

Enrico Antonio Emiliozzi

La fornitura di contenuti e servizi digitali



Giappichelli

Capitolo Primo

L'oggetto "digitale" del contratto

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contratto. – 3. L'oggetto: contenuto digitale e servizio digitale. – 4. I beni con elementi digitali. – 5. Le parti del contratto. – 6. La c.d. "Direttiva *Omnibus*" 2019/2161/UE. – 7. Il recesso del consumatore.

1. Premessa

Alla base dell'interesse nei confronti del contratto di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali¹ vi è la considerazione che «il potenziale di crescita del commercio elettronico nell'Unione non è ancora stato sfruttato pienamente. La strategia per il mercato unico digitale in Europa affronta in modo olistico i principali ostacoli allo sviluppo del commercio elettronico transfrontaliero nell'Unione al fine di liberare tale potenzialità. Garantire ai consumatori un migliore accesso ai contenuti digitali e ai servizi digitali, e agevolare la fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali da parte delle imprese, può contribuire a promuovere l'economia digitale dell'Unione e stimolare la crescita globale»².

¹ Il tema di cui ci occuperemo in questo lavoro, non riguarda tanto la conclusione del contratto mediante strumenti elettronici (cfr. A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 707 s.), bensì i contratti, in qualsiasi modo conclusi, che hanno ad oggetto la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali.

² Considerando 1, direttiva 2019/770/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019. Ai sensi dell'art. 1, direttiva 2019/770/UE: «La presente direttiva è intesa a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno garantendo nel contempo un livello elevato di protezione dei consumatori, stabilendo norme comuni su determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali tra operatori economici e consumatori, in particolare le norme: – sulla conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto, – sui rimedi in caso di difetto di conformità al contratto o di mancata fornitura, e sulle modalità di esercizio degli stessi, nonché – sulla modifica del contenuto digitale o del servizio digitale». La direttiva 2019/770/UE ha suscitato l'interesse anche della letteratura straniera, tre cui, cfr. J. MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, in *Jecml*, 2019, vol. 8, p. 194 ss.; R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden, 2020, p. 11 ss.; D. STAUDENMAYER, *The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy*, in

Ciò posto, per il legislatore eurounitario «è opportuno armonizzare determinati aspetti concernenti i contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali. Prendendo come riferimento un livello elevato di protezione dei consumatori, al fine di instaurare un autentico mercato unico digitale, accrescere la certezza giuridica e ridurre i costi di transazione, in particolare per le piccole e medie imprese (“PMI”)»³.

Lo sviluppo del mercato di contenuti e di servizi digitali passa inevitabilmente attraverso il potenziamento della tutela dei consumatori in modo tale da rafforzare la fiducia di questi che spesso vanno incontro a problemi suscitati dalla qualità di ciò che acquistano in rete⁴.

Il legislatore eurounitario ritiene che le esigenze dei fornitori e dei consumatori possano essere soddisfatte solo attraverso un intervento legislativo che stabilisca in tutti gli Stati membri norme armonizzate in materia di diritto contrattuale dei consumatori che renderebbero più facile per le imprese, in particolare le PMI, fornire contenuti digitali o servizi digitali in tutta l’Unione⁵.

Erpl, 2020, p. 219. Per una visione dell’ordinamento tedesco cfr. Z.M. MAZUR, *Il dato personale nella disciplina del mercato e della concorrenza: l’esperienza tedesca*, in *Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell’economia digitale*, a cura di V. Ricciuto e C. Solinas, Milano, 2022, p. 229.

³ Considerando 3, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019.

⁴ Considerando 5, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019: «può capitare, ad esempio, che ricevano contenuti o servizi digitali errati o difettosi, oppure che non riescano ad accedere ai contenuti digitali o ai servizi digitali. Di conseguenza, i consumatori subiscono danni di natura sia finanziaria che non finanziaria». Inoltre cfr. Considerando 8: «I consumatori dovrebbero beneficiare di diritti armonizzati nell’ambito della fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, che forniscano un elevato livello di protezione. Essi dovrebbero potersi avvalere di diritti imperativi chiaramente definiti quando ricevono contenuti digitali o servizi digitali o vi accedono da altre parti dell’Unione. La disponibilità di tali diritti dovrebbe rafforzare la loro fiducia nell’acquisto di contenuti digitali o di servizi digitali. Ciò dovrebbe contribuire anche a ridurre i danni che i consumatori attualmente subiscono, grazie all’introduzione di una serie di diritti chiari che dovrebbero consentire loro di affrontare i problemi connessi ai contenuti digitali o ai servizi digitali». Inoltre cfr. Considerando 5 e Considerando 1, direttiva 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il Regolamento UE 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE: «il progresso tecnologico ha contribuito all’espansione del mercato dei beni che incorporano contenuti digitali o servizi digitali o sono interconnessi ad essi. Alla luce del numero crescente di tali dispositivi e della loro diffusione in rapido aumento tra i consumatori, occorre un’azione a livello dell’Unione per garantire che sussista un livello elevato di protezione dei consumatori per aumentare la certezza giuridica per quanto riguarda le norme applicabili ai contratti di vendita di tali prodotti. Una maggiore certezza del diritto contribuirebbe a rafforzare la fiducia dei consumatori e dei venditori». Cfr. Considerando 2 della Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (2023/C 23/01): «La trasformazione digitale interessa ogni aspetto della vita delle persone. Offre notevoli opportunità in termini di miglioramento della qualità della vita, crescita economica e sostenibilità».

⁵ Considerando 7, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio

La direttiva 2019/770/UE non persegue scopi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati. In particolare non vuole incidere sugli aspetti relativi alla formazione, alla validità, alla nullità, agli effetti dei contratti, alla liceità del contenuto o del servizio digitale e alla qualificazione del contratto attraverso il quale avviene la fornitura dei contenuti digitali o dei servizi digitali⁶.

Il legislatore interno ha attuato la direttiva attraverso l'inserimento del Capo I-bis, nel Titolo III, Parte IV del codice del consumo.

2. Il contratto

Il legislatore interno quando ha attuato la direttiva 2019/770/UE ha evitato di qualificare il/i contratto/i attraverso il/i quale/i avviene la fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali⁷. Anzi l'art. 135-octies, comma 3, c.cons. stabilisce che le disposizioni del Capo I-bis si applicano a qualsiasi contratto in cui il professionista fornisce o si obbliga a fornire, un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si obbliga a corrispondere un prezzo⁸. Da ciò si deve ritenere che la disciplina di tutela del

2019, in base al quale l'uniformità eurounitaria della normativa in materia di fornitura di contenuti o di servizi digitali garantirebbe «alle imprese un quadro stabile di diritto contrattuale per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali in altri Stati membri. Esse inoltre eviterebbero la frammentazione giuridica che altrimenti deriverebbe da nuove legislazioni nazionali intese a disciplinare specificamente i contenuti digitali e i servizi digitali». Inoltre cfr. Considerando 11: «Norme pienamente armonizzate su taluni aspetti essenziali del diritto contrattuale dei consumatori renderebbero più facile per le imprese, soprattutto le PMI, offrire i loro prodotti in altri Stati membri». Sul ruolo svolto dal legislatore nel corso dell'evoluzione digitale cfr. le acute considerazioni svolte da S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e mercato*, 2022, p. 530, il quale rileva che «è diffusa l'osservazione per la quale, nella materia dell'innovazione digitale, la legge deve seguire la tecnologia che cambia. Ed è vero: senza dubbio il legislatore deve stare al passo con i tempi: comprendere – prima – per regolare – poi – certi fenomeni. Ma è vero anche che quella osservazione va precisata, perché essa rischia di essere intesa in un senso più limitativo. È opportuno specificare che il legislatore, essenzialmente, si deve occupare e si occupa del riflesso che queste innovazioni hanno sui rapporti sociali. In altre parole, il legislatore deve comprendere non solo i cambiamenti tecnologici, ma anche quelli dei rapporti sociali che ne conseguono. Dunque in questa materia – come d'altronde in ogni materia – la legge segue anche l'idea di socialità, che cambia anch'essa col tempo».

⁶Cfr. Considerando 12, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019: «la presente direttiva non dovrebbe definire la natura giuridica dei contratti per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali e dovrebbe spettare al diritto nazionale determinare se tali contratti costituiscono, ad esempio, un contratto di vendita, di servizio, di noleggio o un contratto sui generis».

⁷Sulla qualificazione del contratto nei settori interessati dall'evoluzione tecnologica, cfr. A.M. GAMBINO, *Contratto informatico e telematico. Inquadramento generale*, in *Dei singoli contratti. Leggi collegate*, a cura di D. Valentino, vol. II, in *Commentario Gabrielli*, Milano, 2016, p. 3 ss.

⁸Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura*

consumatore di contenuti o di servizi digitali si applichi a tutti i contratti con i quali il professionista fornisce al consumatore contenuti o servizi digitali contro il corrispettivo di un prezzo o la comunicazione di dati personali. La scelta compiuta dal legislatore attraverso l'art. 135-*octies*, comma 3, c.cons. si può collocare nella linea di tendenza ormai intrapresa dal legislatore comunitario, in base alla quale quando predispone una legislazione *ad hoc* a tutela del contraente debole focalizza l'attenzione soprattutto nei confronti del destinatario della tutela, giudicando irrilevante il negozio in concreto utilizzato per l'operazione economica programmata. Proprio nella disciplina consumeristica sulla vendita di beni mobili si ha una decisiva testimonianza di quanto abbiamo appena osservato. Infatti l'art. 128, comma 1, c.cons. stabilisce che la disciplina del Capo I, Titolo III, si applica oltre che ai contratti di vendita anche ai contratti di permuta e di somministrazione, a quelli di appalto, d'opera ed a tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni da fabbricare o da produrre⁹.

3. L'oggetto: contenuto digitale e servizio digitale

La direttiva 2019/770/UE definisce in maniera generica l'oggetto della disciplina. Fa riferimento, infatti, ai contenuti digitali ed ai servizi digitali, senza specificare l'oggetto specifico dei contratti dei quali si occupa nella prospettiva di tutelare il consumatore. Ciò, in quanto, si deve considerare che il contenuto digitale ed il servizio digitale vengono implementati da diverse forme che risultano introdotte dal progresso tecnologico¹⁰. L'art. 2 stabilisce che per contenuto digitale si intende: «i dati prodotti e forniti in formato digitale» e quindi comprende film, file musicali, giochi, libri elettronici o altre pubblicazioni elettroniche, software e applicazioni¹¹, mentre per servizio digitale si intende: a) un servizio

di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali, in *Giust. civ.*, 2019, p. 501, che seppure con riferimento a quanto dispone la direttiva 2019/770/UE, osserva che sembra che essa «rispetto a quella sulla “vendita” di beni mobili, voglia riferirsi alla categoria dei contratti di “fornitura”, indipendentemente dalla ricorrenza di quei modelli specifici, quali possono essere quelli della somministrazione o dell'appalto, mediante i quali nella realtà materiale la fornitura viene definita, e cioè in relazione a beni materiali o ad attività definibili in termini di servizi».

⁹Cfr. A. LUMINOSO, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. n. 170/2021)*, in *Europa e dir. priv.*, 2022, p. 491.

¹⁰Cfr. Considerando 19, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019: «Per tener conto dei rapidi sviluppi tecnologici e preservare il carattere evolutivo del concetto di “contenuto digitale” o di “servizio digitale”, la presente direttiva dovrebbe contemplare, tra l'altro, programmi informatici, applicazioni, file video, file audio, file musicali, giochi digitali, libri elettronici o altre pubblicazioni elettroniche, nonché i servizi digitali che consentono la creazione, la trasformazione o l'archiviazione dei dati in formato digitale, nonché l'accesso a questi ultimi, fra cui i software come servizio quali la condivisione audio e video e altri tipi di file hosting, la videoscrittura o i giochi offerti nell'ambiente di cloud computing e nei media sociali».

¹¹C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 502.

che consente al consumatore di creare, trasformare archiviare i dati o di accedervi in formato digitale (il servizio di *cloud computing*); oppure b) 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 (i *social network*)¹².

La tutela dell'utente che acquista contenuti digitali o servizi digitali si deve applicare sempre, indipendentemente dalla natura del supporto utilizzato dal fornitore¹³. Pertanto, come rilevato nel Considerando 10 della direttiva 2019/770/UE, la disciplina sui contratti di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali dovrebbe applicarsi anche a tutti quei casi in cui il contenuto digitale venga fornito al consumatore su un supporto materiale, come ad esempio DVD, CD, chiavi USB e schede di memoria ed anche al supporto materiale che abbia l'esclusivo scopo di vettore del contenuto digitale.

Rimane fuori dalla direttiva 2019/770/UE la disciplina dei contratti di vendita di beni con elementi digitali¹⁴. Sono beni con elementi digitali¹⁵ tutti quei be-

¹² Analoga disposizione, per quanto riguarda la definizione di contenuto digitale e di servizio digitale, si rinviene nell'art. 2, direttiva 2019/771/UE.

¹³ Cfr. Considerando 19, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019: «Dal momento che esistono numerosi modi per fornire il contenuto digitale o i servizi digitali, come la trasmissione su un supporto materiale, lo scaricamento effettuato dal consumatore sui propri dispositivi, la trasmissione in streaming, l'autorizzazione all'accesso a capacità di archiviazione di contenuto digitale o l'accesso all'uso dei social media, la presente direttiva dovrebbe applicarsi indipendentemente dal supporto utilizzato per la trasmissione del contenuto digitale o del servizio digitale o per darvi accesso. Tuttavia, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai servizi di accesso a Internet».

¹⁴ Cfr. Considerando 21, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019.

