CONSUMERS' FORUM

PRESENTA

Consumerism 2019.
Dodicesimo rapporto annuale.

Dal codice del consumo al Digital Service Act. Quella dal consumatore al cittadino digitale è vera evoluzione?

in collaborazione con

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

Consumers' Forum

e

Università degli Studi Roma Tre

presentano

CONSUMERISM 2019

Dodicesimo rapporto annuale

Dal codice del consumo al Digital Service Act. Quella dal consumatore al cittadino digitale è vera evoluzione?

Il lavoro riflette esclusivamente le opinioni dei singoli Autori e non rappresenta le posizioni ufficiali di Consumers' Forum.

INDICE

Introduzione pag. 6
(Fabio Bassan, Maddalena Rabitti, Liliana Rossi Carleo)

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO pag. 10
(Marco Cappai, Sara Perugini)

Misurare la modernità dell'attuale diritto dei consumi pag. 10
(Marco Cappai)

1. Premessa
2. I soggetti
3. Atto-contratto

La modernizzazione del diritto dei consumi tra *public* e *private enforcement*: nuove prospettive di riforma pag. 15
(Sara Perugini)

1. Premessa
2. Pratiche commerciali scorrette e Unione europea
3. L'efficacia deterrente delle sanzioni nel diritto dei consumi
4. Le azioni rappresentative risarcitorie tra diritto europeo e diritto nazionale

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI pag. 20
(Paolo Occhiuzzi)

La tutela del consumatore nel settore dei trasporti pag. 20

1. I soggetti nel settore dei trasporti
2. Atto-contratto
3. L'attività (*online-offline*)
4. Le tutele
5. Risoluzione delle controversie e rimedi alternativi

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE pag. 31
(Cristiana Lauri)

Lo statuto del "consumatore ambientale" pag. 31

1. I soggetti: l'Autorità, il mercato e il consumatore ambientale
2. La tariffa al tempo della sostenibilità
3. La "smartizzazione" delle attività
4. Le tutele tra crisi ambientale e sociale
5. Risoluzione delle controversie e rimedi alternativi

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI pag. 42
(Rosaria Petti)

La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche pag. 42

1. I soggetti nel settore delle comunicazioni elettroniche
2. Atto-contratto
3. Le attività tra *offline* e *online*
4. Le tutele
5. I meccanismi di risoluzione delle controversie e rimedi alternativi nel settore delle comunicazioni elettroniche

BANCA D'ITALIA pag. 47
(Andrea Carrisi, Silvia Digregorio)

La disintermediazione bancaria e i nuovi attori del mercato creditizio pag. 47

1. Premessa *(Andrea Carrisi, Silvia Digregorio)*
2. Il processo di disintermediazione funzionale. L'approccio tecnologico al mercato bancario *(Andrea Carrisi, Silvia Digregorio)*
3. Nuove attività e nuove esigenze di regolazione del comparto creditizio *(Andrea Carrisi, Silvia Digregorio)*
4. I vantaggi di un sistema finanziario diversificato *(Andrea Carrisi, Silvia Digregorio)*
5. I rischi di un sistema finanziario diversificato
6. Le nuove sfide per le autorità di vigilanza *(Andrea Carrisi, Silvia Digregorio)*

CONSOB pag. 53
(Francesca Andreani, Alfonso Ingenito)

La tutela degli investitori *retail* alla luce degli sviluppi tecnologici più recenti del *FinTech* pag. 53

1. Soggetti (*Francesca Andreani)*
2. Atto-contratto (*Alfonso Ingenito)*
3. Attività (*online* e *offline*) *(Alfonso Ingenito)*
4. Tutele *(Francesca Andreani)*
5. Risoluzione delle controversie e rimedi alternativi *(Alfonso Ingenito)*

IVASS pag. 62
(Veronica Carriero, Andrea Luberti)

1. Mercato assicurativo, nuove tecnologie e tutela dell'assicurato nel Codice del consumo *(Veronica Carriero)*
2. Il quadro normativo rappresentato dalla disciplina di settore primaria e regolamentare *(Andrea Luberti)*

PRIVACY pag. 70
(Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino, Maria Claudia Dolmetta)

Evoluzione della disciplina consumeristica e rapporto con la normativa sulla protezione dei dati personali pag. 70

1. Convergenza tra protezione dei personali e disciplina consumeristica *(Guido d'Ippolito)*
2. Attività *(Gennaro Di Martino)*
3. Tutele *(Gennaro Di Martino)*
4. Risoluzione delle controversie consumeristiche e organismi di monitoraggio (*Maria Claudia Dolmetta*)

SANITÀ pag. 82
(Cristiana Lauri, Serafina Piantedosi, Susanna Sandulli)

Il settore della sanità tra mercato, innovazione e *privacy* pag. 82

1. La rete multipolare dei servizi sanitari (*Cristiana Lauri*)
2. La *governance* del sistema sanitario attraverso la "smartizzazione" (*Cristiana Lauri*)
3. La sanità ai tempi di Groupon: l'*e-couping* in materia sanitaria e i limiti imposti dagli ordini dei medici (*Serafina Piantedosi)*
4. La vendita di farmaci *online* e i pericoli di contraffazione (*Serafina Piantedosi)*
5. Attività intramuraria ed extramuraria (*Serafina Piantedosi)*
6. Rimedi alternativi di risoluzione delle controversie (*Serafina Piantedosi)*
7. Sanità, *privacy* e Codice del consumo: un possibile connubio? (*Susanna Sandulli)*

Gli Autori pag. 99

INTRODUZIONE

(Fabio Bassan, Maddalena Rabitti, Liliana Rossi Carleo)

Il fascino e, al contempo, la difficoltà che caratterizza il **"diritto dei consumi"** è in gran parte determinato dal continuo rincorrersi di interventi legislativi e di prassi applicative ed interpretative, dovute essenzialmente alle continue "rivoluzioni" nelle attività di mercato.

Il dinamismo che connota il mercato in questa fase di cambiamenti e trasformazione, legata soprattutto all'avanzare della tecno-economia non solo comporta, come è fin troppo evidente, una regolamentazione che non precede ma segue i cambiamenti, ma va determinando anche un mutamento nel rapporto tra regolazione e interpretazione delle regole. Tra i più significativi cambiamenti che incidono su questo processo possiamo elencare: il pluralismo delle fonti che mina l'impianto del **Codice del consumo**, naturalmente destinato a continue rivisitazioni per adeguarlo alle nuove norme che spesso derivano dall'Unione europea; la globalizzazione dell'economia e la competizione tra ordinamenti; la crisi della fattispecie, per cui le proposizioni normative non descrivono la fattispecie ma si limitano a indicare in chiave funzionale l'interesse protetto e il fine di tutela, lasciando all'interprete il compito di riempire i vuoti; a cui fa da contrappeso una legislazione settoriale e verticale talvolta fin troppo analitica, come ad esempio accade in materia di tutela degli investitori con Mifid 2. Ciò determina l'esigenza di una rimodulazione degli "attrezzi del mestiere" in uso all'interprete del diritto.

Complessità è, dunque, il termine costantemente e diffusamente adottato per descrivere le caratteristiche dell'attuale sistema. La complessità comporta l'inefficacia delle tecniche tradizionali e rende necessaria l'adozione di nuove logiche di ricomposizione di un sistema frastagliato.

Alla tradizionale unità che caratterizzava in precedenza un sistema rispetto al quale il moltiplicarsi di discipline veniva risolto attraverso una lettura basata sull'interazione tra regole ed eccezioni, generalità e specialità, si oppone, infatti, la disomogeneità del sistema attuale, dominata da orizzontalità e verticalità che vede l'intersecarsi di una pluralità di discipline di settore che talvolta si sovrappongono, altre volte convivono nel segno della complementarietà tra loro e con le regole generali. Inoltre, **l'avvento della tecnologia ha determinato cambiamenti così significativi da rendere obsolete in parte alcune regole presenti nel codice.** Di ciò si è parzialmente preso atto con la recentissima Direttiva *Omnibus* ma nel complesso le norme appaiono inadeguate a evitare che operatori abili sappiano sfruttare le lacune normative che inevitabilmente si creano, specie se la tendenza del legislatore è quella di prevedere in modo analitico la disciplina anziché fissare regole elastiche che possano essere riempite di contenuto in modo da non diventare rapidamente obsolete.

Fra le molte angolazioni dalle quali occorre rimeditare i tanti problemi che l'attuale contesto di riferimento ci pone occorre, quindi, anche riflettere sulla valenza che in esso assume il Codice del consumo, provocatoriamente definito "codice consumato", in particolare a seguito della sottrazione dall'impianto orizzontale, che ormai caratterizza il Codice, di alcune discipline verticali quali quella relativa al credito al consumo, al contratto turistico" o, ancora, in ragione del generalizzarsi di alcuni rimedi, quali la *class action* che perdono la connotazione consumeristica per divenire uno strumento processuale azionabile indipendentemente dalla qualità di consumatore. Rispetto all'impianto originario, il Codice del consumo è stato oggetto di importanti addizioni ma anche di significative sottrazioni.

Si avvalora in tal modo il carattere di un codice che, malgrado il nome, è caratterizzato dalla perennità dell'approssimazione. Il Codice, come ha evidenziato fin dal suo nascere il Consiglio di Stato (parere emesso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 20 dicembre 2004), pur utilizzando un nome che di certo non ne consente l'assimilazione ai codici ereditati dalla tradizione, tende ad agevolare una visione di insieme, utile alla "coerenza ed armonia giuridica dell'ordinamento". Il processo di semplificazione, al cui interno il Codice si inserisce, ha visto nascere un "prodotto" nel quale, guardando ai profili che fanno riferimento alla

contrattazione di massa in generale, sono raccolte e riordinate alcune delle discipline che ruotano intorno alla figura del consumatore.
Pur valorizzando questa natura dinamica, si ha l'impressione che sia giunto il tempo di una riflessione più matura sull'attualità del Codice del consumo come oggi in vigore.
Ciò che, nonostante le addizioni e sottrazioni dovute ai continui impatti dell'evoluzione legislativa, è ineliminabile è la presenza di principi e regole generali a valenza trasversale che siano idonee a garantire uno statuto di diritti e tutele dei consumatori di carattere generale, che possano poi trovare in regole speciali la loro declinazione. Una sorta di codice generale con leggi collegate. Già oggi, i principi più significativi vengono poi specificati nelle singole norme a tutela del consumatore con una disciplina a valenza trasversale a tutti i settori economici.
L'obiettivo potrebbe dunque essere quello di redigere una nuova edizione del Codice del consumo più agile, che assomigli di più a un codice in senso più tradizionale, organizzato per principi.
In questa prospettiva già si pone la prima parte del Codice del consumo, ma manca, oggi, forse una opzione metodologica. Si tratta cioè di valutare se possa essere meglio procedere con norme crossettoriali a valenza traversale o con la fissazione di criteri interpretativi che possano essere utilizzati per risolvere antinomie e sovrapposizioni tra regole speciali e Codice del consumo. Essenziale è che il criterio sia rispettoso del principio di proporzionalità delle norme e che si salvaguardino i disallineamenti normativi necessari dovuti alle fisiologiche asimmetrie tra una normativa settoriale e l'altra.
Nella struttura del Codice, il contratto che vede come parte il consumatore rappresenta il punto nodale e centrale di un procedimento che si articola attraverso fasi che precedono e seguono il contratto stesso. Ne consegue che la struttura del Codice è ispirata alla dinamica dell'intero processo di consumo e in questo il Codice del consumo rivela la sua migliore qualità.
Questo insieme di rilievi ci porta ad affermare che il diritto del consumo non si identifica oggi certamente con il diritto del consumatore, specie se si accoglie l'accezione ristretta del termine consumatore che è ormai evidentemente sempre più in crisi e che trova l'ultimo baluardo solo a livello europeo, specialmente per effetto di alcune pronunce della Corte di Giustizia. **Il consumatore viaggiatore, il consumatore risparmiatore, assicurato, investitore, solo per citare alcune possibili varianti che nascono dalle finalità di tutela particolari in relazione alla natura dell'attività esercitata sono comunque figure la cui disciplina è data dall'incidenza della regola settoriale sul minimo comune denominatore che è rappresentato dal Codice del consumo.**
Peraltro, a ben vedere, seppure poniamo l'attenzione esclusivamente sul Codice e, in particolare, guardiamo alla disciplina che discende dal recepimento delle due direttive più rilevanti e a carattere orizzontale, la Direttiva 93/13 e la Direttiva 05/29 (oggetto oggi di modifiche ad opera della Direttiva *Omnibus*, approvata l'8 novembre u.s. che modifica, tra l'altro, alcune previsioni in materia di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori, clausole abusive), possiamo già riscontrare che, anche in questo caso, la nozione di consumatore non è univoca. La prima, che guarda essenzialmente al contratto e al suo contenuto, focalizzando l'attenzione sulle clausole destinate a comporlo, fa riferimento ad una nozione che potremmo definire concreta di consumatore, utile a delimitare l'ambito di applicazione delle norme. La seconda, che considera essenzialmente l'attività e non l'atto, fa riferimento ad una figura per così dire astratta di consumatore, della quale il legislatore sembra servirsi per indicare gli obiettivi perseguiti mediante l'azione legislativa: spostando l'attenzione dall'atto all'attività, la figura di consumatore si dilata ed esce dalla rigidità che solitamente la contraddistingue.
Non esiste, dunque, una nozione legale unica di consumatore; la stessa legislazione postula una diversa definizione a seconda degli obiettivi che intende perseguire. Occorre, pertanto, rimeditare sulla più ampia configurazione del diritto dei consumi, come del resto è già prassi comune.
Se solo ci si ferma ad osservare le più recenti riedizioni dei commentari al Codice del consumo è evidente che i commentatori abbiano palesato l'esigenza di non circoscrivere l'ampia tematica della tutela di soggetti i quali, seppure diversamente identificati e definiti, sono pur sempre legati dalle medesime esigenze di protezione. Nei più recenti commentari del Codice del consumo, al pari dei più recenti manuali dedicati al diritto del consumo,

oltre al Codice del consumo, si analizzano le norme che esulano dal Codice e dunque si riporta la materia ad un insieme di discipline che riguardano sia specifici settori sia nuove modalità di offerta di beni e servizi.
Un interessante punto di partenza utile a verificare il raccordo tra discipline orizzontali e verticali, e che impone di tener conto delle novità, le quali, tuttavia non sempre travolgono del tutto ciò che esiste e persiste, si rinviene, con più lampante evidenza rispetto ad altri settori, nella tutela del consumatore nel diritto dei trasporti. In questo campo, il profilo soggettivo tende a perdere centralità. Peraltro, restringendo in prima battuta il nostro angolo di osservazione alla disciplina del contratto turistico, espunta dal Codice del consumo, va rilevato che la diversa collocazione non esime dalla necessità di individuare i criteri di raccordo tra disciplina orizzontale e disciplina verticale. Invero al di là del susseguirsi di diverse denominazioni ci piace aprire le porte ad una discussione senza ignorare, però, che a livello internazionale il progetto WTO, che si sta discutendo nel tentativo di approntare una *Convention on the Protection of Tourist and the Right and Obligation of Tourism Service Protection*, pur facendo espresso riferimento al *business traveller* non solo lo considera *"as a tourist"* e tale lo denomina, ma ritiene che il destinatario del servizio possa sostanzialmente considerarsi consumatore.
Sembra quasi che "il consumatore frazionato" al quale si fa sempre più spesso riferimento risulti oggi tendenzialmente "dilatato" più che frazionato, in ragione della delle attività rispetto alle quali si rapporta.
Ed ecco dunque affacciarsi il convitato di pietra del discorso fin qui condotto. L'utente di servizi digitali.
Con il "concetto di consumatore" si intende fare usualmente riferimento a una persona che partecipa a una o più delle fasi del ciclo del consumo (che possono essere considerate, quanto meno in linea generale, la fase della persuasione, quella dell'acquisto e quella della fruizione). Tale concetto, peraltro, non precisa quale comportamento contraddistingua il consumatore. Proprio questo tratto ha indotto per lungo tempo i teorici della razionalità del consumatore ad influenzare il legislatore, portandolo a disciplinare la materia sul presupposto che i comportamenti dei consumatori fossero il risultato di una scelta condotta da un agente razionale. In epoca più recente invece si è ampiamente affermata la teoria fondata sulla psicologia cognitiva e sull'economia comportamentale secondo cui l'immagine del consumatore come *homo oeconomicus* non fornisce automaticamente una spiegazione causale del comportamento dei consumatori, né costituisce uno strumento per prevedere tale comportamento, ma è un ideale regolativo che, solo se effettivamente seguito dai destinatari è efficiente, dovendosi altrimenti considerare che i comportamenti dei consumatori sono sovente irrazionali. I bias cognitivi diventano le nuove criticità su cui si appunta l'attenzione del regolatore. **Su questa contrapposizione teorica si inserisce l'impatto dei Big data e delle nuove tecnologie che rendono rilevanti le rilevazioni statistiche grazie all'enorme quantità di dati su cui operare.** Il consumatore non è considerato, in questo caso, dal punto di vista dei fattori psicologici che determinano il suo comportamento, né dal punto di vista delle norme che dovrebbero guidarlo, ma viene semplicemente concepito come un soggetto il cui comportamento è prevedibile.
Ovviamente, anche questa prospettiva non è autosufficiente ma concorre a indebolire la valenza sistematica della nozione tradizionale di consumatore come persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale svolta e porta piuttosto a distinguere l'attività del consumatore *offline* da quella *online*; chi paga con le *app* da chi paga con l'assegno; chi investe avvalendosi del *robot advisor* da chi invece ha esclusivamente un rapporto con l'intermediario ecc...
Inoltre, da tempo gli operatori c.d. *Over the top* (OTT) offrono agli utenti servizi apparentemente gratuiti che, in realtà, sono finanziati tramite la raccolta dei dati personali degli utenti reimpiegati nel mercato della pubblicità on line. La *data driven economy* poi porta a disintermediare gli operatori tradizionali, ad accentrare nel potere *big tech* tutto il mercato dei servizi con il rischio di estromettere gli operatori tradizionali e a lasciare l'intero mercato dei servizi in mano alle grandi imprese (OTT).
La gestione dei dati personali ha riflessi diversi: si è visto nei Rapporti precedenti che il consumatore è occasionalmente professionista (*sharing economy*) è un consumatore *social*, è un soggetto che vive nella *data economy* e che non può trovare la propria esclusiva tutela, nel pur fondamentale Regolamento GDPR. La

protezione del dato personale non è garantita dal mero consenso negoziale ma da un'azione concorrente di *accountability* e educazione del consumatore che rende in questa fase particolarmente importante e delicata l'attività del Garante Privacy.
Qui si apre la questione dell'*Internet of Things* e ad esempio degli assistenti personalizzati come Alexa che possono registrare conversazioni e assumere dati da questi. Ancora, *Cambridge Analytica*, che ha raccolto dati sviluppando un sistema di micro-targeting comportamentale molto preciso, è un ulteriore esempio di come i dati che condivisi con Facebook siano stati a loro volta a lungo condivisi con questa società terza, per finalità commerciali sconosciute agli utenti.
Il problema si pone poi in termini ancora più drammatici con l'IA: la complessità o opacità dell'algoritmo può tradursi in una sostanziale non comprensibilità delle scelte. L'assenza dell'interazione in questo senso si traduce in una soggezione dell'utente alla macchina, che in qualche misura il legislatore deve contrastare. Un compito questo forse allo stato troppo arduo per il Codice del consumo, ma non da negare.
Le indicazioni del nuovo Parlamento europeo, in attesa che si insedi la Commissione, sembrano andare nella direzione di una disciplina tecnica orizzontale che superi gli attuali *silos* verticali prevedendo norme generali con applicazioni settoriali specifiche. Questo per prevenire il principale inconveniente della regolazione che la tecnologia l'insegue ma a diversa velocità (lineare, quando quella è esponenziale). Non si tratta solo di strumenti nuovi da utilizzare: è l'intero impianto regolatorio che va rivisto, dalle fondamenta. I test di prezzo tipici della concorrenza sono poco utili se il prezzo che l'utente paga non è monetario. E la concorrenza nel brevissimo periodo può non essere la soluzione se rischia di risolversi in un monopolio nel medio (così la PSD2: la storia della liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni dovrebbe insegnare). La trasparenza serve ma è limitata se l'algoritmo si rende indipendente dal suo autore. E comunque è incompatibile, ontologicamente, con l'evoluzione *blockchain*, dove i dati restano pubblici e non cancellabili per definizione. E allora diventa rilevante il rischio che la tutela dei dati personali diventi strumento in mano agli OTT, se la invocano a protezione del proprio *walled garden* per giustificare il rifiuto di condividere i dati dei propri utenti. E i *silos* regolatori vengono superati dalla nuova disciplina, ma vengono elevati dall'individuo, che decide come, se e a chi fornire i propri dati: i *silos* diventano strumento di tutela.
Rispetto alla matrice regolatoria attuale, dunque, in cui discipline orizzontali (concorrenza, tutela dei dati personali e tutela dei consumatori) s'intrecciano con i *silos* verticali (comunicazioni, energia, banche, mercati finanziari, assicurazioni, ecc...), l'evoluzione prospettica dovrebbe far prevalere discipline regolatorie nuovamente orizzontali, perché applicabili a tutti i settori. Ma questo non deve far pensare a soluzioni semplicistiche che si limitino a inserire elementi regolatori nelle discipline orizzontali attuali: concorrenza e tutela dei dati personali. A meno che si pensi di dare nuova vita anche alla disciplina del consumatore, ammodernandola per rendere le tutele compatibili e coerenti con le evoluzioni che abbiamo descritto in questo Rapporto e in quelli precedenti, inserendo in essa quei principi generali di regolazione che non possano trovare collocazione negli altri due altri "codici" orizzontali. Se poggia su tre gambe il progetto potrebbe tenere. Diversamente, è davvero molto dubbio che concorrenza e tutela dei dati personali possano da soli sostenere il peso della rivoluzione digitale.

(Marco Cappai, Sara Perugini)

Misurare la modernità dell'attuale diritto dei consumi

Il pacchetto di riforme approvato o approvando in orbita Digital Single Market strategy *offre l'occasione per avviare una discussione sulla perdurante modernità del diritto dei consumi in Italia.*
L'esame dei punti essenziali della direttiva c.d. Digital Content e Digital Service e delle due proposte di direttiva sul c.d. New Deal *per i consumatori, condotto in un'ottica interdisciplinare e lungo cinque principali direttrici (la nozione di professionista – consumatore; la nozione di atto-contratto; l'elasticità della nozione di pratiche commerciali scorrette; l'efficacia deterrente delle sanzioni nel diritto dei consumi; le azioni rappresentative risarcitorie tra diritto europeo e diritto nazionale), rivela due aspetti.*
Il primo, è che le clausole elastiche del Codice del consumo sono spesso state interpretate modernamente dall'AGCM, di modo che molte delle modifiche approvate o proposte in ambito europeo non suoneranno a livello interno come una completa novità: in questi casi, nuovi fenomeni economici non necessitavano di nuove regole giuridiche, ma solo di un nuovo approccio. Pertanto, la rilevanza dell'intervento europeo risiede soprattutto nel livello di armonizzazione raggiunto, che mira a ridurre le differenze tra Stati membri.
Il secondo è che, di fronte alle sfide tecnologiche della modernità, alcuni concetti cardine sembrano richiedere un intervento legislativo.
Il contributo tenta di evidenziare in cosa le proposte di ammodernamento, complessivamente positive, si mostrino deficitarie.

Profili evolutivi del "soggetto" e dell'"atto-contratto" nel diritto dei consumi

(*Marco Cappai)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I soggetti. – 3. Atto-Contratto.

1. PREMESSA

In tutti i campi della scienza giuridica, il fluire del tempo pone l'interprete di fronte a un dilemma: per "attualizzare" la regolazione di una certa situazione giuridica allo "spirito del tempo" è preferibile intervenire in via normativa (e, se sì, in che misura) oppure è sufficiente modernizzare gli orientamenti applicativi delle norme esistenti?
La questione è massima in materia di diritto dei consumi, giacché in questo ambito il legislatore ha chiaramente scelto, nel dettare una disciplina di tipo orizzontale, di fare ampio ricorso a clausole generali e concetti giuridici indeterminati. Tale assetto per un verso favorisce la flessibilità applicativa (consentendo alle autorità nazionali di controllo di affinare e aggiornare l'impiego della propria "cassetta degli attrezzi" a seconda dei fenomeni economici esaminati), per altro verso rischia di condurre alla formazione di prassi applicative difformi nei diversi Stati membri, finendo in ultima istanza per menomare la stessa ragion d'essere dell'armonizzazione massima, ossia la realizzazione di un mercato unico.
Ora, è chiaro a tutti che dopo l'emanazione della *Consumer Rights* l'evoluzione dei mercati si è mossa a "sopra giri" rispetto all'ordinario fluire del tempo: l'evoluzione tecnologica (Big data, AI, IoT, *Blockchain*) foriera della Quarta Rivoluzione industriale ha infatti alimentato una dinamica più esponenziale che lineare, tradottasi, sul piano dei consumi, nella rapida ascesa della *sharing economy*[1], della *social economy*[2], della *data economy*[3] e, da

1 Aa.Vv., Consumerism 2015, *Il Consumatore nell'era della condivisione*, in http://www.consumersforum.it/
2 Aa.Vv., Consumerism 2016, *Dalla* Sharing *alla* Social Economy, in http://www.consumersforum.it/
3 Aa.Vv., Consumerism 2017, *Dalla* Sharing *alla* Social *alla* Data Economy, in http://www.consumersforum.it/

ultimo, dell'era dell'algoritmo[4].
Questo rinnovato contesto autorizza una riflessione sulla effettività e attualità del vigente Codice del consumo. Nel compiere questa analisi, ci si muoverà lungo il sentiero indicato dalla Commissione europea[5] e dalla prassi applicativa dell'AGCM, cercando, per quanto possibile, di contribuire a tracciarne la direzione in termini ancor più nitidi.

2. I SOGGETTI

Quando la forza aggregatrice delle piattaforme digitali incorpora, in tutto o in parte, elementi di economia collaborativa, essere buoni marinai potrebbe non bastare per avere una sicura navigazione.
La questione si pone nei seguenti termini: il diritto dei consumi presuppone la presenza di un "professionista". Se a prestare il servizio (es. Airbnb o Uber Pop) o a vendere il bene (es. Etsy) è un "privato" (ossia un soggetto che non opera nell'ambito di un'attività organizzata), la relazione professionista-consumatore cede il passo a un rapporto "tra pari" (*peer to peer*) e colui che acquista sarà di regola orfano delle tutele apprestate dall'ordinamento a tutela del consumatore.
Il problema non è di poco conto: specie se la piattaforma ingloba sia "privati" (o, che dir si voglia, "utenti operatori") che "professionisti", il (supposto) consumatore potrebbe cadere in errore circa l'identità della controparte e, confortato dal *trust* generato dalla piattaforma, non avvedersi di essersi mosso su un terreno privo di tutele.
La materia è vischiosa e, proprio per questo, richiede delle coordinate chiare e riconosciute uniformemente nel territorio unionale.
La demarcazione dell'esatta linea di confine tra professione e attività occasionale/amatoriale può intrecciare problematiche di sicurezza, ordine pubblico e igiene sanitaria che, anche in virtù del principio di attribuzione, vede meglio situati i singoli Stati membri (talvolta, persino le singole municipalità) rispetto alle Istituzioni europee. Si nutrono pertanto delle riserve in merito alla possibilità di dettare una disciplina euro-unitaria in grado di stabilire una volta per tutte, a seconda dei vari settori merceologici, chi sia professionista e chi no.
Lo *standard* comune, dunque, va ricercato altrove.
La via indicata nella Comunicazione New Deal[6] e nell'annessa proposta di direttiva New Deal 1 sembra corretta. In particolare, impregiudicata la competenza statale a tracciare i confini delle professioni, si prevede espressamente l'obbligo della piattaforma di specificare: i) se il terzo che offre beni, servizi o contenuto digitale è un professionista o meno, sulla base della dichiarazione del terzo stesso sul mercato *online*; ii) se al contratto concluso si applicano o meno i diritti dei consumatori derivanti dalla legislazione dell'Unione sulla tutela dei consumatori; iii) nel caso il contratto sia concluso con un professionista, a quale professionista spetti la responsabilità di garantire, in relazione al contratto, l'applicazione dei diritti dei consumatori derivanti dalla legislazione dell'Unione sulla tutela dei consumatori.
La soluzione potrebbe certamente innalzare il livello di consapevolezza degli utenti, soprattutto se l'informazione chiave in ordine all'identità della controparte fosse veicolata attraverso simboli grafici di immediata chiarezza.
Tuttavia, il percorso appare parzialmente incompiuto laddove ci si soffermi sui rimedi derivanti dall'eventuale inosservanza di tali obblighi. Al riguardo, la proposta di direttiva New Deal 1 si limita a prendere in considerazione le conseguenze civilistiche derivanti da una qualsivoglia pratica commerciale scorretta, riconoscendo che a fronte di simili illeciti gli Stati membri dovrebbero rendere disponibili rimedi contrattuali ed extracontrattuali (dove i primi dovrebbero includere, come minimo, il diritto di porre fine al contratto ed i secondi dovrebbero includere, come minimo, il diritto al risarcimento danni).
Traslato nell'ambito che ci occupa, ciò potrebbe non risultare sufficiente.
In primo luogo, non qualsiasi violazione dei diritti contrattuali dei consumatori (quale potrebbe essere, appun-

4 Aa.Vv., Consumerism 2018, *Il cittadino nell'era dell'algoritmo*, in http://www.consumersforum.it/
5 Proposta di direttiva *"che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori"*, 2018/0090 (COD) (Proposta di direttiva New Deal 1).
6 Comunicazione della Commissione *Un "New Deal" per i consumatori*, COM(2018) 183 *final* dell'11 aprile 2018 (Comunicazione New Deal).

to, l'omessa/inadeguata identificazione della controparte) integra automaticamente una pratica commerciale ingannevole, in quanto, non entrando tale comportamento nella *black list*, occorre dimostrare che la mancanza possa falsare in misura rilevante la scelta di consumo.

In secondo luogo, da un punto di vista dei contenuti potrebbe essere più opportuno introdurre meccanismi di tutela per equivalente, rimettendo al consumatore, sulla falsariga di quanto già avviene in materia di garanzia di conformità, la scelta tra il rimedio satisfattivo e quello liberatorio e/o risarcitorio. Così, alla piattaforma che abbia omesso di selezionare e identificare attentamente gli utenti iscritti potrebbe essere imposto di colmare la mancanza garantendo in via sussidiaria e suppletiva i diritti che, ancorché a rigore non applicabili a un "privato", sono posti dal Codice del consumo a carico del "professionista" (sanzione civilistica da *culpa in vigilando*) oppure, ove ciò non sia possibile, attivarsi, a richiesta dell'utente leso, per reperire in tempi rapidi una prestazione equivalente sulla piattaforma o sul mercato (*policy* attualmente già seguita da alcune piattaforme). Ove possibile, anche eventuali legislazioni speciali (quale ad esempio il Codice del turismo) potrebbero essere coerentemente adeguate.

Come si vedrà appresso (§ 2), sia la proposta New Deal che la prassi dell'AGCM riconoscono oramai pacificamente una relazione "professionista" - "consumatore" in presenza di servizi, beni o contenuto digitale il cui corrispettivo sia sostenuto, in tutto o in parte, dall'altro versante del mercato e il cui corrispettivo sia costituito, in tutto o in parte, dallo sfruttamento (non necessario a eseguire la prestazione principale e non imposto dalla legge) di dati personali del consumatore.

A tale ultimo riguardo va ricordato che studi di economia comportamentale dimostrano una certa "leggerezza involontaria" degli utenti nel mondo *online*, più inclini a privilegiare facilità d'uso e velocità piuttosto che a prendere visione di tutta la documentazione contrattuale; leggerezza che si trasforma in vera e propria "vulnerabilità" quando il consumatore mette sul piatto i propri dati personali.

La letteratura in materia di *behavioural economics* e *data protection* è colma di riferimenti al fenomeno, di modo che una riflessione sull'opportunità di equiparare il *data subject* al "minore" (artt. 21, comma 4 e 31 del Codice del consumo) non sembra peregrina, risultando empiricamente dimostrato che anche tale classe di consumatori meriterebbe, volente o nolente, una tutela rafforzata (nei mercati dei *social* già accordata dall'AGCM in via di prassi, grazie all'attualizzazione della nozione di "consumatore medio").

Per altro profilo, la capacità delle nuove tecnologie di profilare, individuare un *target* specifico e, in taluni casi, persino proporre prezzi personalizzati pone in qualche misura in crisi la nozione stessa di "consumatore medio". Non sembra dunque un caso che taluni autori abbiano proposto di impiegare le tecnologie Big data per calibrare obblighi informativi differenziati, da destinare a singoli consumatori o comunque a *cluster* di consumatori più ristretti e precisi[7].

Infine, l'ibridazione portata dallo *sharing economy* tra le figure di professionista e consumatore, oggi sempre più confondibili nella nozione intermedia di "*prosumer*" o "consumattore", porta a chiedersi se possano porsi (e se sì, fino a che punto) degli obblighi giuridici di comportamento a carico del "privato" che decida di offrire un bene o servizio in via non "professionale" ma comunque neanche occasionale.

Tre approcci appaiono percorribili.

In primo luogo, si potrebbe ritenere la disciplina consumerista sulle pratiche commerciali scorrette *tout court* applicabile ricorrendo uno o più elementi sintomatici che portino a ravvisare in modo netto un rapporto di natura verticale (piuttosto che tra *peers*) tra le parti. In quest'ottica, potrebbero rilevare la circostanza che la transazione sia stata pianificata, il modo in cui essa è organizzata, il numero di transazioni di quel tipo, il loro valore, la durata dell'attività, l'impressione ingenerata nel compratore e nei terzi, l'intento speculativo[8], così come il fatturato del venditore ed il fatto che quest'ultimo acquisti prodotti al fine di rivenderli[9].

7 F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017 (e, in particolare, Cap. 3).
8 OECD, *Protecting consumers in peer platform markets. Exploring the issues*, OECD digital economy papers, no. 253, 2016 (e, in particolare, p. 20).
9 Commissione europea, "*Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/ce relativa alle pratiche commerciali sleali*", SWD(2016) 163 final del 25 maggio 2016 (e, in particolare, p. 35).

Se invece si preferisse intervenire *ex ante*, si potrebbe valutare, almeno in alcuni ambiti economici[10], di introdurre un *floor* minimo di obblighi a carico del venditore o prestatore del servizio, i quali, se di portata generale, potrebbero anche trovare cittadinanza nelle sezioni di Codice dedicate ai diritti contrattuali dei consumatori (non apparendo ipotizzabile e proporzionato, salvi gli eccezionali casi limite di cui sopra, immaginare un procedimento per pratiche commerciali scorrette contro un *prosumer*). Tanto, solo se si accerta che, nei fatti, le parti non siano poi così "pari", di modo da giustificare una disciplina intermedia tra il Codice civile e i (più pervasivi) obblighi posti in capo al professionista dalla direttiva *Consumer Rights*.
In terzo luogo – specie se si temono le conseguenze negative connesse a un eccesso regolatorio – si potrebbe pensare, in un'ottica meramente rimediale, a incentivare (o imporre) obblighi assicurativi sia alle piattaforme che agli "utenti operatori"[11].
Le interferenze funzionali del *prosumer* non hanno peraltro mancato di materializzarsi in giurisprudenza: con riferimento a una vicenda in cui una cittadina croata aveva chiesto il mutuo per ristrutturare la propria casa, in parte per fini privati e in parte per la locazione di appartamenti ad uso turistico, è stato affermato che, ai limitati fini dell'individuazione del foro per una controversia transfrontaliera[12], la finalità del contratto deve essere un uso del bene o servizio richiesto nettamente diverso da quello professionale (C-630/17), conclusione coerente anche con il considerando 17 della *Consumer rights*. Tuttavia, nel caso *Schrems II* (C-498/16) la Corte ha anche affermato che le competenze assunte dall'interessato in un determinato settore (nella specie: la protezione dei dati personali) non fossero idonee a fargli perdere la qualifica di consumatore, giacché, come efficacemente rilevato dall'Avvocato generale (il quale ha fatto l'esempio del legale che acquisti al di fuori della propria attività professionale e, pur essendo un esperto di diritto dei consumi, deve essere considerato "consumatore"), tale nozione rileva solo in senso oggettivo e non soggettivo.

3. ATTO-CONTRATTO

Si è anticipato come sia oramai maturata a livello sia europeo che nazionale la convinzione che l'offerta di un bene, servizio o contenuto digitale al pubblico in cambio dello sfruttamento (al d fuori di quanto strettamente necessario) dei dati personali del soggetto interessato integri la nozione di "prodotto" ai sensi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e delle clausole vessatorie (§ 1).
Coerentemente con questo *acquis* (recepito anche nella direttiva sui contenuti digitali e sui servizi digitali[13]), la proposta di direttiva New Deal 1 contempla l'estensione di tale orientamento anche al campo della *Consumer Rights*, con il risultato che l'iscrizione a un *social*, ad esempio, dovrebbe avvenire con tutti i crismi di un contratto stipulato a distanza.
Altrettanto coerentemente, la Commissione ha proposto di regolare la sorte dei dati personali trattati dal professionista in caso di sopravvenuto esercizio dello *ius poenitendi* entro 14 giorni, ciò che è già previsto nella direttiva *Digital Content* e *Digital Service*, in cui si fa espresso rinvio, sul punto, al GDPR.
La creazione di un *Digital Single Market* trasparente sarebbe certamente favorita dall'entrata in vigore di simili previsioni.
Tuttavia, alcune cautele sembrerebbero dover guidare il percorso.
In primo luogo, occorre fare in modo che la coesistenza di informativa precontrattuale e informativa sulla *privacy* non trasformi nei fatti quest'ultima (ancor di più di quanto non lo sia oggi) in "condizioni generali di contratto" (solo saltuariamente consultate dal consumatore in sede di sottoscrizione): insomma, obblighi più chiari e immediati, non duplicazioni sovrabbondanti.
In secondo luogo, occorre ragionare sull'elaborazione di una nozione di "consumatore" il più possibile conver-

10 V. ad es. gli interventi di *advocacy* dell'AGCM nel campo del *ride sharing* del 2015 e 2017. AGCM, *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*, AS1222 del 29 settembre 2015; AGCM, *Riforma del settore della mobilità non di linea*, parere AS1354 del 10 marzo 2017.
11 Proposta di legge n. 3564 del 27 gennaio 2016, recante *"Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione"* (e, in particolare, art. 4, comma 5; come noto, la proposta non è passata alle Camere).
12 Regolamento UE n. 1215/2012.
13 Direttiva n. 770/2019.

gente e compatibile con quella di "soggetto interessato" accolta nel GDPR[14], così da poter realizzare quell'approccio integrato alle discipline per il quale tanto si è speso l'EDPS Buttarelli.

In tale prospettiva, è evidente che l'attuale *cookie law*[15], per come interpretata dal Garante della privacy[16] e nel relativo *Vademecum* (in cui si segnala ai soggetti interessati la possibilità di navigare in anonimo, eliminare manualmente i *cookies* o attivare l'opzione *do-not-track* del *browser*), non sembrano in grado di apprestare un'adeguata tutela del soggetto debole[17].

Le Istituzioni europee hanno ammesso la lacuna, suggerendone il superamento a beneficio di un *opt in* nella proposta di regolamento e-Privacy[18], sul rilievo che "*affinché i navigatori possano ottenere il consenso degli utenti finali* [...] *per conservare i marcatori di terzi, essi dovrebbero fra l'altro, richiedere un'azione chiara e affermativa da parte dell'utente finale dell'apparecchiatura terminale a significare il libero accordo, specificamente informato e univoco, alla conservazione e all'accesso di tali marcatori da e verso l'apparecchiatura terminale*" (considerando 24, artt. 8 § 1, *b* **e 9 § 2).**

Nel momentaneo stallo del legislatore europeo, se si intende portare a logiche conseguenze la proclamata continuità tra protezione dei dati personali (ancorché, nella specie, pseudonimi) e tutela del consumatore si potrebbe tentare di conseguire il medesimo risultato a legislazione invariata, ricercando una soluzione interpretativa nel Codice del consumo. I *cookies* (*i.e.* quelli di profilazione) potrebbero infatti ricondursi sotto l'ombrello dell'art. 65 del Codice del consumo: si tratta di un "pagamento" (in termini di dati personali) non necessario (in quanto, ad oggi, deselezionabile) e, dunque, "supplementare". In quanto tale, esso richiederebbe, a rigore, un *opt in*. Delle due l'una: o l'opzione *do-not-track* è quella di *default* sul *browser*, o l'informativa sui *cookies* non può apparire, così come oggi avviene, con un consenso pre-flaggato su tutte le modalità di utilizzo.

Per altro verso, se si vuole che tutela del consumatore e dei dati personali si muovano in modo davvero sinergico, allora potrebbe ragionarsi sull'opportunità di introdurre forme di raccordo tra la Rete delle Autorità nazionali di Controllo della Tutela del Consumatore (CPC)[19] e il Comitato europeo per la Protezione dei Dati (art. 68 GDPR)[20]. In questo contesto, l'introduzione di un sistema di allarme rapido sul modello RASF potrebbe pure essere esplorata, per lo meno per consentire alle autorità nazionali di arginare in tempi rapidi la diffusione di servizi in cui è riconoscibile una *data/consumer breach by design* e *by default*[21].

Altra frontiera da esplorare è quella della perdurante effettività, specie nell'epoca dell'intelligenza artificiale, della logica di *disclosure regulation* sottesa agli artt. 48-49 del Codice del consumo.

Si è detto che lo sfruttamento intensivo dei Big data consente di porre in discussione la nozione di consumatore medio e di prodotto standardizzato. Si è pure detto della acclarata propensione degli utenti a sotto-stimare il valore dei propri dati personali, specialmente in ambito *online*. Si aggiunga il fisiologico *deficit* di attenzione connesso a un *flow* informativo sovrabbondante.

Su queste basi – s'è visto – alcuni autori hanno proposto l'utilizzo dei Big data anche per delineare una sorta di *targeted disclosure regulation*, in cui ogni consumatore (o classe di consumatori) riceve le informazioni per esso più rilevanti[22].

Nella Comunicazione New Deal la Commissione ha affermato che essa "*sosterrà* [...] *le organizzazioni dei consumatori a livello nazionale e UE nello sviluppo della comprensione e nella promozione della trasparenza delle applicazioni basate sull'intelligenza artificiale allo scopo di aumentare la fiducia dei consumatori*".

---

14 M. Ratti, *Personal-Data and Consumer Protection: What Do They Have in Common?*, in (AA.VV.) M. Bakhoum , B. Conde Gallego, M.O. Mackenrodt , G. Surblytė-Namavičienė, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?*, Berlino, 2018, 377 e ss.

15 Direttiva 2002/58/CE.

16 Garante della privacy, provv. n. 3118884 dell'8 maggio 2014, recante "*Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei* cookie".

17 Così conclude anche G. Noto La Diega, 2018, che propone una "*Cooperative Charter on Online Behavioural Advertising*" fondata su un potenziamento dell'*opt-out* e sull'aumento della trasparenza. Cfr. G., Noto La Diega, *Data as Digital Assets. The Case of Targeted Advertising*, in (AA.VV.) M. Bakhoum , B. Conde Gallego, M.O. Mackenrodt , G. Surblytė-Namavičienė, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?*, Berlino, 2018, 445 e ss.

18 Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio "*relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche)*", COD 2017/0003, COM(2017) 10 *final* del 10 gennaio 2017.

19 Reg. UE 2017/2394.

20 Cui l'art. 70 GDPR conferisce unicamente competenze di *law making*, consultive e di formazione.

21 Si pensi ad es. all'*app* TrueCaller, sviluppata per segnalare "gratuitamente" ai propri utenti quali telefonate in entrata provengano da *call center*. Per fare questo, l'*app* chiede il consenso ad accedere all'intera rubrica, anche per possibili finalità di sfruttamento commerciale dei dati. In sostanza, si alimenta un circolo vizioso in cui l'utilità dell'*app* può aumentare con il suo utilizzo, giacché, in ragione della possibile cessione di dati a terzi da parte dell'*app* stessa, potrebbe conseguentemente aumentare anche il numero di telefonate da centralino in entrata. Senza contare il danno cagionato a soggetti del tutto estranei al rapporto, i quali, pur senza aver installato l'*app*, sono registrati sulla rubrica di un utente che abbia autorizzato l'accesso dell'*app* e per questo solo fatto potrebbero vedere la propria numerazione, abbinata al nominativo, circolare in rete.

22 F. Di Porto, 2017.

La proposta potrebbe essere ancora più puntuale. Si potrebbe inserire negli artt. 48-49 del Codice una norma che attribuisca rilevanza giuridica a codici di condotta che consentano, ai professionisti e alle associazioni di consumatori e di categoria che vi aderiscano, di predisporre un'informativa, aggiuntiva o integrativa rispetto a quella di legge (che potrebbe essere al contempo snellita), più attenta al lato *emotional* e *behavioural* della comunicazione (*i.e.* quelle informazioni che il consumatore ricerca nei primi secondi di navigazione) e tarata sul peculiare prodotto interessato e sui consumatori che ci si attende possano esserne destinatari. Tale forma di co-regolazione potrebbe basarsi su un preventivo *trial* svolto in contraddittorio da tecnici ed esperti di entrambe le parti interessate, da reclutare a seconda dell'ambito merceologico in rilievo. E – si ritiene – potrebbe portare i suoi frutti anche in ambiente *offline*.

La modernizzazione del diritto dei consumi tra *public e private enforcement*: nuove prospettive di riforma

(Sara Perugini)[23]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Pratiche commerciali scorrette e Unione europea. – 3. L'efficacia deterrente delle sanzioni nel diritto dei consumi. – 4. Le azioni rappresentative risarcitorie tra diritto europeo e diritto nazionale.

1. PREMESSA

Evidenziata l'esigenza di integrare le nozioni soggettive di professionista e consumatore derivante dall'evoluzione dei mercati secondo i passaggi cruciali che connotano le diverse fasi della c.d. rivoluzione digitale (cfr. supra M. Cappai), all'interprete non resta che interrogarsi sull'operatività della nozione oggettiva di pratica commerciale e sulla sua potenziale elasticità.

L'analisi non può inoltre trascurare, sul piano dell'*enforcement* pubblico, l'importanza di rafforzare il potere sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sul piano dell'*enforcement* privato, il ruolo che i legislatori intendono riconoscere alle azioni rappresentative risarcitorie sia a livello europeo che nazionale.

2. PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E UNIONE EUROPEA

Sotto il primo profilo, le evoluzioni che caratterizzano i modi di essere dell'economia e i corrispondenti interventi dell'AGCM competente in materia, rappresentano un'evidente testimonianza della "dinamicità" che connota la disciplina in materia di pratiche commerciali in grado di ricomprendere, non solo sulla carta, multiformi attività poste in essere da "professionisti" nei confronti di consumatori sia nei mercati fisici (*offline*) che virtuali (*online*). Queste evoluzioni costituiscono però anche campanelli d'allarme circa la necessità di un cambiamento e di una modernizzazione delle regole applicabili per assicurare che esse siano rilevanti e adeguate anche nei contesti digitali.

Come noto, la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette contenuta nel Codice del consumo si fonda sull'operatività di clausole generali che consentono di valutare con flessibilità la condotta commerciale nel contesto, necessariamente mutevole, nel quale la stessa si inserisce. In linea generale, pertanto, scelte legislative che comportino l'esclusione di alcune pratiche o, viceversa, la previsione di specifici oneri informativi dovrebbero essere sorrette da solide motivazioni e rimanere ipotesi eccezionali, per scongiurare il rischio sia di limitare immotivatamente la libertà imprenditoriale e le modalità del confronto tra gli operatori economici sia di sottrarre alle autorità competenti il potere di apprezzare l'effettiva idoneità ingannatoria nel caso concreto.

Ciò posto, sono certamente da apprezzare le modifiche contenute nel pacchetto di nuove misure legislative in materia di tutela del consumatore oggetto del progetto di riforma di cui alla proposta di Direttiva *Omnibus* approvata l'8 novembre u.s. che modifica e integra quattro Direttive 2005/29/CE, 2011/83/UE, 93/13/CEE e 98/6/CE, in tema, rispettivamente, di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori, clausole abusive e indicazione

23 Le opinioni dell'Autrice non impegnano l'Istituzione cui appartiene.

dei prezzi per unità di misura[24].

Le modifiche appaiono in linea con la giurisprudenza nazionale, e introducono illeciti consumeristici in parte già sanzionati dall'Autorità come pratiche commerciali scorrette e perseguono l'obiettivo di adeguare il *corpus* normativo all'evoluzione delle dinamiche di mercato determinata dalla crescente digitalizzazione dei rapporti di consumo.

Come già rilevato nei precedenti rapporti, i mercati virtuali sono essenzialmente caratterizzati dalla presenza di figure terze rispetto ai protagonisti della transazione, le piattaforme *online*, e dalla presenza di una "moneta di scambio" alla quale i consumatori ancora non attribuiscono un valore reale: i dati personali. Su questi due fronti il legislatore europeo sembra muoversi con una certa disinvoltura. L'applicabilità del diritto dei consumatori anche in relazione ai contratti attraverso i quali i consumatori accedono a beni o servizi senza un esborso monetario, ma rendendo disponibili all'impresa i propri dati personali e l'introduzione di specifici e ulteriori oneri informativi per le piattaforme *online*[25] rappresentano, infatti, i principali temi affrontati nella proposta di armonizzazione.

Al riguardo occorre rilevare che, se il primo obiettivo può apparire ridondante, poiché codifica un principio a più riprese sancito dalla stessa AGCM (si pensi alle decisioni adottate nei confronti di WhatsApp e Facebook[26]), altrettanto non può dirsi delle modifiche destinate a incidere sulla figura delle piattaforme *online*.

Occorre considerare infatti, in merito alle piattaforme, che la situazione di incertezza generata nei consumatori in ordine alla responsabilità e alle tutele azionabili nell'ipotesi di imperfetta esecuzione del contratto, risulta acuita dalle attuali divergenze tra i diritti nazionali, che disciplinano in modo non uniforme gli obblighi di trasparenza. La stessa prassi applicativa dell'Autorità, pur avendo interpretato l'art. 49, comma 1, lettera *a)*, del Codice del consumo nel senso che esso escluda la legittimità della pratica commerciale con la quale una piattaforma *online* – non indicando con precisione il ruolo di mera intermediazione da essa svolto nella transazione – ometta in sostanza di informare adeguatamente i consumatori in relazione alla reale identità del contraente (v. Provv. 25911 del 9 marzo 2016 PS9353 *Amazon market place garanzia legale* in *Boll.* 11/2016), non ha potuto individuare in capo alle piattaforme *online* un obbligo assoluto di fornire ai consumatori informazioni relative alla qualifica del contraente come impresa o consumatore e alla conseguente eventuale applicabilità della disciplina in materia di tutela dei consumatori. La rilevanza di tali omissioni, difatti, allo stato, deve essere apprezzata caso per caso sulla base delle regole generali, ai sensi dell'art. 22 del Codice del consumo.

Quello che viene compiuto dalla Commissione con la nuova norma è, dunque, uno sforzo di armonizzazione che si giustifica anche in considerazione del fatto che possibili valutazioni difformi da parte delle autorità competenti e dei giudici nazionali in ordine alla rilevanza delle descritte omissioni rischiano di pregiudicare la certezza giuridica dei consumatori e di gravare le piattaforme *online* che operino in una molteplicità di giurisdizioni di sproporzionati oneri di *compliance* alterando le fisiologiche dinamiche concorrenziali tra piattaforme con conseguente frammentazione del mercato interno.

Anche la disciplina della pubblicità non trasparente viene aggiornata alla luce delle nuove tecnologie, imponendo al professionista di precisare quando l'inclusione o il posizionamento di un prodotto nell'esito di una ricerca *online* da parte del consumatore discenda in realtà da un contratto di committenza.

Il mercato virtuale è dunque al centro dell'attenzione del legislatore europeo, non solo dell'AGCM. Non bisogna tuttavia dimenticare che l'evoluzione tecnologica permea il mercato nella sua interezza e che, nel prossimo futuro, la stessa appare destinata ad operare con sempre maggiore rapidità anche nei mercati *fisici*.

Basti pensare ad Amazon Go, il primo supermercato "senza casse" di Amazon aperto negli USA a Seattle e che potrebbe diffondersi in futuro anche in Europa dove i cassieri sono sostituiti da un sofisticato sistema di video-

24 COM (2018) 185 final.

25 Già in passato, la Commissione aveva auspicato che l'art. 6, comma 1, lett. *b)* della Direttiva 2011/83/UE, trovasse applicazione *mutatis mutandis* anche con riferimento alle piattaforme online: così, nelle linee guida relative all'applicazione della menzionata direttiva, si legge che "*...se il professionista mette a disposizione una piattaforma di vendita* online *tramite la quale altri professionisti commercializzano i propri prodotti, per esempio un app store che vende contenuti digitali offerti da diversi sviluppatori, l'operatore della piattaforma deve accertarsi, mediante idonei accordi con gli sviluppatori, che siano debitamente esposte le informazioni sul loro conto quali fornitori di contenuti*".

26 V. Provv. n. 26597, 11 maggio 2017, PS10601 *WhatsApp trasferimento dati a Facebook*, in *boll.* 18/2017; Provv. n. 27432, 29 novembre 2018, PS1112, Facebook condivisione dati con terzi, in Boll 46/2018.

camere, sensori e intelligenza artificiale che "guarda" cosa i clienti mettono nel carrello (e anche cosa tolgono) e addebita sul loro *account* Amazon il conto quando escono dal minimarket.
Si pensi alla tecnologia biometrica chiamata "*Orville*" che si sta tentando di mettere a punto per effettuare pagamenti nei negozi con il palmo della mano.
L'affermarsi di tali modelli oltre a far ancora una volta riflettere sulla doppia velocità a cui viaggiano economia e regole potrebbe generare a lungo termine nuovi scenari anche sotto il profilo della tutela.
Al momento, sul piano normativo, si assiste da un lato all'attenuazione del principio di armonizzazione massima per consentire ai Paesi membri di adottare disposizioni più stringenti a tutela dei consumatori in talune ipotesi di contratti conclusi fuori dai locali commerciali. Dall'altro lato, un intervento che sembra destinato ad impattare anche sui mercati *offline* riguarda il fenomeno della c.d. *dual quality* per cui prodotti alimentari recanti il medesimo marchio avrebbero tuttavia una composizione non identica nei diversi Paesi membri in cui vengono commercializzati. In proposito, il legislatore europeo suggerisce di chiarire, nel contesto della Direttiva 2005/29/CE, che la commercializzazione di un prodotto attraverso accorgimenti e segni grafici idonei a lasciar intendere, contrariamente al vero, che esso abbia caratteristiche identiche a quelle del medesimo prodotto posto in vendita in altri Stati membri costituisca una pratica commerciale ingannevole, quando sia suscettibile di indurre i consumatori ad assumere una decisione di natura commerciale differente da quella che avrebbero altrimenti preso. In altri termini, secondo la nuova Direttiva *omnibus*, la commercializzazione di un prodotto "apparentemente identico" (ad esempio la stessa confezione alimentare riguardante un *brand* famoso) rispetto ad altro corrispondente prodotto posto in vendita in un Paese membro, dal quale, invece, si differenzi per "composizione", presentando, ad esempio, standard qualitativi inferiori, rappresenta una nuova figura di pratica commerciale scorretta.

3. L'EFFICACIA DETERRENTE DELLE SANZIONI NEL DIRITTO DEI CONSUMI

La circostanza che spesso le sanzioni irrogate dall'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette risultino prive di un significativo effetto deterrente è da tempo oggetto di dibattito.
L'esperienza applicativa maturata in materia di protezione del consumatore ha dimostrato che il vigente *cap* in valore assoluto (fino a 5 milioni di euro per ciascuna infrazione) nonostante rappresenti il valore più alto tra i 28 Stati Membri, costituisce spesso una frazione assai modesta dei profitti che gli operatori economici ricavano da talune infrazioni. Ne consegue che la sanzione irrogata dall'Autorità – peraltro perfettamente prevedibile nel suo ammontare massimo – può essere considerata dalle imprese come un costo fisso, un rischio d'impresa, insuscettibile di scoraggiare l'attuazione della condotta illecita. La questione non riguarda tuttavia solo l'Italia. In alcune giurisdizioni, ad avviso della Commissione, l'applicazione del massimo edittale potrebbe rivelarsi insufficiente a contrastare le infrazioni di maggiore gravità. Inoltre, la natura delle sanzioni e i relativi criteri di quantificazione variano in misura considerevole tra i diversi Paesi membri. A livello europeo si è osservato come tale situazione finisca per pregiudicare l'efficacia del *public enforcement* del diritto dei consumatori e impedisca ulteriori progressi nella prevenzione di condotte che arrechino un pregiudizio ai consumatori.
Allo stesso tempo, conseguenze sanzionatorie profondamente divergenti per la medesima tipologia di infrazioni alterano in certa misura il confronto concorrenziale tra imprese operanti in diverse giurisdizioni europee. Di qui la proposta della Commissione di armonizzare alcune regole relative alle sanzioni che dovranno essere "effettive, proporzionate e dissuasive", enunciando i criteri cui le autorità amministrative e gli organi giurisdizionali dei Paesi membri dovranno attenersi nel determinare l'*an* ed il *quantum* delle sanzioni. Tali criteri risultano nel complesso conformi alla legislazione nazionale in materia di sanzioni amministrative[27], nonché alla prassi applicativa dell'Autorità, già confermata dalla giurisprudenza. In particolare, per le infrazioni transnazionali, viene previsto di ancorare il massimo edittale della sanzione al fatturato dell'autore della violazione. Una soluzione che consentirà all'autorità procedente di modulare con maggior precisione la risposta sanzionatoria, coniugando l'efficacia dissuasiva e il rispetto del principio di proporzionalità.

27 Cfr. art. 11, legge 24 novembre 1989 n. 681.

4. LE AZIONI RAPPRESENTATIVE RISARCITORIE TRA DIRITTO EUROPEO E DIRITTO NAZIONALE

All'interno del pacchetto di riforme è contenuta una seconda proposta di direttiva relativa alle azioni rappresentative per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori[28] che introduce sul piano unionale la figura delle azioni rappresentative risarcitorie (*class action*) e che, allo stato, è oggetto di una posizione in prima lettura del Parlamento Europeo del 26 marzo 2019[29].

La proposta, mediante incisive modifiche alla Direttiva 2009/22/CE (concernente le azioni collettive *inibitorie* e recepita in Italia con gli artt. 139 e 140 del Codice del consumo), intende creare un quadro giuridico euro-unitario anche per le azioni rappresentative risarcitorie volte ad assicurare il ristoro degli interessi economici dei consumatori che subiscono un pregiudizio dalla violazione di norme a loro tutela, ivi comprese le disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori nei contratti e clausole vessatorie, mediante l'emanazione di un "decreto di risarcimento" che obblighi il professionista a provvedere tra l'altro, a seconda del caso, all'indennizzo, alla riparazione, alla sostituzione, alla riduzione del prezzo, alla risoluzione del contratto o al rimborso del prezzo pagato.

Nell'ambito di applicazione della proposta ricadono le condotte del professionista adottate in violazione delle disposizioni del diritto dell'Unione elencate nell'Allegato 1 "*che ledono o possono ledere gli interessi collettivi dei consumatori*" ivi comprese le disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori nei contratti e clausole vessatorie, anche cessate, caratterizzate: dalla idoneità a determinare la lesione di una pluralità tendenzialmente omogenea di interessi individuali e a pregiudicare posizioni giuridiche di autonoma rilevanza collettiva (illeciti di massa); da una dimensione trans-frontaliera o nazionale (art. 2, par. 1). L'istituto così come delineato nella proposta risulta essenzialmente caratterizzato da un sistema di *opt-out*, ossia dalla facoltà per lo Stato Membro di scegliere se acquisire o meno il mandato dei singoli consumatori danneggiati dall'illecito nonché dall'efficacia vincolante delle decisioni definitive assunte dagli organi giurisdizionali o amministrativi, ivi comprese le decisioni dell'AGCM[30] nelle materie di sua competenza. Inoltre, secondo la proposta, gli Stati membri sono tenuti a garantire che siano idonei a ricevere lo *status* di ente legittimato non solo le organizzazioni di consumatori ma anche gli organismi pubblici indipendenti ivi compresa l'AGCM.

Sul piano nazionale, lo scorso aprile è stata approvata la legge 13/2019 che trasferisce la disciplina dell'azione collettiva risarcitoria (e inibitoria) dal Codice del consumo al Codice di procedura civile con l'introduzione del Titolo VIII-*bis* rubricato "*Dei procedimenti collettivi*" e, in particolare, degli artt. 840*bis* - 840 *quinquisdecies* in materia di "*azione di classe*" disciplinata fino all'aprile di quest'anno dall'art. 140-*bis* del Codice del consumo. La nuova *class action,* che entrerà in vigore nell'aprile 2020, può essere azionata sia da un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela di diritti individuali omogenei, iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia, sia da ciascun componente della classe e si caratterizza, in estrema sintesi, in quanto: a) non richiede un mandato per intentare l'azione rappresentativa; b) contempla una adesione c.d. rafforzata; c) prevede un sistema di *opt-in* efficace per i soli consumatori aderenti.

Per come strutturata, pertanto, nel caso venga adottata la direttiva attualmente in discussione da parte del legislatore europeo, l'azione disciplinata dalla legge 13/2019 non potrà che essere oggetto di una revisione, se non altro in relazione ai soggetti legittimati a esercitare l'azione e, cosa di non poco momento, in relazione al sistema probatorio. Se infatti la proposta dovesse essere approvata nella sua attuale formulazione, il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla direttiva, dovrà riconoscere efficacia vincolante alle decisioni "definitive" adottate dall'AGCM in ambito consumeristico.

28 (COM(2018)184 *final*).

29 (P8_TA-PROV(2019)0222).

30 Nello specifico l'attuale versione dell'art. 10 della proposta rubricato "*effetti delle decisioni definitive*" Gli Stati membri garantiscono che una decisione definitiva di un organo giurisdizionale o amministrativo di uno Stato Membro (...) deve essere ritenuta una prova che accerta l'esistenza o la non esistenza di una violazione ai fini di eventuali altre azioni di natura risarcitoria innanzi agli organi giurisdizionali nazionali dello Stato Membro nei confronti dello stesso professionista, per gli stessi fatti, purché lo stesso danno non possa essere risarcito due volte agli stessi consumatori interessati. L'attuale disposto dell'art. 10 appare destinato a trovare applicazione oltre che rispetto alle sentenze "*che non possono o non possono più essere impugnate*" (art. 3 n. 6) anche rispetto alle decisioni "*non più soggette a ricorso giurisdizionale*" (art. 3 n. 6) adottate da autorità amministrative e, nello specifico dall'AGCM nelle materie consumeristiche di sua competenza (p.c.s., *consumer rights*, clausole vessatorie). Il riferimento anche alla decisione definitiva che accerti la "*non esistenza di una violazione*" desta diversi dubbi che saranno oggetto di futuri approfondimenti.

Bibliografia

Aa.Vv., Consumerism 2015, *Il Consumatore nell'era della condivisione*, in http://www.consumersforum.it/

Aa.Vv., Consumerism 2016, *Dalla* Sharing *alla* Social Economy, in http://www.consumersforum.it/

Aa.Vv., Consumerism 2017, *Dalla* Sharing *alla* Social *alla* Data Economy, in http://www.consumersforum.it/

Aa.Vv., Consumerism 2018, *Il cittadino nell'era dell'algoritmo*, in http://www.consumersforum.it/

AGCM, *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*, AS1222 del 29 settembre 2015

AGCM, *Riforma del settore della mobilità non di linea*, parere AS1354 del 10 marzo 2017

Bassan, F. *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubettino, 2019

Commissione europea, "*Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/ce relativa alle pratiche commerciali sleali*", SWD(2016) 163 final del 25 maggio 2016

Di Porto F., *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017

Garante della privacy, provv. n. 3118884 dell'8 maggio 2014, recante "*Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie*"

Noto La Diega G., *Data as Digital Assets. The Case of Targeted Advertising*, in (AA.VV.) M. Bakhoum , B. Conde Gallego, M.O. Mackenrodt , G. Surblytė-Namavičienė, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?*, Berlino, 2018, 445 e ss.

OECD, *Protecting consumers in peer platform markets. Exploring the issues*, OECD digital economy papers, no. 253, 2016

Ratti M., *Personal-Data and Consumer Protection: What Do They Have in Common?*, in (AA.VV.) M. Bakhoum , B. Conde Gallego, M.O. Mackenrodt , G. Surblytė-Namavičienė, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?*, Berlino, 2018, 377 e ss.

(Paolo Occhiuzzi)[31]

La tutela del consumatore nel settore dei trasporti

Il progresso tecnologico, cui si è assistito negli ultimi dieci anni, è stato talmente veloce, innovativo e, se si vuole anche invasivo, da condizionare non soltanto la struttura economica e giuridica dell'ordinamento europeo, unitariamente considerato, ma anche le interazioni sociali tra i singoli individui.
Nel settore dei trasporti tale cambiamento è particolarmente avvertito poiché, in questo rinnovato tessuto sociale, le parole d'ordine diventano condivisione e partecipazione, e si assiste all'emersione di un nuovo paradigma economico che rifiuta le logiche verticali e trova la sua forza espansiva nella creazione paritaria e collettiva di beni e servizi condivisi.
I paradigmi tradizionali (vettore/servizio pubblico vs. passeggero/consumatore) perdono di significato poiché non è più agevole distinguere le tipologie di attori economici: vi sono gli utenti che, avvalendosi di piattaforme tecnologiche, mettono in condivisione beni e servizi diventando al tempo stesso produttori e consumatori; vi sono le imprese emergenti che creano dette piattaforme tecnologiche e le gestiscono senza entrare nel merito delle transazioni che ivi si effettuano; vi sono le imprese che invece agiscono e operano esclusivamente nel mercato digitale e vi sono, infine, le imprese tradizionali ad integrazione verticale che si avvalgono di questi nuovi canali commerciali in maniera meramente integrativa e suppletiva dei normali sistemi di commercializzazione dei prodotti e dei servizi.
Ne emerge un quadro difficilmente riconducibile a una sintesi ma questo non è necessariamente un problema: del resto, alla certezza delle posizioni soggettive si è già rinunciato da tempo con il proliferare di discipline settoriali e generali, verticali o orizzontali.
La sfida risiede nel capire se le regole attuali in materia di tutela dell'utente, contenute nel Codice del consumo e nelle discipline settoriali, siano ancora valide ed efficaci ovvero se necessitino di un nuovo coordinamento alla luce dell'emersione di nuove forme di trasporto.

SOMMARIO: 1. I soggetti nel settore dei trasporti. – 2. Atto-Contratto. – 3. L'attività (*online-offline*). 4. Le tutele. – 5. Risoluzione delle controversie e rimedi alternativi.

1. I SOGGETTI NEL SETTORE DEI TRASPORTI

Interrogarsi sulla attualità della tutela del consumatore nel settore dei trasporti è attività complessa e al contempo necessaria, in un contesto in cui l'innovazione mette in crisi i vecchi paradigmi insiti nel rapporto professionista/consumatore e modifica le posizioni di tutti i protagonisti del mercato.
Nel settore dei trasporti, poi, deve tenersi conto del fatto che la disciplina a tutela dell'utente del servizio di mobilità, di matrice prevalentemente europea, si interseca, con riferimento al profilo sia soggettivo sia oggettivo, con fonti di differente rango, nazionale e unionale, volte alla tutela della sicurezza del passeggero; alla regolazione dei traffici delle merci e delle persone; all'intermodalità e alla creazione di un mercato unico europeo concorrenziale.
Dal punto di vista soggettivo, molte sono le evoluzioni di cui tenere conto nel settore dei trasporti.
Dal lato della domanda, l'incessante sviluppo tecnologico rende necessario individuare, in vista di ulteriori possibili distinzioni e prospettive di ricerca, i diversi soggetti e modelli di *business* nati nella *social economy*.
Come ha sottolineato in passato il Presidente dell'Autorità di regolazione dei trasporti "lo sviluppo della industria della mobilità è legato a quello dell'energia e del digitale", ed in questo nuovo contesto "non è scontato che

31 Le opinioni espresse dall'Autore non impegnano in alcun modo l'Istituzione cui appartiene.

continuino ad essere gli attori tradizionali ad orientarne la crescita; nuovi operatori globali, attivi anche nella raccolta e gestione dei dati essenziali per i servizi di mobilità sono già sulla scena".
Si sono difatti verificati fenomeni di allargamento e diversificazione dell'offerta dei servizi di mobilità (sia locale sia interregionale), idonei a incrementare la qualità e a ridurre i prezzi del servizio.
In particolare, la diffusione di piattaforme di promozione e vendita dei servizi di trasporto, delle quali quasi tutte le imprese del settore si sono dotate anche indirettamente, e l'ingresso nel mercato italiano di nuovi operatori nazionali e stranieri, hanno delineato un contesto competitivo vivace e sfidante nel trasporto nazionale di passeggeri su strada, con innegabili benefici per il consumatore finale.
Oltre al caso di Uber – ormai noto come modello innovativo e foriero di interrogativi, ad esempio, anche nel campo della tutela dei lavoratori – si può citare l'esempio di Flixbus, società tedesca che opera trasporti extraurbani su autobus in tutta Europa e che si basa su un modello economico secondo cui la società non svolge direttamente il servizio di trasporto ma si occupa di *marketing*, politica dei prezzi e gestione della qualità.
FlixBus infatti si occupa delle autorizzazioni locali, della pianificazione della rete, del *marketing*, della politica dei prezzi, della gestione della qualità e del servizio al cliente, e infine delle piattaforme per la prenotazione dei servizi, mentre l'attività di trasporto vera e propria è effettuata da compagnie di autobus regionali convenzionate.
Questo modello operativo ha consentito a Flixbus in pochi mesi di ottenere una quota di mercato rilevante nei servizi di trasporto su strada a media-lunga percorrenza in Italia, grazie a un'offerta di prezzi assai competitiva che ha indotto una vivace concorrenza anche di tipo intermodale (ad esempio rispetto ai servizi ferroviari su analoghe tratte, con treni *Intercity*).
Si pensi ancora al *car pooling*: sistemi di trasporto c.d. "intelligente" in cui sono applicate tecnologie dell'informazione e della comunicazione nel settore del trasporto stradale, infrastrutture, veicoli e utenti compresi, e nella gestione del traffico e della modalità, nonché interfacce con altri modi di trasporto.
Vi sono poi i servizi di intermediazione per il car pooling non a fine di lucro funzionali alla condivisione del medesimo tragitto in auto, ripartendo i costi, quale quello offerto dall'applicazione Letzgo (o anche – per esempio – dal sito *web* "Blablacar", servizio di *car pooling* analogo a Letzgo).
Al di là della tassonomia, resta ferma la necessità di registrare un elemento fattuale: il trasporto è ormai caratterizzato da soggetti che hanno forme mutevoli e non trovano agevole collocazione nelle rigide definizioni di professionista contenute nel Codice del consumo.
Gli utenti stessi, condividendo le loro esperienze e le loro risorse, attraverso l'utilizzo di piattaforme tecnologiche, generano spontaneamente e autonomamente nuovi servizi che vanno ad aggiungersi a quelli offerti sul mercato tradizionale e che competono con essi, spesso uscendone vincitori. Nascono nuovi mercati e nuovi attori economici, mentre la sopravvivenza dei soggetti già esistenti dipende in massima misura dalla loro capacità di adattamento.
Anche dal lato della domanda, si assiste a un notevole cambiamento. Il fruitore del servizio di trasporto è consumatore, passeggero, utente di un servizio pubblico o semplice cittadino che condivide un servizio di mobilità.
I cittadini-utenti fruiscono oggi di nuovi mezzi di informazione e simultanea manifestazione delle preferenze di acquisto per soddisfare bisogni di mobilità anche su base personale (*tailor-made services*); in ragione di ciò le imprese di trasporto sono spinte a rivedere modelli organizzativi e strategie e a fornire servizi via via più efficienti e *costumer-centred*. Si affermano servizi MaaS (*Mobility as a Service*) associati all'utilizzo di piattaforme digitali.
Operatori della *sharing economy* come Lyft, Grab, Didi Chuxing, Go-Jek, Uber, Flixbus, BlaBlaCar, nei rispetti ambiti di attività, intercettano pertanto le tendenze latenti della domanda e ridefiniscono i confini dei mercati di riferimento.
Nei rapporti di intermediazione *online*, ancora, il soggetto che, tramite la piattaforma, entra in contatto con il prestatore del servizio è solitamente un consumatore. Tuttavia si possono dare numerosi casi in cui non lo è (si pensi all'azienda che prenota un volo o un albergo per un proprio dipendente).
Ne consegue che la diffusione delle tecnologie digitali ha inciso profondamente sull'offerta dei servizi di trasporto e tende a rendere meno significativo il profilo soggettivo.

In conclusione, in tale contesto – che, con le parole di Z. Baumann e, tra i tanti, Modernità liquida, Bari, 2006, possiamo definire liquido e senza confini – non è facile distinguere le tipologie di attori economici: gli utenti che, avvalendosi di piattaforme tecnologiche, mettono in condivisione beni e servizi diventando al tempo stesso produttori e consumatori; le imprese emergenti che creano piattaforme tecnologiche e le gestiscono senza entrare nel merito delle transazioni che ivi si effettuano; le imprese che agiscono e operano esclusivamente nel mercato digitale e, infine, le imprese tradizionali a integrazione verticale che si avvalgono di questi nuovi canali commerciali in maniera meramente integrativa e suppletiva dei normali sistemi di commercializzazione dei prodotti e dei servizi.
Ne emerge un quadro difficilmente riconducibile a una sintesi ma questo non è necessariamente un problema: del resto, alla certezza delle posizioni soggettive si è già rinunciato da tempo con il proliferare di discipline settoriali e generali, verticali o orizzontali. La sfida risiede nel capire se le regole attuali sono ancora valide e valutare se queste devono cambiare.
Esiste però un elemento di sintesi nel sistema della tutela dei fruitori dei servizi di mobilità. Le autorità indipendenti cui compete l'*enforcement* in materia di tutela del consumatore nel settore hanno il compito di coordinarsi per garantire gli interventi idonei al raggiungimento di un adeguato livello di tutela dei consumatori.

2. ATTO-CONTRATTO

Gli studiosi di diritto della navigazione tendono ad affermare il carattere perlopiù unitario del contratto di trasporto. Più precisamente, la definizione di contratto di trasporto, di cui all'art. 1678 c.c., comprende ogni tipo di trasporto (pubblico o privato, di cose o di persone) indipendentemente dal mezzo con cui viene eseguito e individua a carico del vettore una specifica prestazione: l'obbligo a trasferire persone o cose da un luogo ad un altro.
L'oggetto materiale della prestazione di trasferimento può essere rappresentato da una persona o da una cosa. Nel primo caso – quello che ci occupa nella presente indagine – si configurerà il sottotipo contrattuale del trasporto di persone caratterizzato dalla partecipazione attiva o cooperazione del passeggero nella fruizione della prestazione di trasferimento.
Dall'espressa previsione (art. 1680 c.c.) dell'applicabilità della disciplina codicistica non solo ai trasporti terrestri, ma anche a quelli marittimi e aerei, in quanto non sia derogata dal Codice della navigazione, risulta chiaramente indubbio il carattere unitario della figura contrattuale comprendente nel proprio ambito ogni forma di trasferimento indipendentemente dall'oggetto del trasporto (persone o cose) e dal mezzo tecnico usato (terrestre, acqueo o aereo).
Oltre alle disposizioni del Codice civile e del Codice della navigazione, i contratti che disciplinano i servizi di trasporto soggiacciono alla normativa *"speciale"* che disciplina tutti i contratti tra professionista e consumatore di cui alle sezioni dalla n. I alla n. IV del Codice del consumo (d.lgs. 206/2005), modificato (limitatamente agli artt. 45-67) in senso ulteriormente favorevole all'utente/consumatore/fruitore dei servizi telematici, in seguito al recepimento in Italia della Direttiva n. 2011/83/UE con il d.lgs. n. 21 del 21 febbraio 2014.
Infine, le prassi adottate dai vettori nelle differenti modalità di trasporto nonché i regolamenti del legislatore europeo in materia di diritti dei consumatori hanno intaccato i modelli contrattuali dei vettori. Si pensi ad esempio al trasporto ferroviario. Il Regolamento 1371/2007/CE impone una serie di obblighi a carico delle imprese ferroviarie, dei gestori delle infrastrutture ferroviarie e/o del venditore di biglietti a tutela dei diritti dei passeggeri. Possono in estrema sintesi distinguersi due gruppi di norme: da un lato, le disposizioni che prevedono obblighi squisitamente informativi consistenti nel diffondere, ad esempio, le informazioni sulla soppressione di servizi (art. 7), le informazioni minime prima del viaggio "*su richiesta*" del consumatore (art. 8, comma 1) e le informazioni durante il viaggio (art. 8, comma 2) nonché le informazioni relative ai diritti di cui i passeggeri beneficiano e agli obblighi che loro incombono ai sensi del Regolamento (art. 29); dall'altro, le disposizioni che contengono obblighi di *facere* quali la distribuzione di biglietti mediante determinati canali (art. 9), l'istituzione di un meccanismo per il trattamento dei reclami (art. 27), nonché specifici obblighi contrattuali in caso di ritardo del treno, quali il rimborso del prezzo o la previsione di itinerari alternativi (art. 16), l'indennizzo a favore dell'utente (art.

17), l'assistenza in caso di ritardo all'arrivo o alla partenza (art. 18).
Inoltre, l'Allegato I *Estratto delle regole uniformi concernenti il contratto di trasporto internazionale per ferrovia dei viaggiatori e dei bagagli (CIV)* impone alle imprese ferroviarie precisi vincoli in tema di obblighi informativi nei confronti dei passeggeri, modalità di conclusione del contratto ed esecuzione dello stesso.
Sembrerebbe che le regole dettate dal regolamento siano esaustive e complete e garantiscano un adeguato livello di tutela.
Ma forse non è sempre vero. Ai passeggeri/consumatori viene garantita – per specifici aspetti – una tutela minore rispetto a quanto accade negli altri settori di mercato. Valga rilevare infatti che la disciplina generale in tema di contratti dei consumatori – dettata dalla Direttiva 2011/83/UE recepita nell'ordinamento nazionale dal d.lgs. 14/2014 – no trova applicazione ai contratti di trasporto, in ragione della deroga prevista dall'art. 47, primo comma, lett. *m)* relativa ai "contratti di servizi di trasporto passeggeri". Secondo questa disposizione, però, a tali contratti sono comunque applicabili gli artt. 51.2, 62 e 65 del Codice del consumo.
È significativo che tale esclusione sia stata motivata (come si legge nel considerando 27 della Direttiva) dal fatto che il trasporto di passeggeri "è già soggetto ad altra legislazione dell'*Unione oppure, nel caso dei trasporti pubblici e dei taxi, a normative a livello nazionale*". Ebbene, in questo caso si assiste ad un vero e proprio corto circuito o forse per meglio a un paradosso.
Tenendo sempre a mente il trasporto ferroviario, la disciplina settoriale dettata dal legislatore comunitario sembrerebbe offrire al consumatore/viaggiatore – ad esempio in tema di obblighi informativi e/o assistenza post vendita – un livello di tutela meno elevato rispetto alla disciplina generale – anch'essa di derivazione europea – in tema di contratti dei consumatori.
Ad esempio, la Direttiva 2011/83/UE in tema di diritti dei consumatori nei contratti prevede (art. 21) che il professionista debba predisporre, per le richieste di chiarimento per i servizi post vendita, una linea telefonica gratuita (ovvero a tariffa base). Si tratta di un obbligo che, in ragione della vigenza della deroga sopra richiamata, non può essere applicato ai vettori ferroviari che – come emerge dalla comune esperienza – applicano tariffe particolarmente elevate per i servizi di assistenza in fase successiva all'acquisto.
Ed ancora si pensi al caso del trasporto aereo e, precipuamente, alle clausole – imposte da numerosi vettori soprattutto *low cost* – volte ad imporre, in caso di controversia nascente dal contratto e relativa ai diritti spettanti ai consumatori dal regolamento (CE) n. 261/2004, il foro esclusivo del professionista.
Sul foro dei contratti stipulati tra professionista e consumatore è ormai noto che la giurisprudenza nazionale si è orientata nel senso che, presumendo la vessatorietà della clausola che stabilisce come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore, un foro esclusivo speciale non può essere derogato nemmeno da clausole che stabiliscano un foro coincidente con uno dei fori legali di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c., se diverso da quello del consumatore.
Ai sensi della disciplina generale in tema di clausole vessatorie, dunque, devono ritenersi vessatorie, *ex* art. 33, – comma 2, – lett. *u)* del Codice del consumo quelle clausole che persistono nell'indicare come giudice competente quello di un luogo, generalmente coincidente con quello dove ha sede l'operatore, diverso da dove risiede o ha eletto domicilio il consumatore.
A livello nazionale, inoltre, la Corte di Cassazione ha ancora ribadito che per ritenere superata la presunzione di vessatorietà della clausola, contenuta in un contratto tra un professionista e un consumatore, che stabilisca come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo di quest'ultimo, non è sufficiente invocare esigenze gestionali ed organizzative del professionista[32].
Tuttavia il quadro normativo di riferimento non risulta così chiaro in tema di contratti di trasporto conclusi dai consumatori. Infatti, la presunzione di vessatorietà si applica solo ove sia derogato il foro speciale ed esclusivo del consumatore in forza di "contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista".
La presunzione non si applica invece quando il criterio stabilito dal Codice del consumo – in applicazione della

32 Cfr., Cass, 3 ottobre 2005, n. 19304, in Foro it., 2005, I, 2978.

Direttiva 93/13/Cee in materia di clausole vessatorie – venga derogato non già per accordo delle parti bensì in virtù di una disposizione normativa di rango internazionale.
Al riguardo, il Regolamento (UE) n. 1215/2012 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, (artt. 17 e 18) consente al consumatore di citare la controparte davanti al giudice del luogo in cui ha domicilio il consumatore stesso, in aggiunta al foro generale del convenuto. Tuttavia, il comma 3 dello stesso articolo 17 esclude espressamente l'applicazione delle disposizioni contenute nella sezione 4 del Regolamento "*ai contratti di trasporto che non prevedono prestazioni combinate di trasporto e di alloggio per un prezzo globale*". Inoltre, l'art. 71 di tale regolamento espressamente "*lascia impregiudicate le convenzioni, di cui gli stati membri siano contraenti, che disciplinano la competenza giurisdizionale*".
In ragione di tale esclusione, ne conseguirebbe che il foro del consumatore potrebbe essere agevolmente derogato nei contratti di trasporto, come quello concluso con i vettori aerei, così configurando una protezione inferiore per il consumatore viaggiatore rispetto ai fruitori di altri servizi.
Ebbene, in tali casi si può ben affermare che la circostanza per cui il regolamento escluda i contratti di trasporto dalle ipotesi del foro esclusivo del consumatore, non permette in ogni caso di ritenere esente dal carattere di vessatorietà siffatte clausole poiché, sempre ai sensi della disciplina dettata dal Codice del consumo, si presumono vessatorie e/o abusive poiché, essendo redatte unilateralmente dal professionista e in contrasto con il requisito della buona fede, creano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti a danno del consumatore che è costretto ad azionarsi presso il foro irlandese per il riconoscimento di un proprio diritto"[33].
In tali casi, infatti, l'inevitabile disparità di forze a vantaggio del professionista potrebbe condurre ad abusi e sopraffazioni in danno del consumatore, destinato a sopportare l'imposizione della legge scelta dal professionista che, imponendo orientamenti meno protettivi, potrebbe conseguire vantaggi ulteriori rispetto a quelli che otterrebbe in una situazione di sostanziale equilibrio contrattuale.
Tra l'altro, ai sensi dell'art. 6, par. 1, Direttiva n. 93/13, le clausole abusive non vincolano il consumatore: si tratta di una norma imperativa che, nelle relazioni contrattuali tra professionista e consumatore, mira a ristabilire l'uguaglianza tra i contraenti a causa dell'asimmetria informativa tra i due soggetti (cfr., Corte di giustizia, 04.06.2009, causa C-243/08).
Se è vero dunque che le pertinenti norme europee consentono alle parti di scegliere la legge applicabile al contratto di trasporto, è altresì vero che nei contratti di massa, stipulati a mezzo di moduli o formulari, il consumatore aderisce a un testo contrattuale che non può discutere, ma è "costretto" ad accettare integralmente per proseguire nella procedura di acquisto *online*.
Il criterio della scelta in questo caso è quindi escluso in radice, con la conseguenza che la clausola dovrebbe essere dichiarata vessatoria: l'esercizio dell'autonomia privata non può infatti ricevere positivo apprezzamento quando sia impiegato unilateralmente dal soggetto dotato di maggiore forza negoziale come strumento di sopraffazione per conseguire, attraverso l'imposizione della scelta della legge applicabile, vantaggi ulteriori rispetto a quelli conseguibili in una situazione di ideale equilibrio del mercato e di sostanziale parità di potere contrattuale delle parti.
Si segnala, per mero spirito di completezza, che tale conclusione non sembra tuttavia condivisa da parte della giurisprudenza di merito nazionale. Il Tribunale di Milano nella sentenza 4264/2018 del 27 settembre 2018, ha ritenuto che la clausola di scelta del foro esclusivo sarebbe valida in base a una valutazione già effettuata da parte del legislatore comunitario nel Regolamento n. 44/2001, il cui art. 15, comma 3, esclude dall'applicabilità delle disposizioni concernenti la competenza in materia di contratti conclusi da consumatori (norme spe-

33 Sul punto, si rilevi che l'art. 3, par. 4, Roma I, fa salva l'applicazione delle disposizioni di diritto UE, come applicate nello stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente. Tra i Considerando di questa Direttiva si legge quanto segue: "*considerando che normalmente i consumatori non conoscono le norme giuridiche che disciplinano, negli Stati membri diversi dai loro, i contratti relativi alla vendita di beni o all'offerta di servizi; che tale ignoranza può distoglierli dalle transazioni dirette per l'acquisto di beni o la prestazione di servizi in un altro Stato membro*".
Tra i considerando del Regolamento valga altresì porre l'attenzione su quello relativo proprio alle clausole vessatorie "*considerato che, per facilitare la creazione del mercato interno e per tutelare il cittadino che acquisisce, in qualità di consumatore, beni o servizi mediante contratti disciplinati dalla legislazione di Stati membri diversi dal proprio, è indispensabile eliminare le clausole abusive da tali contratti*".

ciali a tutela del consumatore), i contratti di trasporto che non prevedono prestazioni combinate di trasporto e di alloggio ("pacchetti turistici")[34]. Inoltre, in tale sentenza si aggiunge che la validità di una siffatta clausola, come anche di quella sulla legge applicabile, accettata puntualmente e consapevolmente dal consumatore che stipuli un contratto di mero trasporto aereo, con le forme previste dall'art. 23 del Regolamento n. 44/2001, in forma scritta (*clic* equivalente), è da affermarsi sulla base della "*coerenza e armonia del sistema normativo comunitario*", con specifico riferimento alla disciplina dei contratti di trasporto passeggeri non contemplanti prestazioni di "pacchetto turistico". Tale valutazione sarebbe, dunque, per il Tribunale e la Corte di Appello di Milano, prevalente rispetto alla presunzione di vessatorietà prevista dall'art. 3, comma 3, della Direttiva 93/13 (per richiamo all'allegato, par. 1, lett. *q)*).

Ebbene, forse questa interpretazione manca di considerare che la disciplina dei contratti di trasporto passeggeri non rientranti in pacchetti turistici non è precipuamente contenuta, nell'ordinamento unionale, nel Regolamento n. 44/2001, che è disciplina avente finalità e oggetto differenti. Inoltre, omette qualsiasi riferimento al coordinamento di tali normative a carattere "procedurale" con la Direttiva 93/13 che ha invece come oggetto principale le clausole vessatorie contenute nei contratti, di cui l'art. 33 del Codice del consumo costituisce atto di recepimento.

Tali problemi di coordinamento fra fonti di diritto unionale non sono stati affrontati e risolti dal giudice, che però non ha ritenuto necessario rinviare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia; né l'ha fatto la Corte d'appello di Milano. Tenendo a mente la giurisprudenza citata, sembra in verità illogico – prima che antigiuridico – ritenere conforme al diritto dell'Unione una clausola siffatta. Una simile impostazione ha effetti irragionevoli nella misura in cui conduce a una valutazione di merito negativa sulla vessatorietà di una clausola che prevede un foro esclusivo (in favore del professionista) in un contratto fra professionista e consumatore, nonostante questa rientri in una lista "nera" di clausole ritenute vessatorie in via presuntiva e crei obiettivamente un significativo squilibrio fra le parti in danno della parte debole, in base alla circostanza che la scelta del foro da parte della categoria di consumatore in questione (consumatore di servizi di trasporto non collegati a pacchetti turistici) sia esclusa dal Regolamento che concerne la competenza giurisdizionale.

Dall'analisi emerge che, con riferimento alla disciplina dell'atto, nel settore dei trasporti sarebbe dunque necessaria un'opera di coordinamento tra le differenti discipline applicabili che tenga conto delle nuove modalità di conclusione dei contratti, ovverosia principalmente a distanza.

Inoltre, come è ben evidente, tutte le discipline evocate non riescono a fotografare i rapporti esistenti tra i nuovi attori del mercato dei trasporti, ove la dicotomia classica (professionista/consumatore) risulta in parte superata.

Considerata la difficoltà di ricondurre a unità i molteplici servizi emergenti, appare evidente che le norme invocate non risultano allo stato applicabili per quei sistemi *peer to peer* che mettono in contatto privati cittadini i quali generano collaborativamente e spontaneamente il servizio di trasporto. Sfuggono dunque, proprio quei servizi che, in quanto prodotti dall'autonomia privata, costituiscono la vera sfida del futuro.

Se da un lato si può facilmente osservare che la facoltà di un privato di condividere gratuitamente (salvo il rimborso delle spese vive) la propria autovettura con altri non può essere soggetta a vincoli, non può nemmeno ammettersi che questa attività non sia sottoposta per lo meno a regole in grado di garantire la sicurezza, la trasparenza e la riservatezza degli utenti, senza voler ulteriormente considerare l'impatto del *car sharing* sul libero mercato dei trasporti non di linea.

3. L'ATTIVITÀ (*ONLINE – OFFLINE*)

In una cornice che vede il diritto dei consumi come parte integrante della concorrenza, la nuova disciplina sposta l'attenzione "dall'atto di consumo e dalla struttura del contratto, ossia dal profilo statico, all'attività e al profilo

34 Confermata sul punto dalla sentenza della Corte d'appello di Milano n. 4264/2018 del 27 settembre 2018, par. 1.1., pag. 17 e par. 1.3.5/1.3.6, pag. 27 e 28).

funzionale del comportamento ovvero al profilo dinamico e, di conseguenza, all'operazione economica" [35].
Anche nel settore dei trasporti, l'indagine sulla adeguatezza delle norme vigenti deve necessariamente passare dall'analisi dei fenomeni all'attività, di cui il contratto è solo una parte. Anche al fine di fornire suggerimenti per la sua regolazione, occorre però operare all'interno del composito panorama di mobilità tecnologica alcune importanti differenziazioni.
In primo luogo si devono distinguere i servizi *peer to peer* da quelli *b2c*. Come sopra accennato, i primi sono generati da una rete di computer collegati tra loro in maniera paritaria, di modo che gli utenti connessi a quella rete possano scambiarsi informazioni e risorse; i secondi invece indicano un modello tradizionale di servizi forniti da un professionista a un consumatore in maniera verticale.
Rientrano, dunque, nel primo caso tutti quei servizi generati spontaneamente dagli utenti stessi delle piattaforme tecnologiche attraverso le quali condividono e mettono a disposizione le proprie autovetture per il trasporto di passeggeri, dividendo in tal caso i costi vivi di trasferimento. Ne fanno parte piattaforme quali Blablacar e Uber pop, ove gli utenti una volta registrati possono offrire o al contrario ricevere passaggi per tragitti di media e lunga distanza. L'aggettivo *peer to peer*, tradotto come paritario o anche come gratuito, viene associato ad una molteplicità, talvolta nemmeno riducibile ad insieme, di fenomeni.
Diversamente i servi *b2c* si avvalgono delle piattaforme tecnologiche solo quali canali di vendita di un servizio che rimane di carattere verticale tra professionista e consumatori. Ne sono un esempio Car2go ed Enjoy dove gli *asset* appartengono all'azienda che li affitta ai privati cittadini nella forma di autonoleggio. Rientra in questa ipotesi anche una delle forme dell'applicazione Uber la quale mette in contatto privati cittadini con una categoria specifica di professionisti, ovvero i conducenti taxi o NCC (Uber taxi e Uber black).
Anche *offline* si assiste al proliferarsi di fenomeni non codificati dalla disciplina consumeristica né settoriale. Si pensi al già citato Flixbus, che funge da soggetto aggregatore di imprese di piccole dimensioni, operanti sia nelle autolinee, sia nei settori attigui del noleggio e/o del TPL.
Come ha osservato l'ART nella *Relazione sugli esiti dell'indagine conoscitiva sull'analisi dei profili regolatori inerenti il mercato dei servizi di trasporto via autobus a media e a lunga distanza in regime di libera concorrenza*, la maggiore concentrazione del mercato si è accompagnata a un ampliamento dell'offerta in termini di relazioni servite, frequenze, autobus a minor impatto inquinante, servizi a bordo. Oltre all'entrata di nuovi operatori contraddistinti da modelli organizzativi inediti, si sono creati anche nuovi mercati. Nel medio periodo, non è però facilmente prevedibile la configurazione che assumerà il mercato nei prossimi anni e i modelli di *business* che prevarranno.
Il processo di concentrazione potrebbe infatti accentuarsi tramite "aggregatori" sul modello Flixbus, ma anche attraverso operazioni di fusioni ed acquisizioni ad opera di imprese appartenenti a grandi gruppi industriali orientate a investire più direttamente sugli asset, quali autobus e *hub* multimodali, nonché a cogliere inedite sinergie derivanti dalla gestione di infrastrutture stradali. Sulla futura evoluzione del mercato potrà incidere la diffusione di modalità di trasporto di tipo *car pooling*, ma – soprattutto – la soluzione dei nodi normativi ancora vigenti (si pensi al sistema delle autorizzazioni).
Sempre nel modo *offline*, si pensi ancora all'annosa questione dei taxi. In Italia, oltre che dalle storiche cooperative Radio Taxi, il servizio di trasporto taxi "con prenotazione" è offerto anche da nuovi entranti che operano esclusivamente tramite *app* (si pensi ora a *FreeNow*, nuovo operatore attivo nella mobilità integrata).
L'ART al riguardo ha da sempre auspicato una modifica del quadro normativo vigente che tenga conto dell'evoluzione del settore dei servizi di mobilità non di linea. Evoluzione che ha registrato rilevanti innovazioni tecnologiche dal lato dell'offerta e una domanda di servizi di mobilità diversificata e in forte crescita, che tende a non distinguere più tra servizi di taxi e servizi NCC[36]. Nel settore della mobilità non di linea si è difatti sviluppata nei tempi più recenti

35 V. L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella* disciplina *delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 689; N. Zorzi Galgano, *Sull'invalidità a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contratto e Impresa*, 2011, 921; G. Scognamiglio, *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in P. Barucci, C. Rabitti Bedogni (a cura di) *20 anni di antitrust (l'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato)* Torino, 2010, II, 1221 ss.
36 Già nel 2015, l'ART – nell'ambito di una segnalazione al Governo e Parlamento – aveva sollecitato un'evoluzione in senso pro-concorrenziale del quadro normativo vigente, divenuto oltremodo obsoleto con l'ingresso nel settore della mobilità non di linea di nuovi servizi a forte contenuto tecnologico che, agevolando la comunicazione tra offerta e domanda di mobilità, consentono un miglioramento delle modalità di offerta del servizio di trasporto di passeggeri non di linea, in termini sia di qualità sia di prezzi e, in considerazione di ciò, aveva auspicato l'abolizione degli elementi di discriminazione competitiva tra taxi e NCC in una prospettiva di piena sostituibilità tra i due servizi, con specifico riguardo ai vincoli territoriali dell'attività di NCC.

una domanda molto estesa e diversificata di servizi che tende a non distinguere più tra attività soggette a obblighi di servizio pubblico (taxi) e attività di mercato (NCC) e che, legata ad un concetto di mobilità urbana di tipo intermodale di servizi, fa ampio ricorso ai nuovi strumenti resi possibili dall'innovazione tecnologica.
Anche sotto questo profilo la disciplina vigente appare inadeguata e continua a erigere rigidi steccati di tipo merceologico e geografico tra le due tipologie di servizi.

4. LE TUTELE

Nell'impianto originario del Trattato di Roma, l'instaurazione di una politica comune nel settore dei trasporti, accanto alle politiche relative al commercio e all'agricoltura, ha rappresentato uno strumento indispensabile per la realizzazione degli obiettivi comunitari, consistenti nell'attuazione di uno sviluppo armonioso delle attività economiche e di una espansione continua ed equilibrata. Il coordinamento delle politiche nazionali in tema di trasporti è stato una tappa obbligata per la progressiva instaurazione del mercato comune e per l'affermazione in concreto del principio di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali[37].
Funzionale all'attuazione di tali principi è l'individuazione sotto il profilo consumeristico di un *set* minimo di regole applicabili a tutti i vettori dell'Unione, indipendentemente dalla modalità di trasporto, al fine di garantire al viaggiatore, quale parte contrattuale meno informata, un livello di tutela adeguato, con riferimento all'informazione e ai rimedi (risarcitori e non solo) in caso di condotta del vettore che generi un danno.
Nel settore dei trasporti, l'obiettivo è stato perseguito attraverso una peculiare tecnica legislativa che ha percorso tre differenti strade. In un primo momento, il legislatore sovranazionale ha cercato di anticipare il contenuto sostanziale di convenzioni internazionali sulla responsabilità del vettore, non ancora vigenti e non ancora ratificate da tutti gli Stati membri, estendendone il campo di applicazione ai trasporti nazionali.
Progressivamente sono state introdotte regole più favorevoli per i passeggeri rispetto a quanto previsto dalle convenzioni internazionali, con norme comuni in tutti gli Stati dell'Unione europea per rafforzare la tutela dei passeggeri. Da ultimo, infine, si è inteso regolare tutti gli aspetti che non trovano disciplina nelle convenzioni internazionali.
Ciò in quanto la tutela garantita al viaggiatore dalle convenzioni internazionali è principalmente indirizzata alle ipotesi di danni da morte e lesioni e dei danni ai bagagli, ma non considera altri diritti dei passeggeri quali, ad esempio, il diritto ad ottenere informazioni e soprattutto i diritti a veder alleviati i disagi in caso di inadempimento o ritardato adempimento dei vettori. Risulta, infine, assente la previsione negli accordi internazionali di garanzie a tutela delle persone disabili o a mobilità ridotta.
Da qui l'intervento del legislatore unionale che, attraverso distinti regolamenti, ha cercato di garantire adeguati livelli di tutela e colmare i vuoti lasciati dal diritto internazionale:
- per il trasporto aereo, la disciplina di riferimento è rappresentata dal Regolamento CE 261/2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato;
- per il trasporto marittimo e per le vie navigabili interne si fa riferimento al Regolamento CE 1177/2011;
- per il trasporto ferroviario la norma fondamentale è il Regolamento CE 1371/2007[38];
- per il trasporto su bus, il Regolamento CE 181/2011 che garantisce la mobilità dei passeggeri, assicura il diritto

37 La letteratura riguardante la politica comune dei trasporti è molto vasta; *ex multis*, si segnalano: F. Santoro, *La politica dei trasporti nella Comunità economica europea*, Torino, 1974; C. Menè, *La politica dei trasporti*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Milano, 2008, 599; L. Schiano di Pepe, *Trasporti*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2004, 465; F. Munari, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996; D.U. Galetta, D.M. Traina, *Trasporti marittimi e porti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M. P. Chiti, G. Greco), Milano, 2007, vol. IV, 2112; S. Zunarelli (a cura di), *Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, 2008; F. Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia*, Torino, 2015.

38 Nella sua relazione del 2013 sull'applicazione del Regolamento (CE) n. 1371/2007, la Commissione europea ha evidenziato, in relazione ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, alcune aree problematiche, confermate da una valutazione d'impatto svolta nel 2016/2017.
Conseguentemente, il 27 settembre 2017 la Commissione ha trasmesso al Parlamento europeo e al Consiglio la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario (rifusione), nell'ottica di rafforzare i diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario nell'Unione europea, incrementando, nel contempo, l'utilizzo della modalità di trasporto in esame.
Obiettivo principale della revisione proposta dalla Commissione è affrontare i problemi riscontrati, segnatamente per quanto riguarda le situazioni di forza maggiore, il ricorso a deroghe da parte degli Stati membri, i diritti delle persone con disabilità e a mobilità ridotta, nonché la disponibilità dei cosiddetti biglietti globali e le informazioni su tali biglietti.
In qualità di Organismo responsabile della corretta applicazione della normativa comunitaria, l'Autorità ha partecipato alle riunioni convocate dalla Commissione, nelle quali sono state talvolta sollevate questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione del Regolamento poste alla base della proposta di rifusione.

dell'individuo alla libertà di circolazione.
Con tali atti normativi, l'Unione Europea, dal punto di vista soggettivo, ha messo i passeggeri al centro della sua politica dei trasporti, nelle diverse modalità di trasporto (terrestre – ferroviario e autobus, marittimo – via mare e vie navigabili interne, e aereo) e la Commissione Europea ha riconosciuto un insieme di diritti essenziali dei passeggeri nell'UE comuni ai quattro modi di trasporto collettivo. Tali diritti sono garantiti per tutti i passeggeri (indipendentemente dalla presenza di un rapporto di consumo), anche se la misura della copertura e le norme specifiche sono diverse da un regolamento all'altro.
L'adozione di questi regolamenti risale a periodi diversi tra loro ma precedenti rispetto all'istituzione dell'ART, la quale però, anche dopo la sua costituzione nel 2011, non è stata da subito investita del ruolo di responsabile dell'applicazione delle disposizioni europee sopra citate. Solamente a seguito dell'adozione dei provvedimenti legislativi relativi alla definizione della disciplina sanzionatoria per la violazione dei diritti dei passeggeri in ambito ferroviario, autobus e marittimo e vie navigabili interne, l'Autorità è stata individuata quale Organismo nazionale responsabile dell'esecuzione dei regolamenti.
L'analisi dei procedimenti sanzionatori portati a termine dall'ART mostra che in alcuni frangenti i tre Regolamenti europei prevedono discipline differenti per fattispecie analoghe. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al fatto che il Regolamento (UE) n. 181/2011, relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano con autobus ha, nella quasi totalità dei casi disciplinati, un ambito di applicazione limitato ai soli viaggi la cui percorrenza, tra il punto di partenza e quello di arrivo a destinazione finale, sia superiore ai 250 chilometri. Ciò comporta una serie di criticità dal momento che passeggeri che viaggiano con la stessa modalità di trasporto via autobus sono destinatari di differenti gradi di tutela. Lo stesso vale quando il trasporto ferroviario viene sostituito dal trasporto con autobus. Difatti, in quest'ultimo caso i passeggeri, che avrebbero potuto vantare i diritti riconosciuti dal Regolamento (CE) n. 1371/2007, si trovano nell'impossibilità di azionare una serie di rimostranze non riconosciute dal Regolamento (UE) n. 181/2011.
Si pensi poi alle differenze rinvenibili nelle differenti modalità di trasporto nel diritto all'indennizzo in caso di ritardo. Sul punto, si evidenzia che il passeggero che viaggia in treno matura il diritto a un indennizzo a fronte di un ritardo all'arrivo a destinazione finale; diversamente, nel settore bus rileva unicamente il ritardo maturato alla partenza ma non quello all'arrivo.
Ne consegue la necessità di procedere, ove possibile, a un'armonizzazione delle discipline relative ai diritti dei passeggeri nei tre settori di trasporto. Ciò sembra ancor più necessario dinnanzi al continuo incremento dell'utilizzo, da parte dell'utenza, di trasporti multimodali che, senza dubbio, richiedono sistemi di tutela più omogenei per garantire il massimo grado di tutela dei diritti nei confronti dei passeggeri. Il tutto, anche in considerazione del fatto che stanno per affacciarsi su questi mercati nuovi operatori, la cui attività caratteristica consiste nella gestione dei dati, in grado di offrire biglietti integrati costruiti sulle esigenze personali, ricostruite in base a profilazioni individuali.
Sul punto, peraltro, anche la Corte dei Conti Europea ha analizzato l'estensione e la portata dei regolamenti per verificare se i diritti dei passeggeri siano tutelati con efficacia e se i viaggiatori ne godano effettivamente. Gli esiti dell'indagine sono stati pubblicati a novembre 2018. Gli *auditor* della Corte hanno visitato 10 Stati membri dell'UE e hanno espletato due sondaggi sulle esperienze dei passeggeri. È stato accertato che molti passeggeri non sono sufficientemente consapevoli dei propri diritti e che spesso non ne godono a causa di difficoltà nel farli rispettare. La Corte formula una serie di raccomandazioni volte a migliorare il quadro normativo che disciplina i diritti dei passeggeri e ad accrescere la consapevolezza. La Corte, inoltre, ha elaborato 10 suggerimenti per migliorare l'esperienza di viaggio dei passeggeri.
Infine, come osservato dall'ART nell'*Atto di segnalazione ART sulla tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario, nel trasporto via mare e per vie navigabili interne e nel trasporto effettuato con autobus: disciplina sanzionatoria,* anche la disciplina sanzionatoria prevista in caso di violazione dovrebbe essere oggetto di una riforma complessiva per renderla più efficiente e garantirne l'efficacia deterrente.
Su questo specifico aspetto, occorre segnalare un ulteriore punto debole della disciplina sanzionatoria. Dall'indagine emerge chiaramente come la multimodalità connoti in misura crescente la domanda di servizi di mobilità e i passeg-

geri richiedono tutele immediate, semplici e coerenti. Questi sviluppi impongono di riconsiderare l'attuale sistema, articolato su base verticale e per distinte modalità di trasporto e che non sembra guardare all'intermodalità e alla trasversalità. Conseguentemente, è divenuto non solo necessario ma anche urgente modificare l'attuale assetto delle competenze attribuendo all'ART funzioni di garanzia non solo – come già oggi – con riferimento al trasporto via ferrovia, bus e mare e vie navigabili interne, ma anche con riferimento al trasporto aereo, attualmente di competenza dell'ENAC. Tale frammentazione è una anomalia italiana che merita di essere sanata con l'attribuzione all'ART anche nel settore aereoportuale dei più ampi poteri che le sono attribuiti in relazione agli altri comparti di trasporto.
Alle lacune normative peraltro, l'ART fa fronte con altri strumenti regolatori per garantire al consumatore un maggior livello di tutela; si tratta di *best practices* che potrebbero essere applicate da altre autorità di settore. Nel corso del 2018, ad esempio, si è conclusa la consultazione indetta dall'Autorità con Delibera ART n. 43/2018 del 18 aprile 2018 sull'atto di regolazione recante "*Misure concernenti il contenuto minimo degli specifici diritti che gli utenti dei servizi di trasporto per ferrovia connotati da oneri di servizio pubblico possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture ferroviarie*". Con questa delibera, l'ART ha approvato misure che mirano al superamento di alcune criticità relative all'effettivo esercizio di alcuni diritti attribuiti agli utenti dalla vigente normativa, criticità che presentano una significativa rilevanza per quanto attiene ai servizi di trasporto per ferrovia connotati da oneri di servizio pubblico. Il contenuto minimo dei diritti, anche di natura risarcitoria, di cui alla delibera riguarda, in sintesi: il diritto all'informazione (prima, durante e dopo il viaggio) e le modalità con cui sono rese le informazioni, al fine di garantirne un'ampia diffusione; il diritto alla accessibilità e fruibilità di servizi e stazioni, con previsione di indennizzi a beneficio degli utenti con disabilità o a mobilità ridotta; il diritto all'indennizzo per ritardi singoli e il diritto all'indennizzo per i titolari di abbonamento, quest'ultimo da determinarsi tramite criteri di calcolo dei ritardi e dell'indennizzo specifici e che tengano conto almeno del carattere ripetuto del disservizio; le modalità di richiesta ed erogazione di rimborsi e indennizzi, che devono risultare semplici e accessibili; i diritti connessi al trattamento dei reclami, con particolare riguardo, tra l'altro, sia ai canali di presentazione che ai requisiti di motivazione della risposta.
Sempre nell'esercizio delle funzioni ad essa attribuite dall'art. 37, comma 2, lett. *e)*, del d.l. n. 201/2011 l'Autorità ha poi avviato, con Delibera n. 2/2019 del 17 gennaio 2019, un procedimento per la definizione delle misure concernenti il contenuto minimo degli specifici diritti che gli utenti anche nei servizi di trasporto via mare e per vie navigabili interne.
Occorre, per completezza, osservare che tali regole non esauriscono le basi giuridiche della tutela del viaggiatore nei differenti settori. Ad esse si affiancano le discipline di natura c.d. "orizzontale" e generale di derivazione unionale in materia di pratiche commerciali sleali e clausole vessatorie. La correttezza degli operatori nei confronti dei viaggiatori/consumatori infatti, è assicurata anche dalla normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, nelle ipotesi in cui il comportamento del vettore nei confronti del consumatore sia contrario ai canoni di diligenza che devono caratterizzare il rapporto di consumo. Si tratta, come noto, di una disciplina avente matrice comunitaria che deriva dal recepimento della Direttiva 2005/29/CE, la cui finalità è quella di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori dell'Unione sulla base di un principio di armonizzazione massima.
In questa prospettiva, il rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche sleali – di esclusiva competenza dell'AGCM – e discipline settoriali in materia di tutela del passeggero è di assoluta complementarietà.
Da quanto sopra, emerge che le discipline (generale e settoriale) conseguono obiettivi, perseguono scopi e finalità sociali diverse e mirano alla tutela di beni giuridici differenti, e che però i plessi normativi si integrano e completano a vicenda.
D'altra parte, la complementarietà è espressamente prevista dalla legge: l'art. 3 par. 4 della Direttiva 2005/29 esclude l'applicazione della Direttiva medesima soltanto in presenza di altre norme dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali e solo laddove sia rilevabile la sussistenza di un "contrasto tra tali norme" (Corte di Giustizia 13 settembre 2018, Cause C54-17 e 55-17). Ipotesi di contrasto non sussistenti nel caso di specie.
Infine, attraverso l'applicazione ai contratti di trasporto della disciplina delle clausole vessatorie, ai consumatori-viaggiatori viene assicurato un controllo dell'equilibrio negoziale esistente tra diritti e obblighi assunti dalle parti con la sottoscrizione del contratto.

In altre parole, le discipline generali in materia di tutela del consumatore e quelle verticali a tutela dei viaggiatori si intersecano, delineando una rete di regole che ha il vantaggio di elevare il livello di tutela del consumatore, in un'ottica di complementarietà e non di sovrapposizione.

5. RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E RIMEDI ALTERNATIVI

Nell'ambito delle Autorità di regolazione, sin dall'impostazione originaria il Legislatore ha scelto di istituire una procedura semplificata di risoluzione delle controversie, prevedendo, con la proposizione di un particolare rimedio alternativo, il tentativo di conciliazione, un onere da osservare necessariamente per potere adire in un secondo tempo le vie giurisdizionali.

L'obiettivo risiede nel deflazionare il contenzioso nelle sedi giudiziali e incentivare il ricorso a uno strumento più efficace in termini economici e temporali.

Con riguardo al settore dei trasporti, il numero di organismi ADR notificati alla Commissione europea dai Paesi membri, ai sensi della Direttiva 2013/11/UE, è superiore a duecento.

In proposito va osservato che per l'Italia l'unico organismo notificato alla Commissione, ai sensi del d.lgs. n. 130/2015, è l'Organismo di conciliazione paritetica attivo presso Trenitalia s.p.a.

L'ART, nell'esercizio delle competenze attribuite dalla norma istitutiva può, tra l'altro, favorire l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti (*ex* art. 37, comma 3, lett. *h)*, del d.l. n. 201/2011, istitutivo dell'Autorità).

In tal senso, l'ART, nelle proprie delibere relative alla definizione del contenuto minimo dei diritti degli utenti, non ha mancato di prevedere, ad esempio, che nelle risposte ai reclami, gli operatori debbano indicare i rimedi esperibili in caso di risposta non soddisfacente.

Tuttavia, va sottolineato che l'ART non è esplicitamente menzionata dall'art. 141 *octies* del Codice del consumo tra le autorità incaricate delle funzioni di cui agli artt. 141 *novies* e *decies*, né è previsto che essa possa avvalersi, per lo sviluppo del sistema ADR, di strutture dedicate, come previsto invece per l'AGCOM e per l'ARERA.

Bibliografia

Bassan F. (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia*, Torino, 2015

Bassan, F. *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubettino, 2019

Galetta D.U., Traina D.M., *Trasporti marittimi e porti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M. P. Chiti, G. Greco), Milano, 2007, vol. IV, 2112

Menè C., *La politica dei trasporti*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Milano, 2008, 599

Munari F., *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996

Rossi Carleo L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella* disciplina *delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 689

Santoro F., *La politica dei trasporti nella Comunità economica europea*, Torino, 1974

Schiano di Pepe L., *Trasporti*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2004, 465

Scognamiglio G., *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in P. Barucci, C. Rabitti Bedogni (a cura di) *20 anni di antitrust (l'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato)*, Torino, 2010, II, 1221 ss.

Simone S., *Le procedure ADR nelle Autorità indipendenti*, "*I paper dell'Osservatorio*", Osservatorio AIR, www.osservatorioair.it, Dicembre 2016, P 3/2016. ISSN 2280-8698

Zorzi Galgano N., *Sull'invalidità a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contratto e Impresa*, 2011, 921

Zunarelli S. (a cura di), *Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, 2008

(Cristiana Lauri)

Lo statuto del "consumatore ambientale"

Quello seguito da ARERA è un approccio tecnologicamente neutrale e trasversale, estremamente resiliente e adattabile alle esigenze degli attori dei settori attraverso una regolazione di carattere asimmetrico, capace di tener conto delle diverse condizioni di partenza a livello territoriale, industriale e di governance *al fine di assicurare un* level playing field. *Il metodo ARERA si riflette su tutti i settori "ambientali": in tema di energia nel percorso verso la decarbonizzazione con il* capacity market; *in tema di rifiuti, con interventi per una maggior trasparenza e incentivi; nell'idrico, con una forte azione di razionalizzazione sulla morosità.*
Si tratta di una declinazione della sostenibilità a "trazione economica", nella convinzione che un'azione pragmatica di efficientamento delle risorse e degli usi delle stesse, attraverso la "smartizzazione" del settore in via di consolidamento, possa avere effetti positivi sulla tutela ambientale e sulla collettività.
Su queste basi si costruisce un nuovo statuto per il "consumatore ambientale", invitato ad essere parte attiva di un sistema economico istituzionale in grado di declinare positivamente le risorse e accompagnato dalla stessa Authority *verso una maggiore consapevolezza dei propri comportamenti.*

SOMMARIO: 1. I soggetti: l'autorità, il mercato e il consumatore ambientale. – 2. La tariffa al tempo della sostenibilità. – 3. La "smartizzazione" delle attività. – 4. Le tutele tra crisi ambientale e sociale. – 5. Risoluzione delle controversie e rimedi alternativi.

1. I SOGGETTI: L'AUTORITÀ, IL MERCATO E IL CONSUMATORE AMBIENTALE

L'evoluzione di ARERA, che oggi racchiude la pluralità dei settori regolati nelle due sfere energia e ambiente, procede parallelamente a quella dei mercati nonché del ruolo del consumatore, svelando una costante ricerca di innovazione e adeguamento di sistema.
Si mira a realizzare per tale via il superamento della visione per *silos* (originariamente sorta sulla base del binomio energia/gas e poi ampliata al servizio idrico integrato, al telecalore, al ciclo dei rifiuti e ora, in senso ampio, all'ambiente) a vantaggio di una compenetrazione sempre più profonda che finisce per trasfigurare i caratteri dello "statuto" del consumatore come intesi sino ad oggi. E infatti, in tutti i mercati di incidenza l'azione svolta dall'Autorità risulta essere quella di assicurare un *level playing field* volto ad armonizzare i settori regolati sul piano sia nazionale sia europeo.
Con non pochi disallineamenti, i mercati procedono nel percorso verso lo sviluppo sostenibile dal punto di vista economico, ambientale e sociale, che si concretizza negli obiettivi di decarbonizzazione, di sviluppo dell'economia circolare, nonché di mitigazione dei danni connessi alla crisi climatica globale ormai incombente. E al perseguimento di tali obiettivi conseguono convergenze significative: cresce l'interdipendenza tra i settori energia e ambiente, laddove la risorsa idrica o il rifiuto si trasformano in fonte di energia grazie anche allo sviluppo tecnologico e a una rinnovata sensibilità ambientale dei consumatori in via di consolidamento.
Le linee di fondo del percorso regolatorio sono individuate dal Quadro Strategico 2019-2021 di ARERA, il documento con cui l'Autorità indica priorità e obiettivi della sua azione nel prossimo triennio.
Tra i principi ispiratori del documento: un ruolo di maggiore centralità del consumatore, al quale si forniranno strumenti e azioni per una maggiore consapevolezza nelle proprie scelte; una valorizzazione dell'innovazione della tecnologia e dei processi in ambito energetico ambientale; una particolare attenzione allo sviluppo uniforme nelle diverse aree del paese, cui saranno applicati principi di regolazione asimmetrica al fine di rendere territorialmente più omogeneo il livello dei servizi pubblici.

Con particolare riferimento alla figura del consumatore, nel quadro delineato, l'Autorità intende agevolare la trasformazione dei consumatori in attori consapevoli dei settori energetici e ambientali, in linea con l'obiettivo strategico 1 "dare voce al consumatore", tramite una maggiore trasparenza e comunicazione, una diffusione della conoscenza dei diritti, il rafforzamento della fiducia nel sistema.
Per i settori dell'energia ciò si inserisce nell'azione di rafforzamento del contesto competitivo, in cui operatori affidabili ed efficienti possano accompagnare i consumatori nelle loro scelte. Tale convincimento riposa – è evidente – nella scelta legislativa di aprire il mercato ai clienti domestici e di piccola dimensione.
Per il ciclo dei rifiuti una maggiore consapevolezza relativamente alle caratteristiche del servizio e all'importanza di comportamenti virtuosi sarà essenziale nell'ottica di consolidare l'accettabilità sociale delle iniziative di investimento relative a infrastrutture strategiche per il settore.
In questo contesto acquisiscono valore, in ottica di sistema, la capacità e la volontà del cliente di diventare un consumatore consapevole, dedicando tempo e risorse alla valutazione delle offerte e alla comprensione dei meccanismi di mercato. Ciò si spinge fino allo scenario che vedrà partecipare attivamente il consumatore ambientale ai servizi di flessibilità fino a divenire parte attiva nella produzione e autoconsumo di energia.
All'interno di tale quadro, è evidente come il consumatore assumerà con le proprie scelte un ruolo di rilevanza crescente, svelando l'obsolescenza delle rigide prefigurazioni della categoria, fino al superamento della stessa definizione per come intesa sinora.
All'autorità spetterà il non facile compito di allineare gli interessi dei soggetti regolati con quelli del sistema e dei clienti finali, quale ago della bilancia tra realtà imprenditoriali efficaci ed efficienti e consumatori virtuosi.
A tali fini, l'azione di regolazione di ARERA prosegue l'attività di coordinamento con le altre autorità indipendenti e in particolare l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM) e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), per consolidare il contesto pro-concorrenziale e adeguare i settori alle tecnologie digitali e di comunicazione, secondo quanto già intrapreso nella conversione degli *smart metering*.
Dalla regolazione del ciclo dei rifiuti, inoltre, emergono prospettive di interrelazione con altri soggetti istituzionali tradizionali, chiamati a svolgere un ruolo più attivo nei percorsi regolatori in divenire: ne è prova l'avvio del Tavolo permanente con le regioni e le autonomie locali. Come emerge dalla lettura delle prime consultazioni in tema lanciate dall'Autorità, infatti, una pluralità di attori risultano coinvolti in tali azioni di regolazione: i gestori dei servizi di raccolta e smaltimento rifiuti, gli operatori di igiene ambientale, l'industria del riciclo e del riuso, gli Enti di Governo d'Ambito, le istituzioni e gli enti locali, i consorzi nazionali, le associazioni dei consumatori, degli ambientalisti e degli operatori del settore. L'ampiezza del perimetro soggettivo segna il passo dell'azione sistematica alla base del nuovo corso regolatorio.
A completamento del sistema, si rafforzano ulteriormente i legami sovranazionali e internazionali dell'Autorità volti a perseguire l'armonizzazione delle regole e l'integrazione dei mercati: in tale direzione si muove l'azione nell'ambito della Rete dei regolatori economici (NER) dell'OCSE. Tali meccanismi osmotici conducono a risultati concreti: in linea con le raccomandazioni OCSE, l'ARERA ha posto all'interno del suo Quadro strategico alcune linee di azione per innovare la regolazione, ad esempio introducendo maggiore trasparenza sui dati dei gestori idrici sul modello della regolazione di tipo "*sunshine*", prevedendo la pubblicazione dei dati di performance dei gestori, in termini di qualità, investimenti e costi, in un'ottica reputazionale, considerando le specificità territoriali.
Significative sono anche le risultanze del dodicesimo incontro WAREG (*Network* dei regolatori idrici europei) – focalizzato sulla condivisione delle *best practices* al fine migliorare l'attività regolatoria dei servizi idrici. Tra queste il caso italiano della metodologia tariffaria innovativa introdotta dall'Autorità nel 2014 rappresenta un esempio virtuoso: gli investimenti programmati sono fortemente aumentati, passando da 1,13 miliardi nel 2013 a 3,577 miliardi nel 2018, così come è aumentato il tasso d'investimento realizzato passando nello stesso periodo dal 50% all'80% circa.
A livello soggettivo cresce inoltre il ruolo affidato ad ACER (Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazio-

nali di energia – in cui è attualmente italiana la presidenza del *Board of Members*) anche in ragione delle nuove competenze e poteri decisionali ad essa attribuiti dal *Clean Energy Package*.
ARERA è inoltre membro fondatore del Council of European Energy Regulators - CEER, associazione volontaria che ha il compito di consolidare la collaborazione tra i regolatori dell'Unione europea nei settori di comune interesse; è anche il principale promotore dell'Associazione dei regolatori dell'energia del Mediterraneo – MEDREG; ha inoltre un ruolo di primo piano nell'*Energy Community Regulatory Board* - ECRB, organismo sempre più allineato alle competenze dell'ACER per l'area balcanica, in virtù *dell'Energy Community Treaty* firmato fra l'Unione europea e i Paesi di tale regione.
Attraverso il CEER e il MEDREG, ARERA assicura un supporto anche *all'International Confederation of Energy Regulators* (ICER) volta a istituzionalizzare sempre di più il ruolo della regolazione a livello mondiale.
Negli anni, il ruolo dell'Autorità in ambito internazionale si è consolidato non solo in ambito associativo, ma anche attraverso il rafforzamento di relazioni bilaterali con regolatori di altri paesi che hanno portato all'avvio di accordi formali di collaborazione e di progetti di gemellaggio finanziati dalla Commissione europea. In particolare, l'Autorità ha implementato in collaborazione con il regolatore greco (*Regulatory Authority for Energy of the Hellenic Republic* - RAE), un progetto di gemellaggio a supporto del regolatore egiziano (*Egyptian Electric Utility and Consumer Protection Regulatory Agency* - EgyptERA).
Nel corso del 2018 l'Autorità ha attuato un progetto focalizzato sul trasferimento di conoscenze alle autorità di regolazione di Albania (ERE), Montenegro (RAE) e Serbia (AERS) relativo ai meccanismi di *market coupling* tra i membri UE intitolato *KEP - Know-How Exchange Programme CEI - Central European Initiative Support for Strengthening Energy Regulatory Authorities in the Western Balkans*. Tale progetto ha beneficiato del sostegno economico del fondo CEI, finanziato totalmente dal governo italiano, presso la Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo (BERS).
Da ultimo, in quanto titolare dell'Organismo ADR Servizio Conciliazione, ARERA aderisce dal 2016 al NEON (*National Energy Ombudsmen Network*), *network* associativo europeo senza scopo di lucro, con sede a Bruxelles, che riunisce Ombudsmen e Organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie indipendenti per i consumatori che operano nei settori energetici, con lo scopo, fra l'altro, di promuovere la diffusione delle ADR e lo scambio di *best practices* in un'ottica di rafforzamento delle tutele dei clienti finali.
Tutto quanto sopra, a dimostrazione di un'attività rilevante di collaborazione con le autorità europee e le autorità nazionali nonché, sul piano europeo, di consolidamento delle *best practices* italiane in *benchmark* europei, secondo il "circolo regolatorio" già teorizzato[39].

2. LA TARIFFA AL TEMPO DELLA SOSTENIBILITÀ

L'azione di ARERA rappresenta attualmente una declinazione interessante del principio dello sviluppo sostenibile, in cui pragmaticamente il profilo economico viene inteso quale traino dei potenziali effetti ambientali e sociali.
Non a caso l'Autorità punta a dotarsi di nuove regole e a fissare un sistema tariffario stimolante. L'obiettivo è duplice: da un lato indurre i consumatori a cambiamenti comportamentali negli utilizzi delle risorse; dall'altro accompagnare lo sviluppo tecnologico delle imprese del settore.
La nuova stagione della regolazione ha come obiettivo la piena partecipazione al sistema elettrico delle fonti rinnovabili, della generazione diffusa, dei sistemi di accumulo, degli aggregatori e dei consumatori, alcuni dei quali sono anche produttori. La basi di tali coordinate sono individuate dal Documento per la consultazione 322/2019/R/eel approvato dall'ARERA per definire il Testo Integrato del Dispacciamento Elettrico (TIDE), in cui vengono esplicitate le principali linee di intervento per una regolazione dell'attività di dispacciamento che garantisca efficientemente la sicurezza del sistema elettrico in un contesto in rapida e continua evoluzione, per effetto della diffusione delle fonti rinnovabili e della generazione distribuita, ma anche per il progressivo venir meno degli impianti programmabili che hanno storicamente reso disponibili le risorse per garantire l'equilibrio tra domanda e offerta di energia elettrica. Il documento presenta inoltre gli orientamenti dell'Au-

39 F. Bassan, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubbettino, 2019.

torità per proseguire nell'integrazione dei mercati dell'elettricità italiani con quelli degli altri paesi europei, consentendo negoziazioni fino all'ora precedente, e al fine di consentire che il servizio di dispacciamento tenga conto dell'armonizzazione e della condivisione dei servizi necessari a garantire la sicurezza del sistema in corso a livello continentale.

Si tratta di un'azione regolatoria in continua evoluzione che, anche in vista del raggiungimento degli obiettivi europei di decarbonizzazione e valorizzazione delle rinnovabili al 2030, nonché di completamento del mercato interno dell'energia, rende sempre più urgente la riforma del servizio di dispacciamento, delle modalità con cui è possibile fornire le necessarie risorse, nonché delle modalità con cui esse vengono remunerate, al fine di eliminare le barriere residue che impediscano l'utilizzo di tutte le risorse disponibili massimizzando la convenienza economica.

In chiave critica, permane al centro del dibattito il tema della fatturazione dei consumi e parallelamente, delle voci di costo. La *vexata quaestio* degli oneri generali di sistema risulta ancora uno dei maggiori elementi di insoddisfazione nelle bollette energetiche. Sul punto, tra le azioni di ARERA più significative dell'ultimo anno vi è la segnalazione al Parlamento e al Governo (212/2019/I/COM) relativamente all'utilizzo delle disponibilità finanziarie dei conti gestiti dalla cassa per i servizi energetici e ambientali stabilito dalla conversione del d.l. 30 aprile 2019, n. 34, recante "*misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi*" (ac 1807), con cui l'Autorità ha rappresentato rischi e opportunità in relazione alla necessità di modificare il contenuto di tali voci e garantire una maggior trasparenza dei documenti.

Con riferimento al settore idrico la delibera 311/2019/R/idr ha previsto che, dal 1° gennaio 2020 saranno introdotte regole certe e uguali in tutta Italia nel caso di mancati pagamenti da parte degli utenti, attraverso una definizione di tempi e modalità *standard* per la costituzione in mora, la rateizzazione degli importi, la sospensione della fornitura e la risoluzione del contratto, salvaguardando le utenze vulnerabili in documentato stato di disagio economico sociale e quelle pubbliche non disalimentabili (come ospedali e scuole).

Resta critico, invece, il settore del telecalore: l'Italia si colloca tra i Paesi europei con una minore diffusione del servizio, con una quota pari a 6% della popolazione servita. Qui si inseriscono inoltre potenziali criticità in relazione alla trasparenza dei prezzi, con operatori che solo nel 20% dei casi pubblicano tali condizioni sul proprio sito internet rinviando, nella maggioranza dei casi, al contratto quale unica fonte di trasparenza delle condizioni praticate e del loro aggiornamento. Ciò importa difficoltà per l'utente nella comparazione nel controllo delle condizioni praticate.

Al fine di una maggiore conoscenza dello stato del settore, nel corso del 2018 l'Autorità ha svolto un'estensiva raccolta di dati e di informazioni e ha approvato una serie di Testi Integrati (OITLR - Obblighi informativi per i soggetti operanti nel settore del teleriscaldamento e teleraffrescamento – Delibera 574/2018/2018/tlr il 13 novembre 2018; RQCT - Regolazione della qualità commerciale dei servizi di teleriscaldamento e teleraffrescamento (2019-2021) – Delibera 661/2018/2018/tlr il 11 dicembre 2018; TUAR - Regolazione dei criteri di determinazione dei corrispettivi di allacciamento e delle modalità di esercizio da parte dell'utente del diritto di recesso (2018 - 2021) - delibera 24/2018/2018/tlr il 18 gennaio 2018).

Non da ultimo, la regolazione ora in corso di avvio nel settore dei rifiuti offre indicazioni interessanti sul percorso che l'*Authority* sta seguendo. L'intero processo regolatorio del settore rifiuti si sviluppa secondo quanto previsto da ARERA nell'obiettivo OS8 del Quadro Strategico 2019-2021, dove l'Autorità ha previsto un meccanismo tariffario in grado di favorire la capacità del sistema locale di gestire integralmente il ciclo dei rifiuti, in coerenza con le direttive europee sull'economia circolare che – oltre a ribadire il principio *pay as you throw* – hanno fissato obiettivi di riciclo dei materiali e di riduzione delle discariche (a partire dal 2035 potranno ospitare solo un massimo del 10% di rifiuti urbani).

In questo percorso ARERA già con la delibera 303/2019/R/rif, che formalmente unifica due precedenti provvedimenti – 225/2018/R/rif e 715/2018/R/rif – aveva dapprima avviato il procedimento per la definizione del metodo tariffario e successivamente introdotto il monitoraggio delle tariffe esistenti per il 2018 e 2019.

La rilevanza della delibera è nella tempistica degli adempimenti che l'Autorità si è posta e nel numero di soggetti e processi coinvolti dal prossimo metodo tariffario, primi tra tutti gli enti locali e gli operatori del settore: entro la fine dell'anno infatti, i consigli comunali devono approvare le tariffe della TARI in conformità al piano finanziario del servizio di gestione dei rifiuti urbani. Pubblicando il metodo tariffario entro la fine di ottobre ARERA intende, pertanto, fornire gli elementi necessari ad includerne i principi già dalle tariffe in fase di approvazione per il 2020.
Nella delibera, ispirata alla semplificazione dell'azione amministrativa e al rispetto dei tempi per le determinazioni tariffarie in corso, l'Autorità cristallizza alcuni passaggi principali che ispireranno la prossima azione regolatoria sui rifiuti: definizione dei criteri di monitoraggio e di riconoscimento dei costi efficienti, da applicarsi sulle annualità 2018 e 2019, comunque coperte dall'attribuzione di funzioni regolatorie all'Autorità; introduzione di una prima metodologia tariffaria per il riconoscimento dei costi efficienti della gestione del ciclo dei rifiuti a partire dal 2020;
avvio di adeguate attività informative e, ove necessario, formative per la corretta adozione dei piani finanziari richiesti entro l'anno, al fine di garantire l'efficace e rapida applicazione, ai diversi livelli istituzionali, delle regole sopra richiamate; avvio di attività di confronto interistituzionale, finalizzate a definire le procedure di validazione dei dati e le modalità di approvazione dei piani finanziari e dei corrispettivi, al fine di garantire, da un lato, veridicità, chiarezza, completezza e congruità delle informazioni e, dall'altro, coerenza tra corrispettivi e costi efficienti.
Il metodo è ampio è partecipato. Nella consultazione sono stati coinvolti tutti i soggetti interessati dal ciclo dei rifiuti, in un processo che porterà l'Autorità a definire – entro il 2019 – i criteri tariffari per favorire la trasparenza delle informazioni verso gli utenti, l'efficienza e la selettività degli obiettivi da perseguire e le misure per la corretta allocazione degli incentivi nelle diverse fasi della filiera. Un metodo tariffario destinato a introdurre una graduale omogeneizzazione nel Paese, partendo da condizioni molto diversificate, sia a livello industriale che di *governance* territoriale.
Gli sforzi potranno tuttavia condurre a eventuali variazioni tariffarie future, legate ai miglioramenti nella qualità gestionale oppure a modifiche del perimetro di intervento nei servizi (aggiunta di fasi del ciclo o sviluppo di nuovi servizi).
Quanto al metodo tariffario, con il documento 351/2019/R/rif l'ARERA ha già messo in consultazione il primo metodo, con cui saranno rideterminati, in una logica di gradualità e secondo criteri di efficienza, i costi riconosciuti per il biennio in corso 2018-2019 e definiti i criteri per i corrispettivi TARI che verrebbero applicati agli utenti nel 2020-2021. Viene anzitutto definito il perimetro della regolazione tariffaria: spazzamento e lavaggio strade, raccolta e trasporto, trattamento recupero e smaltimento, riscossione e rapporto con gli utenti.
L'obiettivo, come avvenuto già nel settore idrico, è di introdurre una metodologia che definisca i criteri per la quantificazione delle tariffe all'interno di una regolazione di carattere asimmetrico, capace di tener conto delle diverse condizioni territoriali di partenza.
Nello specifico, sono previsti quattro diversi tipi di schemi tariffari nell'ambito dei quali ciascun soggetto competente potrà individuare la soluzione più efficace, a seconda dei propri obiettivi di miglioramento qualitativo, di sviluppo gestionale e delle peculiarità territoriali in termini di limite alla crescita annuale delle entrate tariffarie.
La tempistica del provvedimento è scandita in particolare dall'esigenza dei Consigli comunali che entro l'anno dovranno emettere provvedimenti relativi alla tariffa e avranno così a disposizione il metodo ARERA destinato ad unificare la complessa composizione della tariffa e imposte sui rifiuti urbani e assimilati, anche differenziati.
Su altro fronte vi è un'azione incisiva in termini di trasparenza. Sul punto il documento 352/2019/R/rif prevede un primo periodo di regolazione – presumibilmente dal 1° aprile 2020 al 31 dicembre 2023 – per utenti domestici e non (ad eccezione dei Comuni sotto i 5 mila abitanti, per i quali si prevedrà un'applicazione più graduale).
Per i gestori del servizio, inclusi i Comuni che li gestiscono in economia, diventerà inoltre obbligatorio predisporre e pubblicare online la "Carta della qualità" e gli aspetti generali dei servizi.

Gli utenti dovranno poi ricevere nei documenti di riscossione tutti i dati di sintesi sugli importi addebitati e il calcolo della tariffa, le modalità di pagamento, i recapiti e le procedure per i reclami, le informazioni sulle modalità di erogazione del servizio e sul raggiungimento degli obiettivi ambientali. Qualsiasi variazione di rilievo nelle condizioni di erogazione del servizio dovrà essere comunicata agli utenti con un largo preavviso e i soggetti coinvolti nella filiera saranno chiamati a dialogare tra loro per trasmettere le informazioni richieste agli utenti.
In via trasversale si consolida dunque l'obiettivo di trovare soluzioni per garantire che cittadini e imprese abbiano accesso ai servizi fondamentali in ambienti prosperi e sicuri per vivere e lavorare, pur in un contesto di risorse pubbliche limitate e di maggiore complessità rispetto a tempi passati. In tale contesto la certezza e la trasparenza dei consumi e della loro traduzione nei documenti di fatturazione rappresenta un profilo regolatorio essenziale con riferimento a tutti i mercati di incidenza dell'*Authority.*

3. LA "SMARTIZZAZIONE" DELLE ATTIVITÀ

L'azione di ARERA nel segno dell'innovazione della regolazione si è tradotta in attività di stimolo sotto diversi profili: l'introduzione di *smart grid* elettriche; le sperimentazioni di sistemi di accumulo *utility-scale*, di ricarica di veicoli elettrici, di dispositivi di utenza per la messa a disposizione, in tempo reale, di informazioni acquisite dai misuratori di seconda generazione. Si va in tale direzione anche nel settore gas, in una logica *whole energy system* (ad es. *power-to-gas*) ispirata a forme di recupero di risorse aderenti ai criteri dell'economia circolare.
L'intento dell'Autorità è quello di proseguire nel percorso intrapreso (sinora concentrato sugli operatori di rete) attraverso nuove pratiche di innovazione di sistema in grado di coinvolgere anche le parti commerciali per lo sviluppo di nuovi *business model* nelle fasi a valle della filiera e nelle sperimentazioni di offerte multiservizio a livello urbano o locale (un esempio sul punto è fornito dai progetti pilota avviati dall'Autorità per favorire la partecipazione delle risorse distribuite al mercato dei servizi di dispacciamento e ulteriori sviluppi potrebbero derivare da una estensione della "ricerca di sistema" anche al settore del gas naturale e ai settori ambientali, previa norma primaria ed estensione della base di finanziamento).
La tecnologia *blockchain* costituisce uno strumento determinante nelle azioni di *Lyfe cycle assessment.* La digitalizzazione del settore, come è stato messo in luce, si muove su tre fronti (Gachant, Rossetto). Il primo riguarda i cambiamenti infrastrutturali sulle reti – sia reti digitali sia sistemi intelligenti sulle reti fisiche (*bricks and mortar networks*): se sinora i risultati più apprezzabili hanno riguardato le *smart grids* e i contatori intelligenti in ottica di riduzione dei consumi, il futuro prossimo sarà segnato dalle nuove generazioni di reti e contatori intelligenti per la generazione e i sistemi di accumulo distribuiti, microreti, veicoli elettrici, edifici e città intelligenti.
Il secondo concerne cambiamenti nei mercati attraverso l'introduzione di piattaforme per la produzione e il consumo digitale diretto e le piattaforme per le interazioni nei mercati a due versanti (*two sided markets*): si tratta sia di vendita completamente *online*, in cui attraverso il supporto di applicazioni gli aggregatori agiscono come intermediari digitali, sia di piattaforme a due versanti in cui in un mercato virtuale venditori e acquirenti scambiano nuovi prodotti.
Il terzo è la frontiera digitale riguardante le comunità digitali per le transazioni tra pari (P2P) in assenza di intermediari e i *resort* virtuali per l'intelligenza artificiale (IA). Le reti *blockchain* all'interno delle comunità rappresentano uno strumento per la creazione di fiducia a sostegno delle transazioni economiche, abilitando lo scambio su base decentrata dell'energia elettrica e di altri prodotti scarsi come i certificati verdi. L'IA, inoltre, permette di ottimizzare i consumi e minimizzare i costi.
La concorrenza dei tre elementi, il cui impatto sull'organizzazione del settore elettrico si mostra dirompente, permetterà la diffusione e la messa a regime di micro-reti volte a creare quartieri *smart* e *smart cities* (in cui vivere in edifici intelligenti e fruire di auto a guida autonoma). Se il percorso appare chiaro, gli strumenti sono tuttavia ancora *in itinere*.
Resta aperto il tema, fondamentale, della creazione di "comunità" e del rafforzamento del consenso attraverso un approccio di *governance* capace di stimolare la partecipazione attiva e il dinamismo dei consumatori (qui

l'esempio più immediato è quello delle operazioni di *switching* nel mercato elettrico). Indicative sul punto si rivelano le ricerche empiriche sui comportamenti dei consumatori, destinate ad offrire elementi preziosi per anticipare l'adozione di innovazioni che potrebbero cambiare definitivamente il profilo dei consumi o quantomeno svelare il grado di maturazione del sistema rispetto alle forniture rinnovabili (ad esempio prodotte localmente, le quali innescheranno per tale via un deciso processo di disintermediazione nei mercati *retail).*
In particolare, il monitoraggio rappresenta uno strumento per l'evoluzione del mercato anche nel settore *retail*. Il Sistema informativo integrato (SII), consentirà di comprendere con maggiore efficacia lo sviluppo delle dinamiche concorrenziali e il livello di apertura dei mercati di energia elettrica e gas, nonché il livello di consapevolezza dei clienti, semplificando al tempo stesso gli adempimenti di venditori e distributori. Esso infatti apre la strada a un inquadramento e a una descrizione completa e dettagliata del tipo di clientela, con *cluster* relativi alle caratteristiche dei clienti stessi (età, genere, categorie commerciali o professionali delle utenze non domestiche), la zona geografica di fornitura, con focus regionali, provinciali e comunali, le offerte disponibili sul mercato (grazie alla mappatura del Portale Offerte) e le scelte operate dai clienti, il numero dei venditori, la loro dimensione e collocazione territoriale. Infine, sarà più facile anche fruire dei nuovi dati prodotti, e della serie storica, perché saranno pubblicati con maggiore frequenza e saranno consultabili da tutti gli *stakeholders* in modalità *open data*. Con tutte le implicazioni che ne derivano in termini trasversali di *privacy*.
In termini applicativi con riferimento al monitoraggio, in tema di servizio idrico, alla luce della specifica regolazione introdotta in materia di qualità tecnica (delibera 27 dicembre 2017, n. 917/2017/R/idr e relativo allegato A, RQTI), sono state ulteriormente sistematizzate le metodologie di raccolta delle informazioni, consentendo di delineare con crescente grado di dettaglio i principali aspetti riconducibili allo stato dei servizi idrici. Ciò secondo la definizione di macro-indicatori definiti dalla RQTI (contenimento delle perdite idriche nelle reti e impianti di acquedotto; mantenimento della continuità del servizio idropotabile, sulla base della misura della frequenza delle interruzioni del servizio; adeguatezza della qualità dell'acqua erogata; minimizzazione dell'impatto ambientale derivante dal convogliamento delle acque reflue, misurata sulla base del grado di adeguatezza del sistema fognario; minimizzazione dell'impatto ambientale collegato allo smaltimento dei fanghi derivanti dalla depurazione delle acque reflue; minimizzazione dell'impatto ambientale associato allo smaltimento dei reflui in uscita dai trattamenti depurativi). Per tale via è emersa con chiarezza l'esistenza nel Paese di un perdurante *water service divide*, con valori dei parametri tecnici che tendono generalmente a rappresentare situazioni di maggiore criticità in corrispondenza dell'area Sud e Isole.
Della ricerca di un approccio di *governance* circolare è esempio l'azione in tema di rifiuti, che mira a perseguire i criteri generali di sostenibilità e circolarità del sistema, laddove l'Autorità si affianca attivamente al progressivo scoraggiamento dello smaltimento in discarica per minimizzare l'impatto ambientale a vantaggio delle opzioni di riuso e recupero di risorse. Il settore dei rifiuti infatti, presenta importanti differenze rispetto agli altri settori regolati dall'Autorità: si caratterizza, in particolare, per un elevato livello di complessità e di disomogeneità gestionale, oltre che di *governance*. Nel corso del tempo, il settore si à trasformato da un sistema a filiera semplice a un sistema a filiera complessa, nel quale all'obiettivo di igiene urbana si è aggiunta l'esigenza di ridurre l'impatto ambientale e di sostituire lo smaltimento in discarica con il recupero di materia ed energia.
In tema di energia, tali scenari si riscontrano nella marcia verso la decarbonizzazione, diretta ad attuare le norme del *Clean Energy Package (CEP).* Concretamente, con le delibere di ARERA contenenti i parametri economici e tecnici necessari all'avvio delle procedure del mercato della capacità – approvato con decreto ministeriale il 28 giugno 2019 – si sono concluse le procedure affinché il nuovo meccanismo possa essere operativo entro la fine dell'anno, garantendo la sicurezza del sistema elettrico in linea con gli obiettivi di decarbonizzazione fissati. Con questo ultimo passaggio il gestore della rete (Terna) potrà effettuare entro il 2019 le prime aste per la fornitura di elettricità, in modo che la disponibilità sia effettiva per gli anni 2022-2023. Nel dettaglio, con tre delibere, l'Autorità ha definito i parametri economici necessari all'operatività del mercato della capacità, ha stabilito le modalità e le tempistiche cui Terna dovrà attenersi nell'ambito del *settlement* delle partite economiche relative

al mercato medesimo e si è espressa in merito alla conformità – rispetto ai criteri previsti dal decreto ministeriale 28 giugno 2019 e dalla deliberazione ARERA ARG/elt 98/11 – delle disposizioni tecniche di funzionamento proposte da Terna.
Tecnologie, monitoraggio e *governance* rappresentano un *climax* imperativo per l'azione di smartizzazione delle attività dei settori regolati da ARERA.

4. LE TUTELE TRA CRISI AMBIENTALE E SOCIALE

Alla luce del sistema delineato, la regolazione svolta da ARERA dovrà accompagnare l'adeguamento degli strumenti contrattuali e di tutela del consumatore/*prosumer*, anche in considerazione dei servizi ancillari che esso potrà fornire al sistema.
Si tratta di strumenti che si muovono al confine tra forme di tutela e di *empowerment*, sviluppati in maniera tale da permettere al cliente finale di operare sul mercato assumendo un ruolo proattivo in un contesto in cui – come anticipato – la smartizzazione del sistema delinea nuove opportunità per la partecipazione della domanda al mercato.
Nei settori dell'energia, l'Autorità guida la transizione verso il mercato libero (ormai imminente) vigilando che esso avvenga con piena consapevolezza dei clienti finali e senza distorsioni alla contendibilità. A tal fine si dovrà adeguare al nuovo contesto la regolazione dei servizi di ultima istanza in termini di selezione degli esercenti, condizioni di erogazione del servizio e modalità di ingresso e uscita dai servizi stessi per i clienti finali.
Due sono i percorsi: da un lato l'aggregazione della domanda (gruppi di acquisto, aggregatori, altri sistemi per acquisti collettivi) tramite modalità, anche contrattuali, di partecipazione della domanda al mercato dell'energia e dei servizi; dall'altro la considerazione degli schemi di servizio progressivamente abilitati dalle nuove tecnologie emergenti (*blockchain*, Big data, AI) e delle opportunità di sviluppo che la digitalizzazione potrà offrire al sistema.
Questi rappresenteranno uno strumento essenziale anche con riferimento alla qualità tecnica, ove si consideri per una via il peggioramento del servizio di distribuzione sia per durata sia per numero di interruzioni (un *trend* che conferma l'andamento del 2017 e dovuto principalmente alle condizioni meteorologiche eccezionali) e per altra via il perdurante divario tra centro-nord e sud del Paese (evidente dall'analisi dei dati, ad esempio, in termini di *water service divide*, laddove si registrano perdite idriche e ingenti consumi di energia elettrica relativi alla filiera acquedottistica).
Tali elementi inducono a lavorare per un ribilanciamento senz'altro necessario quale presupposto per la costruzione di uno statuto forte del consumatore "ambientale". In tale prospettiva, in attuazione del *Clean Energy Package*, si pone la definizione di una regolazione che promuova le finalità sociali delle Comunità energetiche dei cittadini, in modo tale da orientare le azioni di rafforzamento ai meccanismi di sostegno per consumatori vulnerabili.
Da un lato si agisce sulle situazioni di povertà energetica (sul punto è significativa anche l'introduzione dell'*Energy Poverty Observatory* in sede UE) rispetto a cui lo strumento da potenziare è il *bonus* elettrico, gas e idrico, che attraverso l'impiego dei sistemi intelligenti potrà operare, negli anni a venire, attraverso adeguamenti automatici.
Dall'altro lato si profila la necessità di definire modalità standardizzate di intervento a favore delle popolazioni colpite da eventi eccezionali, da attivare nell'ambito degli interventi emergenziali.
Con particolare riferimento al bonus sociale di sconto previsto sulle bollette di luce, gas e acqua ARERA ha inviato una segnalazione a Parlamento e Governo in cui propone di applicare automaticamente il *bonus*, approvando una norma che consenta lo scambio dei dati necessari tra le amministrazioni per garantirne la fruizione a tutti gli aventi diritto, azzerando per le famiglie tutti i passaggi burocratici oggi necessari.
Per rendere automatica la fruizione l'Autorità ha proposto una procedura che necessiterebbe di un intervento normativo in grado di assicurare il consenso dell'interessato all'interazione fra le banche dati dell'INPS e le

banche dati di energia, gas e acqua (Sistema informativo integrato e Anagrafe territoriale idrica) per l'erogazione dei bonus sociali, valorizzando il ruolo delle amministrazioni comunali a supporto e informazione dei cittadini, con particolare riferimento alla gestione dei bonus per gli utilizzatori di apparecchiature elettromedicali, dei bonus idrici territoriali, e all'eventuale individuazione dei clienti con riscaldamento centralizzato a gas metano.

Per tale via si potrebbe contribuire al contrasto della povertà energetica, garantendo un sostegno economico per la copertura della spesa energetica e idrica a tutti i 2,2 milioni di nuclei familiari che hanno una certificazione ISEE utile per l'accesso al *bonus*. Gli interventi proposti possono peraltro essere realizzati senza gravare sul bilancio dello Stato, applicando le modalità attualmente previste per la copertura dei costi dei bonus, e con oneri nulli o limitati sui clienti del servizio elettrico e gas e sugli utenti del servizio idrico.

Tali percorsi si affiancano agli interventi di riforma degli aspetti commerciali che impattano sul cliente finale, in particolare quelli relativi alle attività di attivazione/disattivazione/sospensione della fornitura e gestione delle procedure di intervento in caso di morosità, nonché gli interventi di regolazione in materia di *data management* relativi all'utilizzo dei dati del cliente finali resi disponibili tramite il Sistema Informativo Integrato.

Si aprono scenari nuovi per le forme di tutela non di prezzo, consistenti in strumenti differenti, derivanti dall'evoluzione di quelli esistenti nell'ottica del rafforzamento delle tutele contrattuali. Ne sono esempio: i Codici di condotta, le condizioni contrattuali delle offerte PLACET e altre condizioni contrattuali standard, nonché forme di monitoraggio volte ad evidenziare in tempo eventuali aumenti dei prezzi slegati dai fondamentali del mercato ed eventuali comportamenti scorretti degli operatori.

Un'azione di rafforzamento dal punto di vista delle scelte, è rappresentata dal Portale Consumi luce e gas, disponibile dal 1° luglio (previsto dalla legge di bilancio 2018) destinato ad accrescere la consapevolezza dei consumatori rendendo disponibili i dati di consumo storici, elettrici e gas, in modo chiaro e fruibile (mediante tabelle o grafici più intuitivi, i dati passati di consumo, le letture e le autoletture degli ultimi 12 mesi), accessibile tramite le credenziali sicure del Sistema Pubblico di Identità Digitale (SPID) – la granularità dei dati disponibili dipende dalla tipologia di contatore installato e dalla frequenza di messa a disposizione delle letture al Sistema informativo integrato (SII).

Con la delibera 270/2019/R/com, con cui l'ARERA ha affidato – acquisito il parere favorevole da parte del Garante per la protezione dei dati personali – la realizzazione del Portale all'Acquirente Unico, gestore del SII, si prevede una costante evoluzione dello strumento, per consentire di ampliare le funzionalità in una fase subito successiva. In particolare, è prevista la creazione di una stretta sinergia tra il Portale Consumi e il "Portale Offerte", per aiutare il cliente a ricercare l'offerta più adatta al proprio stile di consumo, attingendo ai propri dati storici reali di fornitura elettrica e gas presenti nel SII, in alternativa all'inserimento manuale della stima dei propri consumi annui.

Altro strumento di orientamento è l'Atlante per il consumatore, a supporto di una pluralità di tematiche: allacciamento, contratto, bolletta, contatore, guasti, reclami, diritti e tutele.

Da ultimo, come previsto dalla legge Concorrenza 2017, l'Autorità aggiornerà la propria comunicazione in bolletta per aiutare il consumatore a prendere familiarità con il mercato libero e valutare anche la possibilità di cambiare fornitore e/o offerta, consentendo che le loro scelte siano sempre più trasparenti e informate.

Tale sistema di tutela mira a considerare livelli di capacitazione e caratteristiche differenti dei clienti di piccola dimensione: solo una parte di questi risulta ad oggi in grado di cogliere i benefici di soluzioni energetiche innovative (ad. es. quelle c.d. a "servizio articolato") e a nuove formule commerciali (offerte prepagate, forme di partecipazione attiva della domanda al mercato).

Attraverso tali passaggi, l'Autorità mira a consolidare la posizione dell'autoconsumatore singolo o nelle forme aggregate previste dal *Clean Energy Package* quale obiettivo concreto: la presenza di clienti finali che partecipino a un servizio articolato tra produzione e consumo nel medesimo sito.

Nella fase in corso, di profonda transizione, ARERA "prende per mano" il consumatore. Al fine di accompa-

gnare la transizione verso il rafforzamento delle posizioni dei clienti finali sarà forse necessario creare binari a più velocità, al fine di disegnare potenziali nuovi strumenti di tutela mirati a specifiche esigenze.
In particolare, l'evoluzione degli strumenti di rilevazione e gestione delle misure e la conseguente disponibilità di dati costituirà senz'altro il principale elemento di supporto allo sviluppo del consumatore consapevole e protagonista: *smart metering*, SII, centralizzazione e messa a disposizione agli operatori dei dati di misura e tutela dei consumatori. Contropartita: la necessaria affidabilità degli strumenti di monitoraggio e una attività di *enforcement* più tempestiva ed efficace (ad esempio relativamente alla *willingness to pay* da parte dell'utente, anche con benefici in termini di contenimento della morosità).

Muovendo da tale *common playing field*, l'Autorità dovrà calibrare i suoi passi, con interventi attentamente modulati in funzione del diverso grado di maturità dei settori e dei consumatori.

5. RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E RIMEDI ALTERNATIVI

La tenuta del sistema regolato da ARERA svela un *trend* piuttosto positivo se si pensa che nell'anno 2018 si è registrato un decremento del contenzioso rispetto all'anno precedente in termini di numero di ricorsi.
Una fotografia significativa del sistema "graduato" previsto per i settori energia e ambiente è offerta dal "Rapporto annuale su reclami e risoluzione delle controversie" relativo all'anno 2018, in cui sono stati analizzati i reclami presentati a venditori e distributori di energia dai loro clienti.
In base al Rapporto, risultano circa 500 mila i reclami scritti, su quasi 54 milioni di clienti elettrici e gas analizzati e 550 venditori. Minori sono invece le richieste scritte di informazione. Soltanto nel caso in cui le richieste telefoniche non siano sufficienti a risolvere le problematiche dei clienti, subentra lo strumento del reclamo scritto e – nei casi in cui non si riceva risposta o questa sia insoddisfacente – la Conciliazione. Quanto ai temi, la fatturazione rimane l'oggetto principale dei reclami e delle conciliazioni.
Il Servizio Conciliazione dell'ARERA – istituito dall'Autorità per mettere a disposizione dei clienti finali di energia elettrica e gas una procedura di risoluzione di controversie con gli operatori mediante l'intervento di un conciliatore (www.arera.it) – rappresenta ad oggi una modalità rapida e sinora dimostratasi fra le più efficienti attraverso cui risolvere le controversie con i consumatori.
L'ampliamento della sfera di regolazione determina l'estensione anche ai settori ambientali delle procedure per la conciliazione delle controversie degli utenti finali. Anche per i servizi idrici tutele adeguate potrebbero essere definite dalla conciliazione obbligatoria; analoga prospettiva si apre per i rifiuti e il telecalore, con riferimento alle materie potenzialmente oggetto di negoziazione risolutiva.
Vi si affianca un rafforzamento dei sistemi di indennizzi automatici a fronte di mancate prestazioni da parte di distributori, venditori e gestori, non solo per tutelare il consumatore nel caso di violazioni, ma anche per prevenire in maniera proattiva la futura insorgenza di procedure di reclamo o di contenziosi.
Ulteriore profilo significativo riguarda la riduzione dei tempi dei procedimenti sanzionatori e le azioni per la diminuzione del contenzioso tra operatori e gestori di rete: strumenti che si stanno rivelando efficaci, accrescono l'effettività delle tutele e assicurano stabilità a un settore che fino a quale anno fa era altamente conflittuale.
Anche in questo caso la nuova frontiera da esplorare nell'ambito dello sviluppo e dell'adeguamento del sistema di gestione dei reclami, deve confrontarsi con i processi di disintermediazione e con l'attenzione alle nuove opportunità tecnologiche. In questo senso sarà crescente l'attenzione verso la facilità di accesso a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR), in senso ampliativo e rafforzativo rispetto al sistema ad oggi esistente, per consentire una risoluzione dinamica, rapida e non onerosa di controversie che difficilmente trovano soluzioni adeguate negli strumenti offerti dalla giustizia ordinaria (in ragione anche di tempi e costi).
Tali strumenti si muoveranno anche nell'ambito anche dei processi di collaborazione internazionale avviati all'interno del *National Energy Ombudsmen Network* (NEON).

Infine, ma non per questo meno rilevante, si richiama la procedura di conciliazione paritetica, applicabile sulla base dei protocolli d'intesa sottoscritti da associazioni di consumatori e aziende (o associazioni di aziende), che garantisce una soluzione efficiente, rapida e gratuita – o in ogni caso poco onerosa.
La rilevanza di tale strumento va rinvenuta nella sua configurazione quale modello di "giustizia coesistenziale" che mira a ristabilire un clima di fiducia e che, si fonda su alcune peculiarità: gratuita, facoltativa, consensuale e normativa; per tali caratteristiche, le conciliazioni paritetiche sono state annoverate fra le *best practice* a livello europeo.

Bibliografia

ARERA, *Relazione annuale 2018*, in https://www.arera.it/it/relaz_ann/19/19.htm.

ARERA, *Quadro strategico 2019-2021*, in https://www.arera.it/allegati/docs/19/139-19.pdf

Ammannati L. (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati. La sovranità perduta sui servizi*, Rubbettino, 2019

Becker S., *Nuove forme organizzative locali nell'Energiwende*, in *Energia: rivista trimestrale sui problemi dell'energia*, 2019, 1, 36 ss.

Gachant J.M., Rossetto N., *La digitalizzazione alle porte del settore elettrico*, in *Energia: rivista trimestrale sui problemi dell'energia*, 2, 2019, 62 ss.

Mastropietro P., *Il nuovo capacity market italiano: analisi critica e sviluppi recenti*, in *Energia: rivista trimestrale sui problemi dell'energia*, 2019, 1, 50 ss.

Piacentini M., *I servizi energetici e gli strumenti giuridici di attuazione: il PPP e l'in house nel settore dell'energia*, in *Foro amm.*, 2019, 2, 343 ss.

Scotti E., *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. Ec.*, 2019, 2, in https://www.ildirittodelleconomia.it/category/annata-2019/n-98-1-2019/page/2/

Sica T.*, Il ruolo del contratto di dispacciamento di energia elettrica nel mercato regolato: nota a TAR Lombardia*, Milano, sez. II, n. 2101 del 18 settembre 2018, in Giur. it., 2019, 4, 810 ss.

http://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/rapporti

(Rosaria Petti)

La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche

La tutela dei diritti dei consumatori di servizi di comunicazione elettronica, a una prima analisi, appare ampia e dettagliata, tenuto conto della disciplina legislativa dettata dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche (d.lgs. 259/2003) e dal Codice del consumo (d.lgs. 206/2005), ma anche della cornice regolamentare disposta dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, quale autorità di regolazione del settore, e dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, chiamata a vigilare sulle pratiche commerciali scorrette.
Nonostante l'esistenza di un framework normativo esaustivo, gli intervenuti sviluppi tecnologici e l'ingresso sempre più massiccio degli Over the Top *hanno delineato un nuovo assetto del settore e una spiccata asimmetria regolamentare. Una circostanza che, per quanto concerne il settore in esame, ha indotto il Legislatore europeo a intervenire, con lo scopo di realizzare un mercato interno delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, mediante l'introduzione di una disciplina unitariamente valida nell'ambito dell'Unione. Uno sforzo, quello unionale, che, nel contempo, ha sottolineato le carenze della normativa domestica, sin dai suoi caratteri definitori.*
Soffermarsi su tali questioni non costituisce solo un mero esercizio teorico, ma si rende opportuno anche per gli innumerevoli risvolti pratici che ne conseguono. Le differenti esigenze sottese all'evoluzione del mercato ripropongono, infatti, la necessità di tutelare di soggetti non sempre inquadrabili tra le categorie normativamente disciplinate e la relativa obsolescenza degli strumenti di tutela nazionali.

SOMMARIO: 1. I soggetti nel settore delle comunicazioni elettroniche. – 2. Atto-Contratto. – 3. Le attività tra *offline* e *online*. – 4. Le tutele. – 5. I meccanismi di risoluzione delle controversie e rimedi alternativi nel settore delle comunicazioni elettroniche.

1. I SOGGETTI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

Interrogarsi sulla attualità della tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni è attività ardua, ma necessaria, in un contesto in cui l'innovazione incide e modifica conseguentemente le esigenze degli attori di mercato.
Nel settore delle comunicazioni elettroniche, il recente intervento del Legislatore europeo ha posto l'accento sulla necessità di "*realizzare un mercato interno delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica che si traduca in realizzazione e diffusione di reti ad altissima capacità, concorrenza sostenibile, interoperabilità dei servizi di comunicazione elettronica, accessibilità, sicurezza delle reti e dei servizi e vantaggi per gli utenti finali; e garantire la fornitura in tutta l'Unione di servizi di buona qualità accessibili al pubblico e a prezzi abbordabili, attraverso una concorrenza efficace e un'effettiva possibilità di scelta, disciplinare i casi in cui le esigenze degli utenti finali, compresi quelli con disabilità per consentire loro di accedere ai servizi su un piano di parità con gli altri, non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato e stabilire i necessari diritti degli utenti finali*"(art. 1, comma 2, lett. *a)* e *b)* del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche)[40].
Scorrendo le definizioni riportate nel Codice, l'utente è identificato nella "*persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico*" (art. 2, comma 1, n. 13). Le disposizioni codicistiche individuano altresì un'ulteriore categoria, quella dell'utente finale, ovverosia quell'utente che "*non fornisce reti pubbliche di comunicazione elettronica o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico*" (art. 2, comma 1, n. 14). Soffermarsi sulle questioni definitorie non costituisce solo

40 Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

un mero esercizio teorico, ma si rende opportuno tenuto conto del disposto normativo in esame. Esso differenzia l'utente dal consumatore, inteso come *"la persona fisica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività lavorativa, commerciale, artigianale o professionale svolta"* (art. 2, comma 1, n. 15). Definizione quest'ultima che, in prima istanza, si pone in linea con quella prevista dall'art. 3, comma 1 del Codice del consumo, ma che sembra mal conciliarsi quando non equipara il consumatore all'utente e identifica quest'ultimo anche come persona giuridica. In tal senso, la divergenza evidenziata pare rimettere in discussione quell'orientamento, ormai pacifico (in tal senso anche Corte di Giustizia UE, sent. del 22 novembre 2001 (cause C-541/99 e 542/99), che ritiene essenziale il requisito della natura "fisica" del consumatore.

Certo, l'applicabilità della disciplina consumeristica presuppone un'indagine sullo scopo dell'atto posto in essere dal contraente, per cui si afferma la distinzione tra le esigenze professionali e le necessità della sfera privata, personale o familiare del contraente, concludendo nel senso che, in presenza di queste ultime, si ritiene applicabile la disciplina di favore prevista per il consumatore.

Pur nella consapevolezza che la direttiva europea debba ancora essere recepita e trasposta nell'ordinamento nazionale e che la *deadline* è fissata al dicembre 2020, in quest'ottica, alcuni sono i dubbi di carattere pratico circa la attualità del Codice del Consumo.

Dal punto di vista pratico, la questione induce a interrogarsi sulla possibilità che un utente della Rete possa o meno perdere la qualità di consumatore se, ad esempio, gestisce siti Internet, raccoglie donazioni e si fa cedere i diritti da numerosi consumatori al fine di far valere in giudizio tali diritti. Posto che la giurisprudenza europea è recentemente intervenuta sul tema[41], seppur con riferimento alla competenza giurisdizionale in materia di contratti conclusi dal consumatore, specificando che, nei casi sopra menzionati, un utilizzatore di un *account* Facebook privato non perde la qualità di "consumatore", sicuramente il dibattito sulla nozione stessa della categoria non cenna ad attenuarsi. Ciò tenuto conto che le nuove tecnologie della società dell'informazione ripropongono la necessità di tutelare coloro che, nello svolgimento delle proprie attività professionali, stipulano contratti per beni e servizi strumentali con soggetti che fanno valere contratti tipo e standardizzati (*providers*, rivenditori di prodotti informatici, società telefoniche). In tali casi emerge con chiarezza l'obsolescenza della nozione di consumatore come riportata dal Codice del consumo che esclude l'applicabilità relativa della disciplina per i contratti sottoscritti da professionista, non tenendo in considerazione né l'evoluzione dei rapporti contrattuali, né il recente orientamento comunitario in materia.

2. ATTO-CONTRATTO

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, è prevista una disciplina particolareggiata dei contratti stipulati tra consumatori e professionisti. Come noto, la disciplina si interseca tra le disposizioni dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche (di cui al d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, di seguito anche CCE) e il Codice del consumo. Più in particolare, la disciplina generale di tutela del consumatore, prevista dagli artt. 18 ss. del Codice del consumo, pone l'obiettivo di reprimere le pratiche commerciali scorrette e ne affida la relativa competenza all'AGCM; diversamente il CCE affida all'AGCOM la vigilanza sul rispetto dei diritti degli utenti finali riguardo a trasparenza contrattuale, recesso dal contratto e messa a disposizione delle informazioni previste agli artt. 70 e 71 del Codice.

3. LE ATTIVITÀ TRA *OFFLINE* E *ONLINE*

AGCOM ha grande sensibilità relativamente alla necessità di garantire un'adeguata trasparenza contrattuale nel settore delle comunicazioni elettroniche. La questione più spinosa si manifesta nei mercati online, ove occorre prevedere obblighi informativi ulteriori che consentano al consumatore di conoscere i principali parametri posti, ad esempio, alla base della classificazione delle offerte. In primo luogo, è dirimente stabilire se il contratto per quel determinato servizio sia stato concluso con un professionista o un privato. Come noto, a

41 Si veda Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. III, Sentenza 25 gennaio 2018, n. 598/16, che è intervenuta con due massime sull'art. 15 e sull'art. 16 del Reg. del Cons. CE n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

tale aspetto consegue, l'applicazione di una disciplina differente. Chiaramente, la disciplina consumeristica (e la relativa tutela) si applica soltanto ai contratti conclusi tra un professionista e un consumatore, mentre i contratti conclusi tra due utenti così come quelli conclusi tra due professionisti restano sottoposti alla normativa generale contenuta nel Codice civile. Tuttavia, questo tema solo apparentemente si presenta di facile risoluzione[42]. È rilevante, infatti, stabilire quale soggetto (fornitore terzo oppure *online marketplace*) abbia la responsabilità di assicurare i diritti del consumatore connessi al contratto.

Per coloro che utilizzano applicazioni digitali (ad esempio *online marketplaces*, strumenti di comparazione, *app stores*, motori di ricerca), è interessante indagare anche sugli aspetti di trasparenza che si legano ai risultati di ricerca compiuti attraverso le piattaforme online. Se, di norma, nelle ricerche, si attendono risultati, inclusi e classificati sulla base della pertinenza alla loro interrogazione, nella realtà, ciò non sempre avviene.

Sul tema le *Guidelines* del 2016 della Commissione europea sulla direttiva n. 2005/29/CE[43], hanno già fornito una prima risposta a queste esigenze, prevedendo l'onere in capo alle piattaforme *online* di indicare i risultati di ricerche sponsorizzati dai professionisti (casi di "posizionamento a pagamento" e "inclusione a pagamento"), e chiarendo che il loro *placement* tra i risultati è soggetto a una variazione basata su un rapporto commerciale. Se tale gravame è stato finora fondato su un atto la cui efficacia è rimessa alla volontà delle parti, oggi il pacchetto di modifiche legislative a livello europeo in tema di diritto dei consumatori ("*New deal for consumers*")[44], intende apportare modifiche alle precedenti direttive in materia di tutela degli interessi economici dei consumatori e rendere maggiormente operativi i rimedi previsti.[45]

Significativa è anche l'idea di estendere la protezione di questi con riferimento ai servizi digitali. Si tratta di applicare quelle tutele previste per l'attuazione della Direttiva n. 2011/83/UE anche ai suddetti servizi. Questi (archiviazione in *cloud*, posta elettronica, *social media*, ecc.), che in termini puramente monetari si potrebbero definire "gratuiti", si presentano invece fondati su una diversa moneta di scambio: i dati personali. L'intento della proposta europea è quindi quello di ampliare i diritti (relativi, ad esempio, all'informazione precontrattuale o al recesso dal contratto entro 14 giorni) in favore dei consumatori che beneficiano e, dunque, pagano per tali servizi.

Una consapevolezza in tal senso, sembra porla anche la formulazione del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, già richiamato[46]. Questo al considerando 16, nel precisare il perimetro della definizione di servizio di comunicazione elettronica (inteso come quel servizio che deve essere prestato normalmente dietro corresponsione di un pagamento), specifica che, nell'economia digitale, i partecipanti al mercato sempre più spesso ritengono che le informazioni sugli utenti abbiano un valore monetario e che i relativi servizi digitali sono spesso forniti in cambio di una controprestazione non pecuniaria.

Il considerando si riferisce all'accesso a dati personali, assumendo che questi ultimi rappresentino la nuova merce di scambio per servizi forniti nell'ambito della c.d. società dell'informazione. Il nuovo concetto di remunerazione introdotto, ricomprende, quindi, le situazioni in cui il fornitore di un servizio chiede all'utente finale dati personali (quali il nome o l'indirizzo di posta elettronica, o altri elementi) e questi li trasmette attivamente, per via diretta o indiretta. Non solo. Il concetto vuole contemplare, altresì, le situazioni in cui il fornitore raccoglie le informazioni senza che l'utente finale le fornisca attivamente (incluso l'indirizzo IP, o altre informazioni generate automaticamente, ad esempio quelle raccolte e trasmesse da un *cookie*).

Aspetti questi che sembrano lontani dagli inquadramenti previsti nel Codice del consumo, il quale, seppur te-

42 Si rinvia alle riflessioni contenute nel par. 1.1 del presente lavoro.

43 Si veda Commissione europea, documento di lavoro dei servizi della Commissione, Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali che accompagna il documento comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa", (SWD(2016) 163 final).

44 Si tratta del "pacchetto" presentato l'11 aprile 2018 e su cui, attualmente è stato raggiunto un accordo provvisorio tra Parlamento e Consiglio. Per un maggior approfondimento si rinvia a Commissione europea, *Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive* 93/13/EEC *of* 5 April 1993, *Directive* 98/6/EC *of the European Parliament and of the Council*, *Directive* 2005/29/EC *of the European Parliament and of the Council and Directive* 2011/83/EU *of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules*, COM(2018) 185 final.

45 Assonime, *News*, *New Deal for Consumers: la proposta di direttiva per il rafforzamento dei diritti dei consumatori*, aprile 2018.
Si tratta della proposta di direttiva (COM(2018) 185 final) che apporta modifiche a quattro direttive in materia di tutela degli interessi economici dei consumatori. La maggior parte delle modifiche proposte riguarda la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori e la Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori nel mercato interno. Si riferiscono esclusivamente alle sanzioni, invece, le modifiche alla Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e alla Direttiva 98/6/CE in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori.

46 Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

nendo in considerazione la tutela del consumatore anche nella sua versione "digitale"[47], è comunque frutto di una sensibilità differente, legata a un periodo in cui l'attività della Rete era ancora marginale e non poteva certamente valutare gli odierni risvolti in esame.

4. LE TUTELE

Nell'esaminare le tutele approntate dalla disciplina consumeristica, su tutti si rinviene il diritto del consumatore e dell'utente alla correttezza, alla trasparenza e alla equità nei rapporti contrattuali, e in particolare il diritto all'informazione, che assume un ruolo centrale nella formazione di un consenso informato e consapevole ed è oggetto di puntuali obblighi, dalla cui violazione scaturiscono meccanismi integrativi e/o sostitutivi; il divieto delle clausole vessatorie, che impone un controllo generalizzato sul contenuto del contratto al fine di verificare che non vi sia un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi in pregiudizio del consumatore; una serie di rimedi finalizzati a garantire la realizzazione dei diritti contrattuali dei consumatori e a rimuovere le conseguenze della loro in attuazione (quale la c.d. nullità di protezione che, come noto, colpisce la clausola ritenuta vessatoria, ma non la validità del contratto). La profonda modificazione dei modi e delle forme delle transazioni induce però a ulteriori valutazioni. La disciplina generale, infatti, non sembra sempre prestarsi all'esigenze poste dall'evoluzione tecnologica in atto. In tal senso, il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, con l'intento di garantire una tutela efficace e concreta nei confronti dei consumatori, ha imposto nuovi obblighi di trasparenza in relazione alle condizioni, ai prezzi e alla qualità dei servizi di comunicazione elettronica e previsto il diritto degli utenti finali di accedere gratuitamente ad almeno uno strumento di confronto dei diversi servizi offerti. Altre disposizioni mirano a facilitare il passaggio da un operatore all'altro ed evitare effetti di *lock-in*, come le regole sulla durata massima (due anni) e la risoluzione dei contratti, il cui ambito di applicazione viene esteso anche ai pacchetti di servizi. Inoltre, anche l'ampliamento del perimetro di applicazione previsto dal Codice europeo, che consente di attrarre nell'orbita regolamentare anche gli operatori c.d. *Over the Top* (OTT), sia pure con intensità diversa, a seconda che i servizi di comunicazione in esame utilizzino o meno risorse di numerazione, si pone in quest'ottica di tutela. Gli operatori *number-independent* sono, infatti, ricompresi nell'ambito delle norme di tutela settoriale degli utenti, di cui agli artt. 95 e ss. del Codice europeo, con la conseguenza che questi risultano assoggettati alle norme relative all'informativa pre-contrattuale di cui all'art. 95, ma non a quelle sulla comparabilità delle offerte di cui al successivo art. 96 (la cui applicazione è prevista solo nella misura in cui la fornitura dei servizi avvenga sulla base di termini e condizioni). Inoltre, l'informativa sulla qualità dei servizi offerti di cui all'art. 97, prevista dalla disciplina europea, costituisce un obbligo per gli operatori *number-independent* solo nella misura in cui questi controllino almeno alcuni elementi della Rete, mentre l'art. 98, in materia di durata e termine dei contratti esclude espressamente l'applicabilità delle relative disposizioni a tali soggetti. Sebbene il quadro risulti ancora poco lineare, estendendo la portata di alcune norme, ma imponendo una valutazione caso per caso delle singole fattispecie, è sintomo di una più piena consapevolezza sulla necessità di ampliare la tutela del consumatore alle nuove realtà tecnologiche, promuovendo nel contempo un approccio coordinato alla disciplina dei servizi.

5. I MECCANISMI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E RIMEDI ALTERNATIVI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

Nell'ambito delle Autorità di regolazione, sin dall'impostazione originaria, il Legislatore ha scelto di istituire una procedura semplificata di risoluzione delle controversie, prevedendo, con la proposizione di un particolare rimedio alternativo, il tentativo di conciliazione, un onere da osservare necessariamente per potere adire in un secondo tempo le vie giurisdizionali. Una regola nevralgica per garantire la tutela e regolare le controversie tra utenti ed esercenti il servizio. La *ratio* è chiara: deflazionare il contenzioso nelle sedi giudiziali e incentivare il ricorso a uno strumento più efficace in termini economici e temporali. In sede europea, anche la posizione del Parlamento

47 A tal fine approfondita è la tutela in materia di clausole vessatorie e di pratiche scorrette; prevedendo gli obblighi informativi, il recesso e la consegna, nonché le garanzie nella vendita dei beni di consumo.

europeo (espressa in vista dell'adozione del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche)[48] ha avuto modo di evidenziare come le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie possano rappresentare un modo rapido ed economicamente vantaggioso per consentire agli utenti finali di far valere i loro diritti. Per tale ragione, l'Unione ha sempre incentivato gli Stati membri a consentire all'autorità nazionale di regolamentazione o a un'altra autorità competente, responsabile della gestione dei diritti degli utenti finali, di agire in qualità di organismo alternativo di risoluzione delle controversie. Il procedimento amministrativo che si svolge innanzi ad AGCOM *è di tipo giustiziale, volto alla risoluzione di un conflitto, caratterizzato da un vero e proprio contraddittorio e concluso con un provvedimento amministrativo vincolante*[49]. In questa materia, l'Autorità è intervenuta definendo la procedura con un regolamento all'uopo dedicato. Esso è stato più volte modificato, a riprova di come le esigenze di tutela necessitino di un costante e continuo aggiornamento. Da ultimo le modifiche hanno introdotto la possibilità per gli utenti di accedere a procedure telematiche, sin dalla fase di presentazione dell'istanza, anche per il tramite di soggetti terzi qualificati, preventivamente registrati sulla piattaforma e, dunque, immediatamente riconoscibili.[50] Il coordinamento con il Codice del consumo si è reso necessario in particolar modo con riguardo a quelle procedure di negoziazione paritetica, di cui all'art. 141-*ter* della disciplina consumeristica. Infatti, al fine di ridurre il carico di istanze gravati sulla piattaforma e garantire che il ricorso alle procedure paritetiche non risulti penalizzato dalla procedura telematica, è previsto che le Associazioni di consumatori presentino istanze di conciliazione in nome e per conto dei propri assistiti tramite la piattaforma telematica di gestione delle conciliazioni (c.d. ConciliaWeb)[51] nelle sole ipotesi in cui non sia possibile ricorrere alle procedure di negoziazione paritetica.

In tal senso, significativa in termini di trasparenza è stata l'istituzione dell'elenco di organismi ADR (*Alternative Dispute Resolution*) nel settore delle comunicazioni elettroniche e dei servizi postali, come previsto dal d.lgs. 130/2015.[52] L'elenco è tenuto direttamente da AGCOM e raccoglie gli organismi che svolgono attività conciliativa in materia di consumo che dimostrino di avere i requisiti richiesti, sia quelli generali di indipendenza e trasparenza prescritti dal d.lgs. 130/2015, che quelli specifici introdotti con il regolamento allegato alla delibera.

In questo modo, accanto alle competenze di Co.re.Com, negoziazioni paritetiche o Camere di Commercio, sono disponibili ulteriori organismi ADR che offrono la possibilità di risolvere in via extragiudiziale le liti.

Le ADR possono dirimere anche controversie tra consumatori italiani e operatori di altri Paesi, circostanza che per le comunicazioni elettroniche assume importanza in vista del c.d. *Connected continent*, e cioè la creazione di un mercato unico europeo delle comunicazioni tanto auspicata a livello sovranazionale, cui forte impulso è stato dato anche con la recente istituzione del Codice europeo.

Bibliografia

Assonime, News, New Deal for Consumers*: la proposta di direttiva per il rafforzamento dei diritti dei consumatori*, aprile 2018

Bassan, F. *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubettino, 2019

Donati F., *La soluzione delle controversie e le comunicazioni elettroniche*, in *Roma Tre Press*, 2017, 23

48 Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 14 novembre 2018 in vista dell'adozione della direttiva (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione) P8_TC1-COD(2016)0288. In tal senso anche il cons. 68 del Codice.

49 In tal senso, F. Donati, *La soluzione delle controversie e le comunicazioni elettroniche*, in *Roma Tre Press*, 2017, 23.

50 Cfr. Delibera n. 353/19/CONS recante *Modifica del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*, e prima ancora Delibera n. 203/18/CONS recante *Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*.

51 Cfr. delibera n. 339/18/CONS, recante *Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma ConciliaWeb, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, dell'Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l'esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*.

52 Cfr. Delibera n. 661/15/CONS recante *Istituzione dell'elenco di organismi ADR, ai sensi dell'art. 141-decies del codice del consumo, e approvazione del regolamento sulla tenuta dell'elenco degli organismi ADR nel settore delle comunicazioni elettroniche e postale*.

(Andrea Carrisi, Silvia Digregorio)

La disintermediazione bancaria e i nuovi attori del mercato creditizio

L'odierno progresso tecnologico non sembra più rappresentare uno strumento di miglioramento dei servizi offerti dagli attori tradizionali del sistema bancario; al contrario si sta rivelando un fattore di accelerazione del processo di disintermediazione bancaria e finanziaria già iniziato negli anni '80.
Le imprese c.d. FinTech, *in effetti, sembrano in grado di offrire non solo i medesimi servizi ma anche servizi innovativi che i consueti istituti di credito non riescono – quantomeno non alle stesse condizioni – a garantire. Allo stesso tempo l'affermarsi di nuovi operatori, in assenza di una completa regolamentazione, potrebbe esporre la clientela – in particolare quella non istituzionale – ad un aumento dei rischi legato alla facilità di accesso alle piattaforme e condurre a rischi del tutto nuovi, in particolare in tema di continuità operativa, integrità degli archivi e di protezione dei dati.*
I nuovi attori e le nuove attività che si stanno affermando con sempre maggiore diffusione pongono pressanti questioni sul piano della regolamentazione, che deve ricercare un equilibrio tra schemi normativi soffocanti e regole capaci di garantire adeguata tutela a risparmiatori e investitori. La legge n. 58/2019, di conversione del Decreto Crescita 2019, si è orientata nel senso di permettere l'adozione nei settori regolati delle c.dd. sandboxes *regolatorie, perseguendo parallelamente un approccio unitario e collaborativo tra le diverse autorità di settore: Banca d'Italia, CONSOB e IVASS.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il processo di disintermediazione funzionale. L'approccio tecnologico al mercato bancario. – 3. Nuove attività e nuove esigenze di regolazione del comparto creditizio. – 4. I vantaggi di un sistema finanziario diversificato. – 5. I rischi di un sistema finanziario diversificato. – 6. Le nuove sfide per le autorità di vigilanza.

1. PREMESSA

Il modello bancario tradizionale sta mutando e con esso mutano anche le modalità tipiche di fruizione dei relativi beni e servizi: i soggetti che agiscono all'interno del sistema sono chiamati a operare un profondo mutamento di sé per potenziare la propria resilienza agli sviluppi tecnologici. I progressi nell'*information and communication technology* (ICT) stanno diversificando i canali di distribuzione e rendendo disponibili sempre nuovi servizi. In particolare, gli strumenti offerti dalla tecnologia hanno reso possibili nuove forme di credito e di finanziamento contribuendo in maniera significativa alla progressiva riduzione dei flussi finanziari intermediati.
L'attuale *trend* induce a pensare che nel prossimo futuro le banche – quantomeno nella loro forma tradizionale – dovranno investire massicciamente in tecnologia innovativa e in formazione per aumentare la qualità dei servizi e abbattere i costi per mantenere le proprie quote di mercato[53].

2. IL PROCESSO DI DISINTERMEDIAZIONE FUNZIONALE. L'APPROCCIO TECNOLOGICO AL MERCATO BANCARIO

Sul terreno dell'erogazione del credito e del finanziamento di piccole e medie imprese, gli strumenti alternativi al credito bancario (quali i *minibond*[54], le *Collateralized debt obligation*[55] anche per PMI e le diverse forme di *crowdfunding*) stanno assumendo un ruolo crescente. Questo processo identifica il fenomeno della disintermediazione funzionale. Il termine venne coniato negli anni '80 per rappresentare la tendenza dei produttore di beni e servizi finanziari a interfacciarsi direttamente con il risparmiatore senza passare per i canali di distribuzione, colmando i *gap* esistenti tra produttori e consumatori in termini di tempo (tra produzione e consumo), spazio (tra

53 B. Navaretti, G. Calzolari, A.F. Pozzolo, *FinTech and Banks: Friends or Foes?*, in *European economy. Banks, regulation, and the real sector*, 2/2017.
54 Strumenti di finanziamento quali obbligazioni o titoli di debito a medio-lungo termine emessi da società non quotate e PMI.
55 Titoli obbligazionari il cui rimborso non si basa sulle prospettive di reddito o sulla liquidazione di cespiti della società emittente, ma esclusivamente su un insieme di asset sottostanti, voce *CDO (Collateralized Debt Obligation)*, in *Treccani*, *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012.

luogo della produzione e del consumo), dimensione (tra produzione in blocchi e frazionamento degli intermediari) e informazione (migliore conoscenza da parte degli intermediari del prodotto e migliore conoscenza da parte degli stessi del produttore)[56].

La riduzione dei flussi finanziari intermediati dal sistema bancario, quale fenomeno di disintermediazione bancaria e finanziaria che ha iniziato a investire strutturalmente il comparto proprio negli anni '80 (l'incidenza degli strumenti bancari sul totale delle attività finanziarie delle famiglie è scesa dal 50% del 1970 al 31,4% nel 2010[57]), inducono a pensare che nel prossimo futuro le banche competeranno con altri attori dello scenario finanziario.

Le tecnologie informatiche e delle telecomunicazioni sin da principio hanno rappresentato per il sistema bancario strumenti capaci di aumentare produttività ed efficienza dei servizi offerti; tuttavia l'esponenziale sviluppo tecnologico degli ultimi anni potrebbe figurare una minaccia per gli istituti di credito. In questo senso i fattori che si ritengono maggiormente impattanti sono: (i) la diminuzione dei costi della elaborazione automatica delle informazioni; (ii) la facilità, economicità e accessibilità alle reti che permettono la trasmissione sicura di considerevoli quantità di dati; (iii) la disponibilità e utilizzabilità dei c.d. Big data, ossia di un enorme volume di informazioni[58].

Secondo questa prospettiva, la riduzione degli investimenti necessari per offrire servizi che erano fino a poco tempo fa prerogativa delle sole banche identifica un processo di eliminazione di barriere all'ingresso (nel caso di specie, nel mercato dei servizi bancari e finanziari) e un progressivo aumento della concorrenza con un correlato vantaggio competitivo a favore dei soggetti strutturalmente orientati verso i servizi tecnologici. Questi ultimi identificano le imprese c.dd. *FinTech*, ossia soggetti in grado di offrire a prezzi competitivi sia i tradizionali servizi di pagamento, investimento e finanziamento sia servizi del tutto innovativi. Il vantaggio competitivo delle start-up del settore si rintraccia anzitutto nella "connaturata capacità di creare innovazione tecnologica e, in secondo luogo, nella rapidità con cui queste sono in grado di impiantare le innovazioni conseguite nei vecchi e nuovi servizi, essendo svincolate da sistemi tecnologici preesistenti (c.d. "*sistemi legacy*")"[59].

3. NUOVE ATTIVITÀ E NUOVE ESIGENZE DI REGOLAZIONE DEL COMPARTO CREDITIZIO

Si diceva imprese *FinTech*. In generale, con il termine *FinTech* si indica l'innovazione finanziaria resa possibile dall'avanzamento tecnologico e che può condurre a nuovi *business model*, servizi e prodotti potenzialmente impattanti sui mercati finanziari, sulle istituzioni o sull'offerta di servizi[60]. Il comparto, in forte crescita, è già oggi tutt'altro che irrilevante, con una stima degli investimenti per lo sviluppo di progetti *FinTech* superiore a 25 miliardi di dollari nel 2016[61], intorno ai 38 miliardi di dollari nel 2017 e fino a 58 miliardi nella prima metà del 2018[62].

Dal punto di vista della regolazione dei suddetti fenomeni di matrice tecnologica, la Commissione Europea è orientata nel senso di voler evitare schemi normativi che soffochino il loro naturale sviluppo: nel Piano d'azione della Commissione per le tecnologie finanziarie[63], infatti, si legge che "i rapidi progressi delle tecnologie finanziarie stanno determinando cambiamenti strutturali nel settore finanziario. In un ambiente in così rapida evoluzione una regolamentazione eccessivamente prescrittiva e precipitosa rischia di produrre effetti indesiderati". Tuttavia in dottrina v'è chi ritiene che, al contrario, sia indispensabile predisporre specifiche misure di tutela degli investitori e un regime più severo per le imprese tecnologicamente orientate che prestano servizi finanziari (nel caso di specie, a mezzo

56 Aa.Vv., *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, *Quaderni FinTech CONSOB*, gennaio 2019, nota n. 13.

57 Voce *"disintermediazione"*, in *Treccani*, *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012.

58 Cfr. *Il futuro del sistema bancario italiano: discontinuità, tra innovazione e regolazione*, intervento del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia V. Sannucci, Ceneren-te-Perugia, 19 marzo 2016, in https://www.bancaditalia.it/media/notizia/valeriasannucci-intervento-su-il-futuro-del-sistema-bancario-italiano-discontinuit-tra-innovazione-e-regolazione.

59 Banca d'Italia, Fintech *in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017, in https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/analisi-sistema/stat-banche-intermediari/Fintech_in_Italia_2017.pdf

60 La definizione è di FSB (*Financial Stability Board*), *Fintech credit – Market structure, business models and financial stability implications*, maggio 2017, in http://www.fsb.org/2017/05/fintech-credit-market-structure-business-models-and-financial-stability-implications/; Sulle difficoltà definitorie G. Falcone, *Tre idee intorno al c.d. "Fintech"*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 37, 2018. In particolare l'Autore rileva che con il termine *"FinTech"* non si indica "un fenomeno unitario ma un complesso di temi – il cui elemento unificatore non è peraltro capace di rendere completamente coeso il tema di discussione – le cui singole declinazioni impattano su settori, temi ed attività di natura affatto distinta".

61 KPMG, *The Pulse of Fintech Q4 2016: Global Analysis of Investment in Fintech*, febbraio 2017.

62 KPMG, *The Pulse of Fintech 2018: Biannual Global Analysis of Investment in Fintech*, luglio 2018.

63 *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 8.03.2018.

robo-advisor)[64]; e ciò sia perché la semplificazione di accesso ai servizi aumenta la platea degli utenti e rischia di incrementare comportamenti finanziariamente inadeguati, sia perché così agendo si favorirebbe "il raggiungimento di un effettivo *level playing field* escludendo dal mercato quegli operatori dallo scarso valore reputazionale"[65].

In effetti le conclusioni cui giunge chi sostiene un approccio più invasivo sarebbero confortate – almeno per quel che riguarda il nostro Paese – da due dati: la bassa competenza finanziaria[66] e un livello ben sotto la media europea nel campo delle competenze digitali. Con riferimento all'Italia il rapporto annuale "*Digital Economy and Society Index 2018*" della Commissione Europea sottolinea la scarsa alfabetizzazione digitale e il conseguente rischio di frenare lo sviluppo dell'economia e delle società digitali, collocando il nostro paese al 25esimo posto su 28 paesi europei[67]. Tuttavia si sostiene che il ritardo rispetto agli altri Paesi sia destinato a ridursi e che la diffusione di queste nuove forme bancarie e finanziare dovrebbe aumentare nel breve periodo.

Di recente, il nostro legislatore ha introdotto con la L. n. 58/2019 – la legge di conversione del "Decreto Crescita 2019" – la possibilità di realizzare le c.dd. *sandboxes* regolatorie nei settori finanziario, creditizio e assicurativo. In particolare, all'art. 36, comma 2-*bis* si legge che "*al fine di promuovere e sostenere l'imprenditoria, di stimolare la competizione nel mercato e di assicurare la protezione adeguata dei consumatori, degli investitori e del mercato dei capitali, nonché di favorire il raccordo tra le istituzioni, le autorità e gli operatori del settore, il Ministro dell'economia e delle finanze sentiti la Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) e l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS), adotta, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, uno o più regolamenti per definire le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno-finanza (FinTech)*". L'idea alla base dell'intervento normativo è quello di non asfissiare le nuove iniziative che applicano l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti (tecnologia DLT) ai settori finanziario, creditizio e assicurativo. La suddetta sperimentazione dovrà caratterizzarsi per una durata massima di diciotto mesi, per la necessità di requisiti patrimoniali ridotti, per adempimenti semplificati e proporzionati alle attività, per tempi ridotti delle procedure autorizzative e per definizione di perimetri di operatività. Da sottolineare è l'approccio seguito che non valorizza il profilo soggettivo ma quello relativo alle attività che si intendono svolgere: potranno avvalersi della *sandbox* non soltanto *start-up* e PMI innovative ma anche istituti di credito e intermediari tradizionali. Ciò permette di assecondare la propensione *cross border* dei servizi *FinTech* sebbene complichi il procedimento di individuazione dell'autorità di vigilanza e di regolamentazione competente. Nei settori bancario, finanziario e assicurativo, l'applicazione delle nuove tecnologie rende sempre più pressante una collaborazione stretta tra Banca d'Italia, CONSOB e IVASS, anche istituendo un'apposita commissione inter-autorità che monitori e individui le necessità regolamentari e normative. In tal senso sembra orientata la previsione dell'art. art. 36, comma 2-*octies* che istituisce presso il Ministero dell'economia e delle finanze il "Comitato *FinTech*". Il Comitato ha "il compito di individuare gli obiettivi, definire i programmi e porre in essere le azioni per favorire lo sviluppo della tecno-finanza, anche in cooperazione con soggetti esteri, nonché di formulare proposte di carattere normativo e agevolare il contatto degli operatori del settore con le istituzioni e con le autorità."[68].

Inoltre l'Italia è soltanto il sesto Paese europeo ad essersi dotato di una disciplina relativa alla sperimentazione della tecno-finanza[69] e ciò potrebbe porre problemi di arbitraggio regolamentare e "*forum shopping*" che minerebbero "uno dei principi di guida nell'approccio alle dinamiche sottese a *FinTech*, ovvero il *level playing field* tra tutti i *players* sul mercato."[70].

---

64 F. Sartori, *Nel regolare i robot* advisor *è sbagliato dimenticare l'algoritmo*, in *FcHub,* settembre 2018.

65 *Ivi*.

66 Il dato è confermato, da ultimo, in un recente Paper di Banca d'Italia, in cui si afferma che *"The overall level of financial literacy in Italy is one of the lowest among G20 countries"*, A. di Salvatore, F. Franceschi, A. Neri, F. Zanichelli, *Measuring the financial literacy of the adult population: the experience of Banca d'Italia*, giugno 2018.

67 Cfr. *Digital Economy and Society Index (DESI) 2018 – Country Report Italy*, in https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi: *"Italy ranks 25th out of the 28 Member States. It made progress in general over the last year, and its DESI ranking remained unchanged. Integration of Digital Technologies and Digital Public Services are the main drivers of digital progress in Italy. Another positive aspect is its performance on next generation access (NGA) coverage, which is much improved (from 23rd in 2016 to 13th in 2017). As in previous years, the main challenge is still the low level of digital skills, for which the Italian government has taken some (but not enough) steps. This has a negative impact on the performance of DESI indicators across all five dimensions: take-up of broadband, internet users, take-up of online services, SMEs selling online and eGovernment users".*

68 Membri permanenti del Comitato sono il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, la Banca d'Italia, la CONSOB, l'IVASS, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Agenzia per l'Italia digitale e l'Agenzia delle entrate. Il Comitato può invitare alle proprie riunioni, con funzioni consultive e senza diritto di voto, ulteriori istituzioni e autorità, nonché associazioni di categoria, imprese, enti e soggetti operanti nel settore della tecno-finanza.

69 Gli altri Paesi sono Danimarca, Lituania, Olanda, Polonia e Regno Unito.

70 M. T. Paracampo, *Dalle* regulatory sandboxes *al* network *dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea,* in *Riv. Dir. Banc.*, n. 2/2019.

4. I VANTAGGI DI UN SISTEMA FINANZIARIO DIVERSIFICATO

Come si è detto, le banche non rappresentano l'intero settore finanziario, anzi l'intermediazione finanziaria non bancaria ha assunto un ruolo sempre più significativo[71].

La diversità del sistema bancario è un bene da preservare: contiene le rendite monopolistiche derivanti da un'eccessiva concentrazione; riduce le esternalità negative connesse con la presenza di intermediari troppo grandi per fallire; può contribuire alla capacità del sistema di reagire a *shock*[72]. L'intermediazione di mercato, anche attraverso il ricorso a modalità operative che fanno uso di tecnologie avanzate, contribuisce ad accrescere la liquidità e l'efficienza dei mercati dei capitali, consentendo ai prezzi di riflettere in modo corretto le informazioni sul valore fondamentale delle attività scambiate e di assorbire gli *shock* derivanti da variazioni inattese dei flussi di domanda e di offerta[73]. La diffusione delle tecnologie digitali nell'intermediazione bancaria e finanziaria sta modificando rapidamente la struttura sia dell'offerta sia della domanda. Cambiano le caratteristiche dei tradizionali prodotti e servizi, sempre più personalizzati e meglio fruibili per il cliente; cambia il modo in cui i servizi e prodotti vengono forniti.

Inoltre, l'ingresso di nuovi operatori sul mercato accresce la pressione concorrenziale e dovrebbe tradursi in un abbassamento dei costi dei servizi finanziari, a cominciare da quelli di pagamento. Vi dovranno essere benefici per la clientela; vi sarà una riduzione dei margini per gli intermediari. Ma le banche, se sapranno sfruttare l'occasione, potranno anche attrarre consumatori su prodotti e servizi nuovi[74].

5. I RISCHI DI UN SISTEMA FINANZIARIO DIVERSIFICATO

Insieme alle opportunità, tuttavia, lo sviluppo di nuovi operatori potrebbe condurre all'insorgere di nuove criticità. Infatti, post crisi finanziaria c'è stata una revisione, pressoché ultimata, della disciplina del settore bancario e finanziario. Al contrario, non altrettanto completa è la regolamentazione del fenomeno *FinTech*.

Concentrare i controlli sul sistema bancario tradizionale, trascurando gli intermediari non bancari, non sarebbe una strada efficace per contenere le forme attuali e future di rischi[75] né, tanto meno, si deve essere indotti a pensare che – in un sistema interconnesso – i problemi legati alla diffusione dell'intermediazione finanziaria non bancaria non affliggano, o affliggano in minor misura, le economie c.d. banco-centriche[76].

Tradizionalmente si è ritenuto che i rischi che questi intermediari pongono per il mercato – diversamente dalle banche – attenessero esclusivamente alla condotta tenuta nei confronti della clientela. Infatti, gli intermediari finanziari non bancari non assumono rischi in proprio, occupandosi principalmente di gestire fondi altrui, dunque è necessario garantire correttezza nella gestione affinché le decisioni su rischio e rendimento atteso siano assunte dall'investitore in maniera consapevole. Al contrario la pervasività dell'offerta tecnologica espone la clientela a un rischio accresciuto di "adesione inconsapevole" alle offerte commerciali. Ciò richiede un'evoluzione dei paradigmi di tutela in grado di salvaguardare dal punto di vista sostanziale i rischi legati alla struttura contrattuale e alla gestione dei presidi informativi prima, durante e dopo l'utilizzo dei servizi.

Tuttavia, superando un'impostazione tradizionale, si può osservare che queste piattaforme possono comportare rischi anche per gli investitori i quali, data la facilità di accesso, potrebbero essere piccoli investitori non istituzionali, le cui esigenze di tutela non sono difformi da quelle della clientela. I rischi insiti nel sistema bancario tradizionale possono prendere forme nuove. Certe piattaforme possono assumere, o far assumere ai partecipanti in modo non sufficientemente consapevole, rischi di credito o di liquidità, per esempio. La tecnologia che si applica agli operatori di mercato può accrescere la leva finanziaria, anche in modo opaco, e far sì che essi fungano in certi casi da amplificatori di *shock* sul mercato[77].

Va aggiunto che la digitalizzazione del settore si accompagna all'emergere di rischi caratteristici e in parte

71 L.F. Signorini, *La regolamentazione della finanza: le sfide affrontate nel settore bancario e le sfide future per l'intermediazione non bancaria*, Firenze, 18 maggio 2019.
72 L.F. Signorini, *Regolamentazione, tecnologia e redditività*, Roma, 25 giugno 2019.
73 L.F. Signorini, *La regolamentazione della finanza: le sfide affrontate nel settore bancario e le sfide future per l'intermediazione non bancaria*, cit.
74 L.F. Signorini, *Regolamentazione, tecnologia e redditività*, cit.
75 C. Barbagallo, *Lo* shadow banking *e la regolamentazione italiana*, in *Bancaria*, 3/2015.
76 C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016.
77 L.F. Signorini, *Regolamentazione, tecnologia e redditività*, cit.

nuovi, che riguardano soprattutto la continuità operativa, l'integrità degli archivi, la protezione dei dati della clientela.
Per di più, a differenza del mercato bancario, sottoposto a una pervasiva regolamentazione di matrice internazionale, quello *FinTech* è più eterogeneo, in quanto può concentrarsi su diversi e specifici segmenti della filiera produttiva; cresce pertanto la possibilità di arbitraggi normativi, acuita dall'assenza di barriere tecnologiche all'offerta transfrontaliera.

6. LE NUOVE SFIDE PER LE AUTORITÀ DI VIGILANZA

La tecnologia è una sfida per le banche, ma anche per le Autorità di vigilanza, che hanno un compito complesso: da un lato, continuare a preservare la sicurezza e la solidità del sistema finanziario; dall'altro, adottare la necessaria flessibilità nell'aggiornamento della regolamentazione secondaria e nell'applicazione di essa e della normativa primaria.
D'altra parte la difficoltà di sviluppare una regolamentazione adeguata discende dal problema fondamentale di inquadrare questi fenomeni nella loro cornice giuridica. Con lo sviluppo del *FinTech*, infatti, sta mutando il quadro dei soggetti da vigilare. Appaiono nuovi operatori, alcuni dei quali rientrano già nel novero di quelli sottoposti ad autorizzazione e supervisione, altri no, o non ancora, su alcuni vi sono dei dubbi. Spesso le attività svolte, infatti, nonostante le peculiarità tecniche, possono essere ricondotte all'interno delle attività già regolamentate. Si richiede allora uno sforzo di interpretazione dei fenomeni economici e di loro riconduzione – ove possibile – nelle categorie giuridiche esistenti e nell'individuazione delle regole che l'appartenenza alla categoria impone comunque di rispettare[78]. In questo senso va sottolineata positivamente l'iniziativa – denominata "Canale *FinTech*" – con cui la Banca d'Italia, ben prima dell'emanazione della legge n. 58/2019, ha avviato un canale di comunicazione diretto con gli operatori che intendono avviare progetti nel campo dei servizi finanziari connotati da caratteristiche di innovazione per la tipologia dei servizi offerti o per la tecnologia utilizzata per la loro fornitura.
Per le Autorità di vigilanza nazionali dei Paesi dell'Unione europea un ulteriore elemento di complessità è legato al meccanismo del passaporto europeo e il regime di libera prestazione di servizi: gli intermediari possono decidere, in presenza di regole e prassi non ancora omogeneizzate, di stabilire la propria sede in Paesi ove la regolamentazione è maggiormente flessibile, potendo poi operare all'interno dell'Unione usufruendo del passaporto comunitario, senza doversi sottoporre ad ulteriori procedimenti autorizzativi da parte dell'Autorità *host*. Da un lato, tale dinamica può generare minacce sia per la stabilità delle imprese finanziarie sia per la clientela; dall'altro va, però, considerato che un contesto normativo eccessivamente restrittivo o un approccio di vigilanza nazionale eccessivamente rigido rischiano di incentivare la delocalizzazione di nuove aziende e la perdita di competenze digitali spostando all'estero un'industria nascente, capace comunque di penetrare i confini nazionali attraverso il passaporto europeo[79].
Tuttavia, anche in questo contesto è necessario assicurare la certezza delle regole – e, con essa, l'equilibrio competitivo – garantendo che a parità di attività corrisponda un medesimo trattamento normativo[80]. I rischi che giustificano l'esercizio della supervisione restano infatti immutati quale che sia la natura del soggetto preso in considerazione. Lo stesso rischio sostanziale deve ricevere, pena un'irragionevole disparità di trattamento, lo stesso trattamento prudenziale, che ad assumerlo sia una banca o qualunque altro soggetto che gestisce risorse finanziarie della clientela, o che le forme in cui esso viene assunto, confezionato e venduto siano tradizionali o innovative[81].
Un ulteriore elemento foriero di opportunità commerciali ma anche potenzialmente critico è rappresentato dalla capacità di alcuni business model di espandersi e utilizzare le informazioni e i dati della clientela a disposizione per sviluppare servizi aggiuntivi rispetto a quelli per i quali ha ottenuto la licenza. Anche la fluidità

78 Cfr. *Rapporto congiunto* FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs, 7 gennaio 2019.
79 C. Barbagallo, Fintech: *ruolo dell'Autorità di Vigilanza in un mercato che cambia*, in *Bancaria*, 1/2019.
80 Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme *online* e il mercato unico digitale (2016/2276(INI)).
81 L.F. Signorini, *Regolamentazione, tecnologia e redditività*, cit.

delle attività svolte potrebbe ridurre l'efficacia dei controlli delle Autorità e lo stesso sistema del passaporto. Da un lato, infatti, il controllo pubblico, se focalizzato su un approccio formale e legalistico, potrebbe non essere in grado di intercettare le attività aggiuntive e i rischi ad esse connessi; dall'altro ci sarebbero spazi di esercizio transnazionale di attività non tipizzate, per definizione meno presidiate. Per scongiurare tali rischi è importante uniformare il più possibile le prassi applicative e garantire che in tutte le giurisdizioni della Ue gli operatori possano ricevere lo stesso trattamento.

È stato anche rilevato che la valutazione del rischio dovrà tenere in conto valutazioni sulla sostenibilità ambientale. Non spetta alle norme prudenziali sostituirsi alle scelte politiche in materia ambientale, ma un'oculata considerazione dei rischi ambientali deve debba entrare a far parte delle prassi che caratterizzano un intermediario ben gestito, contribuendo alla stabilità e alla redditività di lungo periodo[82].

In estrema sintesi, le Autorità preposte alla regolamentazione e alla supervisione hanno il compito, senza ostacolare gli sviluppi in corso, di presidiare efficacemente i rischi che ne potrebbero derivare. Le innovazioni, i prodotti, le piattaforme che paiono più complesse o innovative rispondono in ultimo alle leggi economiche che sono alla base dello scambio. Il compito del regolatore è quindi di comprendere senza pregiudizi gli elementi di innovazione e di permettere – perseguendo gli obiettivi sostanziali dell'attività di vigilanza – una crescita collettiva della conoscenza, perché questa si rifletta positivamente in mercati più ampi, liquidi e trasparenti[83].

Bibliografia

Aa.Vv., *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, in *Quaderni* FinTech *CONSOB*, gennaio 2019, nota n. 13

Banca d'Italia, Fintech *in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017, in https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/analisi-sistema/stat-banche-intermediari/Fintech_in_Italia_2017.pdf

Barbagallo C., Fintech*: ruolo dell'Autorità di Vigilanza in un mercato che cambia*, in *Bancaria*, 1/2019

Barbagallo C., *Lo* shadow banking *e la regolamentazione italiana*, in *Bancaria*, 3/2015

Bassan, F. *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubettino, 2019

Brescia Morra C., *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016

Ciocca P., Fintech *e l'impatto sui servizi finanziari: dati, fiducia, regole*, in *Bancaria*, 6/2018

di Salvatore A., Franceschi F., Neri A., Zanichelli F., *Measuring the financial literacy of the adult population: the experience of Banca d'Italia*, giugno 2018

Falcone G., *Tre idee intorno al c.d. "*Fintech*"*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 37, 2018

KPMG, *The Pulse of Fintech 2018: Biannual Global Analysis of Investment in Fintech*, luglio 2018

KPMG, *The Pulse of Fintech Q4 2016: Global Analysis of Investment in Fintech*, febbraio 2017

Navaretti B., Calzolari G., Pozzolo A.F., *FinTech and Banks: Friends or Foes?*, in *European economy. Banks, regulation, and the real sector*, 2/2017

Paracampo M.T., *Dalle* regulatory sandboxes *al* network *dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in *Riv. Dir. Banc*., n. 2/2019

Sartori F., *Nel regolare i robot* advisor *è sbagliato dimenticare l'algoritmo*, in *FcHub*, settembre 2018

Signorini L.F., *La regolamentazione della finanza: le sfide affrontate nel settore bancario e le sfide future per l'intermediazione non bancaria*, Firenze, 18 maggio 2019

Signorini L.F., *Regolamentazione, tecnologia e redditività*, Roma, 25 giugno 2019.

82 L.F. Signorini, *Regolamentazione, tecnologia e redditività*, cit.

83 P. Ciocca, Fintech *e l'impatto sui servizi finanziari: dati, fiducia, regole*, in *Bancaria*, 6/2018.

(Francesca Andreani, Alfonso Ingenito)

La tutela degli investitori *retail* alla luce degli sviluppi tecnologici più recenti del *FinTech*

Nell'era del FinTech, *l'utilizzo di agenti* software *e (dunque) di algoritmi sempre più complessi e sofisticati nelle attività e nei servizi di investimento, genera nuove opportunità per gli investitori professionali, ma anche inediti rischi soprattutto per gli i clienti* retail, *le cui esigenze di tutela sono attualmente rese necessarie in conseguenza delle più innovative frontiere digitali del* wealth management *(rappresentate ad esempio dal* social trading*), o dell'impiego delle cripto-valute nelle forme di finanziamento (le c.d. ICOs) delle* start-up. *Per l'effetto, la presente analisi ha ad oggetto (i) da un lato, le problematiche derivanti dalla sempre più diffusa operatività (e pervasività) degli algoritmi, talvolta in assenza, sul punto, di una adeguata regolamentazione anche a livello europeo, (ii) e, per altro verso, le iniziative assunte al riguardo dalla Consob, la quale ha recentemente svolto un rilevante ruolo proattivo nel sollecitare a livello istituzionale un dibattito sulla necessità di predisporre idonee* sandboxes *normative che coniughino lo sviluppo del* FinTech *con la tutela dei soggetti deboli del mercato.*

SOMMARIO: 1. Soggetti. – 1.1 L'investitore e le forme di tutela. – 1.2. L'intermediario finanziario. –1.3. Le soluzioni previste dalla Mifid e l'attività della CONSOB. – 2. Atto-contratto. – 2.1. I rischi della disintermediazione, sotto il profilo contrattuale, delle nuove frontiere digitali del *wealth & asset management*. – 2.2. Le esigenze di tutela dei piccoli investitori: verso una *supervisory tecnology*. – 3. Attività (*online-offline*). – 3.1 Le ICOs (*Initial Coin Offerings*) quali nuove modalità di finanziamento interamente *online*. – 3.2. L'inedito ruolo proattivo della CONSOB nella predisposizione di una *sandbox* normativa del fenomeno. – 4. Tutele. – 4.1. La disciplina prevista dal TUF. – 4.2- La regolazione prevista dalla CONSOB. – 4.3- Le novità introdotte dall'entrata in vigore delle direttive Mifid I e Mifid II. – 5. Risoluzione delle controversie e rimedi alternativi. – 5.1. Dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF). – 5.2 Le peculiarità del nuovo strumento di ADR. – 5.3 I promettenti risultati già conseguiti dall'ACF.

1. SOGGETTI

(Francesca Andreani)

1.1. L'INVESTITORE E LE FORME DI TUTELA

La presente analisi prende le mosse dalla questione relativa ai soggetti protagonisti dell'attività di investimento effettuata dal risparmiatore, al fine di comprendere la funzione della Autorità CONSOB e capire se le tutele attualmente previste siano o meno adeguate.

Innanzitutto sembra necessario approfondire la figura dell'investitore.

Il TUF, all'art. 1, lett. *m-duodecies*), definisce l'investitore al dettaglio come l'investitore non professionale. I clienti al dettaglio (*retail*) rappresentano la classe che ha bisogno di maggiori tutele in quanto non è in possesso dell'esperienza e della professionalità propria delle controparti qualificate.

Gli investitori professionali, al contrario, sono ritenuti in possesso dell'esperienza, conoscenze e competenze necessarie per effettuare in maniera consapevole ed autonoma scelte di investimenti, senza prescindere da valutazioni dei rischi.

All'interno della categoria degli investitori professionali sono presenti, da un lato, gli investitori professionali di diritto e, dall'altro lato, gli investitori professionali su richiesta.

Nella prima categoria rientrano i soggetti che devono essere autorizzati o regolamentati al fine di poter operare sul mercato finanziario; le imprese di grandi dimensioni che presentano determinati requisiti dimensionali (in

particolare, almeno due dei seguenti requisiti dimensionali: totale di bilancio pari o superiore a 20 milioni di euro; fatturato netto pari o superiore a 40 milioni di euro; fondi propri pari o superiore a 2 milioni di euro) e, infine, gli investitori istituzionali la cui attività principale consiste nell'investire in strumenti finanziari (in questo modo sono considerati investitori professionali di diritto anche gli enti pubblici incaricati della gestione del debito pubblico, le banche centrali e le istituzioni internazionali e sopranazionali). Nella seconda tipologia di investitori professionali rientrano quei soggetti che, pur non avendo i requisiti dei clienti professionali, richiedono espressamente di essere qualificati come clienti professionali in forza della competenza ed esperienza maturata in campo finanziario.

1.2. L'INTERMEDIARIO FINANZIARIO

Ulteriore soggetto rilevante ai fini della presente trattazione è l'intermediario finanziario, inteso come colui il quale svolge professionalmente il ruolo di negoziatore di titoli per i propri clienti.
In particolare, l'intermediario finanziario si occupa della consulenza in materia di investimenti e della conseguente valutazione di adeguatezza di un determinato investimento[84].
Al fine di svolgere tale attività in modo professionale ed equo, sono previsti in capo agli intermediari finanziari diversi obblighi, *in primis* informativi.
Più approfonditamente, l'intermediario finanziario è tenuto ad informare l'investitore del tipo di investimento che egli si accinge ad effettuare e, al contempo, è tenuto a reperire informazioni riguardanti lo stesso investitore al fine di comprendere se quella determinata attività può o meno essere idonea alla sua specifica situazione finanziaria.
I predetti obblighi sono stati incrementati con l'entrata in vigore della Direttiva 2014/65/UE (Mifid II) che, in tema di consulenza in materia di investimenti alla clientela ha previsto, da un lato, obblighi informativi più stringenti e, dall'altro lato, modalità più efficienti per raccogliere informazioni riguardo le reali attitudini e conoscenze finanziarie del cliente[85].
Il quadro relativo agli investimenti finanziari è profondamente mutato, comportando anche il bisogno di aumentare gli obblighi informativi predetti, a seguito dello sviluppo del *trading* ad alta frequenza, con tale espressione intendendosi la negoziazione algoritmica effettuata utilizzando sistemi automatizzati che permettono di procedere, con una velocità elevata, all'immissione, modifica e cancellazione di ordini sul mercato[86].

1.3. LE SOLUZIONI PREVISTE DALLA MIFID E L'ATTIVITÀ DELLA CONSOB

In un contesto così delineato, appare sempre più importante l'attività di controllo e regolamentazione svolta, a livello nazionale, dalla CONSOB. L'Autorità, infatti, ha il compito di vigilare sull'attività di investimento al fine di evitare, in particolare, gli abusi di mercato che il *trading* algoritmico può comportare.
Nel prendere i propri provvedimenti, la Consob ha seguito gli Orientamenti emanati dall'Esma (*European Securities and Markets Authority*) confluiti nel TUF, che si sono posti l'obiettivo di fornire una regolamentazione unitaria per tutti i paesi membri dell'Unione europea, tenuti ad adottare delle regole comuni[87].

2. ATTO-CONTRATTO

(Alfonso Ingenito)

2.1. I RISCHI DELLA DISINTERMEDIAZIONE, SOTTO IL PROFILO CONTRATTUALE, DELLE NUOVE FRONTIERE DIGITALI DEL *WEALTH & ASSET MANAGEMENT*

Come noto, le dinamiche negoziali relative ai servizi ed alle attività di investimento sono intrinsecamente caratterizzate da rilevanti asimmetrie informative sussistenti tra le imprese di investimento (e, più in generale, gli esperti di settore nell'ambito dei mercati mobiliari) e la clientela non professionale, rappresentata soprattutto dai piccoli investitori *retail*.

84 F. Cocchi, *Gli obblighi informativi e di condotta dell'intermediario finanziario*, in *diritto.it*, anno 2017.
85 Consob, *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, in *Quaderni* FinTech, Gennaio 2019
86 Aa.Vv., *Il* trading *ad alta frequenza. Caratteristiche, effetti, questioni di* policy, *Discussion Papers Consob*, Dicembre 2012.
87 Consob, *Gestione delle informazioni privilegiate*, Linee Guida Ottobre 2017.

Ugualmente note sono: (i) l'incidenza negativa di tali *gaps* informativi sui processi cognitivi che i medesimi contraenti "deboli" pongono alla base delle loro determinazioni contrattuali; (ii) e, correlativamente, le stringenti regole di comportamento ed i crescenti obblighi informativi che il legislatore (soprattutto europeo, con le Direttive Mifid I[88] e Mifid II[89]) ha posto a carico delle controparti "forti", al fine di garantire non solo l'efficienza delle negoziazioni del mercato mobiliare, ma anche la massimizzazione della protezione di ciascun investitore, rendendolo "edotto (...) degli errori che ne inficiano le scelte in via sistematica" oltre ad "aiutarlo a controllare l'emotività"[90].
Le medesime esigenze di tutela sono attualmente rese tanto più necessarie ed urgenti in conseguenza delle nuove frontiere digitali del *wealth management*, la cui ampia diffusione ed eterogenea diversificazione: (i) non si limita all'impiego delle tecnologie informatiche e telematiche nel settore finanziario "tipiche" *del FinTech*; (ii) ma si estende al punto da utilizzare anche i meccanismi di creazione di contenuti (e di valore) propri delle piattaforme della *sharing economy* o dei *social media*.
È così che nei "confini" (sia pur sempre in rapida evoluzione) del *FinTech* possono ritenersi inclusi i *Robo-advisors* e (laddove non li si voglia assimilare a questi ultimi) i *quant-advisors*. Se entrambi basano la loro operatività, in termini di crescente efficienza ed accuratezza nell'attività di *digital investment advice*, sull'utilizzo di algoritmi sempre più complessi e performanti che analizzano (raffinandola) l'immensa mole di Big data disponibile (relativa soprattutto alla clientela, che diviene così oggetto di accurata profilazione individualizzata), per altro verso (come di recente sintetizzato in uno studio commissionato dal Parlamento europeo[91]) i primi "*provide access to modern portfolio theory based investing at lower costs and in smaller sizes than traditional banks*" essendo, inoltre "*mainly based on passive investing in ETF (Exchange-traded fund) indexed funds, and increasingly in goals-based investing*", mentre i secondi "*relies on more active investment strategies in discrete assets to get an absolute return disregarding market fluctuation*".
Travalicano, invece, i "tradizionali" ambiti del *FinTech* (in un inedito connubio degli *automated tool* propri di quest'ultimo con le tecniche di condivisione tipiche della *sharing economy* e dei *social networks*) le (più o meno) recenti piattaforme di *social trading*, le quali "*typically place some reliance on the theory of the "wisdom of the crowds", a social approach to investing where followers follow a leader of their choice*"[92]. In particolare, le medesime piattaforme (tra cui, attualmente, *eToro.com* spicca per rilevanza e risonanza), sebbene si diversifichino in una molteplicità di sfaccettature operative e, come è agevole immaginare, siano oggetto di una vorticosa evoluzione, consentono in ogni caso a masse indistinte di (potenziali – ed inesperti –) investitori *retail* di accedere alle negoziazioni di *trading online* usufruendo (anche passivamente ed acriticamente) di dati, analisi tecniche e/o processi cognitivi provenienti da altri utenti della rete. Inoltre, tali tecnologie, nella duplice (e spesso sovrapponibile o comunque ancora non sedimentata) variante del c.d. "*copy trading*" o del c.d. "*mirror trading*", permettono ai medesimi utilizzatori perfino di replicare in modo (più o meno) automatizzato le strategie di investimento rispettivamente elaborate da *traders* esperti (o affermatisi come tali sul *web*) o (anche solo) da algoritmi programmati "per aprire e chiudere investimenti in automatico secondo regole preimpostate"[93].

2.2. LE ESIGENZE DI TUTELA DEI PICCOLI INVESTITORI: VERSO UNA *SUPERVISORY TECNOLOGY*

Sebbene non possa dubitarsi che sia i *Robo-advisors*, sia il *social trading* rappresentino entrambi nuovi "*business models*" nell'ambito del comune "*Wealth & Asset management*"[94], è possibile aggiungere che mentre i primi sono già oggetto sia di accurati studi da parte delle Istituzioni europee e delle Autorità di vigilanza nazionali, sia di una

88 Direttiva 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/Cee e 93/6/Cee del Consiglio e la direttiva 2000/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/Cee del Consiglio.
89 Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/Ce e la direttiva 2011/61/UE.
90 N. Linciano, *La consulenza finanziaria tra errori di comportamento e conflitti di interesse*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 1, 2012, 135.
91 Parlamento europeo, *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*, luglio 2018, 120, disponibile al seguente link: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/619027/IPOL_STU(2018)619027_EN.pdf
92 Parlamento europeo, *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*, luglio 2018, 120, disponibile al seguente link: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/619027/IPOL_STU(2018)619027_EN.pdf
93 Consob, *Relazione per l'anno 2015*, Roma, 31 marzo 2016, 11, disponibile al seguente link: http://www.consob.it/documents/46180/46181/rel2015.pdf/43ade8dd-edf1-443a-8ed8-fd7f72275584
94 Come confermato dal Parlamento europeo, nel già citato studio *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*, luglio 2018.

(parziale) disciplina normativa soprattutto a seguito della Mifid II[95], con riferimento al secondo occorre invece constatare che attualmente il "*social trading/copy trading*" rientra tra gli "*innovative business models not captured by the existing authorisation/licensing requirements and presenting risks*", come rilevato dall'ESMA nel proprio *Report: Licensing of FinTech business models*, del 12 luglio 2019[96].
D'altro canto, è evidente che tanto i *Robo-advisors*, quanto il *social trading* (quanto ancora tutte le possibili commistioni operative tra i due), estremizzando a seguito della automazione algoritmica la disintermediazione dei servizi finanziari, possono comportare effetti pregiudizievoli ai danni di un numero crescente di piccoli (ed inesperti) investitori *retail*, depotenziando (se non annichilendo) l'esercizio delle loro facoltà di progressiva autodeterminazione negoziale o (quantomeno) comportando un arretramento delle loro scelte volitive alla esclusiva fase iniziale di mero accesso ai servizi ed alle attività di investimento, rischiando di demandare ogni altro aspetto contrattuale (ivi inclusa l'esecuzione dell'accordo) all'arbitrio degli algoritmi.
A ben vedere, sono proprio questi ultimi ad essere il minimo comune denominatore, nonché l'imprescindibile presupposto operativo di tutte le tecniche di *Wealth & Asset management* sin qui sommariamente descritte.
Si spiega, in tal modo, come l'attenzione delle Istituzioni europee si stia "spostando dal contenuto del servizio finanziario prestato con gli *automated tools* verso la qualità e la progettazione degli algoritmi utilizzati"[97] e come i (fin'ora poco trasparenti) codici di programmazione su cui si fonda il funzionamento di ciascuno di tali agenti *software* (di tipo quantitativo o – soprattutto – predittivo) sia destinato a divenire oggetto di una supervisione sempre più analitica da parte delle Autorità di vigilanza, secondo quell'attività già nota come "*SupTech*" (ossia "*Supervisory Tecnology*"[98]) e che invero si rivela fin d'ora come poco agevole, non appena si consideri che la stessa dovrà necessariamente avvalersi di "algoritmi di controllo degli algoritmi"[99].

3. ATTIVITÀ (*ONLINE – OFFLINE*)

(Alfonso Ingenito)

3.1. LE ICOS (*INITIAL COIN OFFERINGS*) QUALI NUOVE MODALITÀ DI FINANZIAMENTO INTERAMENTE *ONLINE*

Nell'attuale era del c.d. *FintTech*, ossia, come noto, del massiccio impiego delle tecnologie informatiche e telematiche al settore finanziario, l'onda tumultuosa del successo delle criptovalute (prime tra tutte, *Bitcoin* ed *Ethereum*) ha trascinato con sé l'emergere di una nuova forma, completamente *online*, di finanziamento delle iniziative imprenditoriali di un numero sempre crescente di start-up.
Si tratta delle c.d. *Initial Coin Offerings* (ormai note sul *web* con l'acronimo ICOs), le quali, in evidente "assonanza" con le tradizionali *Initial Public Offerings* (IPOs), si prefiggono come scopo (nel loro schema più semplice e diffuso) quello di raccogliere dalla platea sparsa sul *web* fondi (sotto forma di monete virtuali o anche aventi corso legale), in cambio di gettoni digitali (noti come c.d. "*tokens*") che (in modo non dissimile da quanto avviene *offline* nei titoli di credito) incorporano i diritti più vari e le cui oscillazioni di valore sono solitamente legate al successo più o meno ampio della iniziativa imprenditoriale o, *tout-court*, della startup oggetto di rispettivo finanziamento.
Analizzando le ICOs più nel dettaglio, si può aggiungere che esse, sfruttando le potenzialità di una *distributed ledger technology* (come, ad esempio, la *Blockchain* o la piattaforma *Ethereum*), prendono solitamente avvio a seguito della pubblicizzazione, da parte dei loro promotori, di un c.d. "*whitepaper*", assimilabile ad un sintetico pro-

95 Cfr. Consob, *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, 3 gennaio 2019, 8, ove si precisa che, con "specifico riferimento alla consulenza automatizzata, il servizio rientrante nell'ambito MiFID II è solo quello offerto direttamente al pubblico attraverso piattaforme digitali (tipicamente basate su internet) per fornire consulenza automatica mediante algoritmi su transazioni aventi ad oggetto specifici strumenti finanziari o portafogli di strumenti finanziari presentati come adatti per uno specifico cliente"; viceversa, restano esclusi "dal perimetro MiFID i servizi di robo advice volti a: raccomandare asset allocation del portafoglio finanziario per tipologie predefinite di investitori; fornire informazioni generali e specifiche solo per l'esecuzione di transazioni attraverso piattaforme digitali; supportare esclusivamente l'attività del personale dell'intermediario. L'output potrebbe, invece, essere considerato come raccomandazione personalizzata (quindi, investment advice), quando un intermediario guida i clienti in un processo d'investimento online automatico attraverso un set di domande di filtro (filtering questions)"
96 ESMA, *Licensing of FinTech business models*, 12 luglio 2019, 19, disponibile al seguente link: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-164-2430_licensing_of_fintech.pdf
97 M. T. Paracampo, *FinTech tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, in *Dir. Banca merc. Fin.*, 2019, 244.
98 Cfr., al riguardo Bank for International Settlements, Basel Committee on Banking Supervision, *Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, febbraio 2018, disponibile al seguente link: https://www.bis.org//bcbs/publ/d431.pdf
99 R. Mattera, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 1, 202.

spetto informativo, con il quale si rende edotto il pubblico virtuale delle finalità del progetto che si intende perseguire e delle sue concrete modalità di finanziamento. A tale ultimo fine, viene contestualmente creata anche una apposita criptovaluta, rappresentata appunto dai *digital tokens* volta a volta correlati al predetto progetto.
È così che i *digital tokens* (equiparati, in punto di definizione, ai *crypto-assets* dall'ESMA) sono offerti sulla rete in sottoscrizione a soggetti che confidano sull'aumento del valore degli stessi e, analogamente (ma parallelamente) a quanto accade nel caso dei valori mobiliari, possono divenire oggetto di negoziazione sulle relative (e numerose) piattaforme che già pullulano in rete (c.d. "*cryptocurrency exchange platforms*"[100]).
In tutto ciò, l'assenza di particolari formalismi e la rapidità dei procedimenti spiegano agevolmente: (i) sia la veloce e capillare diffusione del fenomeno *online*, tanto che le ICOs sono riuscite "a determinare una raccolta di capitali dal 2016 al mese di febbraio 2019 pari a 28.703.948.446,07 di dollari statunitensi"[101]; (ii) sia, correlativamente, anche l'utilizzo truffaldino che ne è stato sovente fatto ai danni di inconsapevoli utenti della rete. Numerosi, sono, infatti, i casi in cui l'avvio di una ICO non ha avuto altro scopo che sottrarre con dolo risorse monetarie agli ignari aderenti, tanto da indurre Jordan Belfort (broker che Martin Scorsese ha preso a modello per il noto film "*The Wolf of Wall Street*") ad affermare che "*Le Ico sono la più grande truffa di sempre*"[102].

3.2. L'INEDITO RUOLO PROATTIVO DELLA CONSOB NELLA PREDISPOSIZIONE DI UNA *SANDBOX* NORMATIVA DEL FENOMENO

Non può, per l'effetto, stupire l'attenzione data alle ICOs ed al loro rapido moltiplicarsi da parte delle istituzioni governative e delle Autorità di vigilanza. Ciò, ovviamente, anche a livello europeo, dove ad esempio la European Securities and Markets Authority (ESMA), con il documento del 9 gennaio 2019, intitolato *Advice - Initial Coin Offerings and Crypto-Assets* ha esortato il Parlamento europeo a disciplinare il fenomeno, enucleando una prima serie di considerazioni e raccomandazioni e definendo ogni ICO come "*an operation through which companies, entrepreneurs, developers or other promoters raise capital for their projects in exchange for crypto-assets (often referred to as "digital tokens"or "coins"), that they create*".
In tale contesto in rapida evoluzione, la Consob, anticipando le istituzioni e le altre Autorità, ha assunto un importante ruolo proattivo, offrendo in consultazione alle "categorie di soggetti potenzialmente interessati", tra cui, primi tra tutti, i "risparmiatori", (oltre che alla attenzione dell'intero mercato) il *Documento per la Discussione* del 19 marzo 2019, intitolato appunto *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*[103].
Come espressamente evidenziato nello stesso documento, con esso la Consob si "pone l'obiettivo di avviare un dibattito a livello nazionale sul tema delle offerte iniziali e degli scambi di cripto-attività, ... in connessione con la recente diffusione di operazioni cosiddette di *initial coin offerings* (ICOs) e, quindi, di *crypto-asset* nei quali investono i risparmiatori italiani" essendo la "Consob ... sensibile al tema in quanto autorità deputata alla tutela degli investitori"[104].
Lo scopo è quello di aprire e favorire una ampia discussione su aspetti concreti e nevralgici relativi alle ICOs, e, in particolare (oltre alla elaborazione di una condivisa definizione idonea "a tipizzare le cripto-attività diverse" dagli "strumenti finanziari"), enucleare i tratti caratterizzanti di un quadro regolamentare che disciplini: (i) "lo svolgimento delle offerte in sede di emissione delle cripto-attività", con particolare "riferimento alle caratteristiche dei soggetti emittenti cripto-attività e alla messa a disposizione di adeguate informazioni in merito ai progetti imprenditoriali"; (ii) le modalità di negoziazione dei *crypto-assets*, enucleando una "nozione di "sistema di scambi di criptoattività" quale insieme di regole e di strutture automatizzate, che consente di raccogliere e diffondere proposte di negoziazione di cripto-attività e di dare esecuzione a dette proposte, anche attraverso tecnologie basate su registri distribuiti".

100 Su cui cfr., tra i molti, K. Dugan, *Cryptocurrency for Beginners*, CRB Publishing, 10 marzo 2018.
101 M. Nicotra, *Il regime giuridico delle ICOs. Analisi comparata e prospettive regolatorie italiane*, in *DirittoBancario.it*, 24 aprile 2019.
102 Come riportato dalla Agi al seguente link: https://www.agi.it/economia/startup_ico_truffa_wolf_wall_street-2282491/news/2017-10-23/; per un elenco dei casi di frode, è invece possibile consultare i seguenti siti *web*: *https://deadcoins.com/*; o *http://www.coinscamlist.com/*).
103 Disponibile al seguente link: http://www.consob.it/documents/46180/46181/doc_disc_20190319.pdf/64251cef-d363-4442-9685-e9ff665323cf.
104 Consob, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*, *Documento per la Discussione*, 19 marzo 2019, 2.

Una tale iniziativa della CONSOB si rivela quanto mai opportuna soprattutto al fine di tutelare i potenziali partecipanti alle ICOs e piccoli investitori, attesa l'intenzione del legislatore nazionale di introdurre specifiche *sandboxes* normative che favoriscano lo sviluppo del *FinTech*.
Non è, infatti, un caso che la legge n. 58/2019, di conversione del c.d. Decreto Crescita (d.l. n. 34/2019) abbia autorizzato il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti la CONSOB, la Banca d'Italia, e l'IVASS ad adottare "uno o più regolamenti per definire le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno-finanza (*FinTech*) volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie quali l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati".
Sulla base di tali premesse spetta, dunque tanto sul piano europeo, quanto su quello nazionale, ai legislatori in sinergia con le corrispondenti Autorità di vigilanza creare un contesto normativo adeguato e favorevole allo sviluppo delle tecnologie digitali applicate ai mercati finanziari, provvedendo affinché i conseguenti vantaggi possano riverberarsi anche a beneficio (e, in ogni caso, non a danno) dei piccoli investitori, limitando, al contempo, le conseguenze sfavorevoli insite nella constatazione secondo cui nel campo del *Fintech* "l'iniziativa privata mostra di essere più pronta a cogliere l'innovazione e a porre il suo dominio su di essa", per come espressa dal Presidente della Consob Prof. Paolo Savona nel suo *Discorso* del 14 giugno 2019 in occasione dell'Incontro annuale con il mercato finanziario.

4. TUTELE

(Francesca Andreani)

4.1. LA DISCIPLINA PREVISTA DAL TUF

È opportuno, a questo punto, analizzare le tutele già previste dall'Autorità Consob a favore dei singoli risparmiatori e comprendere se esse risultino adeguate alla luce delle novità in tema di investimenti finanziari, soprattutto a seguito dello sviluppo del *trading* ad alta frequenza effettuato attraverso gli algoritmi.
Preliminarmente è necessario evidenziare che il contratto di investimento si compone di due parti: innanzitutto viene stipulato il contratto quadro con la funzione di disciplinare in maniera più dettagliata il futuro contratto; successivamente, vengono sottoscritte le concrete operazioni di investimento, attraverso la predisposizione di veri e propri ordini.
Per quanto attiene agli obblighi, il TUF offre senza dubbio specifiche disposizioni che impongono all'intermediario finanziario doveri di professionalità, trasparenza e correttezza. Uno specifico dovere posto in capo all'intermediario finanziario è quello che riguarda l'informazione sotto due aspetti differenti: da un lato, l'intermediario deve mettere al corrente il risparmiatore di tutte le condizioni e i rischi che un determinato investimento può comportare (c.d. "informazione attiva"); da un altro lato, è necessario recuperare informazioni circa l'investitore in modo tale da comprendere quale sia il miglior investimento per lui, in termini di propensione al rischio e tolleranza al rischio, così da evitare investimenti inadeguati (c.d. "informazione passiva").
Da quanto si evince dall'art. 21 del TUF, inoltre, gli obblighi informativi sono predisposti in modo tale da tenere il cliente costantemente aggiornato ed evitare conflitti di interessi anche solamente potenziali.
Tuttavia, la tutela prevista dal TUF può essere considerata formale e, quindi, non adeguata a garantire il singolo investitore, laddove prevede come conseguenza della violazione degli obblighi informativi la responsabilità dell'intermediario finanziario e non anche l'invalidità del contratto.
Tale principio trae origine dalla distinzione tra regole di comportamento, che comportano responsabilità precontrattuale ma non possono mai invalidare l'atto e regole di validità le quali, riguardando requisiti specifici del contratto, sono idonee a rendere invalido il contratto. Appartenendo alla prima categoria, gli obblighi informativi possono al più comportare una responsabilità di tipo precontrattuale, giammai l'invalidità del contratto stesso.

4.2. LA REGOLAZIONE PREVISTA DALLA CONSOB

Oltre alla disciplina legislativa primaria rileva la disciplina regolamentare della Consob, che si pone come obiettivo primario quello di precisare ed ampliare gli obblighi posti a carico degli intermediari finanziari.

L'intervento della Consob si può apprezzare soprattutto per quanto riguarda gli obblighi di informazione c.d. "passiva", cioè le informazioni che l'intermediario deve reperire dal cliente al fine di comprendere il migliore investimento per quest'ultimo.

In questo senso, è stato stabilito che qualora il cliente non fornisca le informazioni richieste e considerate utili ai fini di una analisi completa, l'intermediario deve dare comunicazione dell'impossibilità di effettuare una valutazione.

Il quadro degli obblighi previsti per gli intermediari ha senza dubbio subito un forte incremento con l'entrata in vigore della Direttiva comunitaria 2004/39/CE Mifid I, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 164 del 2007. In questo senso, in particolare, è stata imposta anche una informativa al cliente trasparente e che sia effettuata con comunicazioni corrette e non fuorvianti.

Tuttavia, la nascita ed il progressivo sviluppo dei c.d. "*high-frequency trading*" rende necessaria la previsione di strumenti specifici.

Con tale espressione si fa riferimento al fenomeno della negoziazione algoritmica, caratterizzata dall'utilizzo di sistemi automatizzati nello svolgimento di attività di investimento. Tali sistemi, tracciando flussi di dati ad alta frequenza, prendono decisioni basandosi su algoritmi che individuano potenziali opportunità di *trading*, immettendo e gestendo poi tali posizioni con il fine ultimo di ottenere un profitto economico.

Al fine della presente trattazione, ciò che rileva è l'impatto di tali meccanismi di investimento sulla tutela degli investitori[105].

4.3. LE NOVITÀ INTRODOTTE DALL'ENTRATA IN VIGORE DELLE DIRETTIVE MIFID I E MIFID II

Gli investimenti algoritmici, se da un lato aumentano l'efficienza del mercato finanziario, dall'altro lato comportano un aumento sostanziale dell'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra società di investimento e singolo investitore.

Proprio per tale motivo, alla Direttiva Mifid I ha fatto seguito, nel 2014, l'emanazione della Direttiva 2014/65/UE Mifid II che, anche alla luce di quanto predisposto negli stati Uniti per quanto riguarda la negoziazione algoritmica, ha imposto precisi obblighi di notifica e trasparenza al fine di effettuare un controllo analitico.

In particolare, ai sensi dell'art. 17 Mifid II, le imprese di investimento che effettuano negoziazione algoritmica rientrano nell'applicazione della Direttiva, anche nel caso in cui l'attività sia svolta per conto proprio; in questo modo è stato volutamente ampliato l'ambito di applicazione della normativa al fine di uniformare la disciplina relativa agli intermediari finanziari che si avvalgono di algoritmi.

È stato anche stabilito l'obbligo in capo a queste società di investimento di fornirsi di un sistema di controllo al fine di garantire un aumento della resilienza del sistema. Inoltre a seguito dell'emanazione di tale direttiva, gli *high frequency trader* hanno oggi l'obbligo di registrarsi come imprese di investimento, rendere pubblici i loro algoritmi e fornire garanzie sull'attendibilità dei loro *software*[106].

Oltre alle citate direttive, numerosi regolatori di tutto il mondo hanno riconosciuto l'importanza del monitoraggio e della sorveglianza del mercato in tempo reale, consentendo una più rapida risposta a potenziali crisi e abusi di mercato, agevolando al tempo stesso un'azione rapida per prevenire o ridurre al minimo qualsiasi impatto sul mercato. L'obiettivo del monitoraggio in tempo reale è di rilevare movimenti anomali del mercato (ad esempio, picchi di prezzo o di volume per un determinato titolo).

Il *Financial Services Authority*, ovvero il regolatore inglese dei servizi finanziari, ha tracciato un'analogia secondo cui "i *traders* guidano una Ferrari e i regolatori stanno cercando di catturarli rincorrendoli con una bicicletta". Pertanto un primo passo verso un monitoraggio sempre più efficiente ed incisivo porta all'utilizzo della stessa tecnologia utilizzata dai *traders*, così da offrire ai regolatori un monitoraggio in tempo reale, dandogli "una Ferrari come auto della polizia" per consentire loro di tenere il passo con i mercati ad alta frequenza[107].

105 M. Tofanelli, *Tutela del risparmio ed educazione finanziaria: azioni ed interazioni*, in *FCHUB*, 2017.
106 Consob, *Incontro annuale con il mercato finanziario, Discorso del Presidente Mario Nava*, Milano 11 giugno 2018.
107 J. Bates, *Algorithmic Trading and High-Frequency Trading*, in *Alternative investments and portfolio management*, 2019.

5. RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E RIMEDI ALTERNATIVI

(Alfonso Ingenito)

5.1. DALLA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO PRESSO LA CONSOB ALL'ARBITRATO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE (ACF)

Sullo sfondo dell'ormai ventennale (ed invero complesso) "micro-sistema di norme dedicato agli strumenti alternativi di composizione delle controversie"[108], ed in ottemperanza a quanto previsto: (i) sia dal legislatore europeo, a partire dalla raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 - 98/257/CE – riguardante i "*principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*", fino a giungere alla Direttiva 2013/11/UE, al Regolamento (UE) n. 524/2013 ed al Regolamento di esecuzione (UE) 2015/1051; (ii) sia, conseguentemente, dal legislatore italiano, in particolare con il d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, con il noto d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ed infine con il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, la CONSOB ha fattivamente concorso alla predisposizione di meccanismi di *Alternative Dispute Resolution* con l'istituzione dapprima di una Camera di Conciliazione e Arbitrato (CCA) presso la medesima Autorità, e poi, in via sostitutiva e senza soluzione di continuità, con l'attuale Arbitro per le Controversie Finanziarie.

Istituita ai sensi dell'art. 2, comma 1 dell'ormai abrogato d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (in attuazione del disposto dell'art. 27 della l. 28 dicembre 2005, n. 262 – c.d. legge per la tutela del risparmio –), la "vecchia" Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB, pur dando buona prova di sé, non ha tuttavia conseguito gli effetti auspicati in termini deflattivi dei giudizi ordinari e di tutela degli investitori *retail*. Ciò, d'altro canto, è stato rilevato: (i) dalla stessa CONSOB, che già nel 2014, nella c.d. Carta degli investitori[109], ne ha individuato i "punti di debolezza"; (ii) oltre che dalla dottrina, la quale ha recentemente rimarcato come il ricorso alle procedure di conciliazione e arbitrato dinanzi alla stessa CCA sia stato "estremamente ridotto, e dagli esiti concreti assai limitati"[110]. In tal modo, si spiega agevolmente come la medesima Camera sia stata ben preso sostituita da un nuovo "organo decidente" (cfr. l'art. 1, comma 47, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, c.d. legge di Stabilità 2016).

Ed infatti, con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016, la CONSOB ha istituito il "nuovo" Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), contestualmente adottando il Regolamento con cui sono stabiliti "*i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie presso l'Arbitro*" e sono "*individuati i criteri di composizione del relativo organo decidente*" (cfr l'art. 1, comma 2 della già citata delibera n. 19602).

5.2. LE PECULIARITÀ DEL NUOVO STRUMENTO DI ADR

Come risulta evidente dal predetto Regolamento ACF, le caratteristiche fondamentali dell'istituto sono ravvisabili: (i) nell' "innovativo" obbligo posto in capo agli "*intermediari*" di aderire all'Arbitro, secondo quanto espressamente disposto dall'art. 3 del predetto regolamento; (ii) nella attribuzione della legittimazione attiva a dare impulso alle procedure di ADR unicamente agli investitori (cfr. l'art. 10 del Regolamento ACF); (iv) nella gratuità, per questi ultimi, dell'accesso ai procedimenti (v. l'art. 18 del Regolamento ACF); (v) nell'articolazione dell'attività dell'istituto in due organi, di cui: a) il primo è rappresentato dal vero e proprio "*organo decidente*" o "*collegio*", i cui componenti sono scelti tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza oltre che di indubbia indipendenza e onorabilità; b) ed il secondo dalla "*segreteria tecnica*", avente funzioni di supporto dell'intero meccanismo di ADR; (iv) nel carattere essenzialmente decisorio dell'Arbitro, i cui procedimenti, a differenza di quanto accade nella mediazione e nella conciliazione, sono definiti "*con pronuncia motivata, adottata applicando le norme giuridiche che disciplinano la materia e tenendo conto degli atti di carattere generale emanati dalla Consob e dall'AESFEM, delle linee guida delle associazioni di categoria validate dalla Consob, dei codici di condotta delle associazioni di categoria ai quali l'intermediario aderisce*" (art. 15, comma 1, Regolamento ACF; (iiv) infine, nell'assenza di coercività delle suddette decisioni, l'*enforcement* delle quali è sostanzialmente limitato alla sfera reputazionale dell'intermediario inottem-

108 L'espressione è di S. Ruperto, *L'"Arbitro bancario finanziario"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 327.

109 Consultabile al seguente link: http://www.consob.it/documents/10194/0/carta+degli+investitori/a65fbaf5-6f4d-4741-8852-8851d9b8175b.

110 Così, G. Guizzi, *Un anno di ACF tra risultati raggiunti e qualche incognita*, in *Corr. Giur.*, 2018, 6, nota 3; cfr., inoltre, G. Meo, *Strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie tra intermediario finanziario non bancario e cliente*, in Aa.Vv., *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, a cura di R. D'Apice, Bologna, 2016, 820 ss.

perante, dal momento che ai sensi dell'art. 16 del Regolamento ACF la "*mancata esecuzione, anche parziale, della decisione da parte dell'intermediario, ove accertata dal collegio, è resa nota mediante pubblicazione sul sito web dell'Arbitro e, a cura e spese dell'intermediario inadempiente, su due quotidiani a diffusione nazionale*".
Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento ACF, l'Arbitro è competente a conoscere delle controversie fra investitori e intermediari relative alla violazione da parte di questi ultimi degli "obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività disciplinate nella parte II del TUF", ossia relative ai servizi di investimento ed al servizio di gestione collettiva del risparmio, ivi "incluse le controversie transfrontaliere e le controversie oggetto del Regolamento (UE) n. 524/2013". Per converso, l'Arbitro non può decidere né sulle controversie che "implicano la richiesta di somme di denaro per un importo superiore a euro cinquecentomila", né sulle pretese aventi ad oggetto i danni "che non sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento" dell'intermediario e "che non hanno natura patrimoniale".

5.3. I PROMETTENTI RISULTATI GIÀ CONSEGUITI DALL'ACF

Tale nuovo strumento di ADR, negli auspici della CONSOB, dovrebbe comportare per un verso, "l'immediato rafforzamento delle tutele previste dalla normativa nei confronti degli investitori per le controversie fra questi ultimi e gli intermediari"; per altro verso, un "ampliamento degli strumenti di tutela per gli investitori al dettaglio, volto a rendere più efficace ed efficiente la gestione delle controversie sorte nell'ambito della prestazione di servizi di investimento"; per altro verso ancora, un "impatto positivo sull'attività di vigilanza, che indirettamente potrà tradursi in ulteriori benefici per gli investitori, in quanto l'analisi dell'operatività di un'istituzione funzionalmente orientata ad accentrare le controversie in materia finanziaria è in grado di fornire indicatori di rischiosità sia dal punto di vista soggettivo (intermediari) che oggettivo (servizi di investimento)"[111].
A fronte di ciò, a distanza di quasi tre anni dalla sua istituzione, i dati relativi all'attività dell'ACF evidenziano che l'Arbitro, nel corso del 2017: (i) ha ricevuto un numero di ricorsi pari a 1.839; di cui ha giudicato ammissibili ben 1.469 ricorsi; (iii) ha assunto un numero di decisioni pari a 779; (iv) ha accolto il 61,6% dei ricorsi, rigettandone il 38,4%; (v) ha infine riconosciuto risarcimenti a favore degli investitori retail per un complessivo ammontare di 5,2 milioni di Euro.
Nel 2018 i medesimi dati sono rimasti pressoché costanti, mostrando, anzi, un *trend* positivo, dal momento che (i) il numero di ricorsi ricevuti è stato pari a 1.824; (ii) di cui 1.408 sono stati accolti; (iii) sono state assunte ben 1.651 decisioni; (iv) vi è stato anche un cospicuo aumento non solo dei ricorsi accolti, pari ad una percentuale del 77,3% a fronte di quella del 22,7% relativa ai ricorsi rigettati; (v) ma anche dei risarcimenti complessivamente riconosciuti a favore degli investitori, pari a ben 33,5 milioni di Euro.
Alla luce di tali rilevazioni empiriche, ognun vede come gli auspici della Consob sembrano trovare ampie conferme negli incoraggianti dati relativi alla (sia pur ancora breve) attività dell'Arbitro bancario e finanziario.

Bibliografia

Aa.Vv., *Il* trading *ad alta frequenza. Caratteristiche, effetti, questioni di policy,* Discussion Papers *Consob*, Dicembre 2012
Bassan, F. *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubettino, 2019
Bates J., *Algorithmic Trading and High-Frequency Trading,* in *Alternative investments and portfolio management*, 2019
Cocchi F., *Gli obblighi informativi e di condotta dell'intermediario finanziario,* in *diritto.it*, anno 2017
Dugan K., *Cryptocurrency for Beginners*, *CRB Publishing*, 10 marzo 2018
Guizzi G., *Un anno di ACF tra risultati raggiunti e qualche incognita*, in *Corr. Giur.*, 2018, 6 ss.
Linciano N., *La consulenza finanziaria tra errori di comportamento e conflitti di interesse*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 1, 2012, 135
Mattera R., *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 1, 202 ss.
Meo G., *Strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie tra intermediario finanziario non bancario e cliente*, in Aa.Vv., *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, a cura di R. D'Apice, Bologna, 2016, 820 ss.
Nicotra M., *Il regime giuridico delle ICOs. Analisi comparata e prospettive regolatorie italiane*, in *DirittoBancario.it*, 24 aprile 2019
Tofanelli M., *Tutela del risparmio ed educazione finanziaria: azioni ed interazioni*, in *FCHUB* 2017

111 Consob, *Relazione illustrativa delle conseguenze sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori, derivanti dal regolamento concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)*, 4 maggio 2016.

(Veronica Carriero, Andrea Luberti)

Le nuove tecnologie e le nuove discipline europee in materia, unitamente al processo politico in atto conseguente all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea, apportano rilevanti cambiamenti e grandi sfide nel settore assicurativo, così come nei mercati finanziari in genere e pongono quesiti nuovi e sfidanti in ordine alla tutela dei consumatori-assicurati da esaminare alla luce sia della disciplina consumeristica sia di quella di settore.

SOMMARIO: 1. Il mercato assicurativo, nuove tecnologie e tutela dell'assicurato nel Codice del consumo. – 1.1. I soggetti. – 1.2. L'atto-contratto. – 1.3. La risoluzione stragiudiziale delle controversie. – 1.4. Le tutele. – 2. Il quadro normativo rappresentato dalla disciplina di settore primaria e regolamentare. – 2.1. L'attività (normativa e regolamentare).

1. MERCATO ASSICURATIVO, NUOVE TECNOLOGIE E TUTELA DELL'ASSICURATO NEL CODICE DEL CONSUMO

(Veronica Carriero)

1.1. I SOGGETTI

Le linee di confine tra servizi finanziari e *high technology* divengono, nel tempo, sempre più sfumate: anche il settore assicurativo è chiamato a far fronte alle nuove tecnologie. Molteplici sono le *key technologies* in grado di apportare rilevanti cambiamenti[112] (e, in alcuni casi, potenziali sconvolgimenti) nell'offerta di servizi assicurativi. I tradizionali approcci alla distribuzione di prodotti assicurativi tendono ad essere sempre più sostituiti da canali più diretti ed economici.

Alcune recenti innovazioni: la biometrica, intesa come uso di caratteri fisici umani come le impronte digitali, la scansione dell'iride o l'identificazione vocale, strumenti per autenticare una transazione, consente al cliente di liberarsi di password multiple e codici PIN. La *blockchain*[113], che registrando in modo celere e non falsificabile le transazioni, diventa non solo utile ma determinante in attività, come quella assicurativa, caratterizzate dalla raccolta e lo scambio di dati. E ancora, l'informatica cognitiva (*cognitiv ecomputing*) applica tecniche come l'apprendimento automatico, l'analisi predittiva (sulla quale v. *infra*) e il riconoscimento vocale, le quali mimano il funzionamento del cervello umano ed elaborando, attraverso calcoli complessi, i cc.dd. Big data, consentono al sistema informatico l'assunzione automatica di decisioni fino ad ora assunte da operatori umani, come il calcolo di premi assicurativi. L'analisi dei Big data, c.d. *analytics*, è la modalità attraverso la quale dai dati si ottengono informazioni; in altri termini, la *analytics* rivela il valore intrinseco dei dati. Nello specifico, con l'analisi predittiva si tenta, bilanciando le probabilità, di esprimere una previsione circa un accadimento. Le imprese assicurative da sempre fanno ricorso ai principi della probabilità, espressi in statistiche, al fine di stabilire la tendenza di un individuo a raggiungere una determinata età, di un conducente ad avere un incidente con l'automobile, di un immobile a subire un allagamento, un incendio o una perdita di valore. Nell'ambito dell'analisi predittiva, l'esperienza viene sostituita dalle informazioni espresse dai dati e l'intuizione da algoritmi e formule matematiche. L'analisi prescrittiva invece non tende ad anticipare cosa avverrà ma indica le azioni migliori in riferimento a un dato evento.

In passato le imprese di assicurazione delineavano i profili dei clienti sulla base delle informazioni che questi fornivano loro; oggi invece i siti internet e le apps offrono agli assicuratori canali conoscitivi più personali (valgano come esempi i profili sui *social media*, il *web browsing,* la geolocalizzazione)[114]. Manca, certo, l'elemento della volontà: la maggioranza dei consumatori infatti, nel momento in cui accetta i termini di utilizzo di una nuova applicazione o dei cc.dd. *cookies*, non ha idea di cosa rivela, a chi e con quale finalità. Spesso infatti il consenso, *pivot* della tutela dei dati

112 E. McCormack, *The marriage of high tech and high finance*, in *The Economist*, 27.06.2017.

113 La letteratura sul fenomeno è copiosa. Si rimanda, *ex multis*, a F. Bassan, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi,* Rubbettino, 2019; P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the law. The rule of code*, in *Harvard University Press*, 2018.

114 *Big data, financial services and privacy. Should our bankers and insurers be our Facebook friends?, The Economist* del 9.02.2017; *The coming devolution in insurance. Technological change and competition disrupt a complacent industry, ivi,* 9.03.2017.

personali nel GDPR, rappresenta un atto meramente formale. D'altra parte, le imprese acquisiscono in questo modo la possibilità di creare e detenere una grande mole di dati e di analizzarli, destrutturarli ed estrapolarne, anche a mezzo di algoritmi, elementi conoscitivi al fine di impiegarli nel singolo contratto così come sul mercato di riferimento. Le modalità di utilizzo dell'intelligenza artificiale sommariamente descritte, se condotte in maniera opaca e senza la garanzia di sicurezza, rischiano di erodere la fiducia che tipicamente caratterizza i rapporti che si instaurano nei mercati finanziari. Mercati che si basano sulla natura fiduciaria dei beni che, a diverso titolo, qui vengono prodotti, offerti, negoziati. La fiducia nei cc.dd. *credence goods* è un bene immateriale rappresentativo della qualità del prodotto, presuppone il possesso, da parte del fiduciario, di elevati *standards* reputazionali e può essere intaccata se gli intermediari finanziari non comunicano con chiarezza ed esaustività al consumatore cosa avviene "*behind their screens*". La descritta prassi di raccolta ed elaborazione di tali elementi, pur essendo del tutto legittima, pone rilevanti quesiti in punto di disciplina e di tutela del consumatore-assicurato anche in considerazione dell'effetto, che essa produce, di disintermediazione[115] sui caratteri strutturali e funzionali delle operazioni tipiche del mercato di riferimento e, di conseguenza, in alcuni casi, di inapplicabilità delle tradizionali regole di governo delle condotte degli intermediari assicurativi[116]. D'altra parte, come è stato correttamente sottolineato[117], l'enfasi va posta non tanto sulla intelligenza artificiale in sé, quanto piuttosto sugli utilizzi che di essa vengono fatti nel mercato assicurativo. Non deve infatti trascurarsi che la conoscenza fornita dalle nuove tecnologie può contribuire ad alimentare processi decisionali automatizzati in grado di tradursi in *best practices* nel settore che poi a sua volta l'autorità di regolazione nazionale può cristallizzare in *benchmark* portati nelle sedei regolatorie europee e che la Commissione europea può trasformare in atti esecutivi o in proposte normative, secondo il modello del "circolo regolatorio"[118].
Con riguardo alle *best practices*, vi sono molti aspetti sui quali l'Autorità di settore ha posto la sua attenzione. Sul sito web dell'IVASS, nel campo "Pubblicazioni e Statistiche" un *link* rimanda al portale dell'educazione assicurativa, contenente guide pratiche, guide multimediali, quaderni didattici e un glossario con i termini di più frequente utilizzo in materia assicurativa. Lo stesso campo, alla voce "Antifrode", contiene estratti delle Relazioni annuali dell'Autorità relativi all'attività antifrode svolta. Sul sito dell'IVASS è poi rinvenibile un elenco dei siti web di intermediazione assicurativa irregolari. Il profilo relativo all'opera di contrasto alle frodi è stato peraltro evidenziato anche nelle Considerazioni del Presidente dell'IVASS (pag. 7) nell'ambito della Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018, presentata il 20 giugno 2019, nelle quali si fa riferimento a due innovativi strumenti che verranno messi a disposizione: la piattaforma per lo scambio di informazioni sui sinistri tra le compagnie e i risultati della *network analysis* sui *Big data* contenuti nell'Archivio Integrato Antifrode (AIA) gestito dall'IVASS. L'Autorità si è poi occupata del contrasto al c.d. *phishing* assicurativo nell'ambito degli incontri di formazione con le associazioni dei consumatori: in caso di accertamento della "falsità" di un sito web, l'IVASS procede alla pubblicazione sul proprio sito internet di un comunicato stampa per informazione e a tutela dei consumatori e all'invio all'Autorità giudiziaria di una segnalazione di reato con cui chiede l'oscuramento del sito. È poi in fase di sperimentazione collettiva da parte delle imprese la *Insurance Blockchain Sandbox* (IBS) consistente in una piattaforma *blockchain based* che consente alle imprese assicurative di creare nuove polizze *smart* parametriche e adattabili alle esigenze della clientela.[119] Il sito dell'IVASS inoltre, nel contesto della r.c. auto, fornisce ai consumatori indicazioni per la scelta della polizza assicurativa e mette a disposizione degli utenti un *link* "Tuopreventivatore" per effettuare la comparazione delle offerte delle diverse imprese di assicurazione.

1.2. L'ATTO – CONTRATTO

Quanto all'aspetto relativo all'atto-contratto in materia assicurativa, la tutela del consumatore-assicurato rappresenta, allo stesso tempo, tutela di *status* e tutela di mercato. Il regno dell'autonomia privata è il luogo attraverso il quale far transitare informazioni significative, strumenti di protezione e nuovi istituti. Risulta pertanto centrale,

115 Così R. Di Raimo, *I mercati finanziari digitalizzati: una struttura da disciplinare che crea nuove opportunità*, in *Financial community hub,* 7.10.2018.
116 G. Carraro, *Finanza, big data e vantaggi concorrenziali,* in *Financial community hub,* 5.06.2018.
117 T. Boobier, *The real business of big data*, Chichester, 2016, 7.
118 F. Bassan, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, cit.
119 V. https://www.insuranceblockchainsandbox.com/

in aggiunta alla disciplina di tutela del contraente "debole" di cui al Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), la tutela amministrativa fornita dall'Autorità amministrativa indipendente, ancor più in ragione del nuovo contesto richiamato, caratterizzato dall' assenza di specifiche e continuamente aggiornate regole tecniche[120].

1.3. LA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE

Quanto alla tutela degli assicurati, un ruolo centrale riveste il reclamo di cui all'art. 7 del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 209/2005). L'art. 15 della Direttiva Ue 2016/97 del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa rubricato "risoluzione stragiudiziale delle controversie" prevede che "*gli Stati membri garantiscono che siano istituite, in conformità dei pertinenti atti legislativi dell'Unione e del diritto nazionale, procedure di reclamo e di risoluzione stragiudiziale delle controversie adeguate, efficaci, imparziali e indipendenti, per la risoluzione delle controversie insorte fra i clienti e i distributori di prodotti assicurativi aventi come oggetto i diritti e gli obblighi derivanti dalla presente direttiva, avvalendosi eventualmente di organi già esistenti*". L'art. 187-*ter* del Codice delle assicurazioni private, inserito dall'art. 1, comma 34, del d.lgs. 68/2018 in attuazione della richiamata Direttiva del 2016, introduce l'obbligo per le imprese di assicurazione e riassicurazione e per gli intermediari assicurativi di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela in riferimento alle prestazioni e ai servizi assicurativi. L'articolo richiamato fa peraltro rinvio, per la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure, di composizione dell'organo decidente e per la definizione della natura delle controversie a un decreto del Ministro dello sviluppo economico, da emanarsi di concerto con il Ministro della giustizia, su proposta dell'Autorità di vigilanza.
Sul punto, è intendimento dell'IVASS avviare per il 2020 la disciplina di dettaglio idonea a garantire la piena operatività dell'Arbitro in materia assicurativa, in modo analogo a quanto già accade per i settori bancario e finanziario.

1.4. LE TUTELE

Sul piano delle caratteristiche dei soggetti tutelati, si rileva che quando l'assicurato è anche consumatore ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *a)* del Codice del consumo, le tecniche giuridiche di protezione, di cui alla disciplina consumeristica e alle nome specifiche del comparto assicurativo, continuano a fare principale affidamento sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, sul controllo della vessatorietà delle clausole, sulle nullità di protezione, secondo l'accezione più moderna di tali obblighi, soprattutto nei mercati finanziari. Può essere utile richiamare il mutamento, frutto di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, di significato del termine "trasparenza", originariamente associato a obblighi di mera informazione obbligatoria. Della nozione è stata nel tempo corretta la portata giuridica. La trasparenza non evoca più solo informazione e correttezza nelle relazioni tra intermediari e clienti, ma anche adeguatezza delle comunicazioni relative ai servizi resi alla clientela, e diviene pertanto sinonimo di assistenza e consulenza all'oblato e, in altri termini, regola di comportamento dell'intermediario assicurativo. Il diritto a un'informazione adeguata peraltro, richiamato dalla lett. *c)*, secondo comma, dell'art. 2 del Codice del consumo, consente al consumatore di effettuare una scelta ponderata al fine di decidere se sottoscrivere il contratto, di pretendere modifiche e integrazioni del testo ed eventualmente di proporre soluzioni alternative individuali ove accettabili da parte dell'impresa[121]. In tal senso, le modalità dell'agire affiancano le regole formali di validità dell'accordo, specificando i contenuti degli obblighi informativi tanto sul versante quantitativo, quanto su quello qualitativo comportando, di conseguenza, un ampliamento dei rimedi esperibili, che non si esauriscono alle nullità di protezione ma contemplano altresì il ristoro per i danni subiti.
La cornice di obblighi di natura comportamentale e organizzativa in capo all'impresa assicurativa, induce a delineare un assetto disciplinare specifico nel più generale ambito dei contratti del consumatore, contribuendo a conformare non solo l'atto di autonomia privata-contratto, ma anche le modalità del contrarre e le stesse strutture dell'impresa, in forza di ulteriori specifiche norme di organizzazione aziendale. Sebbene

120 Aa.Vv., *Codice delle assicurazioni private annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di A. Candian, G. Carriero, commento *sub* art. 3, Napoli, 2018.
121 G. Alpa, *I principi generali*, Milano, 2006.

un aggiornamento delle norme tecniche del settore assicurativo sia senza dubbio auspicabile alla luce delle nuove tecnologie (e dei quesiti da esse posti), i diritti del consumatore alla sicurezza e qualità dei prodotti e servizi, a un'adeguata informazione e corretta pubblicità, all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede correttezza e lealtà, all'educazione al consumo, alla correttezza, alla trasparenza e all'equità dei rapporti contrattuali (diritti riconosciuti alle lett. *b)*, *c)*, *c)bis*, *d)*, *e)*, art. 2, comma 2, del Codice del consumo) possono costituire, in ragione della loro ampia portata, il sostrato su cui fondare la tutela degli assicurati-consumatori di fronte alle incognite poste dalla intelligenza artificiale. Per quanto concerne la tutela degli assicurati che non rivestono al contempo la qualifica di "consumatori" è opportuno richiamare la dottrina[122] che, con riferimento agli *smart contracts*, sottolinea come l'utilizzatore versi, in sostanza, in una posizione analoga a quella del destinatario di condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.).
D'altro canto, il terreno di sfida per le imprese assicurative sarà in termini non solo di tutela dell'assicurato ma anche di concorrenza. Le nuove tecnologie e l'uso di internet infatti consentiranno ai consumatori più "*digitally savvy*" (digitalmente astuti) di essere anche più informati e quindi intolleranti a fronte di offerte di servizi qualitativamente scadenti nonché in grado di condividere la loro esperienza e (eventualmente) la loro insoddisfazione sui *social media* e ciò è molto rilevante anche alla luce del fatto che i prodotti assicurativi vengono attualmente offerti non più soltanto da imprese che si occupano in via esclusiva di tale comparto del mercato finanziario ma anche da soggetti economici facenti parti di *holdings* che si occupano di servizi finanziari in genere e che sono specializzate proprio nelle nuove tecnologie[123].

2. IL QUADRO NORMATIVO RAPPRESENTATO DALLA DISCIPLINA DI SETTORE PRIMARIA E REGOLAMENTARE

(Andrea Luberti)

2.1. L'ATTIVITÀ (NORMATIVA E REGOLAMENTARE)

Quanto alla disciplina di *settore*, attualmente rappresentata in via principale dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) e dalla normativa regolamentare dell'IVASS, l'anno trascorso ha registrato un'intensa produzione normativa diretta alla tutela dei consumatori e degli assicurati, ma anche in merito alla operatività delle imprese e degli intermediari.
L'analisi delle novità introdotte, relative a tematiche di respiro generale, consente di cogliere un significativo mutamento di impostazione rispetto agli interventi normativi degli anni precedenti, che avevano avuto ad oggetto, in modo costante e quasi insistente, la liberalizzazione dei rapporti tra imprese, intermediari e contraenti e la riduzione dei costi per questi ultimi.
Quanto alla normativa primaria, va menzionato in particolare il d.l. 25 marzo 2019, n. 22, convertito dalla legge 20 marzo 2019, n. 41, che ha disciplinato sotto vari profili il complesso tema del recesso dall'Unione europea del Regno unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (indicata, nel gergo giornalistico, come *Brexit*). Tale delicato processo è iniziato a seguito del noto referendum in data 23 giugno 2016, ma a tutt'oggi non ha ancora portato alla sottoscrizione di un trattato bilaterale di disciplina degli effetti giuridici conseguenti al recesso, per cui appare ancora possibile lo scenario dell'esercizio del recesso in assenza di un accordo (*no-deal*).
In questo caso, sorgerebbero delicatissimi problemi di compatibilità con la disciplina dei comparti finanziario, bancario, e assicurativo, che prevedono la reciproca abilitazione all'operatività delle imprese tra i vari Stati membri dell'Unione (in regime di stabilimento, con l'installazione di una sede secondaria, ovvero con la sola libera prestazione di servizi). L'abilitazione è accompagnata dall'*home country control,* che limita (salva l'applicazione delle normative nazionali inderogabili e di interesse generale) la competenza sui controlli sulle imprese in capo all'ordinamento della sede principale.

122 R. Pardolesi, A. Davola, "Smart contract": *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*", in *Foro it.*, parte V, 2019, c. 195 ss.
123 Può a tal fine citarsi l'esempio della multinazionale cinese *Alibaba.*

In assenza di uno specifico accordo non sarebbe nemmeno possibile applicare *tout court* le disposizioni che nella legislazione assicurativa (e anche nei contigui comparti del mercato finanziario) equiparano agli Stati membri dell'Unione europea quelli componenti l'Associazione europea di libero scambio (EFTA: Islanda, Liechtenstein, Norvegia), in forza dell'Accordo di Oporto del 2 maggio 1992, ovvero la Svizzera, in base ad accordi ancora più specifici.
Il legislatore italiano è intervenuto per dettare un regime transitorio (che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lettera *m)* del decreto, è individuato in diciotto mesi dalla data del recesso) che salvaguardi l'operatività delle imprese di assicurazione del Regno unito in Italia e, di conseguenza, anche la continuità delle prestazioni a favore degli assicurati e dei beneficiari.
Il decreto prevede essenzialmente, in relazione alle imprese di assicurazione, la cessazione dell'operatività alla data del recesso quanto alla stipulazione dei nuovi contratti, e la possibilità di proseguire la sola gestione dei contratti in corso, salva la possibilità per il contraente di recedere dal vincolo contrattuale (art. 9). Le imprese di assicurazione italiane operanti nel Regno Unito invece continuano a essere abilitate a tale operatività, ovviamente fatte salve eventuali discipline maggiormente restrittive introdotte nell'ordinamento britannico.
Più limitata è invece l'operatività concessa dopo il recesso, agli intermediari di assicurazione, in quanto temporalmente limitata (sei mesi), fatto salvo il perdurante assoggettamento ai poteri di vigilanza dell'IVASS per tutto il periodo transitorio (art. 10).
Per tutte le fattispecie considerate, il decreto attribuisce inoltre consistenti poteri di vigilanza e di pubblicità all'IVASS, poteri in parte già esercitati, tra l'altro, con una lettera al mercato in data 3 ottobre 2018, rivolta a tutte le imprese con sede legale nel Regno Unito che operano in Italia in libera prestazione di servizi ovvero in regime di stabilimento, e diretta a sollecitare da parte di queste ultime adeguata informazione in favore dei propri assicurati.
La normativa secondaria emanata dall'IVASS ha avuto quale oggetto principale il processo di attuazione del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68 che, a sua volta, ha recepito nel nostro ordinamento la Direttiva 2016/97 del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa (IDD). Non sono però mancati ulteriori ambiti di disciplina. Nello specifico, meritano menzione i regolamenti, tutti emanati in data 2 agosto 2018, nn. 39 (in materia di irrogazione di sanzioni amministrative), 40 (in materia di distribuzione assicurativa e riassicurativa) e 41 (in materia di informativa, pubblicità e realizzazione dei prodotti assicurativi).
Risulta, invece, non ancora attuato per via regolamentare l'art. 187-*ter* del Codice delle assicurazioni, introdotto dall'art. 1, comma 34, sempre del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68, che, anche in questo caso in perfetta simmetria rispetto ai contigui comparti del mercato finanziario, ha attribuito all'IVASS importanti funzioni in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambito assicurativo, secondo una tendenza ormai particolarmente diffusa.
L'atto normativo di maggiore importanza è, ovviamente, il regolamento 40/2018, che ha recepito le innovazioni contenute nella normativa primaria (e nella sovraordinata disciplina europea) dirette ad ampliare la tutela del contraente nell'ambito dell'intermediazione assicurativa.
Tale provvedimento ha determinato l'integrale abrogazione, e per l'effetto la sostituzione, del previgente regolamento ISVAP del 16 ottobre 2006, n. 5, concernente la disciplina dell'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa.
L'ampliamento della tutela rispetto alla disciplina pregressa è stato raggiunto tramite un importante mutamento di prospettiva, passata da un'impostazione prettamente soggettiva (disciplina dei soggetti che, in quanto intermediari, svolgono tale attività a titolo principale) a una più oggettiva e onnicomprensiva (disciplina dell'attività di distribuzione, che può essere effettuata come attività principale, nel caso degli intermediari, o come attività accessoria alla commercializzazione di altri beni o servizi da parte di altri soggetti o, ancora, direttamente da parte delle imprese di assicurazione).

Ratio del cambiamento, intervenuto al livello sovranazionale, nazionale primario e secondario è, con tutta evidenza, la volontà di riservare ogni forma di distribuzione solo a soggetti qualificati e sottoposti alla vigilanza dell'autorità di settore.
Per tale motivo, il regolamento attua una compiuta disciplina dell'attività di distribuzione, che, per quanto possa essere gestita da intermediari, sarà assoggettata alla disciplina regolamentare (art. 2, comma 1, lett. *o)* e *p)*) anche se svolta direttamente da un'impresa di assicurazione tramite il coinvolgimento di propri dipendenti.
Inoltre, l'art. 2, comma 1, lett. *aa)* del regolamento ricomprende nella generale categoria degli intermediari "*qualsiasi intermediario assicurativo, intermediario riassicurativo e intermediario assicurativo* (anche) *a titolo accessorio*".
Si noti, invece, che, nel precedente assetto regolamentare, l'art. 3, comma 6, n. 3, prevedeva, tra l'altro, che fossero esentate dall'applicazione della maggior parte delle disposizioni le fattispecie in cui "*l'attività di intermediazione non è svolta come attività professionale principale*"; inoltre, l'art. 2, comma 1, lett, *p)* disponeva espressamente (oltre ad altre eccezioni previste da diverse disposizioni primarie e regolamentari) che, ai fini dell'applicazione della normativa regolamentare e della conseguente disciplina di vigilanza, l'attività di intermediazione dovesse essere svolta a titolo oneroso. Pertanto, rimaneva non soggetta alla disciplina regolamentare una nutrita serie di attività. Oltre alle attività di distribuzione attuate senza intermediazione, erano infatti escluse le intermediazioni svolte a titolo accessorio dal soggetto interessato (mentre, ove questi avesse rivestito la qualifica di intermediario, rientrava nella disciplina anche la presentazione o proposta di prodotti assicurativi abbinati ad altro bene o servizio).
L'ampiamento oggettivo della definizione ha comportato, correlativamente, anche una significativa estensione del novero dei soggetti tenuti all'iscrizione nel *Registro unico degli intermediari*, ormai da tempo operante.
Tuttavia, nonostante il descritto processo di passaggio dell'*ubi consistam* dal soggetto all'attività, il legislatore (e conseguentemente il regolatore) ha ritenuto di mantenere pressoché invariata la segmentazione degli intermediari assicurativi in ragione della loro qualifica soggettiva, con la previsione di distinte sezioni del *Registro.*
Un'attenuazione della descritta segmentazione, che rappresenta, al contempo, una significativa evoluzione della disciplina regolamentare pregressa, è invece rinvenibile nell'espresso riconoscimento dei rapporti di collaborazione orizzontale (in ottemperanza all'art. 22 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221). Essa è ammissibile tra le rispettive categorie iscritte nelle sezioni A, B e D, previo accordo che deve essere formalizzato per iscritto e reso ostensibile al contraente (la relativa disciplina è contenuta nell'art. 42 del regolamento, oltre che in ulteriori disposizioni che adeguano gli obblighi di comportamento incombenti sugli intermediari alle fattispecie di collaborazione tra gli stessi).
Peraltro, l'ampliamento sopra descritto ha semplicemente comportato la creazione di un'ulteriore sezione del Registro (ora, ed è questa l'innovazione maggiormente significativa, gestito non più direttamente dall'IVASS, ma da un Organismo per la registrazione degli intermediari assicurativi, anche a titolo accessorio, e riassicurativi con personalità giuridica "di diritto privato" - articolo 108-*bis* del Codice delle assicurazioni).
Pertanto, a fianco delle tradizionali sezioni A (per gli agenti di assicurazione); B (per i mediatori o *brokers*); C (per i produttori diretti); D (per le banche, gli intermediari finanziari, gli istituti di pagamento, le società di intermediazione mobiliare e per Poste Italiane società per azioni-divisione servizi di bancoposta); ed E (per i collaboratori degli altri intermediari), è stata prevista l'istituzione di una sezione F, in cui devono essere iscritti gli "intermediari assicurativi a titolo accessorio".
Ovviamente, trattandosi di soggetti che svolgono in via principale altra attività, i requisiti per l'iscrizione sono meno stringenti rispetto a quelli imposti agli altri intermediari (soprattutto a quelli delle categorie *sub* A e B) e, in particolare, gli iscritti nella sezione F non sono soggetti al necessario esperimento di una prova di idoneità propedeutica all'iscrizione.

Tuttavia, la riferita *ratio* di estensione della previgente disciplina in materia di intermediazione anche ai soggetti che svolgano attività a titolo accessorio è pienamente attuata dagli obblighi afferenti, tra l'altro, al possesso dei requisiti di onorabilità imposti in generale agli intermediari, alla copertura di un contratto contro la responsabilità civile, nonché al possesso di cognizioni e capacità professionali adeguate all'attività svolta e ai contratti trattati, acquisite mediante la partecipazione a corsi di formazione.
Analoghi requisiti di onorabilità e di adeguata competenza devono essere posseduti da parte del responsabile della distribuzione assicurativa o riassicurativa designato direttamente dall'impresa di assicurazione, che intenda effettuare la distribuzione dei propri prodotti in via diretta anche senza conferire incarichi a intermediari.
Più in generale, il complesso delle regole di presentazione e comportamento (artt. 52 e ss. del regolamento), minuziosamente esplicitato nell'ambito delle ulteriori disposizioni regolamentari, trova piena applicazione anche ove svolta, direttamente, da parte delle imprese di assicurazione e riassicurazione tramite propri dipendenti, con la conseguenza che gli obiettivi del legislatore sovranazionale possono dirsi sostanzialmente raggiunti.
Anche l'adozione del regolamento IVASS 41/2018 (in materia di informativa, pubblicità e realizzazione dei prodotti assicurativi) ha determinato una sostanziale rivoluzione copernicana della materia, perché ha portato all'abrogazione (integrale) del previgente regolamento ISVAP 26 maggio 2010, n. 35.
Il regolamento, emanato sulla scorta di una nutrita serie di disposizioni sovranazionali e primarie, comporta una fortissima deroga ai principi civilistici generali in materia di formazione del contratto, ma anche un'intensificazione degli obblighi valevoli per i professionisti nell'ambito della disciplina del Codice del consumo. Persino questi ultimi, infatti, nei limiti ovviamente della salvaguardia degli interessi della controparte, si pongono come sostanzialmente rispettosi dell'autonomia privata, e sono definiti in negativo tramite disposizioni generali ovvero con l'introduzione di disposizioni contenitive della libertà di impresa.
Le disposizioni di dettaglio contenute nel regolamento hanno invece introdotto l'obbligo di predisposizione, già ai fini della proposta contrattuale, di una serie di documenti fortemente standardizzati, descritti nel dettaglio anche in relazione alle modalità grafiche di informazione.
Essi, in particolare, consistono nel documento informativo precontrattuale (DIP) per i prodotti assicurativi vita (che in base all'art. 12 "*contiene le principali informazioni per consentire al contraente di valutare il prodotto e di compararlo con gli altri prodotti aventi caratteristiche analoghe*"); nel documento informativo precontrattuale aggiuntivo per i prodotti vita (che secondo l'art. 15 "*fornisce le informazioni integrative e complementari rispetto alle informazioni contenute nel DIP Vita, diverse da quelle pubblicitarie, necessarie affinché il contraente possa acquisire piena conoscenza del prodotto*"); negli omologhi documenti per i prodotti assicurativi danni (art. 27); nel documento informativo e informativo precontrattuale aggiuntivo relativo ai prodotti di investimento assicurativi (art. 20); e nel documento informativo precontrattuale aggiuntivo per i prodotti assicurativi multirischi (art. 16), per le ipotesi di abbinamento tra coperture del ramo vita e del ramo danni.
In generale comunque (art. 30 del regolamento) "*Il messaggio pubblicitario è strutturato in modo da non indurre in errore circa le caratteristiche, la natura, le garanzie e i rischi del prodotto offerto e utilizza forme espressive e caratteri chiari, ben visibili e leggibili*".
Anche la redazione dei documenti contrattuali (art. 33 del regolamento) deve avvenire "*utilizzando un linguaggio semplice e chiaro, in linea con le espressioni usate nei documenti precontrattuali, in modo da consentire all'assicurato un esercizio più agevole dei diritti che derivano dal contratto stesso*".
L'attività dell'autorità di vigilanza, dunque, anche nel corso del 2018 ha presentato una significativa vitalità, e tale considerazione potrebbe portare a un complessivo ripensamento dell'assetto di vigilanza attualmente in vigore, che configura l'IVASS come un'*authority* sostanzialmente eterodiretta, ma non strutturalmente inserita nell'assetto organizzativo della Banca d'Italia.
È il caso di segnalare che, nel contiguo settore della vigilanza in materia di previdenza complementare, il legislatore,

con il d.lgs. 13 dicembre 2018, n. 147, di attuazione della Direttiva (UE) 2016/2341 del 14 dicembre 2016, relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali, ha previsto un importante ampliamento delle competenze e dei poteri della COVIP. Tale ampliamento, peraltro, sotto il profilo delle risorse strumentali e umane, è stato consacrato dall'art. 1, comma 509, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, che ha ampliato a tali fini la capacità di spesa della COVIP stessa.

La perdurante rilevanza della produzione normativa e dell'attività di vigilanza nel mercato assicurativo e della previdenza complementare, allora, pone l'interrogativo se, sempre nella salvaguardia della loro indipendenza, non sia il caso di un ripensamento della loro struttura organizzativa maggiormente rispettoso dell'assetto delineato a livello continentale.

Esso, come noto, in base al Regolamento UE 1094/2010 del 24 novembre 2010, incardina le relative funzioni in capo a un'unica *Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali*, con competenza promiscua rispetto a detti settori.

Bibliografia

Aa.Vv., *Codice delle assicurazioni private annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di A. Candian, G. Carriero, commento *sub* art. 3, Napoli, 2018

Alpa G., *I principi generali*, Milano, 2006

Bassan, F. *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubettino, 2019

Boobier T., *The real business of big data*, Chichester, 2016

Carraro g., *Finanza, big data e vantaggi concorrenziali,* in *Financial community hub*, 5.06.2018.

De Filippi P., Wright A., *Blockchain and the law. The rule of code*, in *Harvard University Press*, 2018

Di Raimo R., *I mercati finanziari digitalizzati: una struttura da disciplinare che crea nuove opportunità,* in *Financial community hub*, 7.10.2018.

McCormack E., *The marriage of high tech and high finance, The Economist*, 27.06.2017.

Pardolesi R., Davola A., "Smart contract": *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*", in *Foro it.*, parte V, 2019, c. 195 ss.

(Guido d'Ippolito, Gennaro Di Martino, Maria Claudia Dolmetta)

Evoluzione della disciplina consumeristica e rapporto con la normativa sulla protezione dei dati personali

L'evoluzione tecnologica sta mutando velocemente l'odierna società. Ciò porta con sé la necessità di ripensare anche il sistema normativo al fine di dare pronta ed efficiente risposta alle nuove istanze e bisogni dei cittadini. In un contesto caratterizzato dall'assenza di confini nazionali e da operatori Over The Top *che con gran disinvoltura si spostano da un mercato all'altro, il sistema normativo basato su normative settoriali cc.dd. a "*silos *verticali" mostra tutti i suoi limiti, invitando i giuristi a ripensare il sistema finora costruito. La presente trattazione affronta la questione dal punto di vista della protezione dei dati personali e, in particolare, del rapporto tra la normativa consumeristica e quella* data protection*. Si affronterà così il tema della convergenza tra le figure rilevanti nei due ambiti, tra autorità di settore e con riferimento al ruolo della contrattazione per giungere alla conclusione che le due normative sono entrambe trasversali e, talvolta, sovrapponibili. Si affronterà poi il tema dell'attività, con riferimento alla sicurezza dei prodotti che sempre più, oggi, passa anche dalla sicurezza e corretto trattamento dei dati personali e quello relativo alle tutele dell'interessato. Infine, il quadro si chiuderà con una panoramica inerente alle modalità di risoluzione delle controversie, nonché dei rimedi alternativi in ambito* data protection *e degli organismi di monitoraggio.*

SOMMARIO: 1. Convergenza tra protezione dei dati personali e disciplina consumeristica– 1.1. Convergenza tra attività, soggetti e autorità – 1.2. Convergenza in ambito negoziale – 2. Attività– 3. Tutele – 4. Risoluzione delle controversie consumeristiche e organismi di monitoraggio.

1. CONVERGENZA TRA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E DISCIPLINA CONSUMERISTICA

(*Guido d'Ippolito*)

Lo sviluppo tecnologico ha portato con sé la necessità di un'evoluzione normativa. Per regolare le dinamiche (digitali) dell'odierna società ed evitare una rapida obsolescenza dei tradizionali strumenti di tutela si è posta l'esigenza di modificare, aggiornare e innovare il quadro giuridico di riferimento. Tale spinta all'innovazione giuridica, ancora in corso, ha prodotto alcuni primi risultati tra i quali, di interesse per la presenta trattazione, si segnala soprattutto il maggior rilievo, quantitativo e qualitativo, delle normative di settore.

Alla crisi delle codificazioni, per mano della legislazione speciale, è seguita la frammentazione della stessa a causa del nascere di discipline settoriali o assetti normativi relativi a nuovi ambiti caratterizzati da propri principi e da un sistema normativo che tende a essere autonomo (i c.d. "*silos* verticali", a cui poi si affiancano quelli orizzontali). Ciò ha reso imprescindibile l'esigenza di analizzare e comprendere il rapporto tra queste normative – in particolare tra il codice del consumo e le nuove normative settoriali – anche per ridurre le zone d'ombra e colmare le lacune che si creano tra una normativa settoriale e l'altra.

Oggetto di questa breve trattazione sarà, quindi, l'analisi del rapporto tra la normativa consumeristica (e, seppur in minor misura, quella sulla concorrenza) contenuta nel d.lgs. 206/2005 (in seguito, anche,

"c.cons.") e quella in materia di protezione dei dati personali contenuta nel Regolamento 2016/679 (in seguito, anche, "Regolamento" o "GDPR") al fine di individuare le tendenze evolutive e, anche, in ottica *de iure condendo*, suggerire possibili modifiche normative. A tal fine, si esaminerà il ruolo dell'attività nell'ambito della protezione dei dati personali e gli impatti che il trattamento dei dati produce sulla società e sull'assetto normativo. In particolare il ruolo dell'attività verrà dapprima esaminato con riferimento ai soggetti di tali normative e il ruolo della contrattazione. Seguirà, nei successivi paragrafi, la trattazione di ulteriori aspetti di rilievo come il rapporto tra la sicurezza dei prodotti e la sicurezza e il corretto trattamento dei dati personali, le tutele e gli strumenti, anche alternativi, di risoluzione delle controversie.

1.1. CONVERGENZA TRA ATTIVITÀ, SOGGETTI E AUTORITÀ

La qualifica soggettiva delle parti coinvolte è tradizionalmente l'elemento principale che fonda l'applicazione della normativa consumeristica che, infatti, è quella che ha ad oggetto i rapporti tra un soggetto-consumatore (art. 3, comma 1, lett. *a)*, cod. cons.) e un soggetto-professionista (art. 3, comma 1, lett. *c)*, cod. cons.). Ciò non toglie il rilievo delle attività poste in essere da questi soggetti, quali i "processi di acquisto e consumo".

Proprio l'attività è ciò che determina l'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali, che assume rilievo in presenza di un "trattamento di dati personali" (art. 4, par. 1, n. 2), Regolamento). La presenza di un trattamento di dati personali qualifica i soggetti coinvolti: il titolare del trattamento, da un lato, e l'interessato del trattamento dall'altro.

Giungendo a una prima conclusione in merito all'ambito di applicazione delle normative ad oggetto si ricava la semplice constatazione che mentre la normativa consumeristica si basa sulla qualifica dei soggetti coinvolti nel loro peculiare "rapporto obbligatorio", nella normativa *data protection* è tale rapporto che ne determina l'applicazione e che qualifica i soggetti rilevanti. Questa distinzione nell'ambito applicativo rende sovrapponibili le coppie di soggetti coinvolti, ben potendo un professionista essere anche titolare di un trattamento di dati personali e, quindi, ben potendo il consumatore essere anche l'interessato del trattamento. Ciò è quanto avvenuto nella prassi che, col tempo, ha evidenziato sempre più la convergenza e l'assimilazione delle due figure.

Inoltre, rilevante a tal proposito è l'emersione nella disciplina consumeristica della figura del c.d. *prosumer*: si tratta, in questo caso, di una figura figlia dell'interattività del mondo digitale, che assomma in sé i tratti tipici del professionista con quelli peculiari del consumatore/utente. Si pensi al settore in cui più è emersa tale figura, quello della pubblicazione sulle piattaforme digitali dei contenuti generati dall'utente (i c.d. *User Generated Content*): ossia quello delle opere creative e dell'ingegno spesso derivanti da altre opere protette da diritto d'autore. In tali casi il *prosumer* è quell'utente che, pur non ponendo in essere un'attività d'impresa (non essendo quindi un professionista) realizza attività altamente professionalizzate e astrattamente idonee a integrare un'attività lucrativa (dunque un consumatore che realizza un'attività simile a quella del professionista).

Si assiste così a una sovrapposizione di due piani prima paralleli e distinti e oggi incrociati e suscettibili di integrazione. Da un lato, si osserva, è andata affievolendosi la distinzione tra professionista e consumatore, anche a causa dell'emersione del soggetto ibrido del *prosumer*. Dall'altro la coppia di soggetti rilevanti per la normativa consumeristica si sovrappone alla coppia di soggetti rilevanti per la disciplina *data protection*. Si avrà così un professionista che è anche titolare del trattamento e un consumatore/utente che è anche interessato del trattamento. Ulteriore incrocio è il fatto che anche lo

schema sotteso alla figura del *prosumer* può essere replicato in ambito *data protection*. Un *prosumer* è qui rinvenibile se si pensa all'aumentare di quei soggetti di difficile collocazione, a metà tra il titolare o il responsabile e l'interessato o, anche, a metà tra soggetti che svolgono o no un trattamento di dati personali rilevanti ai sensi del Regolamento. Riprova di ciò è la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di co-responsabilità del trattamento dei dati personali tra l'amministratore di una "pagina Facebook" e Facebook stessa con riferimento ai dati dei visitatori della pagina (Causa C-210/16 - Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein / Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH del 5 giugno 2018) o con riferimento alla responsabilità del gestore di un sito Internet corredato del pulsante "mi piace" di Facebook che, anche qui, può essere considerato congiuntamente responsabile con Facebook della raccolta e della trasmissione dei dati personali dei visitatori (Causa C-40/17 - Fashion ID GmbH & Co. KG / Verbraucherzentrale NRW e V del 20 luglio 2019). In altre parole si hanno dei soggetti che, a seconda del caso concreto, per il fatto di avvalersi degli strumenti posti in essere dalle piattaforme digitali, si ritrovano ad avere delle responsabilità sulla gestione di dati personali. Tale evenienza, che potrebbe realizzarsi anche nei confronti di soggetti privati che non svolgono alcuna attività d'impresa, complica il contesto normativo e altera il rapporto tra gli oneri e i pesi imposti ai soggetti coinvolti.

La figura del *prosumer* è ulteriormente complicata dalla presenza, in materia di protezione dei dati personali, della figura del responsabile del trattamento, non sempre di facile distinzione dal titolare all'atto pratico.

Proprio al fine di portare maggior chiarezza, il "Comitato europeo per la protezione dei dati" sta discutendo e aggiornando le linee guida con riferimento ai soggetti rilevanti per il trattamento dei dati personali.

Le assimilazioni e sovrapposizioni tra le figure dei soggetti rilevanti pongono criticità e opportunità.

Le criticità risiedono nella difficoltà di qualificare un soggetto e nella conseguente incertezza normativa dovuta alla difficoltà di applicazione della relativa disciplina. Qualificare un soggetto come titolare, responsabile o interessato, così come anche professionista o meno, porta con sé l'applicazione di uno "statuto" normativo piuttosto che un altro.

L'opportunità, ancora tutta da sperimentare e cogliere a pieno, è la possibilità di sovrapporre due o più impianti normativi, in particolare quello consumeristico e/o antitrust con la normativa sulla protezione dei dati personali.

Dal punto di vista dei soggetti, considerare un operatore economico sia come professionista che titolare del trattamento vuol dire contestare a questo non solo il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali ma anche quella consumeristica in materia di trasparenza, pratiche commerciali scorrette o clausole vessatorie.

Si crea inoltre una sovrapposizione nell'attività delle autorità amministrative indipendenti preposte a un certo settore. Nella pratica si è così assistito all'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a sanzionare lo scorretto trattamento di dati personali perché poco trasparente o ottenuto tramite pratiche ingannevoli. Nello specifico, l'AGCM ha contestato a Facebook la violazione degli artt. 21 e 22 del Codice del consumo e, quindi, l'aver indotto ingannevolmente gli utenti a registrarsi sulla piattaforma non informandoli adeguatamente e immediatamente dell'attività di raccolta, con intento commerciale, dei loro dati e delle finalità remunerative che sottendono la fornitura del servizio di social network, enfatizzandone la sola gratuità (provvedimento del 29 novembre 2018, PS11112). Ancora, sempre l'AGCM ha considerato una pratica ingannevole quella di WhatsApp che avrebbe indotto gli

utenti ad accettare integralmente i nuovi Termini di Utilizzo e, in particolare, la condivisione dei propri dati con Facebook (provvedimento dell'11 maggio 2017, PS10601), nonché ha rilevato la presenza di clausole vessatorie nel modello contrattuale sottoposto all'accettazione dei consumatori per usufruire dell'applicazione WhatsApp Messenger (provvedimento dell'11 maggio 2017, CV154).
Opportunità e criticità, dunque. Da un lato un'estensione della normativa e una maggior tutela per gli utenti (consumatori e interessati al tempo stesso), dall'altro incertezza normativa, col rischio di attribuire oneri sproporzionati al soggetto sbagliato e quello, da alcuni paventato, di sovrapposizioni di competenze e di violazione del divieto del *ne bis in idem* nell'applicazione delle sanzioni.
Ancora, tale sovrapposizione ha portato alla rilevanza di fenomeni tipicamente di *data protection* all'interno del plesso normativo preposto alla tutela della concorrenza. Si pensi, a tal riguardo, alle pronunce del *Bundeskartellamt* che ha contestato un abuso di posizione dominante a Facebook in qualità di titolare del trattamento (provvedimento B6-22/16 del 15 febbraio 2019).
Tuttora assente, nella prassi applicativa, risulta invece la valutazione del rilievo della qualità e del livello di tutela della protezione dei dati degli utenti nell'ambito delle procedure di concentrazione. In tal senso, l'auspicio è che anche quest'ultima eventualità si realizzi al fine di bloccare per tempo concentrazioni fortemente e negativamente impattanti sul mercato. Si pensi alla concentrazione tra Facebook e WhatsApp, autorizzata nel 2014 sia negli USA che in UE con tante critiche e dubbi.
In conclusione, tra la normativa consumeristica e quella sulla protezione dei dati personali non sarebbe rinvenibile un rapporto di genere a specie, con la disapplicazione della normativa generale a favore di quella speciale, ma un rapporto di complementarietà, con conseguente possibilità di applicazione di entrambe le discipline. Due normative trasversali e orizzontali, quindi, parallele nella teoria, ma più volte secanti nella pratica.
Dalla sovrapposizione delle figure emerge come, a prescindere dalla nomenclatura dei soggetti, quel che rileva è la presenza di una nuova asimmetria – che, in più rispetto a quella consumeristica tradizionale, sorprende un utente tecnologicamente poco consapevole – che separa una nuova figura di soggetto economicamente e informativamente forte da una nuova figura di soggetto socialmente debole. Più che il *prosumer*, così come l'interessato o il consumatore ognuno nel suo ambito, l'ordinamento dovrebbe andare verso una tutela trasversale di questo nuovo soggetto debole che altro non è che il cittadino nella moderna società digitale.
Infine, anche per il diritto si prospetta l'ipotesi della convergenza normativa che, al fine di superare le rigidità e le zone d'ombra prodotte dai "*silos* normativi", è opportuno perseguire. A tal fine, può essere vista positivamente la portata orizzontale delle norme contenute nel Regolamento. Essendo queste suscettibili di rivestire anche una valenza pro-concorrenziale potrebbero porsi come un primo modello normativo che prova a superare il problema della presenza di normative settoriali e verticali.
Convergenza che dovrebbe essere normativa ma anche istituzionale tra le autorità coinvolte.
La recente esperienza di collaborazione istituzionale, ossia l'indagine conoscitiva congiunta sui Big data da parte del Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non sembrerebbe aver soddisfatto le aspettative.
Si pone, dunque, la necessità di ideare e regolamentare sistemi di collaborazione delle autorità nei singoli procedimenti. Collaborazioni, però, che non si limitino alla redazione di pareri di un'autorità verso l'altra, ma che comportino una sinergia simile a quella creata dal GDPR nell'ambito della cooperazione tra autorità di controllo *ex* artt. 60 e ss.

In tal senso, di volta in volta si potrà ipotizzare la presenza di un'autorità capofila, competente *ratione materiae*, e un'autorità interessata per gli altri profili coinvolti. Esemplificativamente: la prossima volta che l'AGCM dovrà valutare l'impatto concorrenziale di una concentrazione tra imprese operanti nel mercato dei servizi basati sui dati personali, ben potrebbe rivestire il ruolo di autorità capofila, mentre il Garante sarebbe l'autorità interessata. Così come il Garante potrebbe essere l'autorità capofila su tematiche quali la portabilità dei dati e l'AGCM e/o l'AGCOM potrebbero essere le autorità interessate per i profili di loro competenza.

1.2. CONVERGENZA IN AMBITO NEGOZIALE

Una particolare convergenza tra la disciplina in materia di protezione dei dati personali e quella consumeristica si rinviene con riguardo ai profili relativi alla contrattazione o, meglio, del rapporto obbligatorio che lega titolare e interessato del trattamento, suscettibile sempre più di produrre effetti al di fuori dell'ambito strettamente connesso alla protezione dei dati personali.

In base all'art. 6 del Regolamento, consenso e contratto sono due dei fondamenti di liceità del trattamento. Tuttavia questi sono anche istituti centrali per il diritto civile in generale e, per quanto di interesse per la presente trattazione, anche per la tutela dei consumatori.

Ne è seguita una naturale attribuzione a questi istituti di una valenza interdisciplinare. Se è vero che consenso e contratto sono due basi giuridiche del trattamento dei dati personali, quindi elemento imprescindibile e di liceità di qualunque attività inerente al trattamento, è anche vero che tali istituti acquisiscono una valenza negoziale. In altre parole, accanto a una interpretazione "morale" della protezione dei dati personali, diretta alla tutela della riservatezza e dell'identità della persona, se ne affianca una "negoziale". L'approccio negoziale comporta l'estensione delle tutele per l'interessato che potrà avvalersi, oltre che degli strumenti di tutela previsti dal GDPR, anche dei rimedi negoziali civilistici, come nullità o annullamento del contratto, ma, soprattutto, delle tutele del diritto dei consumatori, come le clausole vessatorie o le pratiche commerciali scorrette. In altre parole, anche qui si rinviene la tendenza dell'ordinamento che sempre più vede nel contratto uno strumento di razionalità del mercato, diretto ad assicurare non solo i rapporti commerciali ma anche altri valori e diritti della persona.

Tutto ciò sta producendo impatti su numerosi aspetti, primo fra tutti il tema della c.d. commerciabilità o negoziabilità dei dati personali, ossia la possibilità di scambiare i dati personali per l'accesso a beni o servizi come fossero una sorta di valuta o moneta. Tema questo controverso e ancora oggetto di studio, dividendosi tra la posizione di chi ritiene che il diritto alla protezione dei dati personali sia da considerare un diritto fondamentale indisponibile e quella di chi a questa valenza cerca di affiancare la regolamentazione di un fenomeno in corso: quello, appunto, della cessione del dato come controprestazione per beni e servizi. In tale contesto, anche con riferimento al ruolo della trasparenza, è importante ricordare la *class action* promossa da Altroconsumo contro Facebook diretta a risarcire i consumatori per non essere stati adeguatamente informati dell'utilizzo commerciale effettuato con i propri dati, ma anche il caso dell'*app* "Weople", che il Garante per la Protezione dei Dati Personali ha portato all'attenzione delle altre autorità europee riunite nel "Comitato europeo per la protezione dei dati".

Da rilevare, inoltre, che l'approccio negoziale con riferimento alla possibilità di monetizzazione dei dati personali sembrerebbe essere presupposto e disciplinato dalla recente Direttiva 2019/770, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

L'applicazione degli strumenti negoziali al consenso lascia in sospeso alcuni interrogativi. Cosa succe-

de al trattamento di dati personali avvenuto sulla base di un consenso dichiarato nullo o annullato per vizi della volontà? Sebbene la logica conseguenza dovrebbe essere l'invalidità derivata del trattamento, in questa fase non si può escludere la possibilità di pensare a una nullità di protezione che tenga in vita il rapporto negoziale. Potrebbe agevolare il richiamo alla disciplina delle clausole vessatorie nei confronti di quei termini contrattuali che, in relazione al trattamento dei dati personali, dovessero risultare inique nel rapporto tra titolare e interessato, con conseguente nullità solo di quella clausola. O ancora, la nullità (di protezione o no) o l'annullabilità potrebbero essere applicate, in combinazione con i principi di "granularità" e "specificità" del consenso, solo nei confronti del consenso prestato per uno dei trattamenti che comportano il trattamento generale.

2. ATTIVITÀ

(*Gennaro Di Martino*)

Nel contesto della rivoluzione digitale, tecnologica ed economica alla quale si sta assistendo in questi anni, l'Unione Europea si è posta l'obiettivo di costruire un Mercato Unico Digitale – volto a favorire uno sviluppo virtuoso dell'economia dei *big data*, dell'*Internet of Things* e dei servizi di *cloud computing* –, i cui pilastri sono rappresentati da un elevato livello di protezione dei consumatori e dei loro dati personali. Il GDPR rappresenta un passo importante nel raggiungimento di tale obiettivo dal momento che il consumatore "iperconnesso" usufruisce assiduamente di servizi di comunicazione elettronica e sociale, nonché di servizi di applicazioni *smart*, con ciò rendendo fondamentale la creazione di un sistema che gli assicuri un elevato grado di tutela rispetto al trattamento dei suoi dati personali.

Nel GDPR, in linea con la vecchia disciplina, i dati personali dell'interessato vengono tutelati a prescindere dell'esistenza di una relazione contrattuale, e ciò in virtù del fatto che tali dati costituiscono un diritto fondamentale e indisponibile dell'individuo. Ciò che, però, si vuole mettere in luce è che quando quest'ultimo agisca all'interno del Mercato Unico Digitale, in veste di consumatore, si verifica una sovrapposizione dei due apparati di tutela (Codice del consumo e GDPR), che effettivamente può essere in grado di aumentare la protezione delle transazioni.

In questo senso, dunque, un punto che sembra essere meritevole di approfondimento attiene alla disciplina della sicurezza dei prodotti, dal momento che l'art. 104 cod. cons. impone al produttore l'obbligo di fornire al consumatore tutte le informazioni utili alla valutazione e alla prevenzione dei rischi derivanti da un uso normale del prodotto, tra cui si ritiene non possano non rientrare anche le informazioni attinenti al trattamento dei dati personali.

In particolare, questa affermazione acquista maggiore rilievo se si ha riguardo al fenomeno dell'"internet delle cose", e ciò, soprattutto, se si considera come, già da tempo, la Commissione europea segnali lo smisurato incremento di immissione nel mercato globale di oggetti connessi ad internet. Si tratta di beni che, in quanto dotati di sensori elettronici, sono in grado – e lo saranno sempre con maggiore accuratezza – di immagazzinare una grande quantità di informazioni relative alla vita quotidiana delle persone e che dunque vengono in rilievo sotto il profilo della protezione dei dati personali. Nondimeno, la gran parte di questi dispositivi, operando come apparecchi telefonici, si pone altresì al centro di un discorso riguardante le comunicazioni elettroniche.

Sicuramente l'*Internet of Things* è in grado di apportare notevoli benefici all'interno della società, tanto per il singolo quanto per il settore pubblico.

A fronte di tali benefici, tuttavia, l'impiego di tali tecnologie importa anche una serie di rischi, perlopiù

relativi alla *privacy* e alla sicurezza dei consumatori che ne fanno uso.
Dal momento, infatti, che al Legislatore europeo era già noto che una gestione scorretta delle informazioni raccolte da tali tipologie di beni attraverso internet potesse portare ad una violazione della riservatezza dei dati (personali e commerciali) degli individui, con il Regolamento è stato introdotto il principio dell'*accountability*, con cui sono stati trasferiti in capo al titolare e al responsabile del trattamento i rischi derivanti dal trattamento dei dati personali in relazione all'*IoT*, ed i costi relativi al loro contenimento, in funzione preventiva del danno a diritti e libertà fondamentali della persona.
Ai sensi dell'art. 32 del Regolamento il titolare e il responsabile del trattamento devono dimostrare di aver messo in atto tutte quelle misure tecniche ed organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, e che nel fare ciò abbiano tenuto conto non solo dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, ma anche natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, ed infine, del rischio di probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche.
Inoltre, in base a quanto dispone l'art. 25, GDPR, il titolare è tenuto ad adottare tutte le misure tecniche ed organizzative adeguate al rischio a cui vengono esposti i dati trattati sin dal momento preparatorio e progettuale dell'attività di trattamento (c.d. *privacy by design*), così come ha il compito di limitare il trattamento ai soli dati necessari, limitando al contempo gli accessi da parte di terzi a tali dati e la durata della loro conservazione (c.d. *privacy by default*).
Peraltro, l'art. 35 prevede che quando un tipo di trattamento presenti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie (che è il caso dei dispositivi dell'*IoT*), il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali.
In questo modo si conferma quanto già prospettato dal Garante europeo della Protezione dei dati che, nell'*Opinion* 8/2016, aveva osservato come *privacy* e *standard* della protezione e sicurezza dei dati rappresentano insieme un parametro fondamentale nel valutare la qualità di prodotti e servizi. Laddove, infatti, la *privacy* offerta da un "*web-based service*" risulti scadente, ciò si riversa negativamente tanto sulla protezione del consumatore quanto sulle tutele concorrenziali.
Il quadro mostra, allora come nell'*IoT* sicurezza nel trattamento dei dati personali, sicurezza delle comunicazioni sicurezza del prodotto siano strettamente connesse tra loro. In questo contesto deve considerarsi sicuro solo il prodotto che garantisca anche la protezione dei dati personali del consumatore e delle comunicazioni di tali informazioni operate dell'oggetto connesso alle reti pubbliche.
Da questo punto di vista allora ci si può richiamare alla nozione di "prodotto sicuro" racchiusa nel Codice del consumo, e alla relativa disciplina, la quale è pienamente suscettibile di essere estesa agli oggetti "intelligenti".
Così alla luce di quanto dispone l'art. 103, co. 1, cod. cons., il produttore dei beni di cui si discute, deve adottare tutte le misure tecniche ed organizzative richieste dal Regolamento al fine di garantire la protezione dei dati personali del consumatore che siano raccolti e trattati mediante tali oggetti, incorrendo, nel caso in cui non si conformi a tale prescrizione, a una violazione non solo del GDPR ma anche del Codice del consumo, risultando così sanzionabile sulla base di entrambe le discipline. Dal lato opposto, ovviamente, il consumatore potrà invocare non solo le tutele previste dal Regolamento, ma anche quelle previste dal Codice del consumo in materia di difetto di conformità.
Nel caso in cui produttore di beni "connessi" e titolare del trattamento coincidano nello stesso soggetto, questi sarà tenuto a fornire all'interessato non solo le informazioni per come sono individuate nella

disciplina consumeristica, ma anche quelle di cui agli artt. 13-14, GDPR relative al trattamento dei dati personali che lo riguardano, nonché a raccogliere il consenso al trattamento dei dati dell'interessato nei casi previsti dagli artt. 6 e 9, GDPR.
I criteri che il Regolamento detta perché le informazioni in questione vengano fornite adeguatamente all'interessato sono del tutto in linea con quelli normalmente previsti nel Codice del consumo e nelle altre normative di settore. Stabilisce, infatti, l'art. 12 del Regolamento che tale informativa sia resa «in forma concisa, trasparente intellegibile e facilmente accessibile, con linguaggio semplice e chiaro».
Peraltro, bisogna distinguere la circostanza in cui la raccolta dei dati avvenga presso l'interessato da quello in cui i dati non siano ottenuto da questi. Nel primo caso, infatti, l'art. 13 dispone che l'informativa venga consegnata al momento dell'ottenimento dei dati; nel secondo caso, questa dev'essere fornita «entro un termine ragionevole».
Anche la resa delle informazioni relative al trattamento dei dati personali oltre un congruo termine, dunque, si ritiene che debba concorrere nel qualificare il bene acquistato come non conforme rispetto alla descrizione fatta al momento dell'acquisto e, non diversamente dalla situazione precedente, anche in questo caso il consumatore, per tale difformità, deve ritenersi destinatario dei rimedi di cui all'art. 129, cod. cons.

3. TUTELE

(*Gennaro Di Martino*)
Al di fuori dei casi in cui l'interessato operi nel Mercato Unico Digitale in qualità di consumatore – nei quali questi può avvalersi anche degli strumenti di tutela previsti dal codice del consumo –, la tutela che la normativa *data protection* attribuisce all'interessato nel caso di illecito trattamento dei propri dati personali è duplice, e prevede la possibilità di ricorrere ad un organo amministrativo (il Garante per la protezione dei dati personali) ovvero giurisdizionale (l'autorità giudiziaria ordinaria) e trova compiuta disciplina agli artt. 77-81 del GDPR.
Il Regolamento, invero, non introduce significative novità rispetto a quanto previsto nell'originario d.lgs. 196/2003 e nella Direttiva 95/46/CE, ma ne ricalca i caratteri, armonizzando la nuova disciplina con quella già in vigore, individuando tre forme di tutela in favore dell'interessato. Nello specifico, è prevista una tutela amministrativa dinanzi all'Autorità di controllo rispetto a un trattamento dei propri dati effettuato in violazione al GDPR; una tutela giurisdizionale contro le decisioni di tale Autorità; e, da ultimo, una tutela giurisdizionale "diretta", volta a far valere un diritto riconosciuto dal Regolamento.
Con riferimento al reclamo all'Autorità di controllo (*i.e.* il Garante per la protezione dei dati personali), ai sensi dell'art. 77 del Regolamento, questo può essere proposto dall'interessato ogni volta che ritenga che il trattamento che lo riguarda violi le norme del GDPR. L'Autorità, nel caso in cui accerti l'effettiva violazione nel trattamento dei dati, ha il potere rivolgere ammonimenti al titolare, o al responsabile del trattamento e ingiungere di conformare i trattamenti alle disposizioni del Regolamento; imporre una limitazione provvisoria o definitiva del trattamento, incluso il divieto di trattamento; o ancora, ordinare la rettifica, la cancellazione di dati personali o la limitazione del trattamento.
Trattandosi, peraltro, di un testo normativo vigente in tutta l'Unione, la norma cerca di risolvere anche eventuali profili problematici attinenti alla c.d. giurisdizione-competenza, la quale viene attribuita in via alternativa all'Autorità dello Stato membro in cui l'interessato risiede abitualmente, lavora oppure del luogo ove si è verificata la presunta violazione.

Tale ultima previsione risulta essere particolarmente congeniale ai fini dell'esplicazione di una tutela effettiva dell'interessato in quanto, da un lato, consente di ricomprendere nel campo di applicazione anche soggetti interessati che non risiedono o non lavorano nel territorio comunitario e, dall'altro, risulta maggiormente incisivo nei confronti delle violazioni avvenute online. In quest'ultimo caso il luogo in cui si è verificata la violazione deve essere individuato nello stabilimento del titolare o del responsabile dove si presume che siano state prese le decisioni sottostanti.
Avverso la decisione emessa dal Garante a seguito del reclamo proposto dall'interessato – e così si introduce la seconda forma di tutela accordata all'interessato – è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria, che per la materia dei dati personali è stata individuata nella figura del giudice ordinario, la cui competenza è individuata con riferimento al luogo di residenza del titolare del trattamento.
La scelta di demandare tali controversie alla cognizione del giudice ordinario è stata confermata dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, in quanto si è ritenuto preferibile optare per tale soluzione in un ambito in cui l'oggetto della controversia è costituito non solo da diritti soggettivi, ma soprattutto da posizioni individuali estremamente rilevanti quali i diritti della personalità.
Va peraltro precisato che, a seguito della proposizione del reclamo, il ricorso al giudice ordinario può essere effettuato anche nel caso in cui l'Autorità Garante non tratti il reclamo, ovvero non informi l'interessato entro tre mesi dello stato o dell'esito del procedimento.
In ragione della delicatezza degli interessi in gioco, dunque, il legislatore, a fronte di una situazione di silenzio-inadempimento dell'Autorità, ha previsto la possibilità per l'interessato di ricorrere immediatamente in sede giurisdizionale, per evitare di precludergli l'obiettivo di ottenere celere tutela.
Tale situazione, tuttavia, reca con sé un ulteriore questione, legata alla sorte del procedimento attivato con reclamo, una volta che, rimasta inerte l'Amministrazione, l'interessato si sia nel frattempo rivolto al giudice. Il dubbio che è sorto al riguardo – e cioè se l'Autorità conservasse o meno il potere di provvedere sul reclamo – è stato risolto tenendo conto dell'elaborazione della giurisprudenza del Consiglio di Stato e delle previsioni del codice del processo amministrativo, con particolare riferimento alla situazione analoga presa in considerazione dall'art. 117 c.p.a., in base alla quale l'Amministrazione che nelle more emetta tardivamente il provvedimento relativo all'istanza formulata dal ricorrente non perde il potere di provvedere, ferma la possibilità del privato di impugnare nella medesima sede tale provvedimento nel caso in cui si tratti di una decisione a lui sfavorevole.

4. RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE CONSUMERISTICHE E ORGANISMI DI MONITORAGGIO

(*Maria Claudia Dolmetta*)

Con riguardo alle tutele apprestate dalla normativa sulla protezione dei dati personali, la prospettiva consumeristica viene a porre al centro dell'attenzione la zona che viene specificamente a riguardare la figura dell'"interessato" (secondo la nozione di questa che si ricava dalla definizione enunciata per il "dato personale" dall'art. 4, par. 1 n. 1 del Regolamento (UE) 2016/679; di seguito senz'altro "Regolamento").
Di conseguenza, l'oggetto delle presenti riflessioni rinvia all'analisi delle vie che l'ordinamento vigente consegna all'interessato allo scopo di attivare e risolvere le controversie che possano insorgere con il titolare del trattamento o anche con il responsabile del trattamento (per le cui definizioni v. art. 4 cit. par. 1 n. 7, 8 del Regolamento): come relative, naturalmente, al riscontro del corretto operare da parte di questi ultimi soggetti e, quindi, di conformità alla legge del trattamento dei dati personali che sia in concreto posto in essere.

Assunta questa prospettiva, la relativa tematica dev'essere sviluppata prendendo in considerazione due differenti aspetti: da un lato, le strutture di tutela, per così dire "tradizionali", innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria e avanti al Garante per la protezione dei dati personali; dall'altro, la struttura di tutela avanti agli organismi di monitoraggio (di seguito "OdM") previsti dall'art. 41 del Regolamento: tutela, quest'ultima, di introduzione assai recente e, per ciò stesso (se non altro), di particolare interesse.
In via di premessa alla preannunciata disamina, non sembra peraltro inopportuno esplicitare due rapide osservazioni, con riguardo appunto ai rapporti correnti, sotto il profilo qui in interesse, tra la normativa del Codice del consumo e quella relativa alla protezione dei dati personali.
La nozione di "interessato" – è dunque da rimarcare – non coincide con quella di consumatore. Ma si potrebbe anche dire (e meglio, forse) che la normativa sui dati personali assume una nozione di consumatore più ampia di quella che risulta ritagliata dal codice di consumo: una nozione in cui a contare è, in definitiva, la semplice circostanza per cui a fronte dell'attività del professionista viene a trovarsi una persona fisica (senza che abbia rilievo la connotazione dell'attività per cui questa si rivolge al professionista). Si tratta – non v'è dubbio – di "allargamento" particolarmente significativo.
L'altra, articolata osservazione muove dalla constatazione che il Garante per la protezione dei dati personali, dovrebbe rientrare, di per sé stesso almeno, nell'ambito delle Autorità a cui il codice del consumo attribuisce poteri e funzioni nella regolamentazione degli organismi di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) relative alle controversie e tutele dei consumatori: l'art. 141-*octies*, comma 1, lett. *f)* cod. cons., se non prende espressamente in considerazione il Garante, riconosce le funzioni di cui agli artt. 141-*nonies* e 141-*decies* anche alle "altre autorità amministrative indipendenti, di regolazione di specifici settori, ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze".
Sembra tuttavia da dubitare che gli OdM previsti dall'art. 41 del Regolamento siano da annoverare tra gli organismi ADR previsti dagli artt. 141 e ss. del Codice del consumo: pur in presenza di significativi profili di assonanza infatti (così, in punto di indipendenza ed imparzialità dell'organismo, di non vincolatività delle decisioni assunte, di tutela rapida e semplificata), gli organismi di monitoraggio sono istituiti da coloro che intendono adottare un codice di condotta, e cioè da parte di "associazioni e altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o responsabili del trattamento" (art. 40 Regolamento, cit.).
Quest'ultimo profilo parrebbe risultare in contrasto, invero, con quanto enunciato dall'art. 141 comma 8, lett. *a)* del cod. cons., per cui le disposizioni del titolo relativo alla "risoluzione stragiudiziale delle controversie" non si applicano "alle procedure presso sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dai professionisti". Salva comunque, peraltro, la necessità di approfondire in modo adeguato il significato – o meglio l'accezione – da assegnare al termine "reclami" e all'espressione "gestiti da professionisti".
Questa mancata conformità della normativa dettata in materia di protezione dei dati personali rispetto alla disciplina consumeristica potrebbe, forse, essere ricollegata anche alla diversità sussistente tra le varie autorità amministrative indipendenti: il panorama di queste autorità risulta, nel sistema italiano, variegato e privo di un modello unico e "ripetibile (a ricalco)" di Authority.
A differenza di altre autorità amministrative indipendenti (come, per fare solo degli esempi, Banca d'Italia e Consob), il Garante possiede – nella materia che qui interessa – poteri intrinsecamente decisori, come previsti in modo espresso dal legislatore: dinanzi a questa Autorità possono, infatti, essere presentati reclami e segnalazioni.

La proposizione di un reclamo al Garante, però, è alternativo e non cumulativo rispetto alla presentazione di un ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria ai sensi dell'art. 141 d.lgs. 196 del 2003 integrato dalle modifiche apportate dal d.lgs. 101 del 2018, (di seguito "Codice"): la presentazione di un reclamo al Garante preclude, dunque, la possibilità di presentare un ricorso al giudice ordinario e viceversa, sempre che sia proposto tra le stesse parti e abbia il medesimo oggetto.
Il legislatore stabilisce, inoltre, che la domanda relativa al risarcimento del danno derivante dalla violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali debba essere presentata all'autorità giudiziaria ordinaria (art. 82, par. 6 del Regolamento, art. 152 del Codice). Non diversamente accade per l'impugnazione dei provvedimenti del Garante.
Come già sopra richiamato, in materia di protezione dei dati personali le tutele successive alla violazione non si esauriscono nel diritto di presentare un reclamo (o una segnalazione) al Garante o, alternativamente, un ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Accanto a queste tutele che potrebbero essere definite "tradizionali" (in quanto disciplinate da tempo dal legislatore ed appartenenti ad un meccanismo di tutele consolidatosi nel tempo), infatti, si sta venendo a delineare una tipologia di tutela ulteriore: davanti agli OdM di cui all'art. 41 del Regolamento.
Gli OdM – la loro istituzione, così come il loro funzionamento – sono profondamente legati allo strumento dei codici di condotta ai quali è dedicato l'art. 40 del Regolamento. Le associazioni o gli altri organismi rappresentativi di titolari del trattamento o di responsabili del trattamento possono presentare al Garante un codice di condotta (autoregolamentazione di uno specifico settore del mercato relativamente alla protezione dei dati personali che costituisce elemento che gli aderenti possono utilizzare per dimostrare la conformità del trattamento alle misure di sicurezza di cui all'art. 32 del Regolamento) per la sua approvazione e conseguente entrata in vigore.
In questo specifico contesto, l'OdM ha il compito precipuo di verificare la conformità del codice di condotta al Regolamento.
Le caratteristiche degli OdM sono indicate in modo esteso nelle Linee guida n. 1/2019, recentemente adottate dal Comitato europeo per la protezione dei dati personali. Il ruolo rivestito da questi organi è fondamentale: costituisce condizione essenziale per l'entrata in vigore dei codici di condotta l'accreditamento dell'OdM da parte dell'Autorità di controllo (in Italia, il Garante per la protezione dei dati personali).
Le caratteristiche principali dell'OdM sono: autonomia, indipendenza ed imparzialità (lo stesso, quindi, non deve ricevere sollecitazioni da parte dei proponenti il codice di condotta né deve essere soggetto a un potere gerarchico nell'assunzione delle decisioni da parte degli stessi proponenti). L'autonomia deve riguardare sia il campo finanziario sia quello organizzativo.
Altri aspetti propri degli OdM sono: la responsabilità diretta delle sue azioni e decisioni; il possesso di un'adeguata conoscenza ed esperienza professionale da parte dei componenti per il corretto ed efficiente svolgimento dei compiti assegnati. Tale competenza deve riguardare, in particolare, i profili di protezione dei dati personali connessi alle specifiche materie oggetto del codice di condotta, nonché lo svolgimento di compiti di vigilanza e controllo.
È presto, naturalmente, per valutare efficienza e pratica utilità degli OdM, quali strutture funzionali alla tutela dell'"interessato" e, dunque, del consumatore. Ad oggi non si può non rimarcare, peraltro, la peculiarità di questo sistema di tutele, che la normativa relativa al trattamento dei dati personale sta via via delineando: in sé e nel confronto con il panorama in genere degli ADR.

Bibliografia

Article 29 Working Party, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, WP259, 28 November 2017

Article 29 Working Party, *Parere 15/2011 sulla definizione di consenso*, WP187, 13 luglio 2011

Bassan F., *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubbettino, 2019

Battelli E., *Codice del consumo, Codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 2, 425-454

Bellisario E., *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 3, 841-882

Bolognini L., Pelino E., Bistolfi C., *Il Regolamento* Privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016

Caggiano I.A., *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 1, 67-105

Califano L., Colapietro C. (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017

Cassano C., Colarocco V., Gallus G.B., Micozzi F.P. (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Milano, 2018

Ciccia Messina A., Bernardi N., *Privacy e regolamento europeo*, Milanofiori Assago, 2017

Cuffaro V., D'Orazio R., Ricciuto V. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019

D'Ippolito G., *L'esigenza di un nuovo bilanciamento per il diritto d'autore: gli* user generated content *e l'ipotesi di un'eccezione per le opere creative e trasformative*, in *Ciberspazio e Diritto*, n. 59 (3 - 2017), 513-572

European Union Agency for Fundamental Rights - Council of Europe - European Court of Human Rights - European Data Protection Supervisor, *Handbook on European data protection law*, 2018 *edition*, May 25, 2018: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf

Finocchiaro G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Torino, 2017

Giannone Codiglione G., *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5, 2015, 909-938

Maglio M., Polini M., Tilli N. (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La* privacy *dopo il Regolamento UE 2016/679*, Santarcangelo di Romagna, 2017

Mannoni S., Stazi G., *Is competition a click away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018

Mantelero A., Poletti D. (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018

Pizzetti F., *Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016

Pizzetti F., *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018

Quarta A., *Il diritto dei consumatori ai tempi della* peer economy*. Prestatori di servizi e* prosumers*: primi spunti*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2017, 667 ss.

Riccio G.M., Scorza G., Belisario E. (a cura di), *GDPR e normativa* privacy *commentario*, Milanofiori Assago, 2018

Ricciuto V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4, 2018, 689-733

Rossi Carleo L. (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività,* enforcement, Torino, 2015

Sica S., D'Antonio V., Riccio G.M. (*a cura di*), *La nuova disciplina della* privacy, Milanofiori Assago, 2016

Tosi E. (a cura di), Privacy *digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice* Privacy, Milano, 2019

(Cristiana Lauri, Serafina Piantedosi, Susanna Sandulli)

Il settore della sanità tra mercato, innovazione e *privacy*

Il percorso che segna l'evoluzione del settore sanitario muove da una progressiva istituzionalizzazione della tutela della salute, cui si è affiancata successivamente una logica c.d. user-centered, *volta a porre l'utente al centro del sistema sanitario, quale attore chiave per gli obiettivi di efficientamento nonché per il perseguimento di nuovi equilibri tra tutti i soggetti coinvolti, improntati alla logica della prevenzione.*
La rivoluzione digitale sta innovando profondamente i metodi e le tecniche disponibili e il rapporto medico-paziente ed ha spinto gli operatori sanitari a rivedere le proprie tecniche di ricerca del paziente-cliente. L'utilizzo delle nuove tecnologie e degli strumenti digitali, poi, ha modificato i modi di reperire i farmaci, che oggi possono essere acquistati anche online *nei siti di* e-commerce *e non necessariamente nelle farmacie fisiche presenti sul territorio nazionale.*
Negli ultimi anni, inoltre, si è posto il problema di contenere i costi derivanti dal contenzioso tra medico e paziente mediante la costituzione di un "Arbitrato della salute" avente la finalità di ripristinare un equilibrio tra medico e paziente con intenti deflattivi del contenzioso.
Il settore della sanità risulta, poi, indissolubilmente legato a quello della privacy *in virtù delle particolari categorie di dati personali che vengono trattati; in questo frangente i rischi per l'interessato derivano soprattutto dalla sanità elettronica, ma cui la disciplina consumeristica potrebbe costituire un importante punto di riferimento nella ricerca di validi e alternativi strumenti di tutela.*

SOMMARIO: 1. La rete multipolare dei servizi sanitari. – 2. La *governance* del sistema sanitario attraverso la "smartizzazione". – 3. La sanità ai tempi di Groupon: l'*e-couping* in materia sanitaria e i limiti imposti dall'ordine dei medici. – 4. La vendita dei farmaci *online* e i pericoli di contraffazione. – 5. Attività intramuraria ed extramuraria – 6. Rimedi alternativi di risoluzione delle controversie. – 7. Sanità, *privacy* e Codice del consumo: un possibile connubio?. – 7.1. *Patient and consumer empowerment*. – 7.2. I dati relativi alla salute e l'importanza degli obblighi informativi. – 7.3. Il trattamento "tradizionale" dei dati relativi alla salute e la sanità elettronica. – 7.4. Le tutele nella sanità elettronica e l'*accountability* come strada preventiva. – 7.5. Verso una "deformalizzazione definitoria".

1. LA RETE MULTIPOLARE DEI SERVIZI SANITARI

(Cristiana Lauri)

Il percorso che segna l'evoluzione del settore sanitario muove da una progressiva istituzionalizzazione della tutela della salute, cui si è affiancata successivamente una logica c.d. *user-centered*, volta a porre l'utente "al centro" del sistema sanitario, quale attore concreto per gli obiettivi di efficientamento di sistema. Accanto a ciò, come evidenziato anche nel recente rapporto OCSE *"Health at a Glance: Europe 2018: State of Health in the EU Cycle"*, restano quali direttrici dello sviluppo del settore: le esigenze di prevenzione, l'accesso alle cure, la resilienza dei sistemi sanitari.
Uno dei caratteri più significativi per comprendere il contesto evolutivo è dato senz'altro dalla configurazione dei sistemi sanitari come sistemi reticolari, stante la pluralità di figure soggettive che ad ogni livello vi operano. Tali tendenze si vedono chiaramente osservando il contesto internazionale ed emergevano già da uno dei primi documenti in tema, la Carta di Ottawa per la promozione della salute (1986), laddove si affermava che *"an individual or group must be able to identify and to realize aspirations, to satisfy needs, and to change or cope with the environment"*. Nell'ambito dell'Organizzazione mondiale per la sanità (OMS), l'obiettivo di cooperare per la promozione e l'innalzamento degli *standard* di salute in tutti i paesi aderenti, fornendo attività di assistenza ai governi, si

basa infatti su una struttura decentrata – per l'appunto, a rete – capace di insinuarsi su scala globale. Il modello deve la sua tenuta alla capacità di affrontare criticità legate alla salute di portata transnazionale – diffusione di pandemie, condivisione dei risultati scientifici, prevenzione, profili legati al fattore ambientale – attraverso studi, ricerche, educazione, profilassi (v. *infra* l'azione avverso la contraffazione di farmaci). A conferma di ciò, di recente, tra gli altri, è significativa l'adozione da parte degli Stati dell'OMS della Risoluzione del maggio 2019 dal titolo "*Improving the transparency of markets for medicines, vaccines, and other health products*", con cui si esortano gli Stati membri a migliorare la condivisione pubblica delle informazioni sui prezzi effettivi pagati dai governi (e da altri acquirenti) per i prodotti sanitari e a promuovere una maggiore trasparenza sui brevetti farmaceutici, sui risultati delle sperimentazioni cliniche e su altri aspetti riguardanti il prezzo dalla produzione sino al consumo, nel convincimento che meccanismi di negoziazione, guidati dal principio di trasparenza, con informazioni più complete possa condurre al riequilibrio dei rapporti con l'industria e ad un mercato più competitivo e innovativo anche nel settore sanitario, con ricadute positive per i livelli di salute a parità di risorse spese.
Già da questo primo esempio emerge quella che oggi rappresenta la chiave di lettura del settore del prossimo futuro: il percorso verso il paradigma della prevenzione quale obiettivo ispiratore di una riorganizzazione del sistema sanitario che possa dotarsi di meccanismi più fluidi per mettere in relazione tutti i soggetti della rete (operatori sanitari ed economici e utenti).
Anche nel contesto dell'Unione Europea nel tempo sono stati avviati programmi – nel solco dell'art. 186 TFUE – aventi come obiettivi la protezione, il monitoraggio e l'innalzamento dei livelli di qualità e sicurezza, attraverso una pluralità di strutture amministrative (si pensi al Commissario per la salute e la sicurezza alimentare, a presidio della DG-Sante). Qui la definizione delle *policies* è realizzata attraverso l'ausilio di commissioni scientifiche, cui si affianca il noto sistema di agenzie: l'Agenzia esecutiva per la salute, i consumatori e l'alimentazione; l'Agenzia europea per i medicinali, EMA; l'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA).
Osservando il livello nazionale, il Ministero della salute resta una struttura caratterizzata da un alto grado di tecnicismo – tanto da far naufragare le esperienze degli anni precedenti volte ad unificare il ministero della salute con quello del lavoro e delle politiche sociali – e mantiene funzioni di coordinamento e di indirizzo generale (v. il DPCM 11 febbraio 2014, n. 59), nonché di programmazione del servizio sanitario. Ad esso si affianca l'azione degli enti pubblici, come l'Istituto superiore della sanità (ISS), gli Istituti zooprofilattici sperimentali (IZS), etc.
Il raccordo tra il livello nazionale e quello regionale che, come noto, è protagonista delle attività prestazionali, è svolto dall'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AgeNas), agenzia tecnica al servizio del sistema sanitario, cui sono attribuiti essenziali compiti in termini di servizi all'utenza: monitoraggio e valutazione dei servizi; supporto organizzativo; elaborazione di criteri e parametri per la qualità dei servizi – si pensi in particolare a criticità quali le liste d'attesa o la sicurezza –; gestione del programma di educazione continua in medicina per attività di formazione e aggiornamento continua ai medici; affiancamento delle regioni nell'elaborazione dei documenti. In tale ambito è istituito l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità al fine di elaborare linee di indirizzo e prevenzione della sicurezza in sanità, nonché di operare un monitoraggio di buone pratiche.
Il Sistema Sanitario Nazionale (SSN, istituito con legge 180/1978 e 833/1978; poi riformato dapprima con d.lgs. 502/1992 e successivamente con d.lgs. 228/1999) mantiene ancora oggi il suo modello universalistico con un protagonismo del soggetto pubblico, aperto e globale, vale a dire impostato sulla visione della tutela della salute come bene essenziale per la società nel suo complesso, con azioni *ex ante* (preventive) e *ex post* (riabilitative). Su altro fronte, tuttavia, esigenze peculiari rispetto ad altri settori giocano un ruolo predominante nel settore sanitario: esternalità; permanenza di monopoli; economie di scala; forti asimmetrie informative tra i vari attori. Ciò si acuisce nel presente, laddove si vanno sempre più rafforzando i sistemi regionali: se da un lato ciò può condurre ad un innalzamento qualitativo per una quota di utenza, dall'altro può rivelarsi un pregiudizio per gli utenti di quelle regioni in cui i servizi risultano meno efficienti, al punto da determinare una crescita del fenomeno della c.d. "mobilità sanitaria". Sul punto, un essenziale strumento restano i Livelli Essenziali di Assistenza,

aggiornati da ultimo con DPCM 12 gennaio 2017 e suddivisi in tre macroaree (prevenzione collettiva e sanità pubblica; assistenza distrettuale; assistenza ospedaliera).
Si fa dunque essenziale un recupero di competitività tra le realtà locali, che oggi dispongono di una pluralità di strumenti innovativi rispetto al passato. Nel far ciò, le regioni e le agenzie regionali dei servizi sanitari – realtà piuttosto eterogenee sul territorio nazionale – sono infatti gli snodi essenziali per la sostenibilità del sistema. Non a caso esse sono destinatarie di una serie di linee di finanziamento provenienti dai Programmi europei e destinati ad avere ricadute positive dirette sulla platea degli utenti in termini di qualità dei servizi. Nel Programma di azione comunitaria in tema di salute (2014-2020) di cui al Regolamento 11 marzo 2014, n. 282 (volto a promuovere l'innovazione e la sostenibilità nel settore della salute, ridurre le disuguaglianze tra stati membri e proteggere da minacce sanitarie transfrontaliere) si inseriscono una serie di iniziative su più fronti. Tra le più recenti vi è l'iniziativa PROMIS per la promozione e il miglioramento della qualità della progettazione europea delle Regioni, che vede alcune parti dedicate al settore sanitario (in particolare: *privacy*, turismo sanitario). In questo ambito è previsto lo strumento degli *Open Lab*, laboratori di co-progettazione tra le Regioni/Asl e i partner europei legati ad alcuni programmi europei di finanziamento, quali Horizon 2020 per la ricerca sanitaria; Erasmus+; EaSI in tema di innovazione sociale; Interreg e Cooperazione territoriale in tema di salute pubblica; Salute pubblica. Quest'ultimo, in particolare, sta finanziando ad oggi il Progetto *Vigour* (*Evidence-based guidance to scale-up integrated care in Europe*), volto ad offrire assistenza alle autorità sanitarie, creando un collegamento tra risorse disponibili e loro utilizzabilità nella pratica concreta; nonché il progetto *Young50-Stay Healthy-Cardiovascular Risk Prevention* volto a diffondere il modello di *screening* italiano tra gli Stati Membri dell'UE.
La varietà e l'elasticità di tali forme di azione e gestione del settore si inseriscono in un percorso evolutivo (di cui si darà conto, più diffusamente, nel successivo par. 2) che si rispecchia anche negli strumenti utilizzati (si pensi all'elaborazione dei "Patti della salute" in sostituzione del precedente strumento dei "Piani sanitari nazionali"): si assiste, in altri termini ad un passaggio da moduli unilaterali a negoziali, basati su relazioni di cooperazione, con l'obiettivo di contemperare interessi plurali verso una convergenza di obiettivi, risorse finanziarie, linee di indirizzo.
Sempre più, infatti, strumenti quali accordi, intese, patti, in materia sanitaria sono la forma dell'azione dell'amministrazione sanitaria: sia delle Asl – obbligatorie e dotate di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale, tecnica, imprenditoriale – sia avendo riguardo ai soggetti privati – legati ai poteri pubblici con i moduli che gli studiosi definiscono le "4 A" – autorizzazione alla realizzazione di strutture; autorizzazione all'esercizio di attività; accreditamento; accordi contrattuali – .
Se il tessuto istituzionale appare multipolare, la panoramica dei soggetti che svolgono le professioni sanitarie è altrettanto puntiforme e lo diventa ancor più laddove non ci si limiti a considerare il profilo strettamente clinico, ma in ottica ampia i c.d. servizi integrati socio-sanitari e con essi le strutture private accreditate; gli enti del terzo settore nonché i mercati farmaceutici e le aziende.
Osservando da vicino, vengono in rilievo gli ordini professionali, destinati a svolgere un ruolo di garanzia, anche in ordine alla gestione dei mutamenti delle modalità con cui vengono svolte le professioni sanitarie, perlopiù ormai determinati dalla digitalizzazione del settore (si v. infra la vicenda del *couponing*).
Le stesse professioni sanitarie sono state oggetto di molteplici riforme nel corso del tempo: da ultimo, la legge 11 gennaio 2018, n. 3 ha introdotto novità significative: inserimento di due nuove tipologie professionali, l'osteopata e il chiropratico; attribuzione della vigilanza del Ministero della salute per le professioni di chimico, biologo e fisico.
La legge si è inoltre occupata inoltre di disciplinare le procedure per la sperimentazione clinica dei medicinali per uso umano istituendo presso l'AIFA il "Centro di coordinamento nazionale dei comitati etici territoriali per le sperimentazioni cliniche sui medicinali per uso umano e sui dispositivi medici" in linea con le procedure individuate nei regolamenti UE.
Altro punto toccato dalla novella normativa riguarda la dirigenza medica del Ministero della Salute. In relazione a ciò è da evidenziare che il generale il tema della dirigenza sanitaria, da ultimo riformata con la legge. 124/2015,

c.d. Madia, resta un tema aperto e ad oggi conflittuale, di difficile inquadramento ove si consideri la particolarità della figura, che concentra in sé funzioni gestionali e sanitario/assistenziali al contempo.
A ciò si lega l'altra rilevante novella, la legge 8 marzo 2017, n. 24 recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*", conosciuta come Gelli-Bianco, che accoglie i principi offerti Consiglio d'Europa (Raccomandazioni del 2009 sulla sicurezza dei pazienti e del 2014). Qui il profilo della "sicurezza delle cure in sanità" e del "rischio clinico" in funzione di prevenzione dei c.d. "eventi avversi" denunciati da numerosi studi (è del 2018 "*The Economics of Patient Safety in Primary and Ambulatory Care*", a cura dell'OECD) diviene strumento di *compliance*, richiesta alla p.a. e alle imprese private. Sul piano organizzativo ciò si traduce nell'istituzione dei "Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente", destinati a raccogliere dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso e a trasmetterli annualmente all' "Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità", nell'ottica di un efficientamento del sistema a beneficio delle collettività. È proprio nel segno dell'attività di raccolta dei dati (nonché del valore della trasparenza di cui si è parlato sopra) che si intende proseguire nei paragrafi che seguono.

2. LA *GOVERNANCE* DEL SISTEMA SANITARIO ATTRAVERSO LA "SMARTIZZAZIONE"

(Cristiana Lauri)

Nel settore sanitario cambiamenti del tessuto sociale e innovazione tecnologica sono stati e sono ad oggi i principali fattori dei disequilibri tra soggetti e attività. Si pensi, su tutti, al rapporto tra medico e paziente negli ultimi decenni in Italia. La parabola è descritta efficacemente nel Rapporto Censis, *Il medico pilastro del buon servizio sanitario – Report Finale*, elaborato in occasione del 40 anniversario dell'istituzione del SSN, presentato nel novembre 2018. Ne emerge una fotografia più che realistica che parte dagli anni Settanta, quando il sistema era fortemente sbilanciato sulla figura del medico, in un rapporto a forte asimmetria informativa; prosegue constatando come, negli anni, si sono progressivamente innalzate le aspettative dei pazienti, parallelamente ad uno scardinamento della centralità del medico, essenzialmente in ragione della possibilità di accedere ad una quantità sempre più ampia e variegata di informazioni un tempo riservate agli operatori del settore.
Tale processo apre a possibili scenari: può declinarsi negativamente, conducendo a scarsa tolleranza verso l'errore medico, ad un maggiore controllo sociale sull'operato dei sistemi e ad una generica crescita della conflittualità tra pazienti e sanitari; può essere invece declinato positivamente laddove il controllo, la tendenza all'autodeterminazione e la partecipazione degli individui siano forieri di miglioramenti in termini di tutela della salute dei singoli ma anche, in ottica ampia, ove si guardi alla costruzione di una sanità basata sulla prevenzione. È richiesta, in altri termini, una rinnovata collaborazione positiva tra utenza e sistema sanitario.
Tale tendenza è rilevante anche laddove si osservi l'altro grande mutamento che caratterizza il settore, vale a dire la "burocratizzazione" – essenzialmente dovuta ad esigenze di contenimento della spesa pubblica – che si traduce in differenti attività (definizione dei tempi medi di visita; strumenti di standardizzazione delle cure e razionalizzazione delle procedure stesse attraverso linee guida, protocolli, percorsi definiti) formalizzate in un comparto di normativa tecnica sempre più presente nel contesto ordinamentale (si pensi al SNLG – Sistema Nazionale Linee Guida, coordinato dall'ISS e dall'AgeNas).
La risposta del sistema a tali processi è duplice: si è assistito alla crescita dell'offerta di servizi al di fuori del settore pubblico e all'affiancamento ad essi di una pluralità di soggetti privati e, parallelamente, emerge un rafforzamento, anche sul piano dei diritti e dei doveri degli utenti.
In tal senso l'*Empowerment* dell'utente del servizio sanitario è un tassello fondamentale quale meccanismo per la creazione di un sistema sanitario sostenibile: ciò sia in termini di efficacia ed efficienza dei servizi, sia con riferimento alla riduzione della spesa pubblica (sul punto è significativo il lavoro svolto dall'AgeNsS che da circa un decennio si occupa di favorire nelle realtà regionali l'*empowerment* "individuale, organizzativo e di comunità"). E si tratta di uno strumento prezioso anche nel contesto della *disintermediazione* del settore sanitario in cui

sempre più i singoli tendono ad affidarsi a *blog, forum*, pagine *web*.
Si tratta inoltre di un punto fondamentale anche nella prospettiva dell'implementazione della sanità digitale, l'*e-health*. Con frequenza crescente, infatti, la diagnostica è affidata strumenti indossabili che permettono rilevazioni dello stato di salute in tempo reale inviando dati ai sanitari – si parla a tal proposito di *wearable health* tramite, ad esempio, le *Health conditions Management Apps,* tecnologie capaci di mettere in rete e consentire la condivisione delle informazioni tra differenti soggetti parte del sistema sanitario, ognuno relativamente alle proprie competenze. La diffusione in Italia di tali strumenti è studiata dal Future Health Index 2017 – Italy10 (che a tal proposito parla di *Connected Care*) da cui emerge un quadro fortemente all'avanguardia (si veda inoltre il documento redatto da ADOC, *I consumatori e le* app *per la salute, un'inchiesta sulla salute digitale*, da cui emerge un uso massivo delle *Wellness Management Apps*, soprattutto relativamente a *Fitness* e Benessere). È su tali profili che, *de iure condendo*, si attesta lo sforzo del regolatore in tema di trasparenza e *privacy*.
Come si è detto, tale esigenza di rafforzamento della posizione dell'utenza, va di pari passo ad una diversificazione dei servizi offerti, sia con riguardo alle modalità, che alle strutture.
L'equilibrio del sistema sanitario infatti, per come conformato oggi su un modello policentrico e reticolare (v. par. I), non può rinunciare ad esigenze di razionalizzazione delle risorse pubbliche dedicate al settore, nell'obiettivo di sistema della sostenibilità.
In tal senso, due sembrano essere le novità più significative, quali vere e proprie strumenti di *governance* dell'organizzazione sanitaria, tesi a perseguire una razionalizzazione in termini economici e di efficientamento organizzativo-gestionali.
La prima riguarda la centralizzazione degli acquisti da parte delle amministrazioni sanitarie, le cui coordinate sono stabilite dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Nuovo Codice dei contratti pubblici) e dai DPCM del 24 dicembre 2015 e 11 luglio 2018 (Decreto di definizione delle classi merceologiche riservate a gare aggregate). La centrale di committenza maggiore è Convenzioni Consip S.p.a. (interamente partecipata dal MEF) che opera attraverso lo strumento delle Convenzioni. Queste prevedono la stipula di accordi quadro nell'ambito dei quali le imprese fornitrici si impegnano ad accettare gli ordini delle PA a prezzi e condizioni stabiliti. Attraverso tale meccanismo si mira ad ottenere concentrazione massima dei costi tramite economia di scala dovuta all'abbassamento dei prezzi di acquisto dei beni e dei servizi nonché una standardizzazione, che dovrebbe condurre ad un riequilibrio nella resa dei servizi sui territori.
La seconda riguarda la digitalizzazione del settore. Un'anticipazione significativa del dibattito sul rapporto tra sanità e digitale si ebbe con la Comunicazione della Commissione UE del 2012, Piano d'azione "Sanità elettronica" 2012-2020 – Una sanità innovativa per il 21esimo secolo, in cui si evidenziava il ritardo di almeno dieci anni delle soluzioni informatiche del settore sanitario rispetto agli altri settori.
In quella sede emergeva il tema dell'*e-health* – sanità elettronica – ad indicare "*l'uso delle TIC nei prodotti, servizi e processi sanitari accompagnato da cambiamenti di ordine organizzativo nei sistemi sanitari e nuove competenze*" e si evidenziava che "*il tutto* è *finalizzato a un miglioramento della salute dei cittadini, dell'efficienza e della produttivit*à *in ambito sanitario, nonch*é *a un maggiore valore economico e sociale della salute. eHealth riguarda l'interazione tra pazienti e prestatori di servizi sanitari, la trasmissione di dati tra le varie istituzioni o la comunicazione inter pares tra pazienti e/o professionisti in ambito sanitario*".
Il rapporto tra utilizzo dei Big data e sanità viene messo in luce dalla Commissione UE nel 2016, con la Comunicazione "I big data in sanità", affermando definitivamente la rilevanza del tema anche per il settore. Sulla stessa scia si pone lo studio della Commissione UE – *Study on Big Data in Public Health, Telemedicine and Healthcare, Final Report, December 2016* – volto a fornire raccomandazioni circa l'impiego dei *big data* nella salute pubblica in vista di una progressiva implementazione nei paesi UE, riguardanti alcuni campi rilevanti – consapevolezza; educazione; dati, dati aperti e condivisione; applicazioni; *data analysis; governance* nell'uso e nell'accesso ai dati; *standards*; risorse finanziarie; aspetti legali e relativi alla *privacy* – .
Il successivo "atto di indirizzo per l'individuazione delle priorità politiche per l'anno 2017" del Ministero della Sa-

lute fornisce un quadro di sviluppo per i tre anni seguenti: due aree specifiche prevedono interventi dedicati alla sanità digitale ("Promozione della qualità e dell'appropriatezza dell'assistenza sanitaria" e "Sistema informativo e statistico sanitario").
Già dal luglio 2016 con il Patto per la sanità digitale (Governo, Regioni e Province autonome) avevano raggiunto l'intesa per il conseguimento di obiettivi di efficienza, trasparenza e sostenibilità del SSN attraverso l'introduzione dell'innovazione digitale nel settore sanitario. Si tratta di un piano strategico condiviso concernente aspetti assistenziali e organizzativi che agisce su differenti aspetti: utilizzo di piattaforme e ICT con interconnessione a vari livelli di governo; adeguati livelli di *care management*; deospedalizzazione al fine di abbattere i costi sanitari; potenziamento del FSE; cooperazione tra tutti i soggetti coinvolti nel campo sanitario.
In questo contesto vengono valorizzati i servizi della c.d. telemedicina (tele-salute; tele-consulto; tele-refertazione; tele-diagnosi; tele-monitoraggio; tele-riabilitazione), considerati fondamentali sia per ottenere risparmi in termini di costi e di tempi, ma anche per permettere in situazioni critiche interventi tempestivi che possono sovente rivelarsi essenziali per affrontare crisi cliniche e i cui vantaggi a livello globale sono stati evidenziati dall'OMS. A tali scopi viene istituita la Cabina di Regia del Nuovo Sistema Informativo Sanitario (NSIS), interlocutore di altre figure nazionali e internazionali riguardanti l'*eHealth*: i flussi informativi che passano attraverso la Cabina si fanno parte essenziale della misurazione della qualità, dell'efficienza e dei costi dell'azione sanitaria. A livello europeo è inoltre significativa la creazione dell'*ehealth network* (art. 14 della Direttiva 24/2011/UE sulle cure transfrontaliere).
Nel generale quadro di riferimento rappresentato dall'Agenda digitale nella sede europea e nazionale (in particolare, la Strategia per la crescita digitale e il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione) sono state introdotti una serie di innovazioni.
Una prima è il FSE – il fascicolo sanitario elettronico – strumento attraverso cui il cittadino può tracciare, consultare e condividere la propria storia sanitaria. Esso rappresenta il "punto di aggregazione e condivisione delle informazioni e dei documenti clinici riguardanti un cittadino e generati da qualsiasi attore del sistema sanitario durante tutto il corso della vita del paziente". Previsto dal DPCM n. 178 del 29 settembre 2015 e in via di implementazione soprattutto con riferimento al monitoraggio del suo effettivo utilizzo, ha lo scopo di gestire l'insieme dei dati e dei documenti digitali di tipo sanitario e socio-sanitario generati da eventi clinici del paziente presenti e passati. Una seconda novità è il Centro unico di prenotazione (CUP), il sistema centralizzato informatizzato per la prenotazione unificata delle prestazioni, con il duplice scopo di favorire sia l'accessibilità dell'assistenza che la riduzione dei tempi di attesa, secondo quanto stabilito nelle Linee Guida Nazionali. Vi è poi il progetto di Telemedicina, volto ad offrire servizi che migliorino la fruibilità delle cure, dei servizi di diagnosi e della consulenza medica a distanza, oltre al costante monitoraggio di parametri vitali. Ancora, la Tessera sanitaria (TS), strumento che abilita all'accesso delle prestazioni sanitarie erogate dal SSN su tutto il territorio nazionale e con funzione di assicurazione malattia ai fini del riconoscimento dell'assistenza sanitaria nei Paesi UE, oltre che codice fiscale. Accanto a tali innovazioni del sistema, compaiono le ricette digitali, nel solco di un processo verso la completa dematerializzazione delle prescrizioni farmaceutiche e specialistiche cartacee, che si vanno sostituendo con gli equivalenti documenti digitali su tutto il territorio nazionale; la dematerializzazione dei referti medici e delle cartelle cliniche, volta alla creazione di un flusso di documenti digitali aventi pieno valore giuridico che porterà alla sostituzione di tutti gli equivalenti cartacei, allo scopo migliorare i servizi ai cittadini (si vedano ad esempio le "*Linee guida per la Dematerializzazione del Consenso Informato in Diagnostica per Immagini*", redatte in collaborazione con la Società italiana di Radiologia Medica e Interventistica (SIRM).
Dalla lettura congiunta di tali azioni oggi sul campo, emerge come il tratto unificante sia rappresentato dalla centralità della tecnologia applicata e dalla possibilità di produrre ed estrarre dati essenziali sia per il miglioramento delle condizioni dei singoli soggetti che della qualità del sistema sanitario.
La multiformità di tali interventi spiega anche la necessaria interazione della pluralità degli attori coinvolti in tali processi di convergenza, in particolare, Ministeri, Regolatori, Strutture curanti (pubbliche o private), Agenzie,

Ordini Professionali secondo una filiera a partecipazione necessaria che converge, come meglio si vedrà nel prosieguo, verso l'elevazione del grado di resilienza del settore.

3. LA SANITÀ AI TEMPI DI GROUPON: L'*E-COUPONING* IN MATERIA SANITARIA E I LIMITI IMPOSTI DALL'ORDINE DEI MEDICI

(Serafina Piantedosi)

Negli ultimi anni vi è stato il *boom* del c.d. *e-couponing*, ovvero dell'attività di promozione e vendita "a tempo" tramite apposite vetrine virtuali, di tagliandi (*coupon*) che danno diritto ad ottenere prodotti o servizi offerti dai propri partner commerciali attivi in vari settori merceologici (prodotti elettronici, servizi turistici, ristorazione, svago, benessere e cura della persona, servizi professionali, ecc.), a prezzi particolarmente vantaggiosi, secondo la logica dei gruppi di acquisto. Il principale operatore economico attivo in tale settore è Groupon S.r.l. il quale, per il tramite del proprio sito internet offre l'acquisto di coupon per ottenere l'acquisto di beni e servizi. Tra i servizi offerti rientrano anche le prestazioni sanitarie a basso costo e ciò ha posto il problema di verificare l'ammissibilità nel nostro ordinamento di un siffatto strumento di vendita in ambito sanitario.

In particolare, ci si è chiesti se l'acquisto di *coupon* in tale settore possa recare pregiudizio ai diritti del consumatore-paziente, il quale potrebbe trovarsi dinanzi a pratiche commerciali scorrette da parte dei professionisti medici che offrono prestazioni sanitarie *low cost* pubblicizzate per il tramite di campagne promozionali incentrate esclusivamente su una guerra di prezzi.

Il problema si è posto in quanto le tariffe offerte dai medici che si avvalgono del sito Groupon sono ben al di sotto dei costi di produzione reali e al di sotto dello stesso valore del ticket sanitario e ciò ha sollevato dubbi in ordine alla sicurezza e alla qualità della prestazione del medico.

Inoltre, ci si è chiesti se fossero censurabili sotto il profilo del decoro della professione medica le condotte promozionali basate sul mero ribasso dei prezzi, anche se effettuate nel rispetto dei canoni di trasparenza, non ingannevolezza, veridicità e correttezza previsti dalla normativa nazionale e sovranazionale oppure se le stesse fossero espressione della libertà di iniziativa economica del singolo, nonché del principio della libera concorrenza.

Sul punto è intervenuta l'AGCM sotto l'impulso di numerose segnalazioni arrivate da singoli professionisti, i quali lamentavano la sussistenza di ostacoli alla libera concorrenza causati dalla disciplina contenuta nell'art. 56 del Codice deontologico della professione medica e da un'applicazione fortemente restrittiva della nozione di "decoro professionale" che impediva loro l'utilizzo dei servizi di Groupon per pubblicizzare la propria attività professionale.

L'AGCM, in particolare, è stata chiamata a verificare se la Federazione degli Ordini dei medici abbia ingiustificatamente limitato il ricorso alla pubblicità da parte dei singoli professionisti e delle reti di studi odontoiatrici, in violazione delle norme comunitarie in materia di intese restrittive della concorrenza.

Nel provvedimento n. 25078 del 2014 l'AGCM ha irrogato una sanzione amministrativa di € 831.816,00 nei confronti della Federazione degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (FNOMCeO) per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE. In particolare, la condotta censurata dall'AGCM ha riguardato l'adozione, da parte della Federazione, di alcune disposizioni del codice deontologico adottato nel 2006 e nelle linee guida successivamente deliberate, contenenti norme "idonee a restringere in misura sensibile la concorrenza mediante l'imposizione di ingiustificati divieti o vincoli nell'utilizzo dello strumento pubblicitario".

Il Codice prevede infatti: a) l'assoluto divieto di pubblicità promozionale basata sulla particolare convenienza economica delle prestazioni; b) il divieto di pubblicità comparativa; c) limitazioni relative ai messaggi pubblicitari contenenti le tariffe; d) la verifica preventiva da parte degli Ordini della conformità alle norme deontologiche dei messaggi pubblicitari che intendono diffondere. Pertanto, secondo l'Antitrust le norme sulla pubblicità contenute nel Codice Deontologico e le linee guida emanate dalla FNOMCeO, il cui mancato rispetto sottopone i singoli professionisti al rischio di procedimenti disciplinari, limitano ingiustificatamente il ricorso alla pubblicità da parte dei medici.

4. LA VENDITA DEI FARMACI *ONLINE* E I PERICOLI DI CONTRAFFAZIONE

(Serafina Piantedosi)

Il progressivo aumento degli acquisti *online* di farmaci è legato principalmente a motivi economici (possibilità di comparare i prezzi e acquistare al prezzo più basso; opportunità di sconti per acquisti di grossi quantitativi) oltre che pratici (ordine a distanza e consegna a domicilio).

L'*e-commerce* farmaceutico presenta poi il vantaggio dell'anonimato, che protegge il consumatore affetto da patologie o disfunzioni percepite come imbarazzanti e consente talvolta l'accesso a medicinali non ancora immessi nel mercato nazionale o non più disponibili a causa dell'eccesso di domanda.

La possibilità di vendere farmaci *online* è stata introdotta in Italia con il d.lgs. 19 febbraio 2014, n. 17 di attuazione della Direttiva 2011/62/UE, che modifica la Direttiva 2001/83/CE, recante un Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano. Le regole adottate nel nostro Paese sono molto stringenti, in quanto finalizzate a garantire il massimo livello di tutela della salute pubblica. La vendita, infatti, è limitata ai medicinali senza obbligo di ricetta medica ed è consentita solo a esercizi fisici, cioè a farmacie ed esercizi commerciali autorizzati alla vendita di medicinali, realmente operanti sul territorio.

La vendita a distanza di farmaci, in particolare, è disciplinata dall'art. 112-*quater* del d.lgs. 219/2016, così come novellato dal succitato decreto del 2014, il quale ha stabilito che "É vietata la fornitura a distanza al pubblico dei medicinali con obbligo di prescrizione medica", mentre è consentita la fornitura a distanza al pubblico dei medicinali senza obbligo di prescrizione mediante i servizi della società dell'informazione a determinate condizioni. Infatti, le farmacie e le parafarmacie possono essere autorizzate dalla Regione a fornire medicinali a distanza al pubblico purché adempiano a particolari obblighi informativi e ottengano dal Ministero della Salute la concessione del logo identificativo nazionale che consente, per il tramite di un collegamento ipertestuale, di verificare l'effettiva iscrizione della farmacia e del suo sito *web* nel portale del Ministero dove è rintracciabile l'elenco dei siti autorizzati alla vendita online. Al di fuori di tali ipotesi la vendita dei farmaci online è illegale e sanzionata a seconda della violazione contestata. Nello specifico, l'avvio di attività di vendita *online* senza l'autorizzazione regionale o l'apposizione del logo sulle pagine *web* dedicate all'*e-commerce* di farmaci o prima della registrazione nell'elenco dei soggetti autorizzati alla vendita a distanza dei medicinali gestito dal Ministero della Salute, è punita con sanzione amministrativa da € 51,7 a € 516,99, mentre sono puniti con l'arresto fino ad un anno ed ammenda da € 2.000 a € 10.000 i titolari di farmacia che mettano in vendita online farmaci etici ad uso umano. L'Autorità competente nell'attività di repressione delle pratiche commerciali illegali in materia di vendita di farmaci *online* è il Ministero della Salute il quale può intervenire oscurando i siti illeciti e adottando provvedimenti sanzionatori. Tale provvedimento viene adottato dal Ministero su proposta dell'AIFA nell'ambito di una Conferenza dei servizi creata ad hoc. In caso di mancata ottemperanza al suddetto provvedimento si applica una sanzione amministrativa da € 20.000 a € 250.000.

Il maggiore rischio che il consumatore corre acquistando farmaci online da siti privi di autorizzazione e che non fanno capo a farmacie autorizzate dal Ministero della Salute è quello della contraffazione.

Quest'ultima, insieme con le attività di promozione e di vendita di medicinali attraverso siti *web* non autorizzati ed il furto e il riciclaggio di medicinali rientra nel c.d. "crimine farmaceutico".

L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definisce come contraffatto un farmaco, sia esso specialità medicinale o generico, che deliberatamente e fraudolentemente reca false indicazioni riguardo alla sua origine e/o identità. Il fenomeno della produzione e vendita di farmaci contraffatti ha assunto negli ultimi vent'anni proporzioni notevoli fino a rappresentare una grave minaccia per la salute pubblica. Secondo stime dell'OMS, il 7% di tutti i farmaci venduti nel mondo è contraffatto con punte del 30% in Brasile e del 60% in alcuni Stati africani; il valore di questo commercio illegale è stato stimato intorno ai dieci miliardi di Euro.

La contraffazione dei farmaci può essere suddivisa in tre tipologie: 1) il farmaco è una perfetta imitazione della preparazione "originale" ma contiene il principio attivo in quantità inferiore al dichiarato; 2) il farmaco assomiglia al prodotto autentico, ma non contiene alcun ingrediente attivo; 3) il farmaco contiene ingredienti diversi da

quelli dichiarati. Tra i casi di contraffazione scoperti dall'OMS il 51% dei prodotti non conteneva alcun ingrediente attivo, il 17% conteneva un principio attivo diverso da quello indicato in etichetta e l'11% una diversa quantità. Solo nel 4% dei casi i farmaci contraffatti contenevano il principio attivo della medesima qualità e nello stesso dosaggio del farmaco originale.

Nel nostro ordinamento l'art. 146 comma 7-*bis* del d.lgs. n. 219 del 2006 così come modificato dal d.lgs. 17/2014 punisce con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da € 2.600,00 a € 15.600,00 "*chiunque, compresi i titolari di farmacia, commerci fabbrica, distribuisce, importa, esporta, commercia e vende a distanza al pubblico mediante i servizi della società dell'informazione medicinali falsificati, nonchè esercita attività di brokeraggio di medicinali falsