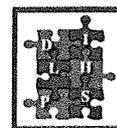




UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI
GIURIDICI E STORICO-POLITICI



I MERCATI DEI SERVIZI FRA REGOLAZIONE E *GOVERNANCE*

a cura di

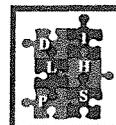
STEFANO DOMINELLI e GIAN LUCA GRECO



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI
GIURIDICI E STORICO-POLITICI



COLLANA DI STUDI SCIENTIFICI

8

La Collana di studi scientifici del Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici dell'Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di Professori, Ricercatori, titolari di assegni di ricerca afferenti al Dipartimento, dottorandi di ricerca che svolgano la loro attività sotto la guida di un docente del Dipartimento, nonché, eccezionalmente, di studiosi esterni che svolgano attività di studio e ricerca nel Dipartimento o che con esso abbiano stabilmente collaborato.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

I MERCATI DEI SERVIZI
FRA REGOLAZIONE
E *GOVERNANCE*

a cura di

STEFANO DOMINELLI e GIAN LUCA GRECO



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3261-0
ISBN/EAN 978-88-921-8606-4 (ebook - pdf)

Il presente Volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici dell'Università degli Studi di Milano, e raccoglie i risultati del Convegno "I mercati dei servizi fra regolazione e governance" tenutosi in data 11 dicembre 2018 presso la stessa Università.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Informazioni sugli Autori</i>	XI
<i>Introduzione</i>	XIII

INNOVAZIONE TECNOLOGICA E REGOLAZIONE NELL'UNIONE EUROPEA. I MERCATI DELL'ALGORITMO TRA CONCORRENZA E PROTEZIONE DEI DATI

Fabio Bassan

1. Introduzione	1
2. Dal legislatore al regolatore al giudice <i>via silos</i>	3
3. Mercati e frontiere mobili	4
4. I due fuochi della prospettiva	5
5. Silos orizzontali e verticali	6
6. Algoritmi e concorrenza	8
7. Concorrenza e competenze	9
8. Concorrenza incompetente	10
9. <i>Data driven innovation</i>	15
10. GDPR e algoritmi	18
11. GDPR e <i>blockchain</i>	19
12. Che fare?	20

DETERMINAZIONE DEL PREZZO, VENDITE ON-LINE E DIRITTO ANTITRUST

Pietro Manzini

1. Introduzione	23
2. Software di determinazione del prezzo ed <i>explicit collusion</i>	25
3. Software di segnalamento e <i>tacit collusion</i> : gli ambiti di applicazione dell'art. 101	27
4. <i>Software self-learning</i> e <i>tacit collusion</i> : spazi per l'applicazione dell'art. 102?	31

	<i>pag.</i>
5. Le <i>parity clauses</i> (o <i>Most-Favored Nation clauses</i>): effetti pro-concorrenziali e anti-concorrenziali	34
6. Il problema della natura giuridica del rapporto di intermediazione tra fornitori e piattaforme <i>on-line</i>	36
7. L'applicazione delle norme antitrust europee alle clausole di parità adottate dalle piattaforme <i>on-line</i>	40
 REGOLAZIONE E PROGRAMMAZIONE DELLE INFRASTRUTTURE Sandro Amorosino	
1. Notazioni introduttive	45
2. Il rapporto tra regolazioni e programmazioni	46
3. Il declino della politica delle infrastrutture	48
4. Le disfunzioni della regolazione	49
5. Due casi di studio: le concessioni autostradali ed il Partenariato Pubblico Privato	51
 NUOVI STRUMENTI REGOLATORI: LE LINEE GUIDA ANAC Marina Chiarelli	
1. Premessa	53
2. Il <i>soft law</i>	54
3. L'ANAC come autorità di regolazione	55
4. Le linee guida ANAC	56
5. Le tipologie di linee guida	57
6. Il sindacato giurisdizionale	59
7. Conclusioni	61
 PARTECIPAZIONE E PIATTAFORME DIGITALI: I CASI DECIDIM.BARCELONA E MILANO PARTECIPA Alessandra Piconese	
1. Introduzione: il tema della partecipazione nell'era della digitalizzazione	63
1.1. Le piattaforme digitali come responsabili del cambiamento dei sistemi informativi	64
1.2. Informazioni e governo locale: luoghi virtuali per la partecipazione dei privati	66
2. Il tema più ampio: <i>open government</i> e <i>open data</i>	67
3. Il mutamento di prospettiva e il dibattito internazionale: <i>We government</i> . Il Memorandum di Obama " <i>Transparency and Open Government</i> "	68
3.1. Trasparenza, partecipazione e collaborazione: una sfida nell'era digitale	69

3.2. <i>Wiki-government</i> : prospettive e criticità	71
4. La traduzione nelle norme italiane: la pubblicità-trasparenza come obbligo informativo della pubblica amministrazione; la piena conoscibilità dei dati come diritto dei cittadini; "apertura" nel solco delle riforme dell'amministrazione elettronica	73
5. Le infrastrutture digitali urbane: un possibile modello organizzativo locale di democrazia partecipativa	76
5.1. Il caso decidim.Barcelona	76
5.2. Il progetto Milano Partecipa	79
6. Conclusioni	81

CRYPTOCURRENCIES: IS COMPETITION A DRIVING FORCE?

Elisabetta Cervone

1. Introduction	83
2. The myth of decentralization: re-centralization and accountability gap	85
3. Relevant market and market power	87
4. Competition challenges	88
5. How to guarantee effective competition?	91
6. Conclusion	92

LA REGOLAZIONE GIURIDICA EUROPEA DELLA DIGITALIZZAZIONE QUALE STRUMENTO DI CRESCITA ECONOMICA E SOCIALE

Beatrice Bertarini

1. Introduzione. Il fenomeno della digitalizzazione nel contesto giuridico internazionale	95
2. La necessità di azioni di sostegno alla diffusione delle tecnologie digitali nell'Unione europea	98
3. Il quadro giuridico europeo di riferimento per la diffusione delle tecnologie digitali attraverso il 5G	105
4. L'Europa digitale verso il 2030 e la necessità di un framework normativo per il digitale	112

REGOLAZIONE DEI SERVIZI *ONLINE* E DIRITTO DI SCELTA OLTRE LA NEUTRALITÀ DELLA RETE: LA CRESCENTE ESIGENZA DI *DEVICE NEUTRALITY*

Vittorio Pampanin

1. Il nuovo modo di fruire delle risorse <i>online</i> : la centralità dei dispositivi nell'accesso alla rete	115
---	-----

	<i>pag.</i>
2. I pericoli per la libertà di scelta in internet legati al controllo dei dispositivi di accesso: la recente questione dell'obsolescenza programmata	119
3. I limiti dell'attuale disciplina incentrata unicamente sulla garanzia di neutralità della rete e dei servizi di intermediazione <i>online</i>	124
4. Soluzioni (già) proposte e proposte di soluzione a tutela della <i>device neutrality</i> tra divieti di obsolescenza programmata e nuovi interventi normativi	128

L'APPLICAZIONE "TERRITORIALE" DELLA NORMATIVA UE
IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI
(GDPR) E L'ECONOMIA GLOBALE DEI DATI:
QUALE MODELLO REGOLATORIO?

Chiara Cellarino

1. Introduzione	135
2. Le "due anime" della base giuridica ...	138
3. ... e della disciplina UE in materia di protezione dei dati personali	140
4. La natura (più omogenea) della disciplina UE in materia di dati non personali	141
5. L'applicazione del GDPR in presenza di uno stabilimento del responsabile o del titolare nell'UE	143
6. L'applicazione del GDPR in assenza di uno stabilimento del titolare o del responsabile nell'UE	147
7. Il GDPR, gruppi multinazionali e le analogie con il diritto della concorrenza	151
8. L'applicazione territoriale del cd. "diritto all'oblio" nel caso <i>Google 2</i>	152
9. Conclusioni	154

L'ESTINZIONE E LA MODIFICAZIONE DELLE CONCESSIONI
TRA DISCREZIONALITÀ E VALUTAZIONE TECNICA

Davide Maresca

1. Premessa	157
2. Breve cenno sulle concessioni	158
3. La revoca delle concessioni: cenno	161
4. La decadenza delle concessioni: cenno	165
5. La modificazione delle concessioni: dalla <i>post selection modification</i> alla <i>relational contracts doctrine</i>	167
6. Il duplice significato della nozione di modifica "non sostanziale": dalle <i>Federal Courts</i> alla Corte di giustizia	171
7. Conclusioni	173

L'IMPATTO DEL *FINTECH CREDIT*
NELLA REGOLAZIONE DEI MERCATI FINANZIARI

Gian Luca Greco

1. Introduzione	175
2. Il contesto istituzionale e le questioni in gioco	176
3. <i>FinTech credit</i> e ordinamento finanziario: è possibile mettere “il vino nuovo negli otri vecchi”?	178
4. Attività riservate e nuovi modelli di <i>business</i> : questioni critiche. Il <i>credit scoring</i>	182
5. Un nuovo modello comune di regolazione per attività <i>FinTech</i> e tradizionali	188

“GEOLOCALIZZAZIONE” E TUTELA DEI “CONSUMATORI DI
SERVIZI ONLINE”: PRIME RIFLESSIONI DI DIRITTO
INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE UNIFORME

Stefano Dominelli

1. Strategia per il mercato unico digitale in Europa e discriminazioni fondate sulla geolocalizzazione	191
2. I caratteri generali della tutela del consumatore nel diritto internazionale privato e processuale uniforme	196
3. I “confini” della tutela del consumatore nel diritto internazionale privato e processuale alla prova del mercato digitale	199
3.1 La nozione di consumatore	199
3.2. Il “consumatore passivo”	204
4. La “direzione delle attività” nel mercato dei servizi e dei contenuti digitali a seguito del Regolamento sulla geolocalizzazione non giustificata: problemi e possibili indicazioni per la prassi	211

“Geolocalizzazione” e tutela dei “consumatori di servizi online”: prime riflessioni di diritto internazionale privato e processuale uniforme

Stefano Dominelli *

SOMMARIO: 1. Strategia per il mercato unico digitale in Europa e discriminazioni fondate sulla geolocalizzazione. – 2. I caratteri generali della tutela del consumatore nel diritto internazionale privato e processuale uniforme. – 3. I “confini” della tutela del consumatore nel diritto internazionale privato e processuale alla prova del mercato digitale. – 3.1. La nozione di consumatore. – 3.2. Il “consumatore passivo”. – 4. La “direzione delle attività” nel mercato dei servizi e dei contenuti digitali a seguito del Regolamento sulla geolocalizzazione non giustificata: problemi e possibili indicazioni per la prassi.

1. Strategia per il mercato unico digitale in Europa e discriminazioni fondate sulla geolocalizzazione

La crisi economica dei primi anni del nuovo secolo, come evidenziato a suo tempo dalla Commissione europea, ha avuto il chiaro effetto di far recedere l’economia mondiale, così vanificando nell’Unione alcuni dei risultati già ottenuti dal processo d’integrazione e di costruzione del mercato interno¹. Nel darsi obiettivi decennali², rispetto ai quali, oramai dopo nove anni, è necessario soffermarsi, l’Unione europea si poneva dieci priorità sulle quali concentrarsi in

* Il presente contributo presenta i risultati preliminari dell’indagine svolta nell’ambito del progetto europeo Enhancing Enforcement under Brussels Ia – EN2BRiA, Project funded by the European Union Justice Programme 2014-2020, JUST-JCOO-AG-2018 JUST 831598. The content of the Brussels Ia – EN2BRiA, Project, and its deliverables, represent the views of the author only and is his sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un’agenda digitale europea*, Bruxelles, 26.8.2010, COM(2010) 245 definitivo/2. In dottrina, v. per tutti HÖRNLE, *Encouraging Online Dispute Resolution in the EU and Beyond – Keeping Costs Low or Standards High?*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 122/2012, p. 1.

² Comunicazione della Commissione europea, *EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Bruxelles, 3.3.2010, COM(2010) 2020 def.

modo particolare per contribuire ad una crescita equilibrata del mercato interno. Tra queste, la definizione di “Un’agenda europea del digitale” per il tramite della quale “accelerare la diffusione dell’internet ad alta velocità e sfruttare i vantaggi di un mercato unico del digitale per famiglie e imprese”³.

Nell’ambito di questi obiettivi generali, la Commissione individuava nel 2015 una serie di azioni concrete per incentivare l’economia digitale attraverso l’adozione di norme uniformi in grado di garantire certezza e prevedibilità, in particolare ai consumatori ed alle piccole e medie imprese⁴ che maggiormente rispetto ad altri faticano ad adeguarsi ad un mercato profondamente diverso rispetto a quello tradizionale.

Nell’intento di (ri)lanciare il commercio digitale, la Commissione europea ha proposto norme di diversa natura per accrescere la fiducia dei consumatori verso le potenzialità dell’*e-commerce*. Sotto il profilo sostanziale, tra le novità introdotte negli ultimi anni, meritano una menzione particolare le regole in tema di *roaming internazionale*⁵ e la direttiva sul commercio elettronico⁶. Come noto, con la prima disciplina il “legislatore” europeo ha voluto, nel corso del tempo, procedere ad una progressiva instaurazione di un’eurotariffa per i servizi di telefonia mobile all’estero. Con la seconda, l’Unione è recentemente tornata sul te-

³Tra gli altri obiettivi presentati in “EUROPA 2020”, si ricordano l’innovazione; il miglioramento dei sistemi di insegnamento per migliorare l’ingresso dei giovani nel mondo del lavoro; la transizione verso un’economia ecologicamente sostenibile; il supporto alle piccole e medie imprese nel contesto della globalizzazione; la modernizzazione dei mercati occupazionali, nonché la coesione sociale.

⁴Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Bruxelles, 6.5.2015, COM(2015) 192 fin.

⁵Più di recente, v. Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l’accesso a un’Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all’interno dell’Unione, in *OJ L* 310, 26.11.2015, p. 1. In giurisprudenza, in tema v. Sentenza della Corte (grande sezione) dell’8 giugno 2010, *The Queen, su istanza di Vodafone Ltd e altri contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Causa C-58/08, *Raccolta della giurisprudenza*, 2010, I-4999.

⁶V. Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in *OJ L* 178, 17.7.2000, p. 1. Più di recente, v. Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in *OJ L* 304, 22.11.2011, p. 64, in cui si evidenzia come “il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe essere uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non [sia ancora] completamente sfruttato. Rispetto alla crescita significativa delle vendite a distanza negli ultimi anni, è rimasta limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet che hanno un elevato potenziale di ulteriore crescita” (considerando 5).

ma di un *corpus* uniforme di diritti dei consumatori nella consapevolezza di come un regime maggiormente armonizzato possa contribuire a rafforzare la fiducia nel mercato, anche digitale, di tutti gli attori rilevanti.

Accanto ad una disciplina sostanziale volta ad incoraggiare il mercato digitale, la Commissione europea ha proposto una serie di norme che rilevano anche sul versante più processuale, o – meglio – sul versante dell’accesso alla giustizia in senso lato, quindi rispetto alla fase di *enforcement* dei diritti riconosciuti in particolare ai consumatori. Consapevole del fatto che le singole operazioni commerciali che si svolgono tra professionisti e consumatori sul mercato digitale possono avere un valore economico così modesto da disincentivare la parte debole al ricorso alla giustizia ordinaria, con conseguente disincentivo per operazioni commerciali future, la Commissione europea è intervenuta per migliorare anche l’accesso ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie⁷, adottando il cd.

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Un’agenda europea dei consumatori – Stimolare la fiducia e la crescita*, Bruxelles, 22.5.2012, COM(2012) 225 fin. Cfr. anche Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull’ODR per i consumatori), in *OJ L* 165 del 18.6.2013, p. 1, considerando 7 (“[i]l fatto di disporre di mezzi di facile utilizzo e a basso costo per la risoluzione delle controversie può aumentare la fiducia dei consumatori e dei professionisti nel mercato unico digitale. I consumatori e i professionisti tuttavia continuano a incontrare difficoltà in particolare nel trovare soluzioni extragiudiziali alle controversie derivanti da operazioni transfrontaliere effettuate online. Pertanto tali controversie restano spesso irrisolte”). Sulla rilevanza dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie anche nel contesto del commercio elettronico, cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *L’Atto per il mercato unico, Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia, “Insieme per una nuova crescita”*, Bruxelles, 13.4.2011, COM(2011) 206 def. Sul tema della mediazione transfrontaliera, senza pretesa di esaustività in dottrina v. MAK, NEMETH, *The EU’s Digital Agenda: New Proposals for Online and Offline Consumer Disputes, E-Commerce and Card, Internet and Mobile Payments*, in *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht*, 2012, p. 112; LEGNER, *Cross-Border-Mediation in der Europäischen Union*, in HAFT, GRAEFIN VON SCHLIEFFEN (eds), *Handbuch Mediation*, Munich, 2016, p. 1415; DE LUCA, *Mediation in Italy, Feature and Trends*, in ESPLUGUES, MARQUIS (eds), *New Developments in Civil and Commercial Mediation Global Comparative Perspectives*, Heidelberg, 2015, p. 345; SUQUET CAPDEVILA, *The European Legal Framework on Consumer Online Dispute Resolution (ODR)*, in BERGÉ, FRANÇO, GARDENES SANTIAGO (eds), *Boundaries of European Private Law*, Brussels, 2015, p. 161; GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010; CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008; CARPANETO, *La Direttiva n. 2008/52 sulla mediazione civile e commerciale. Uno strumento a tutela della parte debole*, in QUEIROLO, BENEDETTI, CARPANETO (eds), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell’Unione europea e diritto interno*, Roma, 2012, p. 547; BENÖHR, *Consumer Dispute Resolution after the Lisbon Treaty: Collective Actions and Alternative Procedures*, in *Journal of Consumer Policy*, 2013, p. 87; DOMINELLI, *International and EU Perspective on Mediation: The EU Digital Agenda and Online Mediation in the Digital Single Market and the UNCITRAL’s Working Group III on Online Dispute Resolution*, in PESCE, RONE (eds), *Mediation to Foster European Wide Settlement of Disputes*, Rome, 2016, p. 213; ESPLUGUES, *General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, in ESPLUGUES, MARQUIS (eds), *New Developments in Civil and Commercial Mediation Global Comparative Per-*

Regolamento ODR⁸, istitutivo di una piattaforma digitale, strumento di supporto che agevoli la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie online tra consumatori e professionisti. A questo si aggiunge la cd. Direttiva ADR⁹, il cui obiettivo è garantire che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

Nel solco di questa linea di azione, più recentemente è stato licenziato il testo del Regolamento (UE) 2018/302 sulla geolocalizzazione non giustificata¹⁰; la di-

spectives, Heidelberg, 2015, p. 1; HODGES, *Current Discussions on Consumer Redress: Collective Redress and ADR*, in *Era Forum*, 2012, p. 11; JUSKIS, ULBAITE, *Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes in the European Union: Current Issues and Future Opportunities*, in *Business and Law*, 2012, p. 25; BANASZEWSKA, *Recent Developments in Consumer Dispute Resolution Systems in the European Union*, in DE MAESTRI, DOMINELLI (eds), *Party Autonomy in European Private (and) International Law, Tome II*, Rome, 2015, p. 33; ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 349; LAPP, *Online-Mediation*, in HAFT, GRAEFIN VON SCHLIEFFEN (eds), *Handbuch Mediation*, München, 2016, p. 510; DE PALO; D'URSO; TREVOR; BRANON; CANESSA; CAWYER; FLORENCE, 'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, Study of the European Parliament Policy Department Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2014; VOET, *Belgium*, in HODGES, BENÓHR, CREUTZFELDT-BANDA (eds), *Consumer ADR in Europe*, Oxford, 2012, p. 26; VOET, *Public Enforcement and A(O)DR as Mechanism for Resolving Mass Problems: a Belgian Perspective*, in HODGES, STADLER (eds), *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims*, Cheltenham, 2013, p. 270; MANN, *Smoothing Some Wrinkles in Online Dispute Resolution*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2008, p. 83; CORTÉS, *A New Regulatory Framework for Extra-Judicial Consumer Redress: Where We Are and How to Move Forward*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-02, p. 23; CORTÉS, *Developing Online Dispute Resolution for Consumers in the EU: A Proposal for the Regulation of Accredited Providers*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2011, p. 1; CORTÉS, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, New York, 2011; BARRAL VINALIS, *E-Consumers and Effective Protection: the Online Dispute Resolution system*, in DEVENNY, KENNY (eds), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, 2012, p. 82; CHALAMISH, KRAUS, *AutoMed – An Automated Mediator for Multi-Issue Bilateral Negotiations*, in *Autonomous Agents and Multi-Agent Systems*, 2012, p. 536; DAVIES, *How Well Placed is the Optimism Surrounding the New ADR/ODR Proposals?*, in *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht*, 2012, p. 63; MARINO, *La risoluzione alternativa delle controversie tra mercato interno e tutela del consumatore*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 779; RULE, ROGERS, DEL DUCA, *Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value-High Volume Claims – OAS Developments*, in *Uniform Commercial Code Law Journal*, 2010, p. 221 e PEREZ, *Consumer Protection in the Americas: A Second Wave of American Revolutions?*, in *University of St. Thomas Law Journal*, 2008, p. 698.

⁸Regolamento (UE) n. 524/2013, cit., art. 1.

⁹Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), in *OJ L 165* del 18.6.2013, p. 63, art. 1.

¹⁰Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante 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

sciplina in materia è stata adottata in considerazione del fatto che “i professionisti segmentano artificialmente il mercato europeo lungo le frontiere interne e ostacolano la libera circolazione delle merci e dei servizi, limitando così i diritti dei clienti e impedendo loro di beneficiare di una scelta più ampia e di condizioni ottimali”. Tali pratiche di segmentazione del mercato digitale sono considerate discriminatorie in seno all’Unione europea, nonché pregiudizievoli per il pieno sviluppo del potenziale di crescita del mercato interno¹¹.

Obiettivo ultimo del Regolamento sulla geolocalizzazione non giustificata è contrastare discriminazioni dirette ed indirette, perpetrate anche a mezzo di blocchi geografici ingiustificati, nell’ambito delle transazioni transfrontaliere tra un professionista e un cliente relative alla vendita di beni e alla fornitura di servizi all’interno dell’Unione¹². A tal fine, il regolamento vieta ai professionisti di bloccare o limitare l’accesso di un cliente a siti per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento del cliente. Allo stesso modo, è vietato in linea di principio il reindirizzamento del consumatore dal sito al quale non può accedere verso il sito specificamente sviluppato per lo Stato in cui il consumatore si trova¹³.

Senza voler in questa sede entrare nel dettaglio delle norme del Regolamento sulla geolocalizzazione non giustificata, ed in particolare su cosa debba intendersi per “geo-blocco *ingiustificato*”, nozione che non viene chiaramente definita dal testo dell’articolato, ma che viene solo circostanziata *a contrario* in alcuni considerando¹⁴, pare opportuno concentrarsi sulla relazione tra lo strumento in parola ed altri che pure perseguono l’obiettivo di tutelare i consumatori. Come si evince, infatti, dal richiamo ai diversi interventi normativi di cui sopra, risulta evidente come la tutela del consumatore sia perseguita dall’Unione europea su diversi livelli, con conseguente necessità di coordinamento dei diversi atti.

del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, in *OJ L 60I* del 2.3.2018, p. 1.

¹¹ Regolamento (UE) 2018/302, cit., considerando 2.

¹² *Ibidem*, considerando 6.

¹³ *Ibidem*, art. 3.

¹⁴ *Ibidem*, considerando 23 e considerando 24. Le due disposizioni, con l’obiettivo di rappresentare situazioni di geo-blocco ingiustificato, fanno riferimento, rispettivamente, alla vendita a distanza online ed alla vendita online di contenuti digitali, che prescindono da una consegna materiale nel senso tradizionale del termine. Ai sensi del considerando 23, non è giustificata la situazione in cui “il professionista vende beni che sono consegnati in uno Stato membro ove il professionista ne offre la consegna ai sensi delle condizioni generali di accesso del medesimo o che sono ritirati presso un luogo concordato tra il professionista e il cliente in uno Stato membro in cui le predette condizioni generali di accesso offrono tale opzione. In tale situazione il cliente dovrebbe poter acquistare beni esattamente alle stesse condizioni, inclusi il prezzo e le condizioni relative alla consegna dei beni, di cui godrebbero analoghi clienti residenti o stabiliti nello Stato membro in cui i beni sono consegnati o ritirati. Ciò potrebbe significare che i clienti stranieri debbano ritirare i beni in tale Stato membro o in un altro Stato membro in cui il professionista ne effettui la consegna [...]”. Secondo il considerando 24, una seconda situazione di illegittimità riguarderebbe “la fornitura, da parte del professionista, di servizi tramite mezzi elettronici. In questo caso non è richiesta alcuna consegna fisica, poiché i servizi sono forniti per via elettronica [...]”.

Più in particolare, sembra opportuno doversi soffermare sull'incidenza che l'eliminazione del geo-blocco ingiustificato può esercitare nell'applicazione delle regole di diritto internazionale privato e processuale uniforme nel peculiare contesto del mercato digitale, laddove la geolocalizzazione ai fini dell'accesso ai beni ed ai servizi può, in alcune circostanze, costituire l'unico strumento sufficientemente adeguato per il professionista per delimitare il proprio mercato, e dunque la cerchia di consumatori cui intende rivolgere la propria attività. Con quanto ne segue in tema di prevedibilità del giudice competente e della legge applicabile in caso di controversia transfrontaliera che presenta elementi di contatto con più ordinamenti e che, per tale ragione, solleva questioni di conflitti di giurisdizione e conflitti di legge.

2. I caratteri generali della tutela del consumatore nel diritto internazionale privato e processuale uniforme

L'obiettivo di tutelare il consumatore, anche al fine di assicurarsi che questo non si ritiri dal mercato, viene perseguito sul piano del diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea attraverso una serie specifica e dettagliata di norme concernenti l'individuazione tanto del giudice competente quanto della legge applicabile al contratto di consumo.

I titoli di giurisdizione dettati dal Regolamento Bruxelles I bis¹⁵ sono fortemente ispirati ad un principio di prossimità: secondo quanto previsto dagli artt. 17 ss, il consumatore che voglia iniziare un procedimento contro il professionista potrà avvalersi (anche) del proprio *forum actoris*¹⁶. In questo senso, la tutela della parte debole si cristallizza nel superamento di quel principio generale conosciuto e condiviso in molti ordinamenti, riassumibile nel noto brocardo *actor sequitur forum rei*¹⁷. Al contempo, la "parte forte" del rapporto contrattuale potrà iniziare un procedimento contro il consumatore solo dinanzi alle corti dello Stato in cui quest'ultimo è domiciliato¹⁸.

¹⁵ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *OJ L* 351 del 20.12.2012, p. 1.

¹⁶ Regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., art. 18(1).

¹⁷ *Ibidem*, art. 4. V. nella più recente giurisprudenza Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 18 maggio 2017, *Hummel Holding A/S* contro *Nike Inc. e Nike Retail B.V.*, Causa C-617/15, in *Raccolta elettronica*, para. 35. In dottrina, per una critica circa l'efficienza economica del principio in parola, v. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Foro del domicilio del demandado y reglamento Bruselas 'I-Bis 1215/2012'. Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, p. 112 ss. e ŠRÁMEK, *Brussels I: Recent Developments in the Interpretation of Special Jurisdiction Provisions for Internet Torts*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2015, p. 165 ss.

¹⁸ Regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., art. 18(2).

Laddove nell'impianto del Regolamento Bruxelles I bis, il foro generale del convenuto può in diverse materie aggiungersi a fori alternativi individuati in ragione di un "collegamento stretto tra l'autorità giurisdizionale e la controversia"¹⁹, in materia di contratti di consumo, per quello che qui interessa, il "legislatore" dell'Unione ha voluto proteggere la parte debole con titoli di giurisdizione idonei ad assicurarsi che questa non debba essere costretta ad iniziare un procedimento all'estero, ovvero a sostenere i costi della difesa giudiziale in altro Stato membro. Sarà pertanto sempre il giudice più vicino, più prossimo, al consumatore a pronunciarsi sulle cause transfrontaliere di consumo. Diversamente, per gli stessi motivi per cui si è intervenuti in tema di ADR, il costo della giustizia all'estero ed il valore potenzialmente basso della controversia potrebbero avere l'effetto di disincentivare il consumatore a costituirsi in giudizio e – conseguentemente – indurlo a non concludere più contratti transfrontalieri di consumo.

Per evitare che il foro a tutela della parte debole possa essere derogato da clausole contrattuali imposte dalla parte forte²⁰, il Regolamento Bruxelles I bis limita l'autonomia internazionalprivatistica delle parti rispetto alla possibilità di scelta del giudice competente. In deroga al valore che nello strumento assume la proroga della giurisdizione ad opera della volontà delle parti²¹, i titoli di giurisdizione in materia di contratti di consumo possono essere derogati da un accordo tra le parti che sia *posteriore* al sorgere della controversia²²; già nel contratto da clausole di proroga asimmetriche in favore della sola parte debole (cd. *harlequin clauses*)²³, ovvero che conferiscano competenza alle autorità dello Stato se entrambe le parti sono ivi domiciliate o anche solo residenti, purché la *lex fori* ammetta tali clausole²⁴.

La violazione delle regole in parola determina almeno due reazioni ordinarie, preordinate ad assicurare, in modo più o meno efficace, l'effettività delle norme. Da un lato, nell'ipotesi in cui la parte debole sia convenuta davanti ad un'autorità diversa da quelle ora indicate, il regolamento impone un obbligo

¹⁹ *Ibidem*, considerando 16. Sul principio di prossimità v. in giurisprudenza Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 19 dicembre 2013, *Corman-Collins SA* contro *La Maison du Whisky SA*, Causa C-9/12, in *Raccolta elettronica*, para. 31.

²⁰ Oltre alla dottrina citata, v. anche CRAWFORD, CARRUTHERS, *International Private Law: A Scots Perspective*, Edinburgh, 2016, p. 136 e CARRUTHERS, *Coherence of Treatment of Disadvantaged Parties under the Brussels I Regulation and the Rome I Regulation*, in QUEIROLO, BENEDETTI, CARPANETO (eds), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Roma, 2012, p. 15 ss.

²¹ Regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., considerando 19; art. 25.

²² Su come debba essere interpretato il requisito in parola, v. HEISS, *Jurisdiction in Matters Relating to Insurance*, in MAGNUS, MANKOWSKI (eds), *Brussels Ibis Regulation*, Cologne, 2016, p. 407, a p. 431; GEIMER, SCHUETZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München, 2010, p. 311 e JENARD, *Report on the convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, in OJ C 59/79, p. 6, a p. 33.

²³ CRAWFORD, CARRUTHERS, *International Private Law: A Scots Perspective*, cit., p. 168.

²⁴ Regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., art. 19.

(invero privo di espresse sanzioni in caso di inadempimento) in capo al giudice: questo dovrà infatti assicurarsi che il convenuto sia stato informato del suo diritto di eccepire l'incompetenza giurisdizionale. Solo dopo tale operazione il giudice adito potrà dichiararsi competente in virtù di un accordo di proroga della giurisdizione fondato sul comportamento processuale delle parti²⁵. Dall'altro lato, la violazione dei titoli di giurisdizione a tutela della parte debole, ma non anche dell'obbligo di informazione²⁶, costituisce un motivo di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione della decisione nello spazio giudiziario europeo.

La tutela della parte debole è altresì perseguita nel settore dei conflitti di legge, dove criteri di collegamento specifici sono dettati dall'art. 6 del Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali²⁷. In linea di principio²⁸, in forza di tale norma, in difetto di una scelta delle parti, il contratto è regolato dalla legge dello Stato di residenza abituale del consumatore. Tuttavia, e così caratterizzando più debolmente il principio di prossimità rispetto a quanto avviene in tema di competenza giurisdizionale, le parti possono liberamente sce-

²⁵ *Ibidem*, art. 26(2).

²⁶ *Ibidem*, art. 45(1)(e)(i). La norma prevede che la violazione dei titoli di giurisdizione di cui al Capo II, Sezioni 3, 4 e 5 costituisca motivo di diniego. Allo stesso modo, la regola in tema di proroga tacita della giurisdizione, inclusa nel Capo II, Sezione 7 del regolamento, non costituisce motivo ostativo autonomo. Sul punto, v. QUEIROLO, *Choice of Court Agreements in the New Brussels I-Bis Regulation: A Critical Appraisal*, in *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, p. 113, a p. 136 e DOMINELLI, *Party Autonomy and Insurance Contracts in Private International Law: A European Gordian Knot*, Rome, 2016, p. 442 ss.

²⁷ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *OJ L 177*, 4.7.2008, p. 6.

²⁸ Esulano dal campo di applicazione i contratti di trasporto ed i contratti di assicurazione, anche qualora questi siano conclusi per motivi di consumo, rispetto ai quali trovano applicazione rispettivamente l'art. 5 e l'art. 7 del regolamento (in tema v. per tutti BASEDOW, *Consumer Contracts and Insurance Contracts in a Future Rome I-Regulation*, in MEEUSEN, PERTEGÁS, STRAETMANS (eds), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp, 2004, p. 269 ss). Inoltre, come verrà specificato nel prosieguo, l'art. 6 del Regolamento Roma I non trova applicazione con riferimento ai cd "consumatori attivi", ossia quelli che in applicazione del proprio diritto alla libera circolazione concludono all'estero un contratto di consumo che non è proposto dal professionista nello Stato di origine del consumatore stesso. Inoltre, i criteri di collegamento a tutela della parte debole non si applicano i) ai contratti di fornitura di servizi quando i servizi dovuti al consumatore devono essere forniti esclusivamente in un paese diverso da quello in cui egli risiede abitualmente; ii) ai contratti di trasporto diversi dai contratti riguardanti un viaggio "tutto compreso"; iii) ai contratti aventi per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile diversi dai contratti riguardanti un diritto di godimento a tempo parziale; iv) ai diritti e obblighi che costituiscono uno strumento finanziario e ai diritti e obblighi costitutivi delle clausole e condizioni che disciplinano l'emissione o l'offerta al pubblico e le offerte pubbliche di acquisizione di valori mobiliari, e alla sottoscrizione e al riacquisto di quote di organismi di investimento collettivo, nella misura in cui tali attività non costituiscono prestazione di un servizio finanziario e v) ai contratti conclusi in un sistema multilaterale che consente o facilita l'incontro di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari.

gliere la legge applicabile secondo le regole generali²⁹, quindi anche attraverso l’inserimento di una clausola all’interno del contratto di adesione. Come unico “*content-based limitation*”³⁰ all’autonomia privata, la scelta delle parti “non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge” del suo Stato di residenza abituale. In altre parole, dunque, nel silenzio del contratto sarà quest’ultima legge a regolare l’obbligazione ed, in ogni caso, le norme non convenzionalmente derogabili³¹ dalle parti risulteranno comunque applicabili in concorso con quelle risultanti dalla *optio iuris*.

3. I “confini” della tutela del consumatore nel diritto internazionale privato e processuale alla prova del mercato digitale

La tutela internazionalprivatistica del consumatore poggia su una precisa qualificazione di tale soggetto: nell’impianto dei regolamenti europei sulla legge applicabile, sul giudice competente e sulla circolazione delle decisioni, non tutti i consumatori sono meritevoli di protezione.

Il mercato digitale e le nuove tecnologie già oggi costituiscono una sfida definitiva in sede di applicazione di diritto internazionale privato e processuale uniforme. Sfida alla quale, come si vedrà, si aggiunge il nuovo rapporto tra queste norme, calate nel contesto dell’*internet of things*, ed il divieto per gli operatori commerciali di segmentare artificialmente un mercato virtuale privo di confini materiali.

3.1. La nozione di consumatore

In primo luogo, il “consumatore” può essere unicamente una persona fisica³² che conclude un contratto per fini estranei ad attività professionali. Tale defini-

²⁹ Regolamento (CE) n. 593/2008, cit., art. 6(2). Sulla nozione rilevante di “consumatore” nel diritto processuale civile internazionale uniforme, v. per tutti CARBONE, TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016, p. 187.

³⁰ RÜHL, *The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy*, in *Journal of Private International Law*, 2014, p. 335, a p. 352 ss.

³¹ Regolamento (CE) n. 593/2008, cit., art. 6(2).

³² *Ibidem*, art. 6(1). Allo stesso modo, il Regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., art. 17, pur non parlando in termini espliciti di persone fisiche o giuridiche, altrettanto chiaramente limita il proprio campo di applicazione ai “contratti conclusi da una persona, il consumatore, per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale”, così escludendo *in nuce* la possibilità per persone giuridiche di poter invocare la sezione speciale a tutela della parte contrattualmente debole.

zione, prevedibilmente, ha sollevato questioni in merito ai cd. “contratti misti”, ovvero quei contratti conclusi da una persona fisica per scopi privati e professionali.

Assumendo la natura eccezionale delle regole a tutela della parte debole³³, poiché queste derogano alla disciplina generale in tema di competenza giurisdizionale e legge applicabile, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha ritenuto opportuno interpretare in senso restrittivo il campo di applicazione delle norme di protezione. In questo senso, ad esempio, è stato affermato chiaramente che, caso per caso, compete al giudice di merito stabilire se il contratto è stato concluso per soddisfare in misura non trascurabile esigenze riferibili alle attività professionali della persona. Con la specificazione che, in un simile contesto, l’uso misto del bene legittima all’applicazione dei fori a tutela della parte debole solo laddove l’uso professionale del bene “sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile (piuttosto che “non predominante”, come richiesto invece dal diritto materiale uniforme³⁴) nel contesto globale dell’operazione”³⁵.

Se, da un lato, la nozione di “consumatore”, tanto nel diritto dell’Unione europea quanto nel diritto interno, che pur nel primo trova oramai una rilevante fonte di armonizzazione, può ritenersi acquisita dal sistema, dall’altro lato è anche vero che il mercato digitale, e le nuove tecnologie in generale, contribuiscono a rendere evanescente e dai contorni più incerti una nozione elaborata avendo in mente un commercio dalle forme più tradizionali.

Pare tuttavia opportuno specificare che non tutte le nuove tecnologie pongono necessariamente sfide definitorie e di qualificazione nel diritto internazionale privato e processuale dei consumatori. Per molti aspetti, infatti, l’impiego delle nuove tecnologie attiene più semplicemente alle modalità di comunicazione tra le parti interessate, in sostanza, per i fini che qui interessano, trattandosi

³³ Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 20 gennaio 2005, *Johann Gruber contro Bay Wa AG*, Causa C-464/01, in *Raccolta della giurisprudenza*, 2005, I-439, para. 32 s.

³⁴ Direttiva 2011/83/UE, cit., considerando 17, “[...] nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nel quadro delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori e lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore”. In dottrina sul punto v. VAN HOEK, *CJEU – Pammer and Alpenhof – Grand Chamber 7 December 2010, joined cases 585/08 and 144/09*, in *European Review of Contract Law*, 2012, p. 93, a p. 99 s. Questo benché, in linea di principio, la Corte di giustizia abbia cercato nella materia *de qua* di offrire una interpretazione uniforme delle nozioni rilevanti fornite dal diritto sostanziale e dal diritto internazionale privato e processuale (cfr. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione). Evoluzione e continuità del “sistema Bruxelles-I” nel quadro della cooperazione giudiziaria civile europea in materia civile*, Milano, 2015, p. 223); operazione invece non necessariamente anche riuscita in altri contesti, quale quello assicurativo, ove i riferimenti alla disciplina materiale non abbondano in sede di interpretazione di speculari definizioni internazionali.

³⁵ In questi termini, v. già Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 20 gennaio 2005, *Johann Gruber contro Bay Wa AG*, Causa C-464/01, cit.

di una più evoluta forma di commercio a distanza. In questo senso, ad esempio, l’acquisto di beni quali vestiti da siti di grandi marche potrebbero essere equiparati, nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale, alle vendite a distanza per telefono.

Dall’angolo visuale che qui rileva, una “sfida” di qualificazione, rispetto a quelli che sono i criteri ed i canoni ermeneutici classici, è stata posta dal mercato dei servizi di *social networks*. Senza spingersi in questa sede nell’analisi del mercato dei *big data*³⁶, ove i dati personali costituiscono mezzo di pagamento non monetario di servizi digitali e consentono una dettagliata profilazione del portafoglio clienti dei professionisti, un caso ha recentemente richiesto l’intervento della Corte di giustizia dell’Unione europea, cui era stato chiesto di offrire linee guida circa la nozione di consumatore contestualizzata nel settore dei servizi *social*.

Nell’affare *Maximilian Schrems c Facebook*³⁷, il primo, in forza di un’esperienza derivante da diversi procedimenti contro la seconda, proponeva contro quest’ultima un’azione di classe per sentirla condannare al risarcimento del danno per violazione di norme sulla privacy e trattamento dei dati personali. Nel giudizio nazionale sorgevano tuttavia dubbi in merito alla possibilità di qualificare l’attore quale parte debole poiché quest’ultimo, nel corso degli anni, oltre ad un *account* “chiuso” per lo scambio privato di foto e *chatting*, apriva anche una “*pagina Facebook*”, quindi pubblica, per informare altri utenti delle sue azioni legali, delle sue conferenze, delle partecipazioni a dibattiti e dei suoi interventi nei media, nonché per avviare richieste di donazioni e per fare pubblicità ai suoi libri³⁸.

Tale specifica circostanza portava la Corte suprema austriaca a richiedere l’intervento della Corte di giustizia dell’Unione europea perché questa chiarisse se le norme uniformi in tema di giudice competente a tutela del consumatore parte debole debbano applicarsi anche “nel caso in cui – dopo un periodo di uso relati-

³⁶Tra i molti contributi in materia, v. AMMANNATI, *Regolare o non-regolare, ovvero l’economia digitale fra “Scilla e Cariddi”*, in AMMANNATI, CAFARI PANICO (a cura di), *I servizi pubblici. Vecchi problemi e nuove regole*, Torino, 2018, p. 101, a p. 112 ss; DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 2016, p. 637 ss; OREFICE, *I big data. Regole e concorrenza*, in *Politica del diritto*, 2016, p. 697 ss; COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, p. 425 ss; GIANNACCARI, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, p. 307 ss e SCHEPP, WAMBACH, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, p. 120 ss.

³⁷Tra gli arresti più recenti, sempre con riferimento alla qualificazione del soggetto quale consumatore nel contesto di ripetute vendite online, si ricorda come la Corte di giustizia dell’Unione europea abbia escluso che la pubblicazione di un certo numero di annunci di vendita online determina un’automatica perdita della qualità in parola, dovendo piuttosto il giudice di merito verificare caso per caso se siffatta attività rientri nel quadro di una attività commerciale, industriale, artigianale o professionale (Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 4 ottobre 2018, *Komisija za zashbita na potrobitelite* contro *Evelina Kamenova*, Causa C-105/17, in *Raccolta elettronica*).