¹⁵ Sulla vendita di beni con elementi digitali, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-to-C: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 205 ss.; ID., *Il recepimento della direttiva 2019/771/UE nel diritto italiano. Le opzioni fondamentali del legislatore nazionale. I limiti "soggettivi" ed "oggettivi" posti nell'ambito di operatività della nuova disciplina*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170)*, Torino, 2022, p. 1 ss.; G. PERFETTI, *Beni con elementi digitali e aggiornamenti nella novellata disciplina dei contratti di vendita B2C*, in *Jus civile*, 2022, p. 177 s.; C. SARTORIS, *La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE. Commento a dir. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea n. 771 del 2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 702 ss.; A. DE FRANCESCO, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019; T. DALLA MASSARA, *La vendita di beni mobili*, Pisa, 2020; ID., *L'imminente attuazione della Dir. UE 2019/771 e il problema del coordinamento con il codice civile: una proposta per il futuro art. 135 c. cons.*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1278 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il diritto privato europeo in trasformazione*, Torino, 2020; ID., *L'armonizzazione massima, parziale e temperata, della direttiva 771/2019/UE: una prima lettura*, in *Giur. it.*, 2020, p. 217 ss.; A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 806 ss.; F. ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 5 ss.; ID., *Spunti esegetici sugli*

ni che incorporano o che sono interconnessi 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 dei beni¹⁶. Questi beni ed in particolare i relativi contratti di vendita sono riconducibili alla disciplina dei contratti di vendita dei beni di cui si occupa la direttiva 2019/771/UE. In altri termini la cessione di contenuti digitali o di servizi digitali esula dalla direttiva 2019/770/UE tutte le volte in cui essi costituiscano un tutt'uno con il bene venduto, cioè siano incorporati o interconnessi con il bene stesso. In quest'ultimo caso si applica la direttiva 2019/771/UE¹⁷. Anche l'art. 135-*nonies*, comma 1, c.cons. stabilisce che le disposizioni contenute nel Capo I-*bis* del Titolo III, Parte IV del codice del consumo non si applicano ai contenuti digitali o ai servizi digitali che sono interconnessi con i beni di cui all'art. 135-*octies*, lett. c), 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.

La scelta della disciplina dipende dall'oggetto del contratto. Nella ipotesi in cui l'oggetto del contratto sia costituito *tout court* dal contenuto digitale, ovvero, dal servizio digitale, si applica la direttiva 2019/770/UE anche se la trasmissione dell'oggetto dall'operatore al consumatore avvenga attraverso un supporto materiale. Invece se l'oggetto del contratto è costituito da un bene con elementi digitali si applica la direttiva 2019/771/UE. In quest'ultimo caso il contenuto digitale o il servizio digitale, pur presente nel contratto, non costituisce tuttavia l'oggetto esclusivo ed immediato del contratto stesso, bensì rappresenta un elemento (digitale) necessario per il funzionamento del bene (non digitale). Pertanto nella direttiva 2019/771/UE rientrano i contenuti digitali o i servizi digitali incorporati o interconnessi con il bene non digitale ed inoltre i contratti di vendita per i quali si può presumere che sia compresa la fornitura di uno specifico contenuto digitale o di uno specifico servizio digitale in ragione del fatto che sono abituali di un bene dello stesso tipo e che rientrano tra le ragionevoli aspettative

aspetti dei contratti di vendita di beni regolati dalla nuova Direttiva (UE) 2019/771, in *Scritti in onore di A. Flamini*, I, a cura di R. Favale e L. Ruggeri, Napoli, 2020, p. 3 ss.; G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 825 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020, p. 476 ss.; M. FACCIOLO, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori [dir. (UE) 2019/771]: prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 250 ss.; F. BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 953 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni e P. Schlesinger, continuato da V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2022, p. 569 ss.

¹⁶Cfr. Considerando 21, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019.

¹⁷Cfr. Considerando 21, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019.

che il consumatore potrebbe avere, tenuto conto della natura dei beni e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal venditore¹⁸. Costituisce pertanto vendita di un bene con elementi digitali e non contratto di fornitura di un bene digitale o di un servizio digitale il contratto relativo alla fornitura di una *smart TV* munita di una particolare applicazione video. L'applicazione video in sé e per sé costituisce un bene digitale, ma ove sia incorporata in un altro bene a carattere non digitale, mutua da quest'ultimo la relativa disciplina e, quindi, si applica la direttiva 2019/771/UE¹⁹.

¹⁸Cfr. Considerando 21, direttiva UE 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019. Inoltre cfr. Considerando 20: «La presente direttiva e la direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbero integrarsi a vicenda. Mentre la presente direttiva stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali, la direttiva (UE) 2019/771 stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di vendita di beni. Di conseguenza, per rispondere alle aspettative dei consumatori e garantire un quadro giuridico semplice e chiaro per gli operatori economici di contenuti digitali, la presente direttiva dovrebbe applicarsi anche al contenuto digitale fornito su un supporto materiale, come ad esempio DVD, CD, chiavi USB e schede di memoria, nonché al supporto materiale stesso, purché quest'ultimo sia esclusivamente il vettore del contenuto digitale. Tuttavia, anziché le disposizioni della presente direttiva sull'obbligo di fornitura degli operatori economici e sui rimedi a disposizione dei consumatori in caso di mancata fornitura, dovrebbero 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. Inoltre, le disposizioni della direttiva 2011/83/UE, ad esempio sul diritto di recesso e sulla natura del contratto in base al quale tali beni sono forniti, dovrebbero continuare ad applicarsi a tali supporti materiali e al contenuto digitale da essi fornito. La presente direttiva inoltre fa salvo il diritto di distribuzione applicabile a tali beni in base al diritto d'autore». L'ambito in cui deve applicarsi la direttiva 2019/770/UE e, quindi, gli artt. 135-*octies* ss. c.cons. è ribadito anche dal Considerando 13 direttiva 2019/771, il quale prevede che «la presente direttiva e la direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbero integrarsi a vicenda. Mentre la direttiva (UE) 2019/770 stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di un contenuto digitale o servizi digitali, la presente direttiva stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di vendita di beni. Di conseguenza, per rispondere alle aspettative dei consumatori e garantire un quadro giuridico semplice e chiaro per gli operatori economici di contenuto digitale o servizi digitali, la direttiva (UE) 2019/770 si applica anche alla fornitura di contenuti digitali o servizi digitali, ivi compresi i contenuti digitali forniti su supporti materiali, quali DV, CD, chiavi USB e schede memoria, nonché al supporto materiale stesso, purché quest'ultimo sia esclusivamente il vettore del contenuto digitale. La presente direttiva dovrebbe invece applicarsi ai contratti di vendita di beni, inclusi i beni con elementi digitali, che necessitano di contenuti o di servizi digitali per funzionare».

¹⁹Cfr. Considerando 21, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019: «Se, ad esempio, nella pubblicità di una *smart TV* si è fatto riferimento alla presenza di una particolare applicazione video, tale applicazione video sarebbe considerata quale facente parte del contratto di vendita. Ciò si dovrebbe applicare indipendente dal fatto che il contenuto digitale o il servizio digitale sia preinstallato nel bene stesso o debba essere successivamente scaricato su un altro dispositivo e sia soltanto interconnesso con il bene in questione. Ad esempio, uno *smartphone* potrebbe essere dotato di un'applicazione standard preinstallata fornita conformemente al contratto di vendita, come l'applicazione della sveglia o della fotocamera. Un altro possibile esempio è dato dallo *smartwatch*. In questo caso, l'orologio stesso sarebbe considerato il bene con elementi digitali in grado di svolgere le rispettive funzioni solo in combinazione con un'applicazio-

La destinazione del contenuto digitale o del servizio digitale al funzionamento ed all'utilizzo di un bene di natura diversa costituisce il parametro che consente di attrarre nella vendita dei beni in genere (e quindi nella direttiva 2019/771/UE) la fornitura anche del contenuto digitale²⁰. Invece se la mancanza del contenuto digitale o del servizio digitale incorporato o interconnesso non impedisce lo svolgimento della funzione del bene o se il fornitore conclude un contratto di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali che non è parte di un contratto di vendita concernente beni con elementi digitali, il contratto rientra tra quelli di cui si occupa la direttiva 2019/770/UE²¹. «Se, per esempio, un consumatore scarica un'applicazione di giochi da un *app store* su uno *smartphone*, il contratto di fornitura dell'applicazione di giochi è distinto dal contratto di vendita dello *smartphone* stesso»²², con la conseguenza che al primo contratto si applica la direttiva 2019/770/UE, mentre al secondo contratto si applica la direttiva 2019/771/UE. La direttiva 2019/770/UE concerne altresì il contratto di fornitura del sistema operativo di uno *smartphone* concluso separatamente rispetto all'acquisto dello *smartphone* anche se quest'ultimo non è in grado di funzionare senza l'applicazione²³.

Diversa dalla incorporazione o interconnessione del contenuto digitale o dei servizi digitali in un bene diverso è l'ipotesi della mera combinazione, nello stesso contratto, di entrambi i beni (c.d. contratto a pacchetto). In questo caso il legislatore eurounitario nel Considerando 33 mostra di scegliere la soluzione della combinazione delle norme. Pertanto gli elementi del contratto per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali devono essere disciplinati dalla direttiva 2019/770/UE, mentre agli altri elementi del contratto dovrebbero applicarsi le altre norme previste dal legislatore interno o da quello comunitario con specifico riguardo alla natura del bene²⁴. Questa scelta compiuta dal legislatore eu-

ne prevista dal contratto di vendita, ma che deve essere scaricata dal consumatore su uno *smartphone*; l'elemento digitale interconnesso sarebbe dunque l'applicazione. Ciò dovrebbe applicarsi anche se il contenuto digitale o il servizio digitale incorporato o interconnesso non è fornito direttamente dal venditore ma, conformemente al contratto di vendita, è fornito da un terzo».

²⁰ Cfr. A. LUMINOSO, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. n. 170/2021)*, cit., p. 493.

²¹ Cfr. Considerando 22, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019.

²² Cfr. Considerando 22, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019.

²³ Cfr. Considerando 22, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019.

²⁴ Cfr. Considerando 33, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019: «I contenuti digitali o i servizi digitali sono spesso combinati alla fornitura di beni o di altri servizi e offerti al consumatore nell'ambito di uno stesso contratto che comprende un pacchetto di elementi diversi, quali la fornitura di servizi di televisione digitale e l'acquisto di apparecchiature elettroniche. In tali casi il contratto tra il consumatore e l'operatore economico com-

rounitario è stata recepita dal legislatore italiano attraverso l'art. 135-*nonies*, comma 3, c.cons., il quale stabilisce che nell'ipotesi in cui un singolo contratto tra professionista e consumatore comprenda in un unico pacchetto elementi di fornitura di contenuto digitale o di un servizio digitale ed elementi relativi alla fornitura di altri beni o servizi, le disposizioni previste negli artt. 135-*octies* ss. c.cons. si applicano solo agli elementi del contratto che riguardano il contenuto digitale o il servizio digitale. Tuttavia se il difetto di conformità o l'inadempimento del contratto di «fornitura digitale» dà diritto al consumatore di risolvere il contratto, la risoluzione si estende anche alla parte del c.d. pacchetto che non è relativa alla fornitura di contenuti o servizi digitali (art. 135-*nonies* c.cons.).

Non sussistono contenuti digitali o servizi digitali e quindi non si applica la direttiva 2019/770/UE quando l'oggetto principale del contratto sia la fornitura di servizi professionali quali servizi di traduzione, di architettura, legali o altri servizi di consulenza professionale che sono prestati spesso personalmente dall'operatore economico, indipendentemente dal fatto che l'operatore economico ricorra o meno a mezzi digitali per produrre il risultato del servizio o per consegnarlo o trasmetterlo al consumatore²⁵.

La disciplina contenuta nel nuovo Capo I-*bis* del Titolo III della Parte IV del codice del consumo si applica, ai sensi dell'art. 135-*octies*, comma 3, c.cons., a tutti i contratti in cui il professionista fornisce, o si obbliga a fornire, un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si obbliga a corrispondere un prezzo. Il comma successivo del medesimo articolo stabilisce che la disciplina sul contratto di «fornitura digitale» si applica anche nel caso in cui il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore forn-

prende 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. La presente direttiva dovrebbe applicarsi soltanto agli elementi del contratto complessivo che consistono nella fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali. Gli altri elementi del contratto dovrebbero essere 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. Analogamente, il diritto nazionale dovrebbe disciplinare gli effetti che la risoluzione di un elemento di un contratto a pacchetto potrebbe avere sugli altri elementi di tale contratto a pacchetto. Tuttavia, al fine di garantire la coerenza con le disposizioni specifiche per settore della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio che disciplinano i contratti a pacchetto, se un operatore economico offre, conformemente a tale direttiva, un contenuto digitale o un servizio digitale in combinazione con un servizio di comunicazione interpersonale basato sul numero o un servizio di accesso a Internet, le disposizioni della presente direttiva relative alla modifica del contenuto digitale non dovrebbero applicarsi all'elemento del pacchetto costituito da contenuto digitale o servizi digitali. Al contrario, è 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». Cfr. R. TORINO e G. CAPILLI, *Codice del consumo: le novità per i contratti di vendita e fornitura di beni digitali*, in *Il civilista*, 2022, p. 13.

²⁵ Cfr. Considerando 27, direttiva 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019.

sce o si obbliga a fornire dati personali al professionista, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dal professionista ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale, oppure, per assolvere agli obblighi a cui è soggetto. L'art. 135-*octies*, commi 3 e 4, c.cons. costituisce l'attuazione di quanto stabilito dall'art. 3, paragrafo 1, direttiva 2019/770/UE.

La tutela del consumatore prevista nel nuovo Capo I-*bis* si applica anche se il contenuto digitale o il servizio digitale è sviluppato secondo le specifiche indicazioni del consumatore (art. 135-*octies*, comma 5, c.cons.)²⁶.

Qualche dubbio sussiste sulla possibilità di applicare le norme contenute nel Capo I-*bis*, Titolo III, Parte IV del codice del consumo ai contratti di fornitura di contenuti digitali e di servizi digitali di seconda mano. Questa problematica è espressamente affrontata dal legislatore nazionale a proposito della vendita dei beni mobili di cui al Capo I. Infatti l'art. 128, comma 5, c.cons. permette di applicare le norme a tutela del consumatore anche nei confronti di coloro che abbiano acquistato beni usati²⁷, limitatamente ai difetti non derivanti dall'uso normale della cosa. Per la fornitura di contenuti o di servizi digitali non si rinviene nel Capo I-*bis* una analoga disposizione normativa che consenta di utilizzare la normativa consumeristica posta a tutela del consumatore, contenuta in tale Capo, anche per i contratti di fornitura degli stessi beni, ma usati. Occorre allora domandarsi se sia possibile applicare l'art. 128, comma 5, c.cons. ai contratti di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali che esulano dalle ipotesi previste nel Capo I-*bis*. È pur vero che nel Capo I-*bis* che contiene la disciplina dei contratti di fornitura di contenuti digitali e di servizi digitali non si rinviene alcuna disposizione che stabilisca che per i profili dei contratti in esame non disciplinati direttamente dalle norme del relativo Capo si applica la disciplina consumeristica prevista per i contratti di vendita di beni mobili. Tuttavia però nel Capo I-*bis* non si trova neppure il divieto di applicare ai contratti di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali le norme del Capo I, di cui agli artt. 128 ss. c.cons., almeno nei casi in cui la fornitura venga realizzata attraverso uno di quei contratti indicati dall'art. 128, commi 1 e 2, c.cons. Tra l'altro l'art. 135-*vicies ter* c.cons. che contiene il rinvio alle norme extraconsumeristiche applicabili ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, non sembra possa essere utilizzato per avallare il divieto di applicazione, in alcuni casi, delle norme consumeristiche previste per i contratti di vendita di beni mobili anche ai contratti di fornitura di contenuti o di servizi digitali. In particolare sembra utile ri-

²⁶ Cfr. art. 3, comma 2, direttiva 2019/770/UE.

²⁷ Cfr. A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, cit., p. 591. Sulla garanzia del consumatore nella ipotesi di acquisto di beni usati, cfr. Trib. sez. IV, Milano, 7 giugno 2012, n. 6864, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2013, p. 295 ss., con nota di V. SANTARSIERE, *Vendita di autovettura usata e difettosa. Controversia sussumibile al codice del consumo*; Trib. Brindisi, 11 dicembre 2019, n. 1783, in *DeJure*.

levare che se il primo comma dell'art. 135-*vicies ter* c.cons. abilita all'applicazione di alcune norme del codice civile ai contratti di fornitura di contenuti o di servizi digitali, il secondo comma contiene in sostanza non tanto un divieto di applicare tutte le disposizioni diverse rispetto a quelle del Capo I-*bis*, bensì solo quelle disposizioni che garantiscono al consumatore un livello di tutela diverso rispetto a quello previsto dallo stesso Capo I-*bis*. In sostanza, ai sensi dell'art. 135-*vicies ter*, comma 2, c.cons., non si applicano ai contratti di fornitura di contenuti o di servizi digitali tutte le altre norme che garantiscono il consumatore in relazione a profili espressamente oggetto di tutela da parte degli artt. 135-*octies* ss. c.cons. Ciò premesso, a proposito della garanzia per i vizi dei contenuti digitali o dei servizi digitali usati, si potrebbe ritenere che la lacuna presente nel Capo I-*bis* della predisposizione di una apposita garanzia per il consumatore postuli la possibilità di invocare l'art. 128, comma 5, c.cons. qualora la fornitura sia realizzata attraverso uno degli strumenti negoziali previsti dall'art. 128, commi 1 e 2, c.cons.²⁸. Tuttavia, però, tali argomenti non sembrano capaci di superare l'ostacolo rappresentato dall'art. 128, comma 3, c.cons., il quale esclude che le norme del Capo I si applichino ai contratti di fornitura di contenuti o di servizi digitali.

4. I beni con elementi digitali

Ai sensi dell'art. 2, n. 3 della direttiva 2019/770/UE sono beni con elementi digitali: «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»²⁹. Questa definizione di beni con elementi digitali è riprodotta nell'art. 135-*octies*, comma 2, lett. c), c.cons. Ai beni con elementi digitali non si applica la direttiva 2019/770/UE e, quindi, neppure gli artt. 135-*octies* ss. c.cons. Ai beni con elementi digitali si applica, invece, la disciplina prevista per la vendita dei beni di consumo e, quindi, le nuove norme inserite nel codice del consumo negli artt. 128 ss. Pertanto ai contenuti digitali ed ai servizi digitali che sono incorporati o interconnessi con altri beni, in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento della funzione di tali beni, si applica la direttiva 2019/771/UE e, quindi, il d.lgs. 170/2021 che ha attuato questa direttiva mediante la modifica della disciplina prevista nel codice del consumo nel Capo I, Titolo III, della Parte IV in materia di vendita di beni (dall'art. 128 all'art. 135-*septies* c.cons.)³⁰. Il bene che viene

²⁸ Sulla garanzia nella vendita di beni di consumo usati cfr. A. LUMINOSO, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. n. 170/2021)*, cit., p. 493.

²⁹ Analogo è il contenuto che si rinviene nel Considerando 14, direttiva 2019/771/UE.

³⁰ Cfr. A. LUMINOSO, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima*

venduto con contenuti o servizi digitali interconnessi o incorporati e che sono necessari per il relativo funzionamento influisce sulla disciplina che si deve applicare nei confronti dei contenuti o dei servizi digitali.

Costituisce elemento digitale di un bene qualsiasi dato prodotto e fornito in forma digitale, come i sistemi operativi, le applicazioni e qualsiasi altro *software*³¹ e la relativa disciplina si deve rinvenire nella direttiva 2019/771/UE. Il contenuto digitale non muta la natura del bene con elemento digitale oltre che nel caso in cui sia preinstallato al momento della conclusione del contratto di vendita, anche quando sia installato successivamente, qualora tale possibilità sia prevista nel contratto³².

Sono sottratti alla disciplina prevista dagli artt. 135-*octies* ss. c.cons. e, quindi, sono interessati dalla normativa introdotta dal d.lgs. 170/2021 i contratti di vendita di beni, compresi i beni con elementi digitali, nei quali l'assenza di un contenuto digitale o di un servizio digitale incorporato o interconnesso impedirebbe lo svolgimento delle funzioni dei beni stessi e qualora tale contenuto o servizio digitale sia fornito con i beni secondo le condizioni del contratto di vendita di tali beni³³. Sono da ritenere contratti di vendita di beni con elementi

lettura del d.lgs. m. 170/2021), cit., p. 485, il quale osserva che l'attuazione della direttiva è avvenuta da parte del legislatore italiano attraverso una trasposizione delle relative norme nel codice del consumo.

³¹ Considerando 14, direttiva 2019/771/UE. Sui contratti per la fornitura del software si rinvia a D. MASTRORILLI, *La fornitura di sistema informatico*, in *Dei singoli contratti, Leggi collegate*, a cura di D. Valentino, vol. II, in *Commentario Gabrielli*, Milano, 2016, p. 143 ss. Sul computer venduto con programmi preinstallati, cfr. Corte giustizia UE, sez. VIII, 7 settembre 2016, n. 310, in *Dir. e giust.*, 8 settembre 2016, con nota di G. MILIZIA, *Vendere un pc con programmi preinstallati non è una pratica commerciale sleale: niente indennizzo al consumatore*; in *Foro it.*, 2017, IV, c. 39 ss., con nota di G. LENER, *Ancora sulla vendita congiunta di hardware e software*; in *Dir. inf. e dell'informatica*, 2016, p. 734 ss.: «tenendo conto dell'offerta congiunta consistente nella vendita di un computer provvisto di programmi informatici preinstallati, la mancata indicazione del prezzo di ciascuno di questi programmi non è né tale da impedire al consumatore di prendere una decisione consapevole di natura commerciale né idonea ad indurlo a prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Pertanto, il prezzo di ciascuno di tali programmi non costituisce un'informazione rilevante ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva 2005/29». Conclude la Corte europea che «nell'ambito di un'offerta congiunta consistente nella vendita di un computer provvisto di programmi informatici preinstallati, la mancata indicazione del prezzo di ciascuno dei programmi informatici preinstallati non costituisce una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera a), e dell'articolo 7 della direttiva 2005/29»; Trib. sez. I, Monza, 15 dicembre 2020, n. 1734, in *DeJure*.

³² Considerando 14, direttiva 2019/771/UE: «tra i servizi digitali interconnessi con un bene possono figurare i servizi che consentono la creazione, la trasformazione o la memorizzazione di dati in formato digitale, nonché l'accesso a tali dati, quali i software come servizio offerti nell'ambiente di *cloud computing*, la fornitura continua di dati relativi al traffico di un sistema di navigazione oppure la fornitura continua di programmi di allenamento personalizzati nel caso di uno *smartwatch*».

³³ Considerando 15, direttiva 2019/771/UE.