

Capitolo 1

Il consumatore digitale

Sommario: 1. Nuove sfide per il diritto europeo dei consumi. – 2. Dal consumer al prosumer, l'evoluzione del diritto dei consumi nel mondo digitale. – 3. Profilazione, filter bubble e diritto a scelte di consumo consapevoli. – 4. Il geoblocking. – 4.1. Il regolamento (UE) 2018/302 volto a impedire i blocchi geografici ingiustificati. – 5. Clausole vessatorie e contrattazione online. – 6. Obblighi informativi e internet of things. – 7. Le nuove tecnologie a tutela del consumatore. – 8. Conclusioni. – Bibliografia.

1. Nuove sfide per il diritto europeo dei consumi

Alcuni autori ritengono che il diritto europeo dei consumi si trovi di fronte a un bivio o che versi in un vero e proprio stato di crisi che renderebbe necessaria una nuova architettura o, almeno, un diverso modo di approcciare i problemi. Le ragioni di una tale crisi sono riconducibili all'evoluzione tecnologica che ha reso molte delle norme che sino ad oggi sono state introdotte per tutelare il consumatore incompatibili o difficilmente conciliabili con il rapporto di consumo digitale.

Addirittura, c'è chi si spinge oltre e giunge ad affermare che «consumer protection law turned into consumer law without protection»: le nuove tecnologie, data la loro dimensione globale e la difficoltà di trovare una regolamentazione puntuale delle numerose problematiche giuridiche connesse al loro utilizzo, lascerebbero il consumatore sempre più vulnerabile e sprovvisto di tutele effettive.

Con riguardo alle nuove sfide poste dall'economia digitale, ci si deve chiedere se, il diritto dei consumi, così come strutturato sino ad oggi, sia ancora funzionale o se non sia preferibile abbandonare il vecchio modo di approcciare il problema arrivando al paradosso per cui il diritto europeo dei consumi potrà essere sostituito da qualcosa di completamente diverso e che non avrà più a che fare né con i consumatori né con l'*hard law*.

Se si guarda al diritto dei consumi in una prospettiva storica, la necessità di un diverso approccio alle problematiche consumeristiche non sorprende né preoccupa eccessivamente: le istituzioni comunitarie, infatti, hanno costantemente trasformato nel tempo le modalità con le quali hanno affrontato la tematica, per rispondere, in modo sempre più puntuale ed efficace, alle diverse esigenze che venivano alla luce. Nel corso degli anni si sono seguite strade diverse al fine di raggiungere un crescente grado di uniformazione della tutela del consumatore in Europa: in una prima fase sono state adottate direttive ad armonizzazione minima; successivamente, per assicurare una maggiore effettività della tutela dei consumatori e del mercato unico europeo, si è passati alla piena armonizzazione per poi tentare la strada del diritto comune europeo, che doveva essere uno strumento opzionale e quindi liberamente eleggibile dalle parti e in grado di assicurare un livello elevato di tutela del consumatore. Infine, si è tentato di garantire un'efficace ed effettiva protezione del consumatore attraverso nuovi strumenti quali le ADR o le ODR e la standardizzazione delle clausole contrattuali.

Il diritto europeo dei consumi, quindi, è in continua evoluzione e pronto a trasformarsi e innovarsi nel tentativo di raggiungere nel modo più efficiente possibile lo scopo di garantire un elevato grado di tutela per il consumatore europeo.

Le nuove tecnologie costituiscono una sfida per il diritto dei consumi imponendo una riflessione sull'attualità e applicabilità di molte regole previste per il mondo reale al mondo virtuale. Lo stesso concetto di consumatore è messo in discussione: non solo la sharing economy e le transazioni digitali hanno determinato la trasformazione del consumer in prosumer, ma le piattaforme digitali portano a interrogarsi sull'attualità del paradigma contrattuale novecentesco, che è alla base del diritto dei consumi e che vede il contratto come un rapporto tra due parti il cui potere negoziale risulta sbilanciato a danno del consumatore. Nella platform economy questo paradigma va in crisi: consumatore e professionista entrano in contatto con l'intervento e l'intermediazione di un terzo e la relazione si fa trilaterale; occorre definire la veste giuridica della piattaforma e il suo ruolo nella transazione tra professionista e consumatore. Non solo: di fronte alle piattaforme sia il professionista che il consumatore sono contraenti deboli; ha quindi ancora senso distinguere soltanto le due figure o è preferibile optare per una tutela generalizzata degli utenti delle piattaforme digitali, che si affianchi a quella tradizionale prevista per il consumatore? I problemi non si fermano qui: la diffusione sempre più invadente dell'internet of things nella nostra quotidianità impone di ripensare molte delle disposizioni, nate con riferimento alle transazioni tradizionali e che non sono più conciliabili con le recenti evoluzioni

tecnologiche. A ciò si aggiungono i problemi relativi all'utilizzo dei dati che il consumatore produce mentre naviga e alla conseguente possibilità di profilazione con il relativo rischio che, attraverso l'algoritmo, la libertà delle scelte di consumo venga limitata o addirittura esclusa.

2. Dal consumer al prosumer, l'evoluzione del diritto dei consumi nel mondo digitale

Abbiamo accennato al fatto che le nuove tecnologie incidono e modificano profondamente il diritto dei consumi ponendo nuovi problemi e dimostrando l'inadeguatezza delle disposizioni vigenti. Tra gli aspetti più interessanti legati al commercio online assistiamo alla possibilità, anche per i consumatori, di trasformarsi in venditori o fornitori di beni o servizi. Gli esempi di questa trasformazione del consumatore sono moltissimi e sono legati principalmente al fenomeno della c.d. sharing economy o consumo collaborativo, descritto per la prima volta da Felson e Spaeth in un saggio pubblicato nel 1978 sull'*American Behavioural Scientist*, nel quale, per l'appunto, veniva descritto un modello economico basato su pratiche di scambio e condivisione di beni, materiali, servizi e conoscenze.

Il consumo collaborativo comporta una fusione della figura del consumatore con quella del fornitore del bene o del servizio oggetto del contratto. Per questo motivo è stato coniato il termine di prosumer, che contiene e riassume sia la nozione di producer che quella di consumer, descrivendo in modo efficace la figura del consumatore che è anche artefice del bene o del servizio trasferito (production by consumers). È facile intuire come le piattaforme digitali e i marketplaces online abbiano contribuito alla diffusione del prosumer e alla sua confusione con il consumatore classico, imponendo una riflessione anche definitoria: quando ad agire è un prosumer, la disciplina a tutela del consumatore può essere applicata, oppure no? In altre parole, quando ad agire è un prosumer, il contratto può comunque essere considerato un contratto tra consumatori (c.d. contratto C2C) o è un contratto tra un professionista (il prosumer) e un consumatore che da lui acquista un bene o un servizio (c.d. contratto B2C)? Alla domanda, data la natura ibrida del prosumer, non sembra possibile dare una risposta generale e astratta, ma occorre rispondere alla luce delle circostanze del caso concreto.

Per chiarire meglio pensiamo a degli esempi concreti: A si vuole recare con la sua automobile da Milano a Roma e offre un passaggio, attraverso un servizio di carsharing, a B, il quale si impegna a pagare una somma come

contributo per le spese di viaggio. A è sicuramente un prosumer, ma il contratto tra A e B non sembra poter essere qualificato come un contratto B2C, bensì come un contratto C2C, anche nel caso in cui A e B si dovessero recare entrambi a Roma per motivi professionali. Diversamente stanno le cose se il contratto viene concluso tra A, proprietario di un'autovettura, che si offre di trasportare onerosamente chi ne faccia richiesta, e B che, avendo necessità di recarsi a Roma e trovando l'offerta di A più vantaggiosa rispetto ad altre forme di trasporto, ricorra al suo servizio. In questo caso A conclude il contratto per finalità che possono essere definite come rientranti nella sua attività lavorativa, soprattutto qualora offra in modo sistematico tale forma di servizio, e quindi il contratto sembra agevolmente qualificabile come un contratto B2C. Lo stesso avviene quando A affitta, grazie a una piattaforma digitale, la propria abitazione. In questo caso, specie se le transazioni avvengono in maniera sistematica, non si vede il motivo per non considerare A un professionista.

La qualificazione del prosumer come professionista piuttosto che consumatore non è una questione puramente teorica, ma ha risvolti pratici notevoli. Immaginiamo la seguente ipotesi: A, titolare di un negozio di cellulari, decide di vendere alcuni dei suoi telefoni anche su eBay, ma sulla piattaforma dichiara che la transazione avviene tra consumatori e che, quindi, la disciplina prevista dal codice del consumo non è applicabile. I clienti che acquistano il telefono nel negozio possono senza dubbio beneficiare della disciplina per i contratti B2C in caso di difetto di conformità: l'esistenza stessa del negozio è indice di professionalità. Il discorso si complica, però, per coloro che hanno acquistato sulla piattaforma di e-commerce, rispetto ai quali la transazione avviene tra due consumatori ed è pertanto soggetta alle regole di diritto comune contenute negli artt. 1490 ss. c.c. Per poter fruire delle maggiori tutele offerte dal codice del consumo, l'acquirente dovrà provare la professionalità del venditore e ciò può non essere agevole; il mercato digitale rischia, quindi, di consentire l'elusione delle disposizioni a tutela del consumatore, avvantaggiando i venditori online a discapito di quelli tradizionali.

La comparazione ci dà qualche suggerimento sui criteri che possono essere utilizzati nel discriminare il prosumer professionista da quello che, invece, può essere considerato consumatore. Ad esempio, il *Landgericht Mainz*, in una decisione del lontano 2005 (*Landgericht Mainz*, 6 luglio 2005 – 3 O 184/04, in *NJW*, 2006, p. 783), aveva adottato il seguente criterio: se il venditore conclude pochi contratti e in modo saltuario è un consumatore e, come tale, soggetto alle regole di diritto comune, viceversa, se conclude un elevato numero di transazioni, tanto da essere qualificato da eBay come powerseller, indipendentemente da ciò che dichiara nel proprio account o nelle proprie

inserzioni, deve essere considerato professionista e come tale è tenuto a rispettare la disciplina prevista per i contratti B2C. La soluzione sembra condivisibile ed è auspicabile che la figura del prosumer sia vagliata in modo critico dalla giurisprudenza, per evitare che le sfumature definitorie della sharing economy si trasformino in un escamotage che consente di escludere l'applicazione delle norme a tutela del consumatore, incidendo in modo negativo sulla concorrenza tra chi opera sul mercato reale e chi, invece, su quello virtuale.

In concreto, quindi, per verificare se il soggetto che agisce online debba essere considerato consumatore piuttosto che professionista paiono assumere rilievo le seguenti circostanze: il numero di transazioni, la loro frequenza e la loro tipologia. È evidente che se il venditore offre quotidianamente decine di articoli dello stesso genere a un prezzo analogo a quello praticato sul mercato dovrà essere qualificato come professionista; viceversa, nel caso in cui egli offra saltuariamente qualche articolo, magari usato e a un prezzo di vantaggio, dovrà essere qualificato consumatore.

Non è solo la trasformazione del consumatore in prosumer a incidere sul tradizionale paradigma dei contratti di consumo: secondo alcuni studiosi, infatti, il mercato digitale potrebbe essere più efficiente nel tutelare il consumatore di quanto non lo sia stato quello tradizionale, anche in assenza di specifiche previsioni normative. La maggiore tutela del consumatore verrebbe assicurata dai meccanismi reputazionali che sarebbero in grado di offrire un livello di tutele maggiore rispetto a quanto non accada nel mercato tradizionale. La tesi muove dalla possibilità che il consumatore rilasci un feedback con il quale valuta, rendendola nota agli altri consumatori, la propria esperienza di consumo: il meccanismo del feedback incide sulla reputazione commerciale del professionista, il quale, per continuare a essere competitivo su un mercato altamente concorrenziale, sarebbe propenso a venire incontro alle richieste del consumatore, pur di mantenere un elevato numero di feedback positivi e di evitare giudizi che potrebbero spingere i consumatori verso altri professionisti. Il feedback, quindi, sarebbe la mano invisibile del mercato digitale che incentiva il professionista a soddisfare le richieste del consumatore, anche in assenza di precisi obblighi giuridici. La tesi può essere in parte convincente, non va tuttavia sottovalutato il rischio che i meccanismi reputazionali possano essere aggirati, vista la possibilità di acquistare feedback falsi che alterano artificialmente il prestigio del professionista che offre i propri beni o servizi online o che danneggiano la reputazione dei concorrenti (*infra*, § 7 e, in questa sezione, cap. 3, § 7).

3. Profilazione, filter bubble e diritto a scelte di consumo consapevoli

È un dato di comune esperienza, per chiunque navighi in rete, che ogni ricerca effettuata e ogni sito visitato lasciano una traccia che viene riutilizzata per proporre nuovi prodotti o servizi che si relazionano e uniformano alle ricerche effettuate. È sufficiente interrogare un qualunque motore di ricerca nel tentativo di individuare il volo per Monaco più economico, piuttosto che un hotel a Milano o l'ultimo romanzo del nostro scrittore preferito, per venire tempestati di pubblicità, sui banner dei siti che visitiamo, di beni e servizi analoghi a quelli ricercati. Si tratta di un fenomeno del quale ogni consumatore ha esperienza e che rientra nella più generale problematica della profilazione del consumatore, attraverso la quale gli operatori commerciali utilizzano i dati dei propri clienti ai fini di attività promozionale e profilazione commerciale.

Attraverso le tracce che i navigatori lasciano sulla rete è possibile tracciare un quadro completo della loro personalità e dei loro interessi, utilizzando un numero elevato di dati personali. È evidente che un tale utilizzo delle informazioni rilasciate inconsapevolmente può generare problemi sia, come facilmente intuibile, con riferimento al trattamento dei dati personali sia, come è forse meno immediato pensare, con riguardo alla libertà contrattuale del consumatore. Per quanto attiene i dati personali, in questa sede è sufficiente ricordare che il General Data Protection Regulation (GDPR), ovvero il regolamento europeo sulla protezione dei dati n. 2016/679, conscio della pericolosità del fenomeno, lo prende in esame nei considerando 24, 60, 63, 70, 71, 72, 73 e 91 e negli artt. 4.4, 13. 2, lett. f), 14.2, lett. g), 15.1, lett. h), 21, 22, 35.3, lett. a), 47.2, lett. e), 70.1, lett. f); ne consegue che l'utente deve essere adeguatamente informato del fatto che i suoi dati verranno trattati a fini di attività promozionale e profilazione commerciale e che i dati raccolti potranno essere comunicati a terzi (sul tema cfr. il provvedimento del Garante della privacy del 18 novembre 2015, n. 605).

In questa sede possiamo tralasciare i problemi connessi al trattamento dei dati personali, ai quali è dedicata la prossima sezione, e analizzare gli effetti che la profilazione può avere sulla libertà e la consapevolezza delle scelte di consumo. La profilazione, infatti, consente di conoscere dettagliatamente i gusti e gli interessi dei consumatori e ciò permette di orientare le offerte che potrebbero interessare il singolo consumatore, sollecitandolo con pubblicità che sono direttamente connesse a beni e servizi di suo immediato interesse. Una tale forma di pubblicità, se per il professionista che la utilizza è molto

più efficace delle precedenti tecniche di marketing, per il consumatore che ne viene colpito rappresenta una minaccia, perché lo coglie in un momento particolarmente vulnerabile (generalmente subito dopo che ha svolto una ricerca relativa a un bene o un servizio analogo a quello pubblicizzato) e lo sollecita all'acquisto di un prodotto per il quale egli ha un interesse effettivo e attuale. L'evoluzione delle tecniche di profilazione, inoltre, consente di analizzare i comportamenti online dei consumatori esaminando la loro vita digitale, scrutinando non solo le scelte che si sono effettivamente compiute, ma anche quelle che si sarebbero volute compiere.

Sorprendentemente la profilazione è stata presa in considerazione e disciplinata dal legislatore principalmente (se non esclusivamente) con riguardo all'utilizzo dei dati personali (*infra*, sez. II, cap. 1), ma non con riferimento alla sua potenziale pericolosità per la libertà e autonomia delle scelte di consumo. In assenza di una specifica disciplina dobbiamo quindi esaminare le regole generali per individuare quelle eventualmente applicabili a tutela della libertà della scelta di consumo. In particolare, viene da chiedersi se, date le sue caratteristiche, la profilazione possa essere considerata una pratica commerciale sleale ai sensi degli artt. 20 ss. cod. cons. In proposito risulta particolarmente significativa la decisione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato emessa il 29 novembre 2018 (decisione n. 27432) nei confronti di Facebook e successivamente confermata anche dal TAR di Roma, (sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260) e dal Consiglio di Stato (sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631); secondo l'Autorità e il giudice amministrativo, il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di Facebook, utilizzato per la profilazione degli stessi a uso commerciale e per finalità di marketing, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il social network e l'utilizzatore dei suoi servizi, anche in assenza di un corrispettivo monetario. Per queste ragioni, le condotte poste in essere da parte del professionista attraverso il social network rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina di cui al codice del consumo e sono sindacabili alla luce della disciplina sulle pratiche commerciali sleali, qualora falsino o siano idonee a falsare il comportamento del consumatore medio.

In particolare, nel procedimento avviato di fronte all'Autorità, si contestavano due pratiche scorrette: una pratica ingannevole – consistente nel fatto che Facebook non informava subito l'utente che i suoi dati venivano raccolti e utilizzati per finalità informative e/o commerciali, ma si limitava a dichiarare che l'iscrizione al social network fosse gratuita – e una pratica aggressiva, consistente nell'imporre all'utente la cessione dei propri dati al social o a terzi, tramite un sistema di preselezione operato da Facebook.

La giurisprudenza ha ritenuto che lo sfruttamento, ad opera del gestore di

un social network, dei dati personali che l'utente abbia reso disponibili al fine di poter fruire gratuitamente dei servizi offerti dalla piattaforma – mercé la loro trasmissione a terzi per l'utilizzazione a fini commerciali, senza che di tale impiego sia data all'interessato compiuta informazione, idonea a far comprendere che, a fronte dei vantaggi connessi al servizio, si realizza l'automatica profilazione del cliente e l'acquisizione delle informazioni così elaborate da parte di un numero indefinito di operatori per indefiniti scopi commerciali – costituisce una pratica commerciale ingannevole.

Integra, invece, una pratica commerciale aggressiva, che viola gli artt. 24 e 25 cod. cons., l'automatica attivazione della funzione di Facebook c.d. "piattaforma attiva", con il conseguente scambio reciproco dei dati dell'utente tra il social network e i siti web o le app appartenenti a terzi, in assenza di un consenso espresso da parte dell'utente stesso, al quale viene impedito di esercitare una scelta libera e consapevole, essendogli riconosciuta una mera facoltà di opt-out. L'utente, inoltre, sarebbe sollecitato a non disattivare la funzione "piattaforma attiva" dagli avvisi formulati da Facebook, secondo i quali la disattivazione potrebbe comportare limitazioni di navigazione nei siti o nelle app dei terzi e una ridotta fruibilità del social network.

Le decisioni emesse nei confronti di Facebook dimostrano come la profilazione possa sollevare problematiche non soltanto con riguardo al trattamento dei dati personali, ma anche con riferimento al codice del consumo e alle pratiche commerciali sleali. Affinché la profilazione possa essere considerata una pratica commerciale sleale, però, occorre che essa sia contraria alla diligenza professionale e falsi o sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio. È evidente che il rischio di un falsamento del comportamento economico del consumatore medio sia presente in ogni attività di profilazione, più problematica è, invece, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale al di fuori dei casi limite, come quelli sui quali si è pronunciata la giurisprudenza nell'affaire Facebook. La disciplina delle pratiche commerciali sleali, quindi, non appare del tutto idonea, in sé e per sé considerata, a impedire e ostacolare, in via generale, la profilazione del consumatore che utilizzi internet e, su questo aspetto, sarebbe pertanto auspicabile un'ulteriore riflessione e regolamentazione da parte del legislatore.

Il consumatore che intenda tutelare la propria libertà nelle scelte di consumo non deve combattere solo la profilazione, ma anche un fenomeno più complesso e subdolo, perché meno facile da riconoscere: la filter bubble o bolla di filtraggio. Si tratta di un fenomeno, descritto per la prima volta da Eli Pariser nel suo libro *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, secondo il quale i risultati delle ricerche effettuate online sarebbero de-

terminati dal sistema di personalizzazione dei siti che registrano e rielaborano le informazioni rilasciate dall'utente per scegliere, selettivamente, tra tutte le risposte possibili, quelle più in sintonia con i gusti dell'utente stesso. La bolla determina, come effetto principale, il vantaggio di diminuire, in modo mirato, i messaggi e le sollecitazioni informatiche che colpiscono l'utente della rete, ma nel contempo ha lo svantaggio di escluderlo da tutte quelle informazioni che l'algoritmo ritiene in contrasto con il suo punto di vista, isolandolo, in tal modo, in una bolla culturale o ideologica. Alcuni esempi di bolla di filtraggio sono rappresentanti dalla ricerca personalizzata di Google o dalle notizie personalizzate di Facebook.

Tralasciando i rischi che la bolla di filtraggio può presentare con riguardo alle scelte socio-politiche degli utenti della rete, tema che occupa l'attenzione dei costituzionalisti ormai da tempo, appare utile evidenziare i rischi che essa presenta con riguardo al diritto del consumatore a poter assumere scelte di consumo consapevoli e autonome. Con riferimento a tale profilo, la bolla di filtraggio non solo può presentare dei rischi di scorretto funzionamento legati a errori commessi dall'algoritmo nell'elaborazione dei dati, ma, può anche essere uno strumento per escludere il consumatore da offerte particolarmente vantaggiose o per orientarlo all'acquisto di determinati beni in linea con le sue possibilità di spesa, limitando la sua facoltà di effettuare un'indagine di mercato obiettiva. Navigando in internet lasciamo dati relativi ai beni che prediligiamo, al nostro reddito, alla nostra propensione all'acquisto e tutte queste informazioni possono essere rielaborate dall'algoritmo che può decidere, quando facciamo una ricerca di mercato, quali beni proporci e a quali condizioni. Ricerche scientifiche dimostrano, ad esempio, che, a seconda della zona dalla quale ci si connette o degli strumenti che si utilizzano per connettersi, i risultati forniti dai motori di ricerca sono diversi: chi si connette dal centro città e con dispositivi più costosi viene generalmente indirizzato verso offerte più costose rispetto a chi si connette dalla periferia, utilizzando un dispositivo più economico. Gli stessi meccanismi scattano quando facciamo una ricerca con il nostro pc: la rete ci riconosce e ci indirizza verso beni o servizi conformi a quelli che abbiamo acquistato in precedenza, limitando, però, in questo modo, l'effettiva libertà delle nostre scelte di consumo.

Da tutto ciò è facile dedurre come la bolla di filtraggio possa essere discriminatoria, soprattutto laddove il meccanismo della c.d. black box, ossia il contesto che conserva e/o gestisce i meccanismi di funzionamento degli algoritmi, rimanga segreto.

4. Il geoblocking

Internet è una realtà contraddistinta dalla “glocalità”, poiché permette di fornire servizi locali su base globale o internazionale. Con riferimento al fenomeno dell’e-commerce questa caratteristica determina che qualunque mercato è accessibile come se fosse un mercato locale, permettendo ai consumatori di acquistare beni e servizi sul mercato globale: un consumatore italiano, ad esempio, può acquistare un libro in Giappone, piuttosto che locare un appartamento in Germania o prenotare una vacanza in Australia.

Il fatto che tutti i mercati del globo siano accessibili non significa, però, che il consumatore possa acquistare in un mercato diverso dal suo: può accadere, infatti, che il cliente (sia esso consumatore o professionista) che acquista il bene o il servizio da un venditore straniero venga discriminato in relazione alla sua nazionalità, alla sua residenza o al suo luogo di stabilimento. Non sempre, infatti, i professionisti che operano online sono disposti ad accettare ordini provenienti da paesi terzi o, se li accettano, possono decidere di praticare condizioni diverse rispetto a quelle che praticerebbero ai loro clienti nazionali, ad esempio riducendo la quantità e la qualità dei beni e servizi che vengono offerti o offrendoli a prezzi diversi.

Le modalità attraverso le quali possono avvenire delle discriminazioni sul mercato digitale sono sostanzialmente tre: il rifiuto di vendere, il re-routing automatico e l’apposizione di costi per il pagamento o la spedizione che diversificano le condizioni contrattuali applicate ai clienti residenti nel paese in cui opera il venditore da quelle riservate agli stranieri.

Tali discriminazioni possono generare un sentimento di sfiducia dei consumatori nel mercato digitale, ostacolandone lo sviluppo. In particolare, da uno studio effettuato su richiesta del Parlamento europeo nel 2013, emerse che soltanto il 40% degli ordini cross border effettuati online venivano effettivamente evasi, senza che, durante la procedura, si registrassero problemi. Nel restante 60% dei casi, invece, al consumatore straniero o non residente veniva impedito di concludere il contratto, anche se si trattava di cittadino di un altro Stato UE. I motivi alla base di una tale discriminazione sono molteplici e non sempre dipendono dalla volontà dei professionisti. Talvolta sono le disposizioni legislative a influenzare la disponibilità geografica dei beni: pensiamo, ad esempio, alla disciplina sulle licenze per i contenuti digitali che ha ancora connotati regionali o a quella sui prodotti che richiedono un’autorizzazione da parte della pubblica autorità per la vendita o, ancora, alle differenti aliquote IVA adottate nei vari paesi dell’Unione europea. In altri casi a limitare l’attività cross border dei venditori sono ostacoli di natura organiz-

zativa: gestire ordinazioni da paesi stranieri, infatti, implica una struttura aziendale complessa, che è spesso assente nelle imprese di dimensioni medio piccole. Non mancano, ovviamente, le ipotesi in cui le discriminazioni dipendono dalla volontà del venditore di suddividere il mercato nel quale opera, indirizzandolo soltanto verso alcuni paesi ed escludendone altri.

Parlare di discriminazione all'interno del mercato unico digitale europeo è però fonte di comprensibile imbarazzo: la libertà di circolazione delle merci all'interno del mercato comune è ormai una conquista consolidata; gli artt. 18 TFUE e 21 della Carta dei diritti fondamentali, infatti, sanciscono a chiare lettere il divieto di tutte quelle pratiche che creino una discriminazione diretta dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea. Il divieto di discriminazione contenuto in tali norme, però, ha come destinatari gli organi dell'Unione e gli Stati membri, mentre è molto più opinabile che possa spingersi sino a impedire agli imprenditori di differenziare geograficamente il trattamento dei propri clienti. La differenziazione e la frammentazione del mercato appare, del resto, un'espressione della libertà contrattuale e d'impresa che consente di selezionare o frazionare geograficamente i mercati ai quali i professionisti intendono rivolgere la loro offerta commerciale. La vera questione che ci si deve porre, quindi, è se, e in quale misura, la realizzazione del mercato unico e la fine delle discriminazioni geografiche nel DSM siano obiettivi preminenti rispetto alle libertà fondamentali dell'imprenditore.

Anche i motori di ricerca possono svolgere un ruolo determinante nel frammentare geograficamente il mercato digitale: il consumatore che effettua una ricerca, infatti, sarà condizionato dalle informazioni che il motore offre, ivi compresi gli e-shop ai quali il consumatore viene reindirizzato per acquistare il bene. Poiché, di regola, sono preferiti e-shop nazionali, il motore di ricerca può quindi contribuire a ostacolare la formazione del mercato unico, contribuendo a circoscrivere la concorrenza ai professionisti operanti nella stessa area geografica e contribuendo alla discriminazione dei consumatori. Tutto ciò dimostra come sia ancora lontana la creazione di quel mercato unico digitale nel quale i consumatori possono liberamente scegliere tra beni e servizi venduti in tutti i singoli Stati membri.

Per superare una parte dei problemi connessi alla discriminazione su base geografica, in assenza di norme che la vietino espressamente, è stato adottato il regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, che si propone di favorire il superamento di una significativa parte delle limitazioni derivanti dai blocchi geografici, nel tentativo di conciliare le esigenze del mercato unico digitale con la libertà di impresa.

4.1. Il regolamento (UE) 2018/302 volto a impedire i blocchi geografici ingiustificati

Il regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio reca misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno. La sua base giuridica è pertanto individuata nell'art. 114 TFUE che consente l'adozione di misure legislative volte a favorire la creazione del mercato unico.

Il testo approvato si compone di 43 considerando e 11 articoli; esso si propone da un lato di limitare le discriminazioni geografiche all'interno del DSM, senza però escludere del tutto la libertà d'impresa e la connessa possibilità dell'imprenditore di frazionare geograficamente il mercato. Occorre distinguere tra le c.d. discriminazioni dirette, ossia quelle che conseguono alla violazione di un divieto imposto dal testo del regolamento (essenzialmente le discriminazioni in base a nazionalità, residenza e luogo di stabilimento), da quelle indirette che si basano su elementi diversi che, se utilizzati, possono produrre un effetto equivalente come, ad esempio, le discriminazioni in base all'indirizzo IP utilizzato, all'indirizzo indicato per la consegna delle merci, alla scelta della lingua effettuata o allo Stato membro in cui è stato emesso lo strumento di pagamento del cliente (cfr. considerando 6).

Dall'adozione del regolamento si attendono effetti positivi sulla competitività delle imprese, sulla concorrenza e sulla qualità dell'offerta per gli acquirenti; occorre tuttavia evidenziare che l'intento di superare completamente i blocchi geografici non è stato raggiunto e, nonostante il regolamento, permangono non pochi ostacoli alla realizzazione del mercato unico digitale. Il regolamento sembra quindi importante più per il principio di non discriminazione che introduce che non per i risultati che porta in concreto. Il regolamento, inoltre, non sarà sufficiente a rimuovere completamente le differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri, poiché molte di esse trovano la loro fonte in norme nazionali o nella mancanza di riconoscimento reciproco o di armonizzazione a livello europeo; occorrerà, quindi, che il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione continuino a lavorare per individuare e rimuovere gli ulteriori ostacoli che ancora residuano.

Il regolamento, oltre a tutelare i consumatori, mira a proteggere anche le PMI che si vengono spesso a trovare in situazioni analoghe a quelle dei consumatori; tuttavia, il regolamento protegge il cliente professionale solo qualora sia l'acquirente/utilizzatore finale del bene o del servizio, mentre esclude dalla sua applicazione i clienti professionali che acquistino un bene o un

servizio per la rivendita, la trasformazione, il trattamento, la locazione o il subappalto successivi.

Restano escluse dall'ambito di applicazione del regolamento le attività di cui all'art. 2, par. 2, della direttiva 2006/123/CE. Ne consegue che il regolamento non sarà applicabile, tra gli altri, ai servizi di interesse generale non economici, a quelli di trasporto, a quelli audiovisivi, al gioco d'azzardo, ai servizi sanitari e ad alcuni servizi sociali. Parimenti escluse dall'ambito del regolamento sono le norme in materia di diritto d'autore e dei diritti connessi che pure possono determinare delle discriminazioni degli acquirenti su base regionale, le norme in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile e quelle in materia fiscale. Il fatto che alcune materie siano escluse dall'ambito di applicazione del regolamento non significa che per esse non valga il principio di non discriminazione su base geografica. La natura di norma speciale del regolamento, infatti, consente all'art. 1 della direttiva 2006/123 di rientrare in gioco in tutti quei settori in cui l'applicazione del regolamento è esclusa.

L'ambito di applicazione territoriale ricomprende sia gli operatori stabiliti in uno SM dell'Unione europea sia quelli stabiliti in paesi terzi che vendano o intendano vendere beni e servizi all'interno dell'Unione. L'art. 1 chiarisce inoltre che il regolamento non implica, di per sé, l'obbligo per il commerciante di dirigere la propria attività verso un determinato Stato membro ai sensi del regolamento (CE) n. 593/2008 e del regolamento (UE) n. 1215/2012. In questo modo, se si introduce in via generalizzata l'obbligo di contrarre con i residenti all'interno del mercato unico, si permette comunque di individuare e circoscrivere geograficamente i paesi entro i quali si intende effettivamente operare commercialmente. La scelta appare un equo contemperamento tra l'esigenza di garantire il mercato unico da un lato e quella di garantire la libertà d'impresa dall'altro. Questo aspetto segna un'importante differenza con la direttiva servizi, poiché l'obbligo di non discriminazione introdotto dall'art. 20.2 di quest'ultima vincola solamente i professionisti stabiliti in uno Stato membro; lo scopo della direttiva è, infatti, quello di creare un mercato unico dei servizi che garantisca la libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi all'interno dei vari Stati membri.

I divieti previsti dal regolamento 2018/302 limitano la loro sfera di applicazione spaziale a tutte le situazioni nelle quali risulta pregiudicato il mercato unico e quindi restano esclusi tutti quei casi in cui la violazione esaurisce i suoi effetti all'interno di un unico Stato, mentre è applicabile a tutti i professionisti che orientano al mercato unico europeo la loro attività, compresi, come si è già detto, quelli che hanno la loro sede in Stati terzi. La ragione per cui l'applicabilità del regolamento è stata estesa anche ai professionisti

dei paesi terzi è quella di assicurare la parità di condizioni concorrenziali all'interno del mercato unico, evitando che i professionisti provenienti da Stati terzi possano trarre vantaggi concorrenziali rispetto a quelli europei.

L'art. 2 contiene le definizioni utili all'applicazione del regolamento. Tra di esse appare particolarmente significativa quella di "cliente", figura che si affianca al consumatore e che corrisponde a «un consumatore che ha la cittadinanza o la propria residenza in uno Stato membro o un'impresa che ha il proprio luogo di stabilimento in uno Stato membro e che riceve un servizio o acquista un bene, o intende farlo, all'interno dell'Unione al fine esclusivo dell'uso finale».

Il contemperamento tra gli interessi del cliente e del professionista che offre il bene o il servizio è ben descritto dal considerando 23 del regolamento, il quale prevede che, nei casi in cui l'operatore venda beni la cui consegna transfrontaliera non venga da lui effettuata, l'acquirente deve poter, in ogni caso, procedere all'acquisto alle stesse condizioni previste per i clienti residenti nello Stato membro dell'operatore. All'atto pratico ciò significa che il cliente, che acquista in uno Stato membro diverso dal proprio, può comunque concludere il contratto con l'operatore nel suo paese e poi procedere a ritirarlo nello Stato dell'operatore o in un altro Stato in cui questi effettui la consegna o, eventualmente, accordarsi con il venditore per la spedizione.

Ugualmente rilevanti, perché contribuiscono a delineare l'oggetto del regolamento, sono le nozioni di "bene", "servizio" e "interfaccia online". La prima comprende «qualsiasi bene mobile materiale ad esclusione dei beni oggetto di vendita forzata o comunque imposta dalle autorità giudiziarie»; la seconda, invece, «qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 57 TFUE fornita normalmente dietro retribuzione». La nozione di interfaccia online indica «qualsiasi software, compresi siti internet o parte di essi e applicazioni, tra cui le applicazioni mobili, gestito da un professionista, o per conto di quest'ultimo, che serve a fornire ai clienti l'accesso a beni o servizi del professionista, al fine di effettuare una transazione avente ad oggetto tali beni o servizi».

L'art. 3 va immediatamente al cuore del problema vietando al professionista di bloccare o limitare, attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici, l'accesso di un cliente alla sua interfaccia online, per motivi che siano legati alla sua nazionalità, al suo luogo di residenza o di stabilimento. L'articolo vieta anche di effettuare, per gli stessi motivi, il reindirizzamento automatico a un'interfaccia diversa da quella alla quale il cliente avrebbe voluto accedere. Il reindirizzamento cessa di essere illecito soltanto nel caso in cui avvenga con il consenso del cliente; tuttavia, in questo caso, la versione dell'interfac-

cia online alla quale il cliente desiderava collegarsi inizialmente deve restare facilmente accessibile.

Qualora il blocco, la limitazione dell'accesso o il reindirizzamento siano necessari al fine di garantire il rispetto del diritto dell'Unione o delle leggi degli Stati membri l'art. 3 non trova applicazione, ma il professionista è tenuto a spiegare in modo chiaro e nella lingua dell'interfaccia online cui il cliente intendeva accedere, i motivi per cui il blocco, la limitazione o il reindirizzamento sono necessari per garantire il rispetto del requisito giuridico.

Il regolamento vieta in modo tassativo le discriminazioni basate su residenza, stabilimento e nazionalità in tre ipotesi (art. 4): quella in cui i beni debbano essere consegnati nello Stato membro nel quale il venditore offre il bene/servizio (in questo caso, l'acquirente online, ancorché straniero, dovrà essere considerato come un cliente "locale"); quella in cui i servizi siano offerti tramite mezzi elettronici come cloud computing, hosting o siti web, a meno che si tratti di opere soggette alla disciplina del diritto d'autore; infine, quella in cui i servizi offerti siano forniti in un paese diverso da quello di residenza di chi procede all'acquisto. Si immagini, ad esempio, il sito web di un teatro, che vende i propri biglietti online: in questo caso sarà vietato inserire blocchi che discriminino tra gli acquirenti residenti nello Stato in cui si trova il teatro e quelli che risiedono altrove. Il divieto vale, più in generale, per i servizi forniti dall'operatore in uno Stato membro diverso da quello di residenza del cliente: si pensi al noleggio di una vettura o alla prenotazione di una camera d'hotel effettuata dal cliente nel proprio Stato di residenza direttamente sul sito del professionista. La *ratio* della previsione è quella di consentire ai clienti, di qualunque Stato membro, la possibilità di acquistare il servizio offerto dal professionista alle stesse condizioni che egli pratica nel proprio paese.

Un altro caso in cui i blocchi geografici sono inammissibili è quello delle prestazioni di servizi tramite mezzi elettronici, a meno che non si tratti di servizi che consistono principalmente nel fornire l'accesso e l'uso di opere tutelate dal diritto d'autore o di altri materiali protetti dal diritto d'autore come libri, software e musica; in questo caso, infatti, come si è già detto, la limitazione geografica potrebbe dipendere dalle licenze di cui è titolare l'operatore.

Per contemperare il divieto di discriminazione con la libertà di impresa, il par. 2 dell'art. 4 dispone che il divieto non si spinge sino a impedire ai professionisti di offrire condizioni generali di accesso, ivi compresi prezzi di vendita netti, che siano diversificati tra gli Stati membri o all'interno di uno Stato membro; il regolamento permette inoltre di diversificare le offerte indirizzandole ai clienti di un territorio specifico o a gruppi specifici di clienti, purché tale indirizzamento avvenga su basi non discriminatorie. In altre pa-

role, il professionista può offrire prodotti differenti su differenti portali internet locali, a condizione che qualunque cliente di un altro Stato membro vi acceda possa farlo alle stesse condizioni di un cliente locale.

L'art. 4, par. 5, esclude si abbia discriminazione nel caso in cui la condotta del professionista sia determinata dal rispetto del diritto dell'Unione o di una disposizione di diritto nazionale che sia conforme al diritto eurounitario. Una particolare specificazione è dettata con riguardo ai libri, per i quali «il divieto di cui al paragrafo 1 non impedisce al professionista di applicare prezzi diversi ai clienti in determinati territori, qualora sia tenuto a farlo in base a leggi degli Stati membri conformi al diritto dell'Unione». In ogni caso, come già si è notato, il rispetto del divieto di discriminazione non implica per il professionista l'osservanza «dei requisiti giuridici nazionali di carattere non contrattuale relativi ai rispettivi beni e servizi dello Stato membro del cliente o di informare i clienti in merito a tali requisiti» (art. 4.3).

La discriminazione può avvenire anche attraverso una differenziazione degli strumenti di pagamento, imponendo ai clienti stranieri condizioni più onerose o gravose. Per questo motivo l'art. 5 del regolamento vieta agli operatori di utilizzare condizioni diverse per i beni e servizi in base alla nazionalità o alla residenza del cliente, piuttosto che al luogo in cui sia ubicato il suo conto o la sede del prestatore dei servizi di pagamento o il luogo in cui, all'interno dell'Unione, venga emesso lo strumento di pagamento.

Il divieto di discriminazione geografica in relazione al pagamento non è assoluto, ma limitato ai casi in cui: a) i pagamenti vengano effettuati tramite transazioni elettroniche mediante bonifico, addebito diretto o per mezzo di uno strumento di pagamento basato su carta all'interno dello stesso marchio di pagamento; b) il beneficiario possa richiedere un'autenticazione forte del cliente da parte del soggetto pagatore a norma di quanto previsto dalla direttiva 2015/2366 o c) i pagamenti siano effettuati in una valuta accettata dal beneficiario.

Il divieto di discriminazione geografica in relazione ai metodi di pagamento non si estende sino a vietare all'operatore di praticare differenti commissioni in relazione al metodo di pagamento utilizzato; in questo caso, però, le spese addebitate non possono superare i costi realmente sostenuti dall'operatore per l'utilizzo dello strumento di pagamento scelto dal cliente.

Come noto, il diritto UE in materia di concorrenza opera una distinzione tra vendite passive e attive; secondo la Comunicazione della Commissione sugli orientamenti sulle intese verticali, le vendite attive sono quelle in cui il distributore svolge attività di marketing nei confronti di potenziali clienti al di fuori del suo territorio, i quali, in seguito a tali sollecitazioni, divengono clienti effettivi. Gli esempi più comuni sono le vendite effettuate in conseguenza di