro in dottrina la nozione di consumatore era stata criticata perchè ritenuta minimale, prendendo in considerazione solo la persona fisica e «ciò contrariamente a quanto previsto in alcuni ordinamenti nazionali in cui viene considerato consumatore ai fini dell'applicabilità delle relative norme di tutela anche la persona giuridica, ritenendosi in tali ordinamenti che identiche o analoghe ragioni di protezione che giustificano l'intervento legislativo a favore del soggetto "consumatore", destinatario finale del prodotto o del servizio dell'operatore economico professionale, possano ricorrere anche con riferimento

⁹ Da notare che per stabilire se un contratto rientri o meno nel quadro dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale del contraente non assume alcun rilievo che l'attività economica svolta dallo stesso sia concreta ed attuale ovvero sia futura. In questo senso si è espressa la Corte di giustizia, causa C-269/95, *Benincasa v Dentalkit*, che ha negato la qualità di consumatore a un contraente di un contratto di *franchising* per l'acquisto delle stigliature per la futura apertura di un negozio.

¹⁰ Soluzione che ricalca l'orientamento assunto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-464/01, *Johann Gruber v Bay Wa AG*, in cui, esaminando la nozione di consumatore ai sensi dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 1968, per stabilirne la sussistenza fece leva sul carattere marginale o meno dell'uso professionale del bene. Nell'occasione la Corte, a fronte di un contratto relativo a un bene destinato a un uso in parte professionale e in parte estraneo a tale attività, negò la qualifica di consumatore a colui che aveva stipulato il contratto, poichè l'uso professionale non era talmente trascurabile nel quadro globale dell'operazione di cui trattavasi.

ad alcune tipologie di persone giuridiche (specie allorché queste rappresentino entificazione delle piccole o piccolissime imprese)». ¹¹

Osservazione critica rispetto alla quale vale la pena di sottolineare che se non ha condotto ad una modifica della nozione di consumatore, ha nondimeno indotto il legislatore europeo a farsene carico, così come si ricava dal Considerando 16 della Direttiva n- 770 (e identicamente nel Considerando 21 della Direttiva n. 771) con cui si riconosce agli Stati «la facoltà di estendere l'applicazione delle norme della presente direttiva ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva, o di disciplinarli in altro modo. Ad esempio, gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di estendere la protezione accordata ai consumatori dalla presente direttiva anche alle persone fisiche o giuridiche che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le start-up o le PMI».

Anche la nozione di quella che può genericamente definirsi la controparte professionale del consumatore non ha subito modifiche.

Al di là delle differenti denominazioni utilizzate nelle singole direttive in materia di contratti con i consumatori, ad esempio nella Direttiva n. 770 tale controparte viene designata come «operatore economico»(art. 2 n. 5), mentre nella Direttiva n. 771 come «venditore» (art. 2 n. 3),¹² la detta nozione continua ad essere positivamente caratterizzata dalla circostanza che la controparte contrattuale del consumatore addivene al negozio nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, si presenta cioè come un operatore economico professionale.

Valutazione che trova piena conferma nella definizione accolta in ambedue le direttive qui esaminate per le quali è operatore economico professionale «qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che sia di proprietà pubblica o privata, che, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in nome o per conto di tale persona fisica o giuridica» (art. 2 n. 5 Dir. n. 770; art. 2 n. 3 Dir. n. 771).

Da notare in relazione a questa definizione in primo luogo che mentre il consumatore è esclusivamente una persona fisica, la sua controparte professionale è indifferentemente tanto una persona fisica, quanto una persona giuridica, come espressamente stabilito nella richiamata definizione.

¹¹ Per questa critica, ad esempio, R. Torino, *I contratti del consumatore nella prospettiva europea*, in G. Alpa (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 73.

¹² Tanto per fare altri esempi, tale denominazione è ancora “venditore” nella Direttiva 94/47/CE sul godimento a tempo parziale di beni immobili; “creditore” nella Direttiva 90/88/CEE sul credito al consumo; “organizzatore” nella Direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti “tutto compreso”; “professionista” nella Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive, nella Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali e nella Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori; “fornitore” nella Direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e “prestatore” nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Ciò è dipeso sia dal fatto che le varie direttive sono state adottate in tempi diversi sia soprattutto dall'esigenza di adattare la denominazione all'oggetto disciplinato da ciascuna direttiva.



Secondariamente che l'ampio riferimento a qualsiasi attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, esplicita che il legislatore europeo ha cercato di dare la definizione la più ampia possibile della controparte contrattuale del consumatore, riferendosi a qualsiasi soggetto che «professionalmente (vale a dire su base stabile, duratura, svolta sistematicamente) esercita un'attività economica (per ciò intendendosi un'attività di produzione e/o scambio di beni e servizi), di qualunque tipo e forma, privata o pubblica, individuale o collettiva, con o senza scopo di lucro».¹³

3.2. L'ambito di applicazione delle Direttive nn. 770 e 771

Salvo diverse esclusioni di cui si dirà, in via di principio la Direttiva n. 770 si applica a qualsiasi contratto di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali tra operatori economici e consumatori, intendendosi per «contenuto digitale: i dati prodotti e forniti in formato digitale» e per «servizio digitale: 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» (artt. 1 e 2, nn. 1 e 2).

Da segnalare in merito una novità di non poco conto: nell'ambito dei detti contratti rientrano non solo quelli in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire al consumatore un contenuto digitale o un servizio digitale e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo al fornitore, ossia i contratti a pagamento, ma anche i contratti in cui «l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti» (art 3, par 1 Dir. n. 770).

Novità ribadita, rendendo così applicabile a questo tipo di contratti anche la normativa sui diritti dei consumatori in tema di obblighi informativi e di diritto di recesso, dall'introduzione, operata dall'art. 4, par.2 della Direttiva 2161/2019, nell'art. 3 della Direttiva 2011/83/UE del par. 1 bis che recita: «La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale

¹³ Così R. Torino, *I contratti del consumatore nella prospettiva europea*, cit., p. 76.

su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo».

Mentre la Direttiva n. 771 concerne, salvo talune limitate esclusioni, tutti i contratti di vendita fra venditore e consumatore, essendo riferibile a qualsiasi «contratto in base al quale il venditore trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore, e quest'ultimo ne paga o si impegna a pagarne il prezzo», ivi compresi «i contratti fra un consumatore ed un venditore per la fornitura di beni da fabbricare o produrre» (artt. 1, 2, n. 1 e 3, parr. 1 e 2).

Questo significa da un lato che la Direttiva n. 771 si applica soltanto ai contratti a titolo oneroso, mentre la Direttiva n. 770 si applica anche ai contratti a titolo gratuito, qualora sia previsto che il consumatore fornisca o si impegni a fornire dati personali che l'operatore economico potrà utilizzare a fini commerciali (in proposito si potrebbe, però, anche sostenere che anche questa tipologia di contratti rientri nella categoria dei contratti a titolo oneroso, considerato il sicuro valore economico che attualmente viene generalmente riconosciuto ai dati personali), dall'altro che ambedue queste direttive si applicano a tutti i contratti in esse considerati, qualunque sia la modalità della loro stipulazione, tanto in presenza, quanto a distanza, ivi compresi perciò i contratti conclusi *on line* che sono una *species* di quest'ultimo *genus*, compresi quelli in cui la fornitura del contenuto o dei servizi digitali viene effettuata direttamente *on line*. Per comprendere l'ambito di applicazione di queste due direttive è tuttavia opportuno chiarire quale ne sia l'oggetto. Solo così è possibile comprendere la diversa articolazione degli ambiti espressamente esclusi dalla loro applicabilità, sia di definirne correttamente i rapporti con le altre direttive a tutela dei consumatori.

Deve perciò necessariamente precisarsi l'oggetto della Direttiva n. 770 che è 1) la conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto; 2) i rimedi in caso di difetto di conformità al contratto o di mancata fornitura, e sulle modalità di esercizio degli stessi; 3) la modifica del contenuto digitale o del servizio digitale (art. 1). Quasi identico l'oggetto della Direttiva n. 771 che è costituito dalle norme sulla conformità dei beni al contratto, sui rimedi in caso di difetto di conformità, sulle modalità di esercizio di tali rimedi e sulle garanzie commerciali (art. 1).

Da notare, però, che mentre la Direttiva n. 770, viene atteggiata dal legislatore europeo come una normativa a carattere generale, cedevole rispetto a normative speciali, venendo all'uopo stabilito che in caso di conflitto tra le disposizioni della detta Direttiva «e una disposizione di un altro atto dell'Unione che disciplina uno specifico settore o oggetto, la disposizione di tale altro atto dell'Unione prevale su quelle della presente direttiva» (art. 3, par. 7 Dir. n. 770), lo stesso non accade per la Direttiva n. 771 in cui manca una previsione consimile, facendone per la vendita una *lex specialis*.

Sebbene non sia inutile ripetere che, per quel che concerne i rapporti fra queste due direttive, gli stessi sono specificamente disciplinati nel senso di escludere che la Direttiva n. 771 si applichi «ai contratti di fornitura di un contenuto digitale o di un servizio digitale» (art. 3, par. 1 Dir. n. 771), salvo il caso della vendita di beni con elementi digitali.

Quanto alle esclusioni dall'ambito di applicazione di queste due direttive deve osservarsi che la Direttiva n. 770 non si applica innanzitutto ai settori in cui esistano direttive che disciplinino in modo diverso e incompatibile la conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto, i rimedi in caso di difetto di conformità al contratto o di mancata fornitura, le modalità di esercizio degli stessi; e la modifica del contenuto digitale o del servizio digitale;

È poi espressamente stabilito dall'art.3, par.5 che la stessa non si applichi:

– alla fornitura di servizi diversi dai servizi digitali, indipendentemente dal fatto che l'operatore economico ricorra o meno a forme o mezzi digitali per ottenere il risultato del servizio o consegnarlo o trasmetterlo al consumatore.

Il riferimento è a tutti quei contratti il cui oggetto principale è «la fornitura di servizi professionali quali servizi di traduzione, di architettura, legali o altri servizi di consulenza professionale che sono spesso prestati personalmente dall'operatore economico, indipendentemente dal fatto che l'operatore economico ricorra o meno a mezzi digitali per produrre il risultato del servizio ovvero per consegnarlo o trasmetterlo al consumatore». Inoltre tale esclusione sottrae all'operatività della Direttiva sia i «servizi pubblici, come i servizi di sicurezza sociale o i registri pubblici, se i mezzi digitali sono utilizzati solo per trasmettere o comunicare il servizio al consumatore», sia gli atti pubblici e gli altri atti notarili, a prescindere dal fatto che siano realizzati, registrati, riprodotti o trasmessi per via digitale» (Considerando n. 27);

– ai servizi di comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2, punto 4), della direttiva (UE) 2018/1972 ad eccezione dei servizi di comunicazioni interpersonale senza numero di cui all'articolo 2, punto 7), di tale direttiva, vale a dire che questa Direttiva non si applica ai «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», mentre si applica ai «servizi di comunicazione interpersonale che non si connettono a risorse di numerazione assegnate pubblicamente – ossia uno o più numeri che figurano

in un piano di numerazione nazionale o internazionale – o che non consentono la comunicazione con uno o più numeri che figurano in un piano di numerazione nazionale o internazionale»;

– ai servizi sanitari, ai sensi dell'articolo 3, lettera a), della direttiva 2011/24/UE, cioè «i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici»;

– ai servizi di gioco d'azzardo, vale a dire servizi che implicano una posta pecuniaria in giochi di sorte, compresi quelli con un elemento di abilità, come le lotterie, i giochi da casinò, il poker e le scommesse, che vengano forniti mediante strumenti elettronici o qualsiasi altra tecnologia che facilita le comunicazioni e su richiesta individuale di un destinatario di tali servizi;

– ai servizi finanziari ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 2002/65/CE, ossia «qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento»;

– al *software* offerto dall'operatore economico sulla base di una licenza libera e aperta, in cui il consumatore non corrisponde un prezzo e i dati personali forniti dal consumatore sono trattati esclusivamente dall'operatore economico al fine di migliorare la sicurezza, la compatibilità o l'interoperabilità del *software* specifico;

– alla fornitura di contenuto digitale se il contenuto digitale è messo a disposizione del pubblico con mezzi diversi dalla trasmissione di segnale quale parte di uno spettacolo o di un evento, come le proiezioni cinematografiche digitali.

Formula che andrebbe interpretata nel senso di ritenere esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva i contenuti digitali o i servizi digitali «forniti a un pubblico nell'ambito di uno spettacolo artistico o di altro tipo, ad esempio nel caso di una proiezione cinematografica digitale o di uno spettacolo teatrale audiovisivo, mentre tale direttiva deve ritenersi applicabile, «qualora il contenuto digitale o il servizio digitale sia fornito a un pubblico mediante trasmissione di segnale, come nel caso dei servizi di televisione digitale» (Considerando 31);

– al contenuto digitale fornito a norma della direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (21) da enti pubblici degli Stati membri.

Evidente la notevole difficoltà nella determinazione dell'ambito di applicazione di questa direttiva resa ancor più complicata dal richiamo, *sic et simpliciter*, all'art. 2, punto 4), della Direttiva (UE) 2018/1972. Questa norma infatti se include nell'ambito della sua applicazione taluni servizi di comunicazione elettronica, che sono quindi esclusi dall'applicazione della Direttiva n. 770, ne esclude altri che sono perciò inclusi nell'applicazione della Direttiva n. 770. Questi sono, come sopra riportato, i servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un

controllo editoriale su tali contenuti, esclude cioè «i contenuti dei servizi forniti mediante reti di comunicazione elettronica che utilizzano servizi di comunicazione elettronica, come i contenuti delle trasmissioni radiotelevisive, i servizi finanziari e taluni servizi della società dell'informazione, lasciando impregiudicate le misure adottate a livello di Unione o nazionale riguardo a tali servizi in conformità della normativa dell'Unione, per promuovere la diversità culturale e linguistica e per assicurare la difesa del pluralismo dei mezzi di informazione», in particolare quelle di cui alla direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sul contenuto dei programmi televisivi e la direttiva 2014/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle apparecchiature radio (Considerando 7 e 8 della Direttiva 2018/1972/UE).

Questo implica che, con riguardo a questi ultimi contenuti e servizi, intanto dovranno applicarsi le direttive di settore esistenti, stante il carattere cedevole della Direttiva n. 770, senza però potersi escludere sia la sua residuale applicazione, ove compatibile, sia la sua applicazione a servizi non disciplinati da direttive di settore.

Caso quest'ultimo che vale in special modo per molti dei cosiddetti servizi della società dell'informazione, così come definiti dall'art. 1, punto 2 della Direttiva 98/34/CE, modificata dalla Direttiva 98/48/CE (successivamente codificata dalla Direttiva 2015/1535/UE che non concerne i consumatori, ma prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione), intendendosi per servizio della società dell'informazione «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi», precisandosi che ai fini della presente definizione si considera: – «a distanza»: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; – «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 od altri mezzi elettromagnetici; – «a richiesta individuale di un destinatario di servizi»: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale» (art. 1, punto 2 Dir. 98/34/CE, così come modificata dalla Dir. 98/48/CE).¹⁴

¹⁴ Da notare che l'art. 1, punto 2 Direttiva 98/34/CE, così come successivamente modificata, rinvia ad un successivo allegato (allegato V) per un elenco indicativo dei servizi che non sono contemplati dall'articolo 1, punto, 2), secondo comma 1: «*Servizi non forniti «a distanza»* – Servizi forniti in presenza del prestatario e del destinatario, anche se mediante dispositivi elettronici: a) esame o trattamento in un gabinetto medico mediante attrezzature elettroniche, ma con la presenza del paziente, b) consultazione di un catalogo elettronico in un negozio in presenza del cliente, c) prenotazione di biglietti aerei attraverso una rete informatica in un'agenzia viaggi in presenza del cliente, d) giochi elettronici messi a disposizione di un giocatore presente in una sala giochi. 2. *Servizi non forniti «per via elettronica»* – Servizi a contenuto materiale anche se implicano l'utilizzazione di dispositivi elettronici: a) distributori automatici di biglietti (banconote, biglietti ferroviari), b) accesso a reti stradali, parcheggi, ecc. a pagamento, anche se all'entrata e/o all'uscita intervengono dispositivi elettronici per controllare l'accesso e/o garantire il corretto pagamento. – Servizi non in linea: distribuzione di *cd-rom* e di *software* su dischetti – Servizi non forniti attraverso sistemi elettronici di archiviazione/ trattamento di dati:



Questi servizi infatti abbracciano una categoria assai più vasta di quelli considerati nella Direttiva n. 770, ricomprendendo, ad esempio, servizi che non sempre portano a stipulare contratti *on line*, non essendo remunerati dal loro destinatario, ma che tuttavia costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali *on line* o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati. Mentre sono servizi della società dell'informazione, di norma prestati a pagamento, la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi, i servizi trasmessi "da punto a punto", quali i servizi video a richiesta o l'invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica. All'opposto non sono servizi della società dell'informazione la radiodiffusione televisiva e la radiodiffusione sonora perché non prestati a richiesta, così come non è un servizio della società dell'informazione l'impiego della posta elettronica o di altre comunicazioni individuali equivalenti, ad esempio, da parte di persone fisiche che operano al di fuori della loro attività commerciale, imprenditoriale o professionale, quand'anche usate per concludere contratti fra tali persone.¹⁵

Tutti questi servizi, quando non si tratti di servizi di comunicazione elettronica esclusi dalla Direttiva n. 770 perché rientranti tra quelli di cui all'art. 2, punto 4), della Direttiva (UE) 2018/1972, implicando la fornitura di un contenuto o di un servizio digitale, ove concernano un contratto fra un operatore economico e un consumatore, se prestati a pagamento o dietro l'invio dei dati personali da parte del consumatore utilizzabili a fini commerciali da parte dell'operatore, ricadono ora nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 770, fatte ovviamente salve le altre richiamate esclusioni dettate dall'art. 3, par. 5 della cennata Direttiva.

Meno problematica è la definizione dell'ambito di applicazione della Direttiva n. 771, la stessa riguardando esclusivamente i beni mobili materiali (non quindi gli immobili, come gli edifici residenziali e i loro principali elementi destinati a costituire una parte importante di tali immobili) (Considerando 12). Unico elemento problematico rimane quello di prevedere chiaramente in quali casi un contratto che includa elementi sia di vendita di beni sia di fornitura di servizi, possa essere classificato come contratto di vendita ai sensi della direttiva (Considerando 17).

a) servizi di telefonia vocale, b) servizi telefax/telex, c) servizi forniti mediante telefonia vocale o telefax, d) consulto medico per telefono/telefax, e) consulenza legale per telefono /telefax, f) *marketing* diretto per telefono/telefax. 3. *Servizi non forniti «a richiesta individuale di un destinatario di servizi»* – Servizi forniti mediante invio di dati senza una richiesta individuale e destinati alla ricezione simultanea da parte di un numero illimitato di destinatari (trasmissione da punto a multipunto): a) servizi di radiodiffusione televisiva [compresi i servizi *near-video on-demand* (N-Vod)] di cui all'articolo 1, lettera a) della direttiva 89/552/CEE, b) servizi di radiodiffusione sonora, c) teletesto (televivo)».

¹⁵ Per questa esemplificazione si veda il Considerando 18 della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

Questione già postasi anche sotto la Direttiva n. 1999/44 a cui il legislatore italiano ha cercato di dare soluzione stabilendo che, ai fini dell'applicazione della normativa europea qui considerata, «ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre» (art. 128, comma 1 Codice del consumo).¹⁶

Tra i beni mobili materiali la direttiva non si applica alla vendita del «supporto materiale che funge esclusivamente da vettore del contenuto digitale» e dei «beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità previste dalla legge» (art. 3, par. 4).

Si tratta di una duplice esclusione che non compariva nella previgente Direttiva 1999/44, ma che solo parzialmente costituisce una novità perché nell'ordinamento italiano l'esclusione dalla normativa a tutela del consumatore dei beni oggetto di vendita forzata era già stata prevista.

Anche l'acqua, il gas e l'energia elettrica, sono sottratti all'applicazione della direttiva quando non confezionati per la vendita in un volume delimitato o in quantità determinata

I singoli Stati membri sono poi facoltizzati ad escludere dall'ambito di applicazione della cennata direttiva i soli «contratti di vendita di: beni di seconda mano venduti in aste pubbliche» e «gli animali vivi» (art. 3, par. 5), fornendosi peraltro una più compiuta definizione di «asta pubblica» qualificata come un «metodo di vendita in cui beni o servizi sono offerti dal venditore ai consumatori che partecipano o cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, mediante una trasparente procedura competitiva di offerte gestita da una casa d'aste e in cui l'aggiudicatario è tenuto all'acquisto dei beni o servizi» (art. 2, punto 15).

Questa norma si presenta pertanto diversa, per un duplice aspetto, dall'omologa previsione contenuta nella Direttiva 1999/44 che recitava: «Gli Stati membri possono stabilire che nei «beni di consumo» non sono inclusi beni usati, venduti in un'asta alla quale il consumatore abbia la possibilità di assistere personalmente» (art. 1, par. 3). Rispetto a questa infatti precisa la nozione di «asta pubblica» e consente agli Stati di assoggettare la vendita di animali vivi ad un regime meno garantista per il consumatore.

Rimane pertanto confermata l'applicazione della direttiva ai beni di seconda mano, quando oggetto di un contratto a titolo oneroso fra venditore e consumatore.

Nel vigente ordinamento italiano tutto questo dovrebbe portare ad alcuni adeguamenti del Codice del consumo. Per quanto sia auspicabile l'inserimento di un capo apposito dedicato al contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali, tale scelta *de iure* dipenderà da come il legislatore italiano riterrà di definire la natura di tale contratto, ad esempio, se di vendita, di servizio, di noleggio o un contratto *sui generis*, visto

¹⁶ In materia di vendita di beni al consumo di recente F. Addis, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo diritto civile*, 2020 pp. 5-27; F. Addis, *La fornitura di beni di consumo: «sottotipo» della vendita?*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, pp. 584-592; Id., (a cura di), *Aspetti della vendita dei beni di consumo*, Milano, 2003; A. Barenghi, *Osservazioni sulla nuova disciplina della garanzia nella vendita dei beni di consumo*, in *Contratto e impresa*, 2020, fasc. 2, pp.806-822.

che la direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di definire la natura giuridica di tale contratto (Considerando 12 Dir. n. 770).

Mentre per quel che concerne la vendita di beni (ovviamente nel caso in cui la fornitura di contenuti o servizi digitali non sia configurata a sua volta come una vendita, perché in tal caso tutto il Titolo III della Parte IV andrebbe riscritto) appare necessaria la modifica dell'art. 128, comma 2, tanto con riferimento alla definizione dei beni di consumo che dovrebbe essere formulata ricomprendendo anche i beni con elementi digitali, quanto per quel che riguarda i beni specificamente sottratti alla disciplina ivi prevista. Così, oltre ai supporti materiali che fungono esclusivamente da vettori di contenuto digitale, l'energia elettrica, analogamente a quanto già previsto per acqua e gas, dovrà ritenersi sottratta solo quando non confezionata per la vendita in un volume delimitato o in quantità determinata. Mentre accanto ai beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie, anche mediante delega ai notai, esclusione, come accennato, già prevista dall'art. 128, il legislatore italiano potrebbe inserire anche la vendita di animali vivi.

Ad avviso di chi scrive vi sarebbero non pochi dubbi sul fatto che il legislatore italiano potrebbe mantenere inalterato il contenuto di cui all'art. 128, comma 3 che testualmente stabilisce che «le disposizioni del presente capo si applicano alla vendita di beni di consumo usati, tenuto conto del tempo del pregresso utilizzo, limitatamente ai difetti non derivanti dall'uso normale della cosa».

Infatti, rientrando la vendita dei beni di seconda mano nell'ambito di massima armonizzazione stabilita dalla direttiva e non essendo prevista nella direttiva stessa un'attenuazione dei requisiti soggettivi e oggettivi di conformità per i beni usati, una normativa più favorevole per i venditori di beni di seconda mano allo stato non sembra più ammissibile. Viceversa potranno essere sottratti all'applicazione della normativa in esame i beni usati venduti in aste pubbliche in cui cioè «i beni o servizi sono offerti dal venditore ai consumatori che partecipano o cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, mediante una trasparente procedura competitiva di offerte gestita da una casa d'aste e in cui l'aggiudicatario è tenuto all'acquisto dei beni o servizi».

3.3. L'oggetto delle Direttive nn. 770 e 771

Come già accennato l'oggetto di ambedue le Direttive è essenzialmente rappresentato dalla conformità del bene o della fornitura al contratto e dalle garanzie previste a tutela dei consumatori in caso di difetti di conformità. Ciascuna direttiva presenta poi talune peculiarità conformemente alla diversa natura delle prestazioni in ciascuna di esse considerate. Ambedue queste direttive pertanto non comportano alcuna modifica delle normative nazionali che disciplinano «gli aspetti di diritto generale dei contratti, quali le norme sulla formazione, la validità, la nullità o l'efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della

risoluzione di un contratto, nella misura in cui gli aspetti in questione non sono disciplinati dalla presente direttiva, o il diritto al risarcimento» (art. 3, par. 10 Dir. n. 770; art. 3, par. 6 Dir. n. 771)..

Tuttavia la Direttiva n. 771 conserva inoltre agli Stati la facoltà sia «di consentire ai consumatori di scegliere un rimedio specifico se la non conformità dei beni si manifesta entro un periodo di tempo non superiore a 30 giorni dopo la consegna», ad esempio la sua sostituzione, sia di stabilire norme generali «che prevedono rimedi specifici per taluni tipi di difetti non apparenti all'atto della conclusione del contratto di vendita» art. 3, par. 7). La qual cosa consente agli Stati di dettare e di rendere applicabile in via generale e quindi anche ai contratti stipulati dai consumatori la normativa sui cosiddetti vizi occulti. Si tratta di previsioni nuove, estranee alla disciplina previgente che si inseriscono nella logica della *targeted harmonisation* e che è sperabile inducano gli Stati ad una ancora più efficace protezione del consumatore, ad esempio prevedendosi l'obbligatoria sostituzione del bene, salva ovviamente la prova a carico del venditore che il difetto di conformità è imputabile al consumatore.

Ambedue le direttive presentano peraltro lo stesso impianto normativo disciplinando innanzitutto i requisiti soggettivi e oggettivi di conformità del bene al contratto e a seguire le norme sull'errata integrazione del contenuto digitale o del servizio digitale ovvero sull'errata installazione del bene, quelle relative alla salvaguardia dei diritti dei terzi, quelle in tema di onere della prova e di responsabilità dell'operatore economico e quelle sui rimedi previsti a tutela del consumatore in caso di difetto di conformità.

Specifiche della Direttiva n. 770 sono invece le norme in tema di fornitura del contenuto o del servizio digitale e del rimedio previsto per il caso di mancata fornitura, e per la Direttiva n. 771 quelle in materia di garanzie commerciali.

3.3.1. I requisiti di conformità

Perché il bene o la fornitura possano considerarsi conformi al contratto stipulato fra l'operatore professionale e il consumatore è stabilito dalle cennate direttive che devono corrispondere alla descrizione, al tipo, alla quantità e alla qualità contrattuale e possedere la funzionalità, la compatibilità, l'interoperabilità e le altre caratteristiche come previste dal contratto; devono essere idonei ad ogni uso speciale voluto dal consumatore e che è stato da questi portato a conoscenza del venditore al più tardi al momento della conclusione del contratto di vendita e che il venditore ha accettato; devono essere forniti assieme a tutti gli accessori, alle istruzioni, anche in materia di installazione, previsti dal contratto; e devono essere forniti con gli aggiornamenti come previsto dal contratto.¹⁷

¹⁷ Gli artt. 7 della Dir. n. 770 e l'art. 6 della Dir. n. 771 sono fraseggiati in modo quasi identico. Nel testo si è utilizzata la formulazione dell'art. 6, riportandosi qui sotto per confronto l'art. 7 Dir. 770 che recita: «È conforme al contratto il contenuto digitale o il servizio digitale che, in particolare, se del caso: corrisponde alla descrizione, alla quantità e alla



Da segnalare peraltro che l'estensione dei requisiti soggettivi agli aggiornamenti implica che nel caso in cui nel contratto sia prevista la loro fornitura e questa non venga effettuata, tale mancata fornitura ridonda in un difetto di conformità del prodotto, così come nel caso in cui gli aggiornamenti si presentino difettosi o incompleti in quanto ciò starebbe a significare che tali aggiornamenti non sono eseguiti conformemente alle modalità stabilite nel contratto.

Questa norma è diretta a valorizzare l'autonomia negoziale delle parti contraenti, il suo orizzonte è costituito dal singolo contratto con le sue specifiche pattuizioni, risultando ovviamente applicabile anche ai contratti predisposti dall'operatore professionale.

La qual cosa consente di meglio apprezzare l'importanza dei cosiddetti requisiti oggettivi di conformità che in un certo senso definiscono lo *standard* minimo affinché un bene o una fornitura possano considerarsi conformi al contratto, indipendentemente dalla specifica volontà delle parti.

Finalità di questa previsione, presente in ambedue le direttive, è infatti quella di «garantire che i consumatori non siano privati dei loro diritti, ad esempio nel caso in cui un contratto preveda *standard* eccessivamente bassi» (Considerando 45 Dir. n. 770).

Affinchè un contenuto o servizio digitale possa considerarsi oggettivamente conforme al contratto deve essere «adeguato agli scopi per cui sarebbe abitualmente utilizzato un contenuto digitale o un servizio digitale del medesimo tipo, tenendo conto, se del caso, dell'eventuale diritto dell'Unione e nazionale e delle norme tecniche esistenti, oppure, in mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta dell'industria specifici del settore applicabili; deve essere della quantità e deve presentare la qualità e le caratteristiche di prestazione, anche in materia di funzionalità, compatibilità, accessibilità, continuità e sicurezza, che si ritrovano abitualmente nei contenuti digitali o nei servizi digitali dello stesso tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del contenuto digitale o del servizio digitale, tenendo conto di eventuali dichiarazioni pubbliche rese da o per conto dell'operatore economico o di altri soggetti nell'ambito di passaggi precedenti nella catena delle operazioni, soprattutto nei messaggi pubblicitari e nell'etichettatura; se del caso, deve essere fornito assieme agli eventuali accessori e istruzioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere; e deve essere conforme all'eventuale versione di prova o anteprima del contenuto digitale o del servizio digitale messa a disposizione dall'operatore economico prima della conclusione del contratto» (art. 8, par. 1 Dir. n. 770)

Affinchè un bene possa considerarsi oggettivamente conforme al contratto, oltre ai due predetti requisiti di “adeguatezza allo scopo” e di “corrispondenza alla quantità, alla qualità e alle caratteristiche di

qualità previste dal contratto e presenta la funzionalità, la compatibilità, l'interoperabilità e le altre caratteristiche previste dal contratto; è idoneo ad ogni uso particolare voluto dal consumatore e che è stato da questi portato a conoscenza dell'operatore economico al più tardi al momento della conclusione del contratto e che l'operatore economico ha accettato; è fornito con tutti gli accessori, le istruzioni, anche in materia di installazione, e l'assistenza ai clienti previsti dal contratto; e è aggiornato come previsto dal contratto».

prestazione normali in un bene del medesimo tipo”, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza, è analogamente stabilito dall’art. 7, par. 1, lett. b) e c) Dir. n. 771 che, ove applicabile, possieda la qualità e corrisponda alla descrizione di un campione o modello che il venditore ha messo a disposizione del consumatore prima della conclusione del contratto e sempre, ove applicabile sia consegnato assieme agli accessori, compresi imballaggio, istruzioni per l’installazione o altre istruzioni, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere.

Si tratta di previsioni sostanzialmente omogenee (anche con riguardo all’ipotesi di vendita a campione o di fornitura su versione di prova e di consegna del prodotto con accessori e istruzioni) in cui lo *standard* minimo che il bene o il contenuto o il servizio digitale deve possedere per essere considerato conforme al contratto deve essere principalmente determinato sulla base di due parametri oggettivi quello dell’abitudine o normalità delle prestazioni in beni o contenuti o servizi dello stesso tipo e quello della ragionevole aspettativa del consumatore.

Il primo implica un giudizio comparativo fra prodotti dello stesso tipo, anche tenendo conto delle norme tecniche esistenti, oppure, in mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta dell’industria specifici del settore.

Il secondo mira ad accertare obiettivamente e non subjetivamente le ragionevoli aspettative del consumatore, tenendo conto «della natura e della finalità, delle circostanze della fattispecie, degli usi e delle pratiche vigenti presso le parti interessate» (Considerando 46, Dir. n. 770; 24 Dir. n. 771).

Ambito quest’ultimo in cui assumono un rilievo del tutto particolare le dichiarazioni pubbliche rese da o per conto dell’operatore economico o di altri soggetti nell’ambito di passaggi precedenti nella catena delle operazioni, soprattutto nei messaggi pubblicitari e nell’etichettatura.

Dichiarazioni che devono essere considerate fondamentali per il formarsi delle aspettative del consumatore e alle quali il bene o il contenuto o il servizio deve essere necessariamente conforme e rispetto alle quali l’operatore professionale non è obbligato solo se non era a conoscenza e non poteva ragionevolmente essere a conoscenza della dichiarazione pubblica in questione; la dichiarazione pubblica era stata corretta entro il momento della conclusione del contratto secondo le stesse modalità, o con modalità simili a quelle in cui era stata resa; oppure la decisione di acquistare il bene non avrebbe potuto essere influenzata dalla dichiarazione pubblica (art. 7, par. 2 Dir. n. 771; art. 8, par. 1 Dir. n. 770).

Una problematica del tutto nuova, considerata e disciplinata dalle cennate direttive, è quella della fornitura degli aggiornamenti che se riguarda in via generale il contratto di fornitura di un contenuto o servizio digitale, nondimeno concerne anche il contratto di vendita laddove si riferisca alla vendita di beni con elementi digitali.

Ambedue queste direttive fanno carico all'operatore economico ovvero al venditore di fornire obbligatoriamente gli aggiornamenti, anche di sicurezza, necessari al fine di mantenere in un determinato periodo di tempo la conformità del bene ovvero del contenuto digitale o del servizio digitale in due ipotesi specifiche: – quando la fornitura degli aggiornamenti, è prevista dal contratto, se questo prevede una fornitura continua per un determinato periodo di tempo. In questo caso il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere conforme per l'intera durata di tale periodo e, salvo diverso accordo delle parti, è fornito nella versione più recente disponibile al momento della conclusione del contratto; – oppure quando è ragionevole supporre che il consumatore si aspetti la fornitura degli aggiornamenti, date la tipologia e la finalità dei beni e degli elementi digitali ovvero del contenuto digitale o del servizio digitale e tenendo conto delle circostanze e della natura del contratto, se questo prevede un unico atto di fornitura o una serie di singoli atti di fornitura (art. 8, par. 2 Dir. n. 770; art. 7, par. 3 Dir. n. 771).

Tuttavia se il consumatore non installa entro un termine ragionevole gli aggiornamenti forniti dall'operatore economico o dal venditore i predetti operatori professionali non sono responsabili per qualsiasi difetto di conformità derivante unicamente dalla mancanza del pertinente aggiornamento, a condizione che gli stessi abbiano informato il consumatore circa la disponibilità dell'aggiornamento e le conseguenze della mancata installazione dello stesso da parte del consumatore e la mancata installazione o l'installazione errata dell'aggiornamento da parte del consumatore non sia dovuta a carenze delle istruzioni di installazione fornite dall'operatore (Art. 8, par. 3 Dir. n. 770; art. 7, par. 4 Dir. n. 771)..

Il difetto di conformità è poi del tutto escluso se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era stato specificamente informato del fatto che una caratteristica particolare del contenuto digitale o del servizio digitale si discostava dai requisiti oggettivi di conformità previsti al paragrafo 1 o 2 e il consumatore ha espressamente e separatamente accettato tale scostamento al momento della conclusione del contratto (Art. 8, par. 5 Dir. n. 770; art. 7, par. 5 Dir. n. 771).

Come la mancata fornitura degli aggiornamenti o la difettosità degli stessi anche l'errata installazione del bene ovvero l'errata integrazione del contenuto digitale o del servizio digitale nell'ambiente digitale del consumatore è considerato difetto di conformità del bene se l'installazione è stata eseguita dall'operatore professionale o sotto la sua responsabilità; oppure l'installazione, da eseguirsi a carico del consumatore, è stata effettuata dal consumatore e l'errata installazione o integrazione dipende da carenze nelle istruzioni di installazione fornite dal venditore o, per i beni con elementi digitali, fornite dal venditore o dal fornitore del contenuto digitale o del servizio digitale (Art. 9, Dir. n. 770; art. 8 Dir. n. 771)..

Ovviamente, come già detto, mentre la Direttiva n. 770 non va direttamente a incidere su alcuna normativa vigente, non è così per la Direttiva n. 771 che per questa parte implica che se ne possano considerare gli effetti con riguardo all'art. 129 del Codice del consumo, rubricato conformità al contratto

che recita: «Il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita. Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se, ove pertinenti, coesistono le seguenti circostanze: a) sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; b) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura; d) sono altresì idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti. Non vi è difetto di conformità se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza o se il difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore. Il venditore non è vincolato dalle dichiarazioni pubbliche di cui al comma 2, lettera c), quando, in via anche alternativa, dimostra che: a) non era a conoscenza della dichiarazione e non poteva conoscerla con l'ordinaria diligenza; b) la dichiarazione è stata adeguatamente corretta entro il momento della conclusione del contratto in modo da essere conoscibile al consumatore; c) la decisione di acquistare il bene di consumo non è stata influenzata dalla dichiarazione. Il difetto di conformità che deriva dall'imperfetta installazione del bene di consumo è equiparato al difetto di conformità del bene quando l'installazione è compresa nel contratto di vendita ed è stata effettuata dal venditore o sotto la sua responsabilità. Tale equiparazione si applica anche nel caso in cui il prodotto, concepito per essere installato dal consumatore, sia da questo installato in modo non corretto a causa di una carenza delle istruzioni di installazione».

Grosso modo si può osservare che questa norma sconta già molte delle novità che la Direttiva n. 771 ha introdotto rispetto alla previgente Direttiva 1999/44/CE, che qui non è importante partitamente analizzare. Certo è che la conformità del bene dovrà essere specificatamente riparametrata facendo riferimento alle caratteristiche di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza del bene, introducendo inoltre specifiche disposizioni per i beni con elementi digitali sia per quel che concerne in special modo la funzionalità e l'interoperabilità del contenuto o del servizio digitale sia per quel che riguarda la fornitura degli aggiornamenti.

Si consideri che funzionalità e interoperabilità sono due concetti fondamentali per valutare la conformità del contenuto o del servizio digitale al contratto: «ad esempio, l'assenza o la presenza di restrizioni tecniche, quali la protezione tramite la gestione dei diritti digitali o i codici regionali, è potenzialmente idonea ad incidere sulla capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di svolgere tutte le sue

funzionalità in considerazione della sua finalità», mentre l'interoperabilità misura a che livello il contenuto digitale o il servizio digitale è in grado di funzionare con un *hardware* o un *software* diversi da quelli con cui sono abitualmente utilizzati i contenuti digitali o i servizi digitali dello stesso tipo, potendosi stabilire che il corretto funzionamento del contenuto o del servizio fornito includa «ad esempio, la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di scambiare informazioni con altro *software* o *hardware* e di utilizzare le informazioni scambiate» (Considerando 43 Dir. n. 770).

3.4. Responsabilità dell'operatore economico, termini dell'azione di responsabilità e diritti del consumatore nella Direttiva n. 770

Rispetto a quella stabilita dalla Direttiva n. 771 la disciplina della responsabilità dell'operatore economico e quella sui corrispondenti diritti dei consumatori presenta nella Direttiva n. 770 talune specificità che inducono, a fini di chiarezza, ad esaminarla separatamente dall'altra.

Un primo aspetto peculiare è rappresentato dalle norme sulla fornitura del contenuto o del servizio digitale. Qui bisogna distinguere il caso in cui la fornitura avvenga *on line* ovvero attraverso la consegna di un supporto materiale che funga esclusivamente da vettore del contenuto digitale come, ad esempio, DVD, CD, chiavi USB o schede di memoria. Nel primo caso infatti all'operatore economico, per il caso di mancata fornitura, si applicherà in via immediata e diretta la Direttiva n. 770, mentre nel secondo caso continueranno ad applicarsi le disposizioni della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sugli obblighi relativi alla consegna dei beni e sui rimedi in caso di mancata consegna, così come le disposizioni sul diritto di recesso e sulla natura del contratto in base al quale tali beni sono forniti (Considerando 20 Dir. n. 770).

Dispone l'art. 5 della Direttiva n. 770 che l'obbligo di fornitura gravi sull'operatore economico che ha concluso il contratto (il che significa che anche nel caso in cui il fornitore si avvalga di un terzo continuerà ad essere, di fronte al consumatore, l'unico responsabile della fornitura) il quale deve adempierlo, salvo diverso accordo tra le parti, senza indebito ritardo dopo la conclusione del contratto. Dispone inoltre la detta norma che tale obbligo debba considerarsi adempiuto «quando – il contenuto digitale o qualunque mezzo idoneo per accedere al contenuto digitale o per scaricarlo è reso disponibile o accessibile al consumatore, o all'impianto fisico o virtuale scelto dal consumatore all'uopo; ovvero – il servizio digitale è reso accessibile al consumatore o a un impianto fisico o virtuale scelto dal consumatore all'uopo».

Stabilisce a sua volta l'art. 13 che ove l'operatore economico ometta di fornire il contenuto digitale o il servizio digitale conformemente all'articolo 5, il consumatore abbia l'obbligo di invitare l'operatore economico a fornire il contenuto digitale o il servizio digitale. A seguito di detto invito è quindi previsto che l'operatore economico fornisca il contenuto digitale o il servizio digitale senza indebito ritardo oppure

entro l'ulteriore termine espressamente concordato con il consumatore. In difetto attribuendosi al consumatore il diritto di recedere immediatamente dal contratto.

La detta norma esclude peraltro per il consumatore l'obbligo di diffidare l'operatore economico ad adempiere se: lo stesso ha «dichiarato, o risulta altrettanto chiaramente dalle circostanze, che non fornirà il contenuto digitale o il servizio digitale; ovvero nel caso in cui il consumatore e l'operatore economico abbiano convenuto, o risulti evidente dalle circostanze che accompagnano la conclusione del contratto, che un tempo specifico per la fornitura sia essenziale per il consumatore e l'operatore economico abbia omesso di fornire il contenuto digitale o il servizio digitale entro o in tale momento».

Recesso che il par. 3 di detto articolo equipara *in toto* alla risoluzione del contratto, disponendo l'applicazione dei successivi articoli da 15 a 18 dettati per disciplinare tale materia.

Ai sensi dell'art. 11, oltre a rispondere dell'omessa fornitura, l'operatore economico è responsabile anche per i difetti di conformità per mancanza dei requisiti soggettivi o oggettivi o per errata integrazione nell'ambiente digitale del consumatore sia nell'ipotesi di un contratto che preveda un unico atto di fornitura o una serie di singoli atti di fornitura (art. 11, par. 2) sia nell'ipotesi di un contratto che preveda una fornitura continuativa per un certo periodo di tempo (art. 11, par. 3).

Si ha la prima ipotesi, ad «esempio quando i consumatori scaricano un libro elettronico e lo archiviano sul loro dispositivo personale. Analogamente, la fornitura può consistere in una serie di forniture singole, per esempio quando i consumatori ricevono un *link* per scaricare un nuovo libro elettronico ogni settimana. L'elemento distintivo di questa categoria di contenuto digitale o servizio digitale è il fatto che i consumatori hanno successivamente la possibilità di accedere al contenuto digitale o al servizio digitale e di utilizzarlo a tempo indeterminato». La caratteristica di questi contratti sta dunque nel fatto che, la conformità del contenuto digitale o del servizio digitale deve essere valutata al momento della fornitura, sì che l'operatore economico è chiamato a rispondere dei soli difetti di conformità esistenti al momento in cui avviene la fornitura singola o ciascuna singola fornitura (Considerando 56 Dir. n.770).

Si ha invece la seconda ipotesi quando i contenuti digitali o i servizi digitali sono forniti ai consumatori in modo continuativo per un determinato periodo di tempo, come nel caso in cui l'operatore economico metta «a disposizione dei consumatori un servizio digitale per un periodo di tempo determinato o indeterminato, come un contratto di archiviazione su *cloud* di due anni o l'iscrizione a una piattaforma dei *social media* a tempo indeterminato», o ancora come nei «casi in cui elementi specifici del contenuto digitale o del servizio digitale siano messi a disposizione periodicamente, o in diverse occasioni per la durata determinata del contratto, o per il periodo di validità del contratto a tempo indeterminato . . . , ad esempio quando il contratto preveda che una copia del *software* antivirus possa essere utilizzato per un anno e sia automaticamente aggiornato il primo giorno del mese durante tale periodo, o che l'operatore economico

rilasci aggiornamenti ogniqualvolta diventino disponibili nuove caratteristiche di un gioco digitale, e il contenuto o il servizio digitale sia disponibile o accessibile ai consumatori solo per la durata determinata del contratto o per il periodo di validità del contratto a tempo indeterminato» o nel caso di trasmissione in *streaming* di un *videoclip*, a prescindere dall'effettiva durata del file audiovisivo. L'elemento distintivo di questa categoria di contratti è pertanto il fatto che il contenuto digitale o il servizio digitale sia disponibile o accessibile ai consumatori solo per la durata determinata del contratto o per il periodo di validità del contratto a tempo indeterminato, sì che la responsabilità dell'operatore economico per difetti di conformità deve ritenersi sussistente esclusivamente per la durata del contratto stesso.

Il che ha importanti conseguenze in tema di determinazione del periodo durante il quale può essere fatta valere l'azione di responsabilità stabilita a vantaggio dei consumatori, venendo previsto che nella prima ipotesi l'operatore economico risponda per i difetti di conformità (o se si vuole per i vizi) del contenuto o servizio digitale per un periodo di tempo non inferiore a due anni se, a norma del rispettivo diritto nazionale, l'operatore economico è responsabile soltanto per difetti di conformità che si manifestano entro un certo periodo di tempo dalla fornitura o dai singoli atti di fornitura, fatta salva l'applicazione dell'articolo 8, paragrafo 2, lettera b) che concerne l'invio degli aggiornamenti che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, date la tipologia e la finalità del contenuto digitale o del servizio digitale e tenendo conto delle circostanze e della natura del contratto, se questo prevede un unico atto di fornitura o una serie di singoli atti di fornitura) (art. 11, par. 2, comma 2).

La qual cosa significa o dovrebbe significare che l'operatore economico risponde per difetto di conformità anche per il mancato invio degli aggiornamenti o per l'invio di aggiornamenti difettosi, non essendo però del tutto chiaro se, in questo caso, il difetto di conformità possa essere fatto valere anche oltre il termine biennale dal singolo atto di fornitura ovvero se questa norma altro non significhi che l'operatore ha l'obbligo di mantenere la conformità al contratto, attraverso l'invio di aggiornamenti, esclusivamente per il periodo biennale dal singolo atto di fornitura.

Quanto alla seconda ipotesi è invece stabilito che l'operatore economico risponda dei vizi per tutto il periodo di tempo durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito a norma del contratto (art. 11, par. 3, comma 1), ovviamente, anche in questo caso, coprendo la fornitura degli aggiornamenti, anche di sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità del contenuto digitale o del servizio digitale nel periodo di tempo.

Da segnalare peraltro che nella Direttiva n. 770 non è prevista la possibilità per gli Stati di estendere o ridurre il periodo biennale di responsabilità per difetto di conformità.

Quanto ai diritti riconosciuti ai consumatori gli stessi sono modellati sul collaudato canovaccio già prefigurato dalla Direttiva 1999/44, ma con alcune novità.

Si tratta del diritto al ripristino della conformità del contenuto o del servizio digitale, del diritto alla riduzione del prezzo e del diritto alla risoluzione del contratto.

L'esercizio di questi diritti non è tuttavia rimesso alla discrezionalità del consumatore, ma è subordinato alla sussistenza di specifiche condizioni.

Recita infatti l'art. 14, par.1: «In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino della conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, o a una riduzione adeguata del prezzo, o alla risoluzione del contratto sulla base delle condizioni stabilite nel presente articolo».

Salvo che il difetto di conformità non sia talmente grave da giustificare un'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto il consumatore deve infatti prioritariamente richiedere all'operatore economico il ripristino della conformità del bene. Da notare che, a differenza di quanto accade nel caso di vendita, non è riconosciuta al consumatore la facoltà di scelta fra riparazione e sostituzione. Il che se è logico per la fornitura di un contenuto o di un servizio *on line*, lo è meno nel caso di contenuto o servizio digitale fornito mediante consegna di supporto materiale. In ogni caso per i contratti disciplinati da questa direttiva la scelta sul come procedere al ripristino è rimessa all'operatore economico.

Corrispondente a questo diritto del consumatore è l'obbligo gravante sull'operatore economico di rendere il contenuto digitale o il servizio digitale conforme al contratto «entro un periodo di tempo ragionevole a partire dal momento in cui è stato informato dal consumatore riguardo al difetto di conformità, senza spese e senza particolari disagi per il consumatore, tenendo conto della natura del contenuto digitale o del servizio digitale e dell'uso che il consumatore intendeva farne» (art. 14, par. 3).

Tuttavia l'operatore economico può rifiutarsi di procedere all'eliminazione dei vizi del contenuto o servizio digitale nel caso in cui ciò sia «impossibile o gli imponga costi che sarebbero sproporzionati, tenuto conto di tutte circostanze del caso, tra cui: il valore che il contenuto digitale o servizio digitale avrebbe se non ci fosse alcun difetto di conformità; e l'entità del difetto di conformità» (art. 14, par. 2).

L'impossibilità o l'eccessiva onerosità del ripristino sono uno dei cinque casi in cui la normativa europea ammette la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli altri sono: 1) il mancato ripristino della conformità del contenuto digitale o del servizio digitale entro un periodo di tempo ragionevole e senza spese e senza particolari disagi per il consumatore; 2) la perdurante presenza di un difetto di conformità, nonostante il tentativo dell'operatore economico di ripristinare la conformità del contenuto digitale o servizio digitale; 3) la già accennata estrema gravità del difetto; 4) l'esistenza di dichiarazioni o di altre circostanze che rendono evidente che l'operatore economico non procederà al ripristino della conformità del bene entro un periodo ragionevole, o senza notevoli inconvenienti per il consumatore (art. 14, par. 4).

Come già nell'ordinamento italiano, ad esempio l'art. 1492 c.c. per il contratto di vendita, anche la direttiva lascia al consumatore la scelta se chiedere la riduzione del prezzo ovvero la risoluzione del contratto, stabilendo soltanto che quest'ultima possa essere domandata «solo se il difetto di conformità non è di lieve entità», incombendo, però, sull'operatore economico l'onere di provare la lieve entità del difetto.

Va tuttavia osservato che ove il contenuto digitale o il servizio digitale non venga rilasciato dietro pagamento di un prezzo, ma il consumatore fornisca dati personali per essere usati a fini commerciali, al consumatore deve essere riconosciuto il diritto di risolvere il contratto anche se il difetto di conformità è di lieve entità, dal momento che non può beneficiare del rimedio della riduzione del prezzo» (Considerando 67 Dir. n. 770).

La possibilità per il consumatore di chiedere la riduzione del prezzo è dunque limitata ai contratti in cui la fornitura viene effettuata dietro corrispettivo di un prezzo ovvero a quelli in cui, oltre al rilascio dei dati personali, il consumatore sia tenuto al pagamento di un prezzo.

Sul *quantum* della riduzione che il consumatore può domandare la direttiva stabilisce che la stessa debba essere «proporzionale alla diminuzione di valore del contenuto digitale o del servizio digitale fornito al consumatore rispetto al valore che avrebbe tale contenuto digitale o servizio digitale se fosse conforme» (art. 14, par. 5, comma 1).

Tuttavia se si tratta di un contratto di fornitura continuativa è previsto che la riduzione di prezzo si applichi soltanto al periodo di tempo in cui il contenuto digitale o il servizio digitale non è stato conforme (art. 14, par. 5, comma 2).

Da notare che con riguardo a quest'ultima tipologia di contratti per il consumatore, da un punto di vista puramente economico, non fa grande differenza chiedere la riduzione del prezzo ovvero la risoluzione del contratto perché il legislatore europeo, con una norma che a chi scrive pare criticabile, ha stabilito che se «il contenuto digitale o il servizio digitale è stato conforme per un periodo di tempo prima della risoluzione del contratto, l'operatore economico rimborsa al consumatore solo la proporzione dell'importo pagato corrispondente al periodo in cui il contenuto digitale o il servizio digitale non è stato conforme e qualsiasi parte del prezzo pagato in anticipo dal consumatore per la durata del contratto che sarebbe rimasta se il contratto non fosse stato risolto» (art. 16, par. 1, comma 2).

Tale misura, viene esplicitato nei Considerando della direttiva (Considerando 68), sarebbe stata dettata dalla volontà di contemperare gli interessi dei consumatori e quelli degli operatori economici «nei casi in cui il contenuto digitale o il servizio digitale sia fornito per un determinato periodo di tempo e la sua conformità sia garantita soltanto per una parte di tale periodo», ma in realtà avvantaggia esclusivamente gli operatori economici, attenuandone la responsabilità per la fornitura di un contenuto o di un servizio che difformemente dal contratto non è stato fornito per l'intero periodo di tempo pattuito. Disposizione

tanto meno convincente ove si rammenti che il contratto non può essere risolto se non per grave inadempimento.

Ai sensi dell'art. 15 della direttiva per risolvere il contratto il consumatore ha l'onere di trasmettere «una dichiarazione al venditore in cui esprime la sua decisione di risolvere il contratto».

Da tale manifestazione di volontà sorgono specifici obblighi sia a carico dell'operatore economico sia anche del consumatore.

Salvo quanto disposto per i contratti di fornitura continuativa, «l'operatore economico rimborsa al consumatore tutti gli importi versati in esecuzione del contratto» (art.16, par. 1), mentre il consumatore «si astiene dall'utilizzare il contenuto digitale o il servizio digitale e dal metterlo a disposizione di terzi» e «se il contenuto digitale è stato fornito su un supporto materiale, il consumatore lo restituisce all'operatore economico, su richiesta e a spese di quest'ultimo, senza indebito ritardo». Richiesta che peraltro è stabilito che l'operatore economico sia tenuto a presentare «entro 14 giorni a decorrere dal giorno in cui è stato informato della decisione del consumatore di recedere dal contratto» (art. 17, parr. 1 e 2).

In ogni caso «il consumatore non è tenuto a pagare per l'uso del contenuto digitale o del servizio digitale nel periodo precedente la risoluzione del contratto durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale non è stato conforme» (art. 17, par. 3).

La risoluzione del contratto in questa peculiare tipologia di contratti di fornitura pone peraltro il delicato problema dell'utilizzo di eventuali contenuti, diversi dai dati personali, che siano stati forniti o creati dal consumatore nell'ambito dell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico.

Problema che è stato risolto dal legislatore europeo in modo non del tutto felice, visto che ne ha disposto il divieto di utilizzo da parte dell'operatore economico, ma con deroghe così ampie da renderlo più apparente che reale. Tale divieto infatti non opera quando il contenuto fornito o creato dal consumatore: «a) sia privo di utilità al di fuori del contesto del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore; b) si riferisca solamente all'attività del consumatore nell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore; c) sia stato aggregato dall'operatore economico ad altri dati e non possa essere disaggregato o comunque non senza uno sforzo sproporzionato; d) o sia stato generato congiuntamente dal consumatore e altre persone, e altri consumatori possano continuare a utilizzare il contenuto» (art. 16, par. 3).

Fuori dei casi di cui alle lettere a), b) o c), l'operatore economico ha in ogni caso l'obbligo di mettere a disposizione del consumatore, su richiesta dello stesso, i contenuti forniti o creati durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico. Dovere a cui corrisponde il diritto del consumatore «di recuperare dall'operatore economico tali contenuti digitali gratuitamente e

senza impedimenti, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune e leggibile da dispositivo automatico» (art. 16, par. 4).

Diritto che a sua volta prevale sull'opposto diritto dell'operatore economico di «impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli il contenuto digitale o il servizio digitale inaccessibile o disattivando il suo *account* utente» (art. 16, par. 5).

Nel caso poi in cui la fornitura del contenuto o servizio digitale avvenga dietro rilascio a fini commerciali dei dati personali del consumatore ovvero dietro rilascio a fini commerciali dei dati personali e pagamento di un prezzo, la risoluzione del contratto comporta che per tali dati l'operatore economico sia tenuto a rispettare tutti «gli obblighi applicabili a norma del regolamento 2016/679/UE» (art. 16, par. 2).

D'altronde, in tema di protezione dei dati personali, deve sottolinearsi che l'art. 3, par. 8 della direttiva stabilisce espressamente che sono fatti salvi il regolamento 2016/679/UE e la direttiva 2002/58/CE e che, in caso di conflitto tra le disposizioni della direttiva e del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest'ultimo, disponendo che, in ogni caso, il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si applichi a qualsiasi dato personale trattato in relazione ai contratti regolati dalla direttiva stessa.

All'art. 18 la direttiva disciplina inoltre in modo puntuale i termini e i mezzi per gli eventuali rimborsi dovuti dall'operatore economico per il caso in cui il consumatore abbia diritto alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto.

Detti rimborsi è stabilito siano effettuati senza alcuna commissione per il consumatore e senza indebito ritardo e, in ogni caso, «entro 14 giorni dal giorno in cui l'operatore economico è informato della decisione del consumatore di invocare il diritto del consumatore a una riduzione di prezzo o il suo diritto alla risoluzione dal contratto», utilizzando «lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per pagare il contenuto digitale o il servizio digitale, salvo che il consumatore consenta espressamente all'uso di un altro mezzo e non debba sostenere alcuna spesa relativa al rimborso».

Da segnalare peraltro che la direttiva lascia impregiudicata l'applicabilità delle normative nazionali sia in tema di *exceptio inadimpleti contractus*, stabilendo se, in caso di difetto di conformità, un consumatore abbia il diritto o meno a trattenere il pagamento della totalità o di parte del prezzo finché l'operatore economico non abbia reso conforme il contenuto digitale o il servizio digitale, ovvero se l'operatore economico abbia il diritto o meno a trattenere un eventuale rimborso dovuto al consumatore alla risoluzione del contratto finché il consumatore non abbia adempiuto l'obbligo previsto dalla presente direttiva di restituire il supporto materiale all'operatore economico (Considerando 13), sia anche per quel che concerne il risarcimento del danno, essendo inalienabile diritto del consumatore richiedere «un risarcimento per

qualsiasi danno causato da un difetto di conformità o dalla mancata fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale nella massima misura possibile», atta a ripristinare «la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato se il contenuto digitale o il servizio digitale fosse stato debitamente fornito e fosse stato conforme» (Considerando n. 73).

3.4.1. Modifica del contenuto digitale o del servizio digitale e contratti a pacchetto

Due materie che per la loro importanza tecnica e commerciale sono oggetto di specifica disciplina da parte della Direttiva n. 770 sono quelle della modifica del contenuto digitale o del servizio digitale e dei contratti a pacchetto.

La prima non riguarda ovviamente quelle modifiche che conseguono agli aggiornamenti che devono essere forniti per mantenere la conformità al contratto, bensì quelle modifiche che l'operatore economico potrebbe voler introdurre per adattare il contenuto digitale o il servizio digitale a un nuovo ambiente tecnico o a un numero maggiore di utenti, o per altre ragioni operative importanti.

Non sfugge a nessuno l'importanza di siffatte modifiche che tuttavia possono andare ad incidere negativamente sull'operatività del contenuto o servizio digitale fornito al consumatore

Nel bilanciamento fra gli interessi del consumatore e quelli dell'operatore il legislatore europeo ha ammesso tali modifiche purchè siano soddisfatte quattro condizioni: «a) il contratto consenta tale modifica e ne fornisca una motivazione valida; b) tale modifica sia realizzata senza costi aggiuntivi per il consumatore; c) il consumatore sia informato in modo chiaro e comprensibile della modifica; e d) nei casi in cui tale modifica incida negativamente sull'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale o sull'accesso allo stesso da parte del consumatore, il consumatore sia informato, con un anticipo ragionevole su un supporto durevole, circa le caratteristiche e il momento in cui viene effettuata la modifica, nonché circa il suo diritto di recedere dal contratto o circa la possibilità di mantenere il contenuto digitale o il servizio digitale senza tale modifica» (art. 19, par. 1).

Questo significa che non sono ammesse modifiche unilaterali, non previamente previste in contratto, e neppure modifiche che, pur previste in contratto, non siano debitamente preavvertite a mezzo di una comunicazione attraverso un mezzo che dia al consumatore garanzie per la sua conservazione.

Ove poi tali modifiche comportino conseguenze negative per l'utilizzo del contenuto o servizio digitale è, in ogni caso, riconosciuto al consumatore il diritto di recedere gratuitamente dal contratto, a meno che tali conseguenze non siano trascurabili.

In tal caso il consumatore deve darne comunicazione «entro un termine di 30 giorni dalla data di ricevimento dell'informazione o, se successivo, dal momento in cui il contenuto digitale o il servizio digitale è stato modificato dall'operatore economico» (art. 19, par. 2).

Ove il consumatore receda è stabilito si applichino le stesse norme previste in caso di risoluzione del contratto. Tuttavia l'operatore economico può evitare il recesso, consentendo al consumatore di mantenere senza costi aggiuntivi il contenuto digitale o il servizio digitale senza modifica, purchè sia preservata la conformità del contenuto digitale o del servizio digitale (art. 19, par. 4).

Da sottolineare, nella disciplina di questa fattispecie, l'elevato livello di garanzia riconosciuto al consumatore, delineando un modello di tutela che avrebbe potuto essere applicato anche ad altri casi contemplati dalla direttiva.

Meno incisiva la tutela offerta ai consumatori in tema di contratti a pacchetto.

Come noto i contratti a pacchetto sono espressione di quella peculiare pratica commerciale che consiste nell'aggregare offerte di contenuto digitale o di servizi digitali con la fornitura di beni o altri servizi. Già disciplinata per altri profili dalla Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, tale aggregazione non è di per sé vietata, ma può essere ritenuta sleale a seguito di una valutazione dei singoli casi conformemente ai criteri di cui alla succitata direttiva

I contenuti o i servizi digitali possono perciò trovarsi spesso combinati alla fornitura di beni o di altri servizi, venendo offerti al consumatore nell'ambito di uno stesso contratto che comprende pertanto un pacchetto di elementi diversi, ad esempio «la fornitura di servizi di televisione digitale e l'acquisto di apparecchiature elettroniche» (Considerando 33). Si tratta di casi in cui il contratto tra il consumatore e l'operatore economico comprende elementi di un contratto per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali, ma anche elementi di altri tipi di contratto, quali i contratti di vendita di beni o servizi.

Di qui la necessità di chiarire se la tutela offerta dalla Direttiva n. 770 ricomprenda o meno tali contratti e in che termini.

In merito, con poco coraggio, il legislatore europeo ha stabilito che, esclusa ovviamente la vendita di beni con elementi digitali, «qualora un singolo contratto tra lo stesso operatore economico e lo stesso consumatore comprenda in un pacchetto elementi di fornitura di contenuto digitale o di un servizio digitale ed elementi relativi alla fornitura di altri beni o servizi, la ... direttiva si applichi unicamente agli elementi del contratto che riguardano il contenuto digitale o il servizio digitale» (art. 3, par.6, comma 1).

Vale a dire che la direttiva si applica soltanto «agli elementi del contratto complessivo che consistono nella fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali», lasciando che gli altri elementi del contratto siano «disciplinati dalle norme applicabili a tali contratti a norma del diritto nazionale, oppure, se del caso, da altre normative dell'Unione che disciplinano un settore o una materia specifici» (Considerando 33).

Ma non basta perché il legislatore europeo non ha neppure previsto che la risoluzione di un elemento del contratto a pacchetto determini la risoluzione dell'intero contratto, lasciando al diritto nazionale di

disciplinare «gli effetti che può avere la risoluzione di un elemento del contratto a pacchetto sugli altri elementi del contratto a pacchetto» (art. 3, par.6, comma 3).

Scelta che appare non del tutto convincente ove si consideri che per i pacchetti di servizi o per i pacchetti di servizi e apparecchiature terminali disciplinati dall'art. 107 della Direttiva 2018/1972/UE, ossia quelli che ricomprendono almeno un servizio di accesso a internet o un servizio di comunicazione interpersonale basato sul numero accessibile al pubblico, il legislatore europeo aveva già stabilito che il diritto di risolvere uno qualsiasi degli elementi del pacchetto dovesse comportare «il diritto di risolvere il contratto in relazione a tutti gli elementi del pacchetto» (art. 107, par. 2 Direttiva 2018/1972/UE).

Norma quest'ultima che infatti è stata fatta salva dalla Direttiva n. 770 che ha altresì escluso, per i surrichiamati contratti a pacchetto, l'applicazione dell'appena esaminato art. 19 relativo alla modifica del contenuto digitale, essendo «opportuno che a tutti gli elementi del pacchetto, ivi compresi il contenuto digitale o i servizi digitali, si applichino le disposizioni pertinenti della direttiva (UE) 2018/1972» (Considerando 33).

Detto diversamente i contratti a pacchetto che ricomprendono almeno un servizio di accesso a internet o un servizio di comunicazione interpersonale basato sul numero accessibile al pubblico sono interamente sottratti alla Direttiva n. 770 e restano disciplinati dalla Direttiva 2018/1972/UE.

3.4.2. Diritti dei terzi, onere della prova, decadenza, prescrizione, diritto di regresso dell'operatore economico e imperatività delle norme

Come noto i vizi giuridici costituiscono una questione particolarmente importante nell'ambito dei contenuti digitali o dei servizi digitali, che sono oggetto di diritti di proprietà intellettuale. Infatti restrizioni all'uso del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore possono derivare da una violazione dei diritti di terzi. Ad esempio quando il terzo costringa legittimamente l'operatore economico a cessare ogni violazione di tali diritti e a interrompere l'offerta del contenuto digitale o del servizio digitale in questione, o quando il consumatore non possa utilizzare il contenuto digitale o il servizio digitale senza violare la legge ovvero non possa legalmente accedervi.

Ma non basta perché limitazioni possono derivare anche dall'accordo di licenza con l'utente finale nel quadro del quale il contenuto digitale o il servizio digitale è fornito al consumatore. Ciò può verificarsi quando, ad esempio, l'accordo di licenza con l'utente finale vieti al consumatore di utilizzare determinate caratteristiche relative alla funzionalità del contenuto digitale o del servizio digitale, sì che il contenuto digitale o il servizio digitale risulti privo di quelle caratteristiche che sono abituali di contenuti digitali o servizi digitali dello stesso tipo e che il consumatore può ragionevolmente attendersi (Considerando n. 53).

Ebbene, ogniquale volta si verifichi un caso di tal genere, l'art. 10 prevede che «se una restrizione derivante da una violazione dei diritti di terzi, in particolare i diritti di proprietà intellettuale, impedisce o limita l'uso del contenuto digitale o del servizio digitale in conformità» ai requisiti soggettivi o oggettivi, gli Stati membri assicurino «che il consumatore abbia il diritto ad avvalersi dei rimedi per difetto di conformità, a meno che il diritto nazionale preveda in tali casi la nullità del contratto o la risoluzione del contratto» stesso, come, ad esempio, nel caso di violazione della garanzia giuridica contro l'evizione.

Una importante novità a vantaggio del consumatore, introdotta anche nella Direttiva n. 771, è l'allungamento del periodo di inversione dell'onere della prova.

Già nella Direttiva 1999/44 il legislatore europeo aveva stabilito che nei contratti di vendita di beni di consumo non era il consumatore a dover provare il difetto di conformità se verificatosi nei sei mesi dalla consegna, ma era il venditore a dover provare che il bene al momento della consegna era esente da vizi. Principio che si ritrova nel par. 1 dell'art. 12 che stabilisce in via generale che l'onere della prova riguardo al fatto se il contenuto digitale o il servizio digitale sia stato reso disponibile o accessibile al consumatore, o all'impianto fisico o virtuale scelto dal consumatore è a carico dell'operatore economico.

Quanto al periodo di inversione dell'onere della prova, lo stesso risulta diversamente stabilito a seconda che si versi nell'ipotesi di un contratto che preveda un unico atto di fornitura o una serie di singoli atti di fornitura (art. 11, par. 2) ovvero nell'ipotesi di un contratto che preveda una fornitura continuativa per un certo periodo di tempo (art. 11, par. 3).

Nel primo caso tale periodo è stabilito in un anno (non più sei mesi) dal momento in cui il contenuto digitale o il servizio digitale è stato fornito (art. 12, par. 2). Nel secondo «l'onere della prova riguardo al fatto se il contenuto digitale o il servizio digitale è conforme entro il periodo di tempo durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito ai sensi del contratto, è a carico dell'operatore economico per un difetto di conformità che risulti evidente entro tale periodo» (art. 12, par. 3), vale a dire che l'inversione dell'onere della prova si estende per tutta la durata del contratto.

Nella Direttiva n. 770 tuttavia questo *favor* per il consumatore conosce due eccezioni: quando l'operatore economico dimostri che l'ambiente digitale del consumatore non era compatibile con i requisiti tecnici del contenuto digitale o del servizio digitale e che di questo aveva informato il consumatore in modo chiaro e comprensibile prima della conclusione del contratto (art. 12, par. 4); quando il consumatore violi l'obbligo ad esso imposto di collaborare con l'operatore economico, per quanto ragionevolmente possibile e necessario, al fine di accertare se la causa del difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale risieda nell'ambiente digitale del consumatore e di ciò sia stato debitamente avvisato dall'operatore economico (art. 12, par. 5).

Sebbene resti da precisare che tale obbligo di collaborazione è stabilito debba essere limitato ai mezzi tecnicamente disponibili che sono meno intrusivi per il consumatore (ancora art. 12, par. 5).

Novità ci sono pure in tema di decadenza e prescrizione. Notevole è l'eliminazione dell'obbligo di denuncia, a pena di decadenza, dell'esistenza del vizio di conformità entro un dato termine. In ciò marcandosi una evidente differenza con la Direttiva n. 771 che a mezzo dell'art. 12 ancora consente agli Stati membri di «mantenere in vigore o introdurre disposizioni che prevedono che, al fine di godere dei diritti del consumatore, il consumatore deve informare il venditore di un difetto di conformità entro un periodo di almeno 2 mesi dalla data in cui il consumatore ha riscontrato tale difetto di conformità».

Laddove la Direttiva n. 770 vieta agli Stati di introdurre l'obbligo per il consumatore di notificare all'operatore economico il difetto di conformità entro un periodo determinato (Considerando 11).

Relativamente alla prescrizione ancora una volta la direttiva distingue fra i contratti che prevedono un unico atto di fornitura o una serie di singoli atti di fornitura e i contratti che prevedono una fornitura continuativa per un certo periodo di tempo.

Nel primo caso viene stabilito che se nel diritto nazionale dei singoli Stati membri, i diritti di ripristino alla conformità o quello alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto riconosciuti ai consumatori sono ugualmente o unicamente soggetti a termini di prescrizione, gli Stati membri devono disporre affinché tale termine di prescrizione consenta comunque al consumatore di far valere tali diritti per qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento del singolo atto di consegna e che risulti evidente entro il termine di due anni (art. 11, par. 2).

Mentre nel secondo caso si prevede che se, a norma del diritto nazionale, i predetti diritti «sono ugualmente o unicamente soggetti a termini di prescrizione, gli Stati membri provvedono affinché tale termine di prescrizione consenta comunque ai consumatori di esercitarli per qualsiasi difetto di conformità che si manifesti o risulti evidente durante il periodo di tempo» in cui avviene la fornitura (art. 11, par. 3).

Il che significa che rispetto a tale tipologia di contratti non potrà stabilirsi un termine fisso di prescrizione dovendo la stessa estendersi tanto quanto la durata del contratto o, il che è lo stesso, non potendo essere la prescrizione più breve della durata del contratto.

Nell'art. 20 la direttiva fa in ogni caso salvo, a tutela dell'operatore economico, il diritto di regresso, quando la sua responsabilità «nei confronti del consumatore a seguito della mancata fornitura di contenuto digitale o servizio digitale o in ragione di un difetto di conformità» è la conseguenza di un atto o di un'omissione di una persona nell'ambito di passaggi precedenti della catena di operazioni commerciali. Tuttavia, stabilito il principio, la direttiva rinvia al diritto nazionale per l'individuazione della

persona nei cui confronti l'operatore economico potrà agire, nonché per le relative azioni e modalità di esercizio.

Da ultimo, come norma di chiusura, diretta a garantire la coerenza delle norme a tutela del consumatore, l'art. 22 della direttiva, con una formula già ampiamente utilizzata in materia, dispone: «Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva, qualsiasi clausola contrattuale che, a danno del consumatore, escluda l'applicazione delle misure nazionali che recepiscono la presente direttiva, vi deroghi o ne modifichi gli effetti prima che la mancata fornitura o il difetto di conformità siano portati all'attenzione dell'operatore economico da parte del consumatore o prima che la modifica del contenuto digitale o servizio digitale sia portata all'attenzione del consumatore da parte dell'operatore economico ... , non vincola il consumatore. Norma per la cui attuazione al legislatore italiano sarà sufficiente ripetere, in tema di contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, quanto già previsto dall'art. 134 Codice del consumo per la vendita di beni di consumo.

Naturalmente la direttiva non impedisce agli operatori economici di offrire ai consumatori condizioni contrattuali che vanno oltre la tutela prevista dalla stessa direttiva (art. 20, par. 2).

3.5. Responsabilità del venditore, termini per promuovere l'azione di responsabilità, onere della prova, decadenza e prescrizione nella Direttiva n. 771

Le scarse disposizioni di cui all'art 130, comma 1 e 132, comma 1 del Codice del consumo che recitano rispettivamente: «Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene» e «Il venditore è responsabile, a norma dell'articolo 130, quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene». sono ormai solo parzialmente adeguate rispetto ai contenuti di cui all'art. 10, parr. 1 e 2 della Direttiva n. 771 che prevede: «Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento della consegna del bene e che si manifesta entro 2 anni da tale momento. Fatto salvo l'articolo 7, paragrafo 3, il presente paragrafo si applica anche ai beni con elementi digitali.

Nel caso di beni con elementi digitali, quando il contratto di vendita prevede la fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per un periodo di tempo, il venditore è responsabile anche per qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta entro due anni dal momento della consegna dei beni con elementi digitali. Se il contratto prevede una fornitura continuativa per più di due anni, il venditore risponde di qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta nel periodo di tempo durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito a norma del contratto di vendita».

La novità costituita dall'estensione della normativa ai beni con elementi digitali comporta infatti per questi ultimi beni che il venditore del bene risponda anche del contenuto e servizio digitale, nonché degli aggiornamenti relativi al contenuto o servizio digitale, pur se successivi alla consegna e che nel caso di fornitura continuativa ultrabiennale il termine della garanzia si estenda oltre i due anni dalla consegna dovendo il venditore rispondere di qualsiasi difetto di conformità per tutto il tempo della fornitura, così come previsto dal contratto di vendita.

Per quanto siano plurime le soluzioni che il legislatore italiano potrà adottare per operare la modifica della normativa vigente, un'opzione facilmente percorribile sarebbe quella di una norma apposita che definisca responsabilità e termini di proponibilità dell'azione nella vendita di beni con elementi digitali.

Da notare ancora che l'art 10, par. 3 stabilisce che gli Stati membri possano mantenere in vigore o introdurre termini di proponibilità dell'azione per i vizi della cosa più lunghi rispetto a quelli previsti dai paragrafi sopra riportati.

Norma che costituisce un'ulteriore occasione per verificare la sensibilità del legislatore italiano rispetto alle ragioni dei consumatori, dovendosi auspicare un'estensione a tre anni della responsabilità del venditore per vizi della cosa

Anche il comma 3 dell'art. 132 Codice del consumo, concernente il periodo in cui viene invertito l'onere di provare l'esistenza del vizio della cosa, è destinato a essere modificato e integrato da ulteriori norme.

Lo stesso testualmente recita: «Salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data, a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità».

Ipotesi queste ultime che si verificano, ad esempio, con quei beni che si deteriorano in ragione della loro stessa natura, come i prodotti deperibili, fiori, frutti, etc. o con i beni che sono soltanto monouso ovvero quando si verifica un difetto di conformità che può risultare soltanto da un'azione da parte del consumatore o da una causa esterna evidente sopravvenuta in seguito alla consegna dei beni al consumatore

L'art. 11 della direttiva ha tuttavia innovato la materia stabilendo un termine più lungo, esteso ad un anno, prevedendo che «qualsiasi difetto di conformità che si manifesta entro un anno dal momento in cui il bene è stato consegnato, si presume che fosse sussistente al momento della consegna del bene, salvo prova contraria o che la presunzione sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità». Disposizione che si applica a tutti i beni compresi quelli con elementi digitali.

Periodo che potrebbe essere ulteriormente ampliato, avendo la direttiva facoltizzato gli Stati membri a «mantenere in vigore o introdurre un periodo di due anni dal momento in cui il bene è stato consegnato».

In ogni caso per i beni con elementi digitali per i quali il contratto di vendita preveda la fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per un periodo di tempo, l'onere della prova riguardo al fatto che il contenuto digitale o il servizio digitale sia conforme al contratto, spetta al venditore per qualsiasi difetto di conformità che si verifica o si manifesta nel periodo di tempo durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito a norma del contratto medesimo (art.11, par.3). La qual cosa implica che nel caso di beni con elementi digitali, laddove il contratto preveda la fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale, non solo il periodo di inversione dell'onere della prova dura quanto la durata del contratto di fornitura, ma anche che il venditore non possa eccepire che la presunzione dell'esistenza del vizio sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità, ma solo provare che il contenuto digitale o il servizio digitale è stato conforme al contratto durante il periodo di esecuzione dello stesso (Considerando 45).

Mentre non dovrebbe subire variazioni l'art. 132, comma 2 che dispone che «il consumatore decada dai diritti previsti dall'articolo 130, comma 2, se non denuncia al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto. La denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del difetto o lo ha occultato», visto che l'art. 12 della direttiva ha mantenuto ferma la possibilità per gli Stati membri di «mantenere in vigore o introdurre disposizioni che prevedono che, al fine di godere dei diritti del consumatore, il consumatore deve informare il venditore di un difetto di conformità entro un periodo di almeno 2 mesi dalla data in cui il consumatore ha riscontrato tale difetto di conformità».

Chi scrive infatti dispera che il legislatore italiano sia intenzionato a eliminare quest'onere a carico dei consumatori.

Talune novità sono invece previste in tema di prescrizione.

Come noto l'art. 132, comma 4 Codice del consumo stabilisce che «l'azione diretta a far valere i difetti non dolosamente occultati dal venditore si prescrive, in ogni caso, nel termine di ventisei mesi dalla consegna del bene; il consumatore, che sia convenuto per l'esecuzione del contratto, può tuttavia far valere sempre i diritti di cui all'articolo 130, comma 2, purché il difetto di conformità sia stato denunciato entro due mesi dalla scoperta e prima della scadenza del termine di cui al periodo precedente».

Il termine di ventisei mesi è quello strettamente necessario per consentire al consumatore di avvalersi dei diritti ad esso riconosciuti, vale a dire i due anni (ventiquattro mesi) corrispondenti al periodo in cui il venditore è responsabile per i vizi della cosa a cui devono sommarsi i due mesi per la denuncia del vizio. Orbene, a meno che il legislatore italiano non allunghi il periodo di tempo in cui il venditore è tenuto a rispondere dei vizi della cosa o non modifichi il momento da cui far decorrere la prescrizione, il predetto termine di ventisei mesi non dovrebbe subire modifiche, eccettuato il caso di vendita di beni con elementi

digitali il cui contratto preveda una fornitura ultrabiennale di contenuti o di servizi digitali in cui la prescrizione per i difetti di tali contenuti o servizi è incongruo possa operare in corso di contratto e a far data dalla consegna del bene. Caso che dovrebbe essere specificamente regolato.

Nuova regolamentazione peraltro ineludibile dato che la direttiva prevede che, in ogni caso, al fine di garantire che i consumatori siano effettivamente protetti, gli Stati membri debbano assicurare che, quando si applichi un termine di prescrizione ai diritti riconosciuti ai consumatori, questo consenta ai consumatori stessi di continuare a esercitare i rimedi a loro disposizione in caso di difetti di conformità che si manifestino quantomeno durante il periodo previsto dalla direttiva come periodo di responsabilità (art. 10, par. 4 e 5).

Da notare che la direttiva nulla dispone in tema di interruzione o sospensione della prescrizione, sì che sarebbe auspicabile che il legislatore italiano colmasse una lacuna nella tutela del consumatore, introducendo una apposita norma che disponesse la sospensione della prescrizione, ad esempio, in caso di riparazione o sostituzione del bene o di trattative tra il venditore e il consumatore ai fini di una composizione amichevole del contenzioso insorto (Considerando 44).

Infine per i beni usati la direttiva mantiene la facoltà agli Stati membri di consentire che venditore e consumatore possano accordarsi su un periodo di responsabilità o un termine di prescrizione più breve per tali beni, comunque non inferiore ad un anno. Infatti, come viene precisato nei considerando «lasciare tale questione ad un accordo contrattuale tra le parti aumenta la libertà contrattuale e assicura che il consumatore debba essere informato sia della natura del bene in quanto di seconda mano, sia del periodo di responsabilità o del termine di prescrizione abbreviato» (Considerando 43; art. 10, par. 6).

Pertanto nessuna modifica dovrebbe subire l'art. 134, comma 2 che recita: «Nel caso di beni usati, le parti possono limitare la durata della responsabilità (di cui all'articolo 132, comma primo) ad un periodo di tempo in ogni caso non inferiore ad un anno».

3.5.1. I diritti del consumatore, diritto di regresso e imperatività delle norme a tutela del consumatore nella Direttiva n. 771

Stabilisce l'art. 130, commi da 1 a 6 Codice del consumo che «in caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto».¹⁸

¹⁸ Rimedi il cui esercizio, inutile precisarlo, non è rimesso alla discrezionalità del consumatore, ma è subordinato alla sussistenza di specifiche condizioni, così come peraltro già previsto nella Direttiva 1999/44 e ribadito dalla Direttiva n. 771 art. 13, par 1 che recita: «In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino della conformità del bene, o a ricevere una riduzione proporzionale del prezzo, o alla risoluzione del contratto sulla base delle condizioni stabilite nel presente articolo». Il consumatore deve infatti, dopo aver denunciato il vizio, richiedere in prima battuta il

Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro.

A tal fine è da considerare eccessivamente oneroso uno dei due rimedi se impone al venditore spese irragionevoli in confronto all'altro, tenendo conto: a) del valore che il bene avrebbe se non vi fosse difetto di conformità; b) dell'entità del difetto di conformità; c) dell'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore.

Le riparazioni o le sostituzioni devono essere effettuate entro un congruo termine dalla richiesta e non devono arrecare notevoli inconvenienti al consumatore, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore ha acquistato il bene.

Le spese per il ripristino si riferiscono ai costi indispensabili per rendere conformi i beni, in particolar modo con riferimento alle spese effettuate per la spedizione, per la mano d'opera e per i materiali».

Rispetto a questo quadro normativo gli artt. 13, par. 1, 2, e 3 e 14 della direttiva impongono solo qualche aggiustamento.

L'art. 14, par. 3 prevede che «qualora la riparazione richieda la rimozione del bene che è stato installato in modo conforme alla natura e allo scopo dello stesso prima che si manifesti il difetto di conformità, o qualora si riveli necessario sostituire il bene, l'obbligo di riparare o sostituire il bene comprende la rimozione del bene non conforme, e l'installazione del bene sostitutivo o riparato, oppure l'accollo delle relative spese di tale rimozione o installazione».

Nell'elenco delle spese per il ripristino che gravano sul venditore vanno perciò aggiunte quelle per la disinstallazione e reinstallazione del bene, ove tali operazioni non possano essere effettuate dal consumatore, gravando su quest'ultimo l'obbligo di mettere il bene a disposizione del venditore (art. 14, par. 2).

A sua volta l'art. 14, par. 4 esclude che il consumatore sia tenuto a pagare per il normale uso del bene sostituito nel periodo precedente la sostituzione, sì che il venditore non potrà richiedere nulla per tale uso.

Nell'enumerare i casi in cui il consumatore può richiedere, a sua scelta, una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto l'art. 130, comma 7 elenca tre casi: quando a) la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose; b) il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro il termine congruo di cui al (comma 5); c) la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore.

ripristino, salvo che non sussistano le condizioni per agire direttamente per la riduzione del prezzo o per la risoluzione, e solo successivamente ricorrendone i presupposti agire per la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

A questi devono ora aggiungersi, in attuazione dell'art. 13, par.4 della direttiva, il caso in cui il venditore abbia dichiarato, o risulti «chiaramente dalle circostanze, che non procederà al ripristino della conformità del bene entro un periodo ragionevole, o senza notevoli inconvenienti per il consumatore», quello in cui «il difetto di conformità sia talmente grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto di vendita» e quello in cui «si manifesti un difetto di conformità, nonostante il tentativo del venditore di ripristinare la conformità del bene» ().

Da notare che nei primi due di questi tre casi resta escluso che il consumatore abbia previamente l'obbligo di domandare il ripristino.

Stante la sostanziale identità fra l'art. 3, par 3 della Direttiva 1999/44 e l'art. 13, par 2 della Direttiva n. 771 non dovrebbe subire modifiche l'art. 130, comma 9 che recita: «Dopo la denuncia del difetto di conformità, il venditore può offrire al consumatore qualsiasi altro rimedio disponibile, con i seguenti effetti: a) qualora il consumatore abbia già richiesto uno specifico rimedio, il venditore resta obbligato ad attuarlo, con le necessarie conseguenze in ordine alla decorrenza del termine congruo di cui al (comma 5), salvo accettazione da parte del consumatore del rimedio alternativo proposto; b) qualora il consumatore non abbia già richiesto uno specifico rimedio, il consumatore deve accettare la proposta o respingerla scegliendo un altro rimedio ai sensi del presente articolo».

Va invece sostanzialmente modificato il comma 10 dell'art.130 che recita: «Un difetto di conformità di lieve entità per il quale non è stato possibile o è eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto», ove si consideri che il legislatore europeo, anche in questo caso, ha invertito l'onere della prova avendo previsto che incomba al venditore dimostrare che il difetto di conformità sia di lieve entità (art.13, par.5).

Risulta infine attratta nell'orbita della direttiva l'*exceptio inadimpleti contractus*, stabilendo l'art. 13, par, 6 della direttiva che «il consumatore ha diritto di rifiutare il pagamento di qualsiasi parte di prezzo non ancora versata o di parte di esso fino a quando il venditore non abbia adempiuto agli obblighi che gli incombono in virtù della presente direttiva». Lasciando tuttavia agli Stati membri di stabilire sia «le condizioni e le modalità che consentono al consumatore di esercitare il diritto di rifiutare il pagamento», sia se e in che misura un concorso (colposo) del consumatore al verificarsi del difetto di conformità possa incidere sul diritto del consumatore di valersi dei diritti previsti dalla normativa (art.13, par.7).

Materie che il legislatore italiano potrebbe integralmente disciplinare nel Codice del consumo ovvero anche solo parzialmente con opportuni rinvii alle vigenti norme del codice civile.

Cambia invece molto in tema di determinazione del *quantum* nel caso di riduzione del prezzo e per quel che concerne le modalità e gli effetti della risoluzione del contratto.

L'art. 130, comma 8 Codice del consumo prevede che «nel determinare l'importo della riduzione o la somma da restituire si tiene conto dell'uso del bene». Norma che, a tutto voler concedere, non sembra armonizzabile con il criterio dettato *ex novo* dall'art. 15 della direttiva che impone che la riduzione del prezzo debba essere «proporzionale alla diminuzione di valore del bene ricevuto dal consumatore rispetto al valore del bene se questo fosse stato conforme».

In tema di risoluzione del contratto l'art. 16 della direttiva dispone innanzitutto che il «consumatore eserciti il diritto alla risoluzione del contratto di vendita mediante una dichiarazione al venditore in cui esprime la sua decisione di risolvere il contratto di vendita». E fin qui nulla di nuovo per l'ordinamento italiano.

Se tuttavia la vendita ha riguardato più beni il consumatore ha diritto di risolvere il contratto solo in relazione ai beni non conformi per i quali sussista una causa di risoluzione ovvero ha diritto di risolvere l'intero contratto «qualora non si possa ragionevolmente presumere che il consumatore accetti di tenere solo i beni conformi» (art. 16, par.2).

Dalla risoluzione sorge per il consumatore l'obbligo di restituzione del bene a spese del venditore, mentre per quest'ultimo l'obbligo di rimborsare «il prezzo pagato per il bene al ricevimento del bene o delle prove fornite dal consumatore in ordine al fatto di aver restituito il bene» (art. 16, par.3).

È ovviamente fatto salvo per consumatore il diritto al risarcimento del danno (Considerando 18 e 61), venendo pure lasciato agli Stati membri di «stabilire le modalità di restituzione e di rimborso» in caso di risoluzione (art. 16, par.3).

Quanto all'art. 131 Codice del consumo sul diritto di regresso a tutela del venditore, lo stesso dovrà essere lievemente modificato, dovendovi includere, ai sensi dell'art. 18 della direttiva, anche l'omissione di fornire gli aggiornamenti per i beni con elementi digitali e dunque il fornitore del contenuto o servizio digitale, eventualmente terzo rispetto alla catena distributiva del bene, potendo per il resto mantenere inalterato il proprio contenuto.

Mentre non sembra abbinabile di modifiche l'art. 134 del Codice del consumo che, allo scopo di garantire il carattere imperativo delle disposizioni a tutela del consumatore, dispone la nullità sia di ogni «patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti dal presente paragrafo», nullità che può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, sia di «ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione» ad esso assicurata «laddove il contratto presenti uno stretto collegamento con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea».

3.5.2. La garanzia commerciale

Per quanto nella sua testuale formulazione l'art. 17 della direttiva sia quasi completamente diverso rispetto al precedente corrispondente art. 6 della Direttiva n. 1999/44, in realtà nel contenuto se ne discosta solo parzialmente. I due elementi di maggior novità riguardano da un lato il caso in cui la dichiarazione di garanzia commerciale rechi condizioni meno vantaggiose per il consumatore rispetto alle condizioni stabilite nella relativa pubblicità e dall'altro le garanzie commerciali offerte dal produttore concernenti la durabilità di determinati beni nell'arco di un certo periodo di tempo.

Nel primo caso il legislatore europeo ha stabilito che «la garanzia commerciale vincoli secondo le condizioni stabilite nella pubblicità relativa alla garanzia commerciale, a meno che la pubblicità associata sia stata corretta secondo le stesse modalità o con modalità simili a quelle in cui è stata resa, prima della conclusione del contratto».

Vale a dire che se il venditore in pubblicità ha sollecitato i consumatori offrendo condizioni di garanzia che non trovano riscontro nel documento di garanzia, sono le condizioni pubblicizzate, ove più vantaggiose per il consumatore, a vincolarlo giuridicamente.

Precisato che per durabilità si intende «la capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste attraverso un uso normale» (art. 2 n. 13) l'art. 17, par. 1 ha espressamente previsto che ove il produttore (che può essere diverso dal venditore) offra una garanzia commerciale concernente la durabilità di determinati beni nell'arco di un certo periodo di tempo, da un lato sarà lo stesso produttore ad essere direttamente responsabile nei confronti del consumatore, durante l'intero periodo della garanzia commerciale relativa alla durabilità, per la riparazione o la sostituzione dei beni, dall'altro che tale riparazione o sostituzione dovrà in ogni caso avvenire senza spese per il consumatore, comprese quelle di spedizione, disinstallazione e reinstallazione, entro un periodo di tempo ragionevole dal momento in cui il produttore è stato informato dal consumatore del difetto di conformità e senza notevoli inconvenienti per il consumatore. Naturalmente sono state fatte salve eventuali condizioni più favorevoli contenute nella dichiarazione di garanzia commerciale.

In proposito non è inutile segnalare che la garanzia legale di conformità non è pregiudicata dalla garanzia commerciale, poichè le condizioni della garanzia commerciale costituiscono un impegno che viene ad aggiungersi alla garanzia legale di conformità e non a sostituirla.

A tal fine l'art. 17, par. 2 lett. a) ha previsto che il documento di garanzia debba contenere «una dichiarazione chiara che il consumatore dispone per legge di rimedi da parte del venditore, a titolo gratuito, in caso di difetto di conformità dei beni, e che tali rimedi non sono pregiudicati dalla garanzia commerciale»;

In conclusione nel caso in cui produttore e venditore siano diversi e la garanzia commerciale sia offerta dal produttore, il consumatore conserverà tutte le azioni nei confronti del venditore che gli derivano dalla garanzia legale di conformità.

In teoria quindi l'art. 133 del Codice del consumo non necessiterebbe di rilevanti modifiche e tuttavia chi scrive teme che il legislatore, come spesso accade, possa preferire la strada di una sua sostituzione *sic et simpliciter* con la riformulata disposizione della direttiva, lasciando così agli interpreti la fatica di enucleare le effettive novità che la stessa contiene.

3.6. Conclusioni

Le direttive appena esaminate costituiscono un aspetto importante, ma parziale di quello che è stato definito “*New Deal* per i consumatori”, inserendosi in un quadro più ampio che, a tener conto dei soli atti normativi, come già accennato all’inizio, ricomprende anche la c.d. “Direttiva *Omnibus*” 2019/2161/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 (che modifica le precedenti già ricordate direttive: 1) Direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori; 2) Direttiva 2011/83/UE, sui Diritti dei Consumatori; 3) Direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 4) Direttiva 98/6/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori); nonché la “Direttiva sui Ricorsi Collettivi” 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE; a cui può aggiungersi, per taluni limitati aspetti, il Regolamento UE 2019/1150 il cui scopo principale è tuttavia quello “di promuovere equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *on line* nei diversi ambiti dei mercati digitali”.

Sicché per avere un quadro davvero completo di tutte le novità introdotte in tema di tutela dei consumatori occorrerebbe ampliare l’orizzonte del presente lavoro anche a questi atti normativi.

Pur senza approfondire, in proposito, può tuttavia essere interessante ribadire, ad esempio, che la direttiva “*omnibus*” nella parte in cui introduce modifiche alla direttiva 2011/83/UE ha reso applicabile questa direttiva e quindi tutta la normativa in tema di obblighi informativi e di diritto di recesso anche ai contratti di vendita di beni con elementi digitali e ai contratti di fornitura di contenuto o servizio digitale, anche a quelli in cui il consumatore si impegna a fornire dati personali a fini commerciali (sempre con l’eccezione del caso in cui il professionista raccolga i dati personali per il solo scopo di assolvere agli obblighi di legge) (art. 3, parr. 1 e 1bis della Dir. 2011/83, così come modificato dall’art. 4 par.1 n. 2 della Dir. 2019/2161). Ovvero ancora segnalare, sempre all’interno della Direttiva 2011/83, l’introduzione, per l’*ecommerce*, di nuove regole per garantire una maggiore trasparenza per le transazioni via *web* tanto con riferimento ai

parametri che determinano la classificazione delle offerte, previo il necessario aggiornamento delle definizioni di “mercato *online*”, definito come 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, n. 17 della Dir. 2011/83, così come modificato dall’art. 4 par.1 n. 1, lett. e) della Dir. 2019/2161), e di “interfaccia *online*”, quanto con riguardo alle informazioni da fornire sia relativamente alle responsabilità di garantire i diritti dei consumatori che dipendano dagli accordi contrattuali tra i fornitori dei mercati *online* e i professionisti terzi pertinenti, sia ancora «nel caso in cui il terzo che offre i beni, i servizi o il contenuto digitale non sia un professionista», indicando obbligatoriamente «che al contratto non si applicano i diritti dei consumatori derivanti dal diritto dell’Unione sulla tutela dei consumatori» (art. 6 bis, par. 1 lett. c) della Dir. 2011/83, così come modificato dall’art. 4 par.1 n. 5 della Dir. 2019/2161).¹⁹

Le direttive qui esaminate sono in ogni caso di grande rilievo per le novità che introducono a partire da molte nuove definizioni, da quella di bene che, come detto, è estesa all’acqua, al gas e all’energia elettrica, se confezionati per la vendita in un volume delimitato o in quantità determinata e a qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene (“beni con elementi digitali”), a quella di “contenuto digitale” (cioè i dati prodotti o forniti in formato digitale), da quella di “servizio digitale” ossia un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, memorizzare i dati o di accedervi in formato digitale, ovvero un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore o da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati, a quella di “compatibilità” (capacità del bene di funzionare con *hardware* o *software* con cui sono normalmente utilizzati i beni del medesimo tipo, senza che sia necessario convertire i beni, l’*hardware* o il *software*), da quella di “funzionalità” (la capacità del bene di svolgere tutte le sue funzioni in considerazione del suo scopo), a quella di “interoperabilità” (la capacità del bene di funzionare con *hardware* o *software* diversi da quelli con cui sono normalmente utilizzati i beni dello stesso tipo).

E, come esposto, importanti novità si registrano altresì con riguardo ad una più precisa definizione dei requisiti soggettivi e oggettivi di conformità del bene o della fornitura al contratto e in tema di norme sull’errata integrazione del contenuto digitale o del servizio digitale o sull’errata installazione del bene, e ancora relativamente alla salvaguardia dei diritti dei terzi, di onere della prova e di responsabilità dell’operatore economico e sui rimedi previsti a tutela del consumatore in caso di difetto di conformità.

¹⁹ Sulla necessità di introdurre regole in tema di *platform economy* si veda, ad. esempio. L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, 03-04-2019, in www.federalismi.it, pp. 9 ss.

Tra questi si permetta un breve cenno alla nuova disciplina della risoluzione del contratto ancora strutturata sul sistema gerarchico a doppio binario, basato sul principio del *favor* per la conservazione del contratto, accentuato dalla puntuale elencazione delle fattispecie in forza delle quali il consumatore può ottenere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, in modo da delimitarne ulteriormente l'ambito di operatività, rispetto alla quale è tuttavia indubbia la novità rappresentata dalle due ipotesi la prima relativa al difetto di conformità, la seconda che ricorre laddove il venditore abbia dichiarato o risulti chiaramente dalle circostanze «che non procederà al ripristino della conformità entro un periodo ragionevole o senza notevoli inconvenienti per il consumatore», con riferimento alle quali, come detto, viene ammesso un accesso diretto al rimedio della risoluzione, consentendosi l'immediata utilizzabilità del rimedio ablativo.

Di indubbio interesse è anche il tentativo di disciplinare lo statuto della risoluzione contrattuale,²⁰ volendosi in tal modo superare, per ambedue le direttive esaminate, le più rilevanti questioni interpretative che erano sorte sotto l'impero della direttiva 1999/44, ossia quella della natura giudiziale o stragiudiziale della risoluzione; quella dell'estensione (totale o parziale) degli effetti della stessa risoluzione; e infine quella della mancata previsione di «uno strumento di reazione, a tutela del consumatore, contro il mancato rimborso delle somme da parte del venditore, una volta risolto il contratto».²¹

Come noto, stante la laconicità della normativa europea dottrina e giurisprudenza si erano divise sulla natura della risoluzione per difetto di conformità, da alcuni ritenuta come un rimedio strettamente giudiziale, conformemente al carattere giudiziale dell'istituto della risoluzione di cui agli artt. 1453 ss. cod. civ., da altri configurata come un diritto potestativo, avente carattere stragiudiziale, osservando che sarebbe stato incompatibile con la normativa consumeristica, contrastando con il principio di

²⁰ Sulla risoluzione del contratto i contributi nella dottrina italiana sono molteplici. Tra gli altri cfr.: G.G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942; L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950; R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, in Tratt. Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1961, pp. 265 ss.; A. Klitsche De La Grange, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in Riv. dir. civ., 1964, pp. 28 ss.; A. Dalmartello, (voce) *Risoluzione del contratto*, in Nov. Dig. it., XVI, Torino, 1969, 139 ss.; A. Smirolto, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982; A. Belfiore, (voce) *Risoluzione per inadempimento*, in Enc. dir., XL, Milano, 1989, pp. 1335 ss.; U. Carnevali, (sub art. 1453), in A. Luminoso- U. Carnevali – M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in Comm. Scialoja-Branca-Galgano, Bologna-Roma, 1990, pp. 80 ss.; M. Borrione, *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004; R. Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, II, in Tratt. Sacco, 3^a ed., Torino, 2004, pp. 646 ss.; M. Dellacasa, in M. Dellacasa – F. Addis, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. Roppo (a cura di), *Rimedi 2*, in Trattato del contratto, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, pp. 225 ss.; G. Sicchiero, (sub art. 1453), *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in Comm. Schlesinger-Busnelli, Milano, 2007, pp. 260 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, in Tratt. Iudica-Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, pp. 909 ss.; D. Carusi, (sub art. 1453), in E. Navarreta- A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, in Comm. Gabrielli, Assago, 2011, pp. 400 ss.; C. M. Bianca, *Diritto civile, V, La responsabilità*, 2^a ed., Milano, 2012, pp. 310 ss.; M. Rossetti, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012, pp. 658 ss.

²¹ In questo senso C. Sartoris, *La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3/2020, 2, p. 706 ss., a cui si rinvia anche per la ricostruzione del dibattito dottrinale in materia.

effettività della tutela, «pretendere l'esperimento di un'azione per ottenere una sentenza costitutiva-estintiva»²² della risoluzione del rapporto contrattuale.

Attualmente gli artt. 15 della Dir. n. 770 e 16, par. 1, della Dir. n. 771, sembrano chiudere la questione prescrivendo che il consumatore eserciti il proprio diritto alla risoluzione «mediante una dichiarazione in cui esprime ... la sua decisione di risolvere il contratto». Si noti, come rilevato dalla dottrina, che la norma individua come oggetto della dichiarazione «la decisione» di risolvere il contratto, tanto da far ipotizzare che, quando pervenuta a conoscenza dell'operatore professionale, la stessa non sia più revocabile. La qual cosa indurrebbe a qualificarla come una dichiarazione di volontà unilaterale e recettizia, che, ai sensi della normativa, può essere resa senza forme particolari, anche oralmente, presentandosi pertanto come esercizio di un vero e proprio diritto potestativo che può essere fatto valere quando ne ricorrono i presupposti e con il solo limite che il difetto di conformità non sia di lieve entità. In questo senso dispongono infatti gli artt. 14, par. 6 Dir. n. 770 (solo per i contratti a titolo oneroso) e 13, par. 5, Dir. n. 771, utilizzando un parametro più preciso di quello che compariva nell'art. 3, par. 6, Dir. n. 1999/44, che meglio risponde al presupposto dell'«inadempimento essenziale» richiamato dall'art. 25 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni e che è in linea con la «non scarsa importanza» dell'inadempimento richiesta dall'art. 1455 cod. civ. Norma con cui il legislatore europeo ha voluto impedire al consumatore di far luogo alla risoluzione del contratto laddove il difetto di conformità sia scarsamente apprezzabile, stabilendo, però, quale punto di equilibrio fra i contrapposti interessi dei consumatori e degli operatori professionali, che su questi ultimi gravi l'onere di provare la lieve entità del difetto di conformità (artt. 14, par. 6 Dir. n. 770 e 13, par. 5, Dir. n. 771).

Dalla normativa europea appare risolto anche il problema dell'estensione degli effetti della risoluzione, essendosi stabilito che dallo scioglimento del contratto sorgano per il consumatore l'obbligo di restituzione del bene (nella Dir. n. 770 l'obbligo di restituzione del supporto eventualmente fornito e quello di astensione dall'utilizzo del contenuto o servizio digitale) e per l'operatore professionale l'obbligo di rimborso del prezzo pagato dal consumatore (artt. 16, par. 1 e art. 17, par. 1 Dir. n. 770 e 16, par. 3, Dir. n. 771).

Tuttavia, per i contratti di fornitura di contenuto o di servizio digitale è stabilito da un lato per quelli dietro pagamento di un prezzo e per un periodo di tempo, che «se il contenuto digitale o il servizio digitale è stato conforme per un periodo di tempo prima della risoluzione del contratto, l'operatore economico rimborsi al consumatore solo la proporzione dell'importo pagato corrispondente al periodo in cui il contenuto digitale o il servizio digitale non è stato conforme e qualsiasi parte del prezzo pagato in anticipo dal consumatore per la durata del contratto che sarebbe rimasta se il contratto non fosse stato risolto»,

²² Ancora C. Sartoris, *La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE*, cit., p. 707.



dall'altro che l'operatore economico sia tenuto a mettere a disposizione del consumatore, su richiesta dello stesso, i contenuti diversi dai dati personali, che sono stati forniti o creati dal consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale (art. 16, parr. 1 e 4 Dir. n. 770).

Mentre, il problema dell'eventuale indebito ritardo con cui il professionista proceda al rimborso delle somme versate dal consumatore è stato affrontato dal legislatore europeo in modo assai diverso nella Direttiva n. 771 e nella Direttiva n. 770. Nella prima l'art. 16, par. 3, attribuisce ai singoli Stati il compito di stabilire «le modalità di restituzione e di rimborso», potendosi in tale sede prevedere strumenti di coazione indiretta per dissuadere il venditore dal ritardare pretestuosamente la restituzione delle somme dovute al consumatore. Nella seconda invece è espressamente stabilito che eventuali rimborsi dovuti al consumatore dall'operatore economico debbano essere «effettuati senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro 14 giorni dal giorno in cui l'operatore economico è informato della decisione del consumatore di invocare il diritto del consumatore a una riduzione di prezzo o il suo diritto alla risoluzione dal contratto» (art. 18, par. 1).

In definitiva quella della tutela dei consumatori è una materia che sta subendo una profonda evoluzione normativa che raccoglie e lancia continuamente nuove sfide essendo su questo piano che sempre di più viene a situarsi il punto di equilibrio fra la tutela di molti dei più importanti diritti individuali e lo sviluppo del mercato. Valutazione che non sembri eccessiva perché se è vero che qui si è preso in considerazione un singolo limitato aspetto di questa materia, non deve dimenticarsi che essa investe taluni diritti individuali fondamentali come il diritto alla salute (sub specie di diritto a prodotti sicuri), il diritto alla *privacy* (sub specie di regolamentazione del trattamento dei dati personali per scopi commerciali), etc. che è nel mercato e nel cittadino, in veste di consumatore, che trovano un terreno decisivo di confronto e scontro.