³⁸Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 25 gennaio 2018, *Maximilian Schrems* contro *Facebook Ireland Limited*, Causa C-498/16, in *Raccolta elettronica*, para. 10.

vamente prolungato di un account *Facebook* privato connesso all'esercizio di propri diritti – [il “consumatore”] pubblici libri, tenga conferenze, in parte anche remunerate, gestisca siti web, raccolga fondi per l'esercizio dei diritti medesimi e ottenga la cessione di diritti di numerosi consumatori garantendo loro la partecipazione agli eventuali benefici derivanti dal positivo esito dell'azione giudiziaria, previa deduzione delle relative spese processuali”³⁹.

Nel risolvere la questione pregiudiziale, e senza prendere espressa posizione in merito alla rilevanza dell'esistenza di due diversi contratti, uno per l'account privato ed uno per la pagina pubblica, la Corte di giustizia ha sottolineato come, nel contesto dei servizi di una rete sociale digitale, idonei ad essere utilizzati su un'ampia scala temporale, la definizione della qualità di “consumatore” debba necessariamente tener conto dell'evoluzione ulteriore dell'uso che viene fatto di tali servizi. In altre parole⁴⁰, un (recente) account pubblico a fini professionali non fa necessariamente venire meno la qualità di consumatore, nella misura in cui siano rispettati i principi in tema di marginalità della componente professionale⁴¹.

La Corte di giustizia, quindi, nel rimettere la determinazione specifica al giudice nazionale, impone di valutare l'uso dei servizi digitali su tutta la loro scala temporale. Quello che sembrerebbe emergere è che nel contesto *social*, da un lato, evidenti attività di natura professionale non costituiscono di per sé una qualche forma di presunzione in fatto, né quindi danno luogo ad alcun tipo di automatismo, in merito alla perdita della qualità di “consumatore”. Vieppiù, l'indagine di merito del giudice deve, come da indicazione della Corte di giustizia, tener conto della natura pluriennale del servizio digitale, quasi a voler suggerire che un prolungato uso “privato” dei *social* potrebbe in qualche modo “compensare” un utilizzo professionale recentemente acquisito. Dall'altro lato, in tale analisi non dovrebbe assumere rilievo il grado o livello di conoscenza che il singolo consumatore acquisisce, poiché in senso diverso si pregiudicherebbe il suo effettivo esercizio del diritto di tutela⁴².

Il caso *Schrems* sembra allora mostrare come, ancora oggi, la nozione di “consumatore” necessiti di chiarimenti, specialmente quando definizioni classiche devono essere calate in contesti moderni e fluidi, che pure potrebbero suggerire soluzioni diverse o, almeno, ulteriori specificazioni. Ad esempio, se pare corretto che le competenze acquisite dal singolo non pregiudichino la qualità di consumatore, in ossequio ad un principio di protezione “*label-based*”⁴³ della parte contrattualmente debole, la Corte di giustizia potrebbe tornare sul punto

³⁹ *Ibidem*, para. 24.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 37.

⁴¹ *Ibidem*, para. 38.

⁴² *Ibidem*, para. 40.

⁴³ Su cui, con riferimento alla tutela della parte debole nel contratto assicurativo, sia consentito il rinvio a DOMINELLI, *Party Autonomy and Insurance Contracts in Private International Law: A European Gordian Knot*, cit., p. 453 ss.

proprio in ipotesi, come quelle già trattate, in cui la competenza acquisita in tema di privacy diventa strumento fondamentale per l'attività professionale cui le azioni del consumatore sono asservite. La decisione, infatti, è stata oggetto di critiche sotto diversi profili. La Corte di giustizia non sembra aver adeguatamente dato rilievo alla distinzione tra account privato e pagina pubblica professionale⁴⁴, mentre, di contro, le riflessioni svolte nella stessa causa dall'Avvocato generale sembrano in questo più soddisfacenti.

L'Avvocato Generale Bobek, infatti, ha evidenziato come i *social media* “confondono” la categorie classiche e contribuiscono a proiettare tanto la sfera privata dell'individuo quanto quella professionale nel mondo digitale, con una necessaria commistione dei due aspetti⁴⁵. In tali circostanze, “[b]enché sia chiaro che, in un modo o nell'altro, taluni dei suddetti utilizzi [a contenuto professionale] contribuiscono all'«autopromozione» e al miglioramento della condizione professionale”, la perdita della qualità di consumatore potrebbe aversi solo “a lungo termine [poiché questi utilizzi] non sono diretti a produrre un risultato commerciale immediato”⁴⁶.

A contrario, allora, e qui offrendo seppur in via negativa un criterio maggiormente utile ai giudici, laddove utilizzi professionali di account o pagine pubbliche abbiano risultati commerciali immediati, la qualità di “consumatore” dovrebbe venire meno.

Rimane quindi dubbio se un soggetto come *Schrems* possa, nel merito, qualificarsi come consumatore, posta la pubblicazione e vendita di due libri, nonché la sua acquisita qualità di cessionario “di oltre 25 000 persone in tutto il mondo, dei loro diritti al fine di far valere [in giudizio] tali diritti”⁴⁷.

Allo stesso tempo, la natura sfumata dei *social media*, tale da essere evocativamente soprannominata “*fifty shades of blue*”⁴⁸, risulta ancora più complessa se rapportata al mondo degli “*influencers*”, dove account dei *social media* dall'uso apparentemente privato registrati a fini di “*community*” divengono, in sostanza, strumento di lavoro essenziale e necessario dei professionisti⁴⁹.

Da un lato, infatti, in un simile “mercato” rimangono ancora dubbie le conseguenze, anche di diritto internazionale privato e processuale, in ipotesi di *shutdown* del sistema – come quello verificatosi a livello mondiale in data 13

⁴⁴ LUTZI, *Fifty Shades of (Facebook) Blue – ECJ Renders Decision on Consumer Jurisdiction and Assigned Claims in Case C-498/16 Schrems v Facebook*, in *Conflictolaws.net*, 26 gennaio 2018.

⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek, presentate il 14 novembre 2017, in Causa C-498/16, *Maximilian Schrems* contro *Facebook Ireland Limited*, para. 47.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 48.

⁴⁷ Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 25 gennaio 2018, *Maximilian Schrems* contro *Facebook Ireland Limited*, Causa C-498/16, cit., para. 12.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek, presentate il 14 novembre 2017, in Causa C-498/16, *Maximilian Schrems* contro *Facebook Ireland Limited*, para. 49.

⁴⁹ *Ibidem*, para. 46.

marzo 2019⁵⁰. Soprattutto nel caso dei “*mini-influencers*”, l'impossibilità di accesso al sistema di *social media* potrebbe sollevare questioni qualificatorie, sostanziali ed internazionalprivatistiche, in ipotesi di azioni di risarcimento del danno.

Dall'altro lato, e questa volta nel rapporto trilaterale tra professionista ed *influencer* viz i “*followers*”, rimane ancora dubbio come debba essere valutato il ruolo di intermediazione pubblicitaria che i secondi possono assumere. Tale nuova forma di pubblicità indiretta, consistente nel “taggare” particolari luoghi o *brand*, potrebbe forse rilevare rispetto all'ulteriore elemento fondamentale previsto dal diritto internazionale privato e processuale per tutelare la parte debole, ossia la direzione dell'attività da parte del professionista nello Stato in cui il consumatore si trova.

3.2. Il “consumatore passivo”

In secondo luogo, la disciplina di protezione a tutela del consumatore predisposta dal diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea limitata, tra gli altri, il proprio campo di applicazione a quello che si potrebbe definire il “consumatore passivo”⁵¹, intendendosi con tale espressione chi nel proprio Stato viene raggiunto dai (oggi pervasivi) tentativi di commercializzazione di imprenditori e professionisti⁵².

Essendo il regime di protezione garantito solo al consumatore che nel proprio paese viene raggiunto, con qualunque mezzo, dall'attività del professionista, le corti di merito correttamente hanno escluso che le norme sulla giurisdizione o sulla legge applicabile ai contratti di consumo possano trovare anche applicazione ai contratti conclusi all'estero dal consumatore in vacanza⁵³, ovve-

⁵⁰ Sull'inoperatività delle *Apps* del gruppo *Facebook*, v. CNNBusiness, Facebook struggles to deal with epic outage, 14 marzo 2019, reperibile online.

⁵¹ OGH (AT) 06.06.2006 – 4Nc17/06x, in unalex AT-346 (“Le regole speciali di cui agli artt. 15 ss., Regolamento Bruxelles I sulla competenza giurisdizionale in materia di contratti di consumo hanno l'obiettivo di offrire protezione al “consumatore passivo”, dove la controparte contrattuale dirige la propria attività economica nello Stato del consumatore. Un protezione molto limitata è concessa al “consumatore attivo” che per concludere contratti si muove all'estero. Non si rientra nei casi meritevoli di protezione quando un soggetto acquista una vettura usata in altro Stato per importarla nel proprio Stato, senza che l'acquisto sia stato a rate”).

⁵² Regolamento (CE) n. 593/2008, cit., art. 6(1). Cfr., Regolamento (UE) n. 1215/2012, cit., art. 17(1)(c).

⁵³ Cfr. Cour de Cassation (FR) 30.04.2014 – 12-26536, in unalex FR-2410 (“L'organizzatore di viaggi tutto incluso che offre i propri servizi in altri Stati membri di residenza dei consumatori avvalendosi di agenzie locali può essere citato dai consumatori dinanzi alle corti del loro domicilio per eventuali azioni di responsabilità. Nel caso in cui il cliente lamenti dei danni patiti durante una gita, la competenza è regolata dall'art. 16, comma 1, Regolamento Bruxelles I solo se tale gita intrapresa nello Stato di destinazione era parte del pacchetto turistico venduto dal tour operator. Questo significa che, ex art 15, comma 1, il tour operator doveva essere contrattualmente obbligato a provvedere alla gita”).

ro al consumatore che, concluso un contratto di consumo puramente interno, abbia trasferito in altro Stato membro il proprio domicilio prima dell'instaurazione della vertenza giudiziaria⁵⁴.

L'elemento della “direzione delle attività” è stato in particolare oggetto di attenzioni in rapporto al commercio online nel caso *Pammer*⁵⁵; qui il consumatore austriaco prenotava un viaggio tutto compreso attraverso il sito internet della società intermediaria tedesca. Nell'ambito di tale procedimento veniva dunque sollevata questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea perché questa specificasse il rilievo dell'accessibilità dall'estero di un sito internet al fine di determinare se l'attività del professionista potesse dirsi “diretta” verso lo Stato membro di domicilio del consumatore⁵⁶.

Anche ripercorrendo le evoluzioni che hanno caratterizzato la disciplina nell'adozione del Regolamento Bruxelles I⁵⁷ rispetto alla previgente normativa di cui alla Convenzione di Bruxelles del 1968⁵⁸, l'elemento della direzione “con ogni mezzo” dell'attività è stata messa in relazione con la volontà dell'imprenditore di raggiungere i consumatori domiciliati in un determinato Stato⁵⁹. La Corte di giustizia sollevava la domanda se tale volontà fosse necessaria, ovvero se l'elemento della direzione si debba piuttosto unicamente fondare su elementi oggettivi.

La risposta cui perviene la Corte di giustizia riconosce un rilievo alla volontà del professionista: questa rimane elemento imprescindibile⁶⁰. Tale volontà sussi-

⁵⁴ OLG Wien (AT) 26.02.2007 – 13R24/07f, in unalex AT-372 (“Qualora un imprenditore ed un consumatore, entrambi domiciliati nello stesso Stato membro, concludano un contratto e, prima dell'insorgere di una controversia, il consumatore si trasferisca in altro Stato, nessuna delle disposizioni di cui agli artt. 15 ss, Regolamento Bruxelles I trova applicazione. In questa ipotesi non si possono dunque applicare le norme sulla competenza speciale in materia di contratti di consumo”).

⁵⁵ Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 dicembre 2010, *Peter Pammer contro Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH contro Oliver Heller* (C-144/09), Cause riunite C-585/08 e C-144/09, in *Raccolta della giurisprudenza*, 2010, I-12527.

⁵⁶ *Ibidem*, para. 24.

⁵⁷ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *OJ L 12*, 16.1.2001, p. 1.

⁵⁸ Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *OJ C 27*, 26.1.1998, p. 1. In tema di competenza giurisdizionale, il Regolamento Bruxelles I ha introdotto titoli di giurisdizione fondati su elementi più generali e meno specifici, così da realizzare meglio la tutela della parte contrattualmente debole. Nella Convenzione di Bruxelles del 1968, infatti, la competenza spettava al giudice dello Stato di domicilio del consumatore se la conclusione del contratto era stata preceduta da una proposta specifica o da una pubblicità nello Stato in cui il consumatore aveva il proprio domicilio e se, allo stesso tempo, il consumatore aveva compiuto in tale Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto.

⁵⁹ Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 dicembre 2010, *Peter Pammer contro Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH contro Oliver Heller* (C-144/09), Cause riunite C-585/08 e C-144/09, cit., para. 64.

⁶⁰ La Corte di giustizia sembra, infatti, dare rilievo alla volontà del professionista nella parte in cui, sollevata la questione, ritiene che l'intenzione sia implicita in “talune forme di pubblicità”, in

ste secondo la Corte quando vi sia profusione di impegno e risorse per raggiungere il consumatore e convincerlo a concludere il contratto⁶¹.

Posta la necessità di raggiungere attivamente la clientela, la Corte conclude nel senso che la mera accessibilità non è indice della volontà del professionista di dirigere la propria attività verso lo Stato membro di domicilio del consumatore ex art. 17 Regolamento Bruxelles I bis. Tuttavia, come notato in dottrina, il ragionamento *a contrario* sviluppato dalla Corte pare troppo “brutale” per essere convincente, benché certamente funzionale a tutelare il professionista rispetto ad una competenza giurisdizionale ugualmente universale come lo strumento di direzione dell’attività⁶².

Oltre alla mera presenza ed accessibilità del sito, dunque, occorrono ulteriori elementi alla luce dei quali desumere una volontà di direzione delle attività verso un determinato Stato⁶³. Cionondimeno, i criteri impiegati dalla Corte ricostruiscono tali intenzioni unicamente in forza di un concorso di elementi oggettivi che, in alcune circostanze, ben potrebbero portare ad una conclusione non aderente alle *intenzioni effettive* dell’imprenditore – soprattutto nel caso in cui lo strumento della direzione dell’attività e della volontà sia un sito internet liberamente accessibile da tutta l’Unione.

particolare quando azioni pubblicitarie “classiche” richiedono l’impiego di risorse finanziarie “volta a volta rilevanti per farsi conoscere in altri Stati membri”. V. Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 dicembre 2010, *Peter Pammer contro Reederei Karl Schlueter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH contro Oliver Heller* (C-144/09), Cause riunite C-585/08 e C-144/09, cit., para. 65 s.

⁶¹ *Ibidem*, para. 68 s. Una soluzione sicuramente conforme alle soluzioni perseguite dal “legislatore” dell’Unione che, dopo l’adozione del Regolamento Bruxelles I, ma prima della decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso *Pammer*, specificava nel Regolamento Roma I come la mera accessibilità del sito non costituisca indice con valore dirimente di direzione dell’attività del soggetto verso un determinato Stato membro. V. in questo senso Regolamento (CE) n. 593/2008, cit., considerando 24 (“[p]er quanto riguarda più in particolare i contratti conclusi da consumatori, la regola di conflitto di leggi dovrebbe permettere di ridurre le spese per la risoluzione delle controversie, che sono spesso di valore relativamente modesto, e tener conto dell’evoluzione delle tecniche di commercializzazione a distanza. La coerenza tra il presente regolamento e il regolamento (CE) n. 44/2001 richiede, da un canto, che si faccia riferimento al concetto di «attività diretta» come condizione d’applicazione della norma che tutela il consumatore e, dall’altro, che questa nozione sia oggetto di un’interpretazione armoniosa nel regolamento (CE) n. 44/2001 e nel presente regolamento tenendo presente che una dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione relativa all’articolo 15 del regolamento (CE) n. 44/2001 precisa che l’applicazione dell’articolo 15, paragrafo 1, lettera c), «presuppone non soltanto che l’impresa diriga le sue attività verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore, o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, ma anche che il contratto sia stato concluso nell’ambito di dette attività». Tale dichiarazione ricorda inoltre che «la mera accessibilità di un dato sito Internet non è sufficiente ai fini dell’applicabilità dell’articolo 15: occorre che il sito medesimo inviti a concludere contratti a distanza e che un contratto sia stato effettivamente concluso a distanza, con qualsiasi mezzo. In quest’ambito, la lingua o la valuta caratteristica del sito Internet non costituisce un elemento pertinente»”).

⁶² D’AVOUT, *Internet. Accessibilité ou focalisation: la Cour de justice tranche mais ne convainc pas*, in *La Semaine Juridique Edition Générale* – 31 Janvier 2011 – n° 5, p. 226 ss.

⁶³ SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, cit., p. 227.

Secondo la Corte, non assumono rilievo nella ricostruzione dell'elemento soggettivo “la menzione su un sito Internet dell'indirizzo elettronico o geografico del commerciante né tantomeno l'indicazione dei suoi recapiti telefonici privi di prefisso internazionale”, posto che questi sarebbero elementi superflui nel caso dell'attività online⁶⁴, ovvero perché riportati sul sito nell'adempimento di norme di legge sul commercio elettronico⁶⁵. Allo stesso modo, “la distinzione [...] tra i siti Internet che consentono di contattare il commerciante per via elettronica, persino di concludere il contratto online tramite un sito detto «interattivo», e i siti Internet che non offrono tale possibilità [...] non è determinante”⁶⁶. Neppure viene richiesto un nesso specifico tra il mezzo attraverso il quale l'attività viene diretta in uno Stato membro ed il singolo contratto concluso dal consumatore⁶⁷. Diversamente si imporrebbe alla parte debole l'obbligo di dimostrare in giudizio di aver concluso il contratto dopo ed in funzione della visita del sito internet⁶⁸.

Particolare rilievo in sede di accertamento dell'elemento soggettivo viene riservato piuttosto alle espresse manifestazioni della volontà del professionista, ossia indicazioni di offerta o consegna dei beni in determinati Stati e il dispiego di risorse nel *ranking* internazionale dei motori di ricerca⁶⁹.

Passati in rassegna elementi che non rilevano nell'indagine, ossia i contatti “internazionali” riportati sul sito, e soffermatasi su elementi evidenti, come la volontà di consegna in altri Stati, la Corte di giustizia affronta poi la questione centrale della volontà in ipotesi “di silenzio” del professionista. Riproponendo le posizioni delle istituzioni politiche in sede di adozione del Regolamento Bruxelles I, la Corte di giustizia respinge l'idea “secondo cui il commerciante [deba] aver «intenzionalmente diretto la sua attività, in modo sostanziale», verso altri Stati membri [...]. [T]ale formulazione [avrebbe] la conseguenza di affievolire la protezione del consumatore esigendo la prova di una volontà da parte del commerciante di sviluppare un'attività di una certa ampiezza con tali altri Stati membri”⁷⁰.

Si comprende dunque come l'elemento della “direzione di attività” diventi

⁶⁴ Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 dicembre 2010, *Peter Pammer* contro *Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH* contro *Oliver Heller* (C-144/09), Cause riunite C-585/08 e C-144/09, cit., para. 77.

⁶⁵ *Ibidem*, para. 78.

⁶⁶ *Ibidem*, para. 79.

⁶⁷ Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 17 ottobre 2013, *Lokman Emrek* contro *Vlado Sabranovic*, Causa C-218/12, in *Raccolta elettronica*.

⁶⁸ CARBONE, TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, cit., p. 194.

⁶⁹ Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 dicembre 2010, *Peter Pammer* contro *Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH* contro *Oliver Heller* (C-144/09), Cause riunite C-585/08 e C-144/09, cit., para. 81 s.

⁷⁰ *Ibidem*, para. 82.

sfumato, quasi a divenire un intermezzo tra una direzione intenzionale e cosciente delle attività, ed una sorta di direzione erronea o colposa verso un determinato Stato membro.

In questo senso, la volontà, *presunta*, del professionista, indipendentemente da quella effettiva, può essere ricostruita in sede giudiziale da un concorso di elementi oggettivi come l'attività stessa del professionista a carattere ontologicamente internazionale; l'estensione del dominio del sito internet; lingue e valute diverse rispetto a quelle dello Stato membro di origine del professionista⁷¹. Compete ai giudici di merito, in applicazione delle indicazioni esemplificative ricevute dalla Corte di giustizia, determinare caso per caso quando un sito costituisca indice della volontà del professionista⁷².

La tecnica in parola, cd. della "focalizzazione"⁷³, pur partendo dalla necessità di determinare l'elemento soggettivo del professionista (e quindi proponendosi quale strumento di tutela del professionista⁷⁴), riposa su elementi di natura oggettiva che rischiano di prescindere, agli occhi del giudice di merito, dall'*effettiva* volontà dell'imprenditore di dirigere la propria attività verso un determinato Stato membro. Ciò è vero in particolare quando il contratto con il consumatore non può essere inquadrato nei classici contratti di consumo con consegna fisica di bene o prestazione di servizio.

In questo senso, come rilevato dalla stessa Corte di giustizia, la "direzione dell'attività" si traduce in una circostanza fattuale dalla quale desumere che il professionista era "*disposto a concludere un contratto con tali consumatori*"⁷⁵.

⁷¹ *Ibidem*, para. 83 ss.

⁷² In merito alle possibilità di applicazione differenziata dei criteri in parola nell'ambito di giudizi nazionali, v. GILLIES, *Clarifying the 'Philosophy of Article 15' in the Brussels I Regulation: C-585/09 Peter Pammer v Reederei Karls Schlueter GmbH & Co and C-144/09 Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 557, a p. 563. V. anche VAN HOEK, CJEU – *Pammer and Alpenhof – Grand Chamber 7 December 2010, joined cases 585/08 and 144/09*, cit., p. 103.

⁷³ SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, cit., p. 226 e D'AVOUT, *Internet. Accessibilité ou focalisation: la Cour de justice tranche mais ne convainc pas*, cit.

⁷⁴ D'AVOUT, *Internet. Accessibilité ou focalisation: la Cour de justice tranche mais ne convainc pas*, cit., p. 226 ss, nella parte in cui, nel sottolineare come la tecnica in parola richieda un'attiva direzione dell'attività verso un determinato Stato membro, vorrebbe in linea generale evitare la moltiplicazione dei fori dei consumatori non preventivati dal professionista.

⁷⁵ Secondo la Corte, occorre acclarare l'esistenza di indizi che evidenzino come il professionista intendesse trattare con consumatori residenti in altri Stati membri, *nel senso che* [questo] fosse *disposto* a concludere un contratto con tali consumatori. Questa specifica interpretazione dell'elemento della direzione sembra dunque indebolirne i contorni per estendere l'applicazione del titolo di giurisdizione in parola qualora, a contrario, il professionista non escluda i consumatori stranieri dall'ambito di operatività del proprio sito (Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 dicembre 2010, *Peter Pammer* contro *Reederei Karl Schlueter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH* contro *Oliver Heller* (C-144/09), Cause riunite C-585/08 e C-144/09, cit., para. 76). In questo senso, riproponendo la soluzione della Corte, P. STONE, *Private International Law*

Non stupisce che alcuni commentatori sottolineino efficacemente come la focalizzazione "does not relate to the entrepreneur's subjective intentions, but to objective elements and indications [where] some degree of subjectivity or hidden discretion on the deciding judges' part can not be entirely avoided and excluded"⁷⁶.

Tuttavia, vale la pena ricordare come la "volontà di direzione" verso un determinato Stato non sia l'unica soluzione accettata dalle norme di diritto internazionale privato e processuali uniformi. In questo senso, il rapporto tra necessaria volontà (effettiva e presunta) ed accessibilità del sito internet non è principio generale assoluto della disciplina internazionalprivatistica europea, ma, piuttosto, il risultato specifico di norme settoriali. Nel diverso contesto degli illeciti commessi online, infatti, l'intenzione di dirigere il sito a contenuto diffamante verso un determinato Stato non rileva in nessun modo. Secondo la Corte di giustizia, ai fini della determinazione del giudice competente, la mera accessibilità del sito realizza la condizione del danno o dell'evento dannoso in quello Stato, con la conseguenza che i giudici di tale ordinamento saranno competenti a conoscere delle domande di risarcimento del danno che ivi si verifica⁷⁷. La Corte di giustizia è stata attenta ad operare un *distinguishing* rispetto a *Pammer*: le norme in materia di illecito, a differenza di quelle in materia di contratti di consumo, non menzionano l'elemento della "direzione dell'attività". Tale differenza legittimerebbe una diversa soluzione in relazione al valore che la volontà del soggetto assume rispetto alla mera accessibilità del sito.

Tale ultima decisione, se da un lato conferma che una sorta di responsabilità oggettiva per omesso controllo sulla direzione di accessibilità del sito non è di per sé contraria al regolamento, dall'altro lato sembra aver il pregio di contribuire ad interpretare *Pammer*, nel senso di credere che se la Corte di giustizia dovesse tornare su una questione simile, potrebbe cogliere l'occasione per rimuovere quell'inciso interpretativo, in forza del quale si dovrebbe parlare di direzione di attività ogni volta in cui il professionista è *disposto* a concludere un contratto con un consumatore (che pur non intendeva raggiungere), invero idoneo in potenza a determinare una scissione tra volontà effettiva e volontà presunta del professionista.

Uno scollamento tra le due volontà sembra in particolare possibile nel contesto del mercato dei contenuti digitali, privo dunque di ogni elemento di conse-

in the European Union, Cheltenham, 2018, p. 193, identifica la direzione di attività con quello che si potrebbe definire l'accettazione del rischio di conclusione di contratto concluso da consumatore straniero ("in the sense that it was minded to conclude contracts with them"). In questa stessa prospettiva, altri autori ritengono che l'interpretazione fatta propria dalla Corte di giustizia dell'Unione possa risultare pregiudizievole per le piccole e medie imprese che non possono sostenere i costi connessi alle necessarie cautele del caso (MANKOWSKI, NIELSEN, *Article 17*, in MAGNUS, MANKOWSKI (eds), *European Commentaries on Private International Law, Volume I: Brussels Ibis Regulation*, Cologne, 2016, p. 456, a p. 498).

⁷⁶ MANKOWSKI, NIELSEN, *Article 17*, cit., p. 497.

⁷⁷ Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 3 ottobre 2013, *Peter Pinckney contro KDG Mediatech AG*, Causa C-170/12, in *Raccolta elettronica*, para. 41 s.

gna materiale di beni o servizi, benché, giova notarlo, proprio rispetto a tale mercato le novità introdotte dal Regolamento sulla geolocalizzazione sono ancora limitate. Il campo di applicazione di tale strumento, come definito dall'art. 1(3), che si coordina con il campo di applicazione della Direttiva servizi⁷⁸, e come specificato dall'art. 4, consente, da un lato, l'introduzione di differenti condizioni di accesso a servizi non audiovisivi tutelati dal diritto d'autore e, dall'altro lato, di mantenere geoblocchi per i servizi audiovisivi (come potrebbero essere piattaforme di *online streaming*), almeno fino ad eventuale revisione futura del testo in occasione della quale eliminare i residui margini di ricorso alla tecnica in parola⁷⁹.

La naturale ubiquità e tendenziale universalità del sito potrebbero ben portare l'imprenditore a "dirigere *accidentalmente*"⁸⁰ la propria attività verso un determinato Stato membro. Elementi quali una lingua comune e/o "*automatic and general currency converters*"⁸¹, rispetto ai quali una volontà di direzione dell'attività non dovrebbe essere automaticamente desunta, potrebbero invero portare ad una scissione tra "volontà presunta" e "direzione oggettiva" dell'attività verso uno Stato membro. Criterio, quest'ultimo, che benché rigettato in linea di principio, rischia di essere applicato meccanicamente dai giudici nazionali alla luce dei criteri dettati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Sempre con riferimento al mercato digitale, in assenza di un sistema di geolocalizzazione, beni e servizi potrebbero essere acquistati online da consumatori stranieri in contesti in cui l'imprenditore non immaginava di concludere un contratto con soggetto domiciliato in altro Stato. Volendo rimodulare un esempio

⁷⁸ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in GU L 376, 27.12.2006, p. 36.

⁷⁹ In questi termini, CAMPO COMBA, *The New Geo-Blocking Regulation: General Overview and Private International Law Aspects*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2018, p. 512, a p. 515.

⁸⁰ LUTZI, *Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 687, a p. 705. Nel diverso contesto delle pubblicazioni diffamanti diffuse in rete, sempre con riferimento alla possibilità che il materiale "sfugga" al controllo del soggetto che lo ha caricato, è stato notato che "Doubts must also be placed on the appropriateness of a choice of law rule (such as that proposed by the European Parliament in relation to defamation generally ...) which seeks to resolve these questions [on applicable law] by identifying the legal order to which a communication is targeted or directed, whether based on the intentions of the publisher or the actual audience of the communication. An Internet publication may frequently not be targeted to any particular jurisdiction, and it may equally be foreseeable that it will be available to be read in almost any jurisdiction" (MILLS, *The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose Law Governs Free Speech in 'Facebookistan'?*, in *Journal of Media Law*, 2015, p. 2, a p. 24). Sul tema dell'illecito della diffamazione a mezzo stampa e a mezzo internet, v. inoltre FRIGO, *Recognition and Enforcement of Judgments on Matters Relating to Personality Rights and the Recast of the Brussels I Regulation*, in POCAR, VIARENGO, VILLATA, (eds), *Recasting Brussels I*, Milan, 2012, p. 341 ss.

⁸¹ VAN HOEK, CJEU – *Pammer and Alpenhof – Grand Chamber 7 December 2010, joined cases 585/08 and 144/09*, cit., p. 106.

di autorevole dottrina⁸², si pensi al consumatore residente e domiciliato in Italia che, in procinto di un viaggio, decida di prenotare su un sito online in lingua tedesca, ma con pagamento in loco al botteghino, un biglietto dell’opera di Amburgo per assistere ad uno spettacolo nella lingua locale. La naturale volontà dell’imprenditore potrebbe in un simile scenario non corrispondere alla sua effettiva direzione di attività verso consumatori di lingua tedesca domiciliati in altri Stati membri che possono accedere al sito. In tale ipotesi, alcune corti potrebbero persuadersi del fatto che, per come costruito, il sito, evidentemente di natura commerciale anche a vocazione internazionale, posto il rilievo che il turismo assume nell’attività specifica, sia idoneo ad indirizzare scientemente proposte a tutti i potenziali clienti di lingua tedesca nel mercato interno, con conseguente moltiplicazione dei fori a tutela delle parti deboli per contratti disciplinati dalla legge tedesca⁸³.

4. La “direzione delle attività” nel mercato dei servizi e dei contenuti digitali a seguito del Regolamento sulla geolocalizzazione non giustificata: problemi e possibili indicazioni per la prassi

A mente il campo di applicazione del Regolamento sulla geolocalizzazione in materia di servizi online che offrono contenuti digitali audiovisivi e non, ed in prospettiva di una revisione del testo⁸⁴, da un lato, il mercato digitale ha già dato prova delle sfide definitorie e di classificazione (anche⁸⁵) nel contesto del di-

⁸² BOGDAN, *Website Accessibility as Basis for Jurisdiction under the Brussels I Regulation*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2011, p. 1, a p. 8.

⁸³ Regolamento (CE) n. 593/2008, cit., art. 6(4)(a).

⁸⁴ *Ibidem*, art. 9 («1. Entro il 23 marzo 2020 e successivamente ogni cinque anni, la Commissione riferisce sulla valutazione del presente regolamento al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo. Nel fare questo, la Commissione prende in considerazione l’impatto complessivo del regolamento sul mercato interno e sul commercio elettronico transfrontaliero, compreso, in particolare, l’onere amministrativo e finanziario supplementare che potrebbe gravare sui professionisti a causa dell’esistenza di regimi diversi di regolamentazione applicabili in materia di diritto contrattuale dei consumatori. Tale relazione, ove necessario, è accompagnata da una proposta di modifica del presente regolamento, alla luce degli sviluppi giuridici, tecnici ed economici. 2. La prima valutazione di cui al paragrafo 1 è effettuata, in particolare, allo scopo di valutare l’ambito di applicazione del presente regolamento, così come la portata del divieto di cui all’articolo 4, paragrafo 1, lettera b), nonché di stabilire se il presente regolamento debba applicarsi anche ai servizi prestati tramite mezzi elettronici, la cui principale caratteristica consiste nel fornire accesso a opere tutelate dal diritto d’autore o altri beni protetti, inclusa la vendita di opere tutelate dal diritto d’autore o altri beni immateriali protetti, e nel permetterne l’uso, a condizione che il professionista abbia i necessari diritti per i territori interessati»).

⁸⁵ In tema di regolamento, v. per tutti, AMMANNATI, *Regolare o non-regolare, ovvero l’economia digitale fra “Scilla e Cariddi”*, cit., p. 101; CANEPA, *Il dilemma della regolazione delle piattaforme: l’introduzione dell’Uber-test fra affermazione di nuovi strumenti e parziale inefficacia di quelli classi-*

ritto internazionale privato e processuale; dall'altro lato, l'impiego delle nuove tecnologie in generale ha anche evidenziato l'inadeguatezza di metodi classici elaborati in un momento in cui l'*e-commerce* non aveva ancora avuto una diffusione capillare e su larga scala⁸⁶. Tuttavia, come si accennava, la crescita di internet quale strumento per il rafforzamento del mercato interno è un obiettivo perseguito dall'Unione europea, anche – e soprattutto – attraverso atti che esulano dal settore della cooperazione giudiziaria civile.

Cionondimeno, i diversi elementi del sistema devono essere riportati ad unità – operazione invero non sempre facile. In questo senso, limitando l'analisi a quanto trattato in questa specifica sede, il coordinamento delle norme e dei profili evidenziati solleva dubbi in merito al come l'applicazione congiunta dei diversi strumenti potrà avvenire.

Tra le possibili relazioni, pare doveroso soffermarsi in particolare su quella intercorrente tra la nozione di “consumatore online” sviluppata in seno alla giurisprudenza *Schrems*, e la tecnica della “focalizzazione” di cui all'arresto *Pammer*. Tale rapporto deve oggi necessariamente essere contestualizzato alla luce del divieto di geolocalizzazioni discriminatorie.

Più precisamente, ove manchino elementi “materiali” quali consegna o spedizione del bene, ci si domanda se, posto il divieto di geolocalizzazione, al professionista sia data qualche possibilità di delimitare geograficamente il proprio mercato di riferimento. Nella misura in cui ostacoli tecnici di accessibilità ai contenuti dei siti (eventualmente impiegati anche per scopi legittimi), come appunto il reindirizzamento automatico da una pagina straniera ad una locale, siano l'unico mezzo per il professionista per *non dirigere* la propria attività anche

ci, in AMMANNATI, CAFARI PANICO (a cura di), *I servizi pubblici. Vecchi problemi e nuove regole*, Torino, 2018, p. 143.

⁸⁶ Diversa questione è, invece, se – pur con un certo sforzo interpretativo ed argomentativo – le complessità del mondo digitale consentano un adeguamento degli schemi classici attualmente impiegati, ovvero se sia piuttosto necessario creare un “diritto internazionale privato e processuale dell'internet”. Vero è che, alcune delle soluzioni cui è già pervenuta la Corte di giustizia nella materia *de qua*, e più specificamente nel caso della diffamazione a mezzo internet, se, da un lato, queste costituiscono applicazione di pregresse soluzioni, dall'altro potrebbero porsi in contrasto con alcuni principi “sistemici”. Si pensi in questo senso a Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 25 ottobre 2011, *eDate Advertising GmbH e a. contro X e Société MGN LIMITED*, Cause riunite C-509/09 e C-161/10, in *Raccolta della giurisprudenza*, 2011, I-10269. In tale occasione, nel definire il giudice competente, tema già risolto in materia di diffamazione a mezzo stampa in favore del noto approccio “a mosaico” (Sentenza della Corte del 7 marzo 1995, *Fiona Shevill e altri contro Presse Alliance SA*, Causa C-68/93, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1995, I-415), la Corte riconosceva la competenza del giudice del luogo del danno per la totalità del danno cagionato, al giudice del luogo in cui la persona lesa ha il proprio “centro di interessi principali”. Parte della dottrina non ha mancato di notare come, per alcuni versi, tale soluzione possa porsi in contrasto con il principio di prossimità del giudice con il danno, piuttosto che con il danneggiato, e con il principio della natura eccezionale del *forum actoris* (ampiamente sul tema, T. LUTZI, *Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach*, cit., p. 687, in particolare p. 695 s; v. anche CARREA, *L'individuazione del forum commissi delicti in caso di illeciti cibernetici: alcune riflessioni a margine della sentenza Concurrence Sàrl*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 543, spec. p. 552 ss.).

verso altri Stati membri, quale rilievo e valore assume il divieto di geolocalizzazione ai fini del diritto internazionale privato e processuale?

Il Regolamento sulla geolocalizzazione non giustificata realizza un, invero insoddisfacente, “non coordinamento” con la disciplina sulla giurisdizione internazionale e sulla legge applicabile. Il considerando 13 del testo, infatti, si limita ad escludere che l’adempimento degli obblighi imposti dallo strumento di per se stesso possa rilevare ai fini della tecnica della focalizzazione⁸⁷. Tuttavia, un simile (non) coordinamento già si trovava nella direttiva sul commercio elettronico che, nonostante l’idea di assicurare in certa misura l’applicazione della legge dello Stato di origine del prestatore del servizio, è stata interpretata nel senso di non introdurre norme di conflitto⁸⁸, né norme aggiuntive sulla giurisdizione internazionale⁸⁹. Un tentativo di coordinamento dai risultati incerti⁹⁰, che non sembra sufficientemente idoneo ad offrire in questa sede particolare guida nell’analisi del rilievo del divieto di geolocalizzazione ai fini della determinazione del giudice competente e della legge applicabile. Non si capisce, infatti, come non possa assumere *rilievo pratico* il fatto che il consumatore acceda al contenuto online a prescindere dalla volontà del professionista.

Ed allora, in questo scenario, sembra che l’incertezza giuridica possa essere risolta in primo luogo dai professionisti stessi, prima ancora che da interpreti e corti⁹¹. Il professionista, ad esempio del mercato digitale, non potendo più “selezionare” in entrata i consumatori attraverso strumenti tecnici di accessibilità,

⁸⁷ Regolamento (UE) 2018/302, cit., considerando 13 (“[i]l presente regolamento dovrebbe far salvo il diritto dell’Unione riguardante la cooperazione giudiziaria in materia civile, in particolare le disposizioni sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e sulla competenza giurisdizionale, di cui ai regolamenti (CE) n. 593/2008 e (UE) n. 1215/2012. In particolare, il semplice fatto che un professionista ottemperi al presente regolamento non dovrebbe essere inteso nel senso che lo stesso diriga le attività verso lo Stato membro del consumatore ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (CE) n. 593/2008 e dell’articolo 17, paragrafo 1, lettera c), del regolamento (UE) n. 1215/2012. Pertanto, il semplice fatto che il professionista non blocchi né limiti l’accesso dei clienti di un altro Stato membro a un’interfaccia online, non applichi condizioni generali di accesso diverse nei casi previsti dal presente regolamento oppure non applichi condizioni diverse per le operazioni di pagamento nell’ambito delle possibilità di pagamento accettate non dovrebbe essere considerato, di per sé, equivalente al fatto di «dirigere le attività del professionista verso lo Stato membro del consumatore», ai fini della determinazione della legge applicabile e della competenza giurisdizionale. Ugualmente, non si dovrebbe ritenere che un professionista, solo per le ragioni elencate, diriga le attività verso lo Stato membro della residenza abituale o del domicilio del consumatore, qualora fornisca informazioni e assistenza al consumatore dopo che il contratto è stato stipulato in conformità agli obblighi che incombono sul professionista in virtù del presente regolamento”). V. anche art. 1.

⁸⁸ In questo senso, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 25 ottobre 2011, *eDate Advertising GmbH e a. contro X e Société MGN LIMITED*, Cause riunite C-509/09 e C-161/10, cit.

⁸⁹ Direttiva 2000/31/CE, cit., art. 1(4).

⁹⁰ VON HEIN, *Geo-Blocking and the Conflict of Laws: Ships that Pass in the Night?*, in *Conflictolaws.net*, 31 maggio 2016.

⁹¹ Cf. VAN HOEK, CJEU – *Pammer and Alpenhof – Grand Chamber 7 December 2010, joined cases 585/08 and 144/09*, cit., p. 105.

dovrà rappresentare in modo certo, chiaro ed immediato la propria volontà di dirigere l'attività solo ed esclusivamente verso determinati Stati membri. In tali circostanze, pertanto, il consumatore – da parte debole – potrebbe essere assimilato ad una sorta di “consumatore digitale attivo”, rispetto al quale nessuna protezione (internazionalprivatistica) deve essere assicurata.

Vero è che se la prassi dei professionisti dovesse svilupparsi nella direzione suggerita, neanche potrebbe a priori escludersi la possibilità di comportamenti abusivi volti a “forgiare” titoli di giurisdizione che si fondano su criteri di collegamento fattuali.

Se la volontà, implicita in talune forme di pubblicità, è condizione necessaria perché il consumatore possa adire il proprio *forum actoris*, nell'indagine in fatto da svolgersi il giudice nazionale potrebbe dover valutare comportamenti volti a determinare “confini digitali” fittizi dichiarati dal professionista al solo scopo di trattare alcuni consumatori stranieri come parti contrattualmente “forti”. Si pensi, ad esempio, ad un sito internet redatto in lingua tedesca ove sono disponibili contenuti o servizi digitali acquistabili in euro. In assenza di confini naturali ed in difetto di dichiarazioni espresse del professionista, potrebbe sostenersi che il sito sia diretto *anche* in Austria. Così allora, il professionista che volesse sottrarsi alla giurisdizione del *forum actoris* della parte debole potrebbe dichiarare di voler limitare la propria attività al solo territorio tedesco, pur dovendo garantire alla clientela digitale austriaca accesso ai propri prodotti. A fronte di condotte del professionista volte a ridurre fittiziamente il mercato dei “consumatori” per estendere quello dei “clienti”, ed in assenza di indicazioni da parte della Corte di giustizia sul punto, sarà compito del giudice nazionale determinare caso per caso quella che è la volontà “mascherata” del professionista.

In questo senso, ed in conclusione, l'infruttuoso tentativo di coordinamento della disciplina nello specifico mercato di riferimento sembra potersi risolvere prima ancora che dinanzi ai giudici, nella prassi commerciale (del professionista in buona fede). Questo detto, non si può escludere che, in futuro, la questione si ponga in termini concreti e si renda necessario l'intervento chiarificatore della Corte di giustizia dell'Unione europea sullo specifico punto. In tale sede, allora, la Corte potrà sviluppare linee guida alla luce delle quali valutare in concreto quando il professionista del mercato digitale non in buona fede abbia simulato una volontà di direzione di “attività ristretta” al solo fine di privare il consumatore della tutela internazionalprivatistica che altrimenti gli competerebbe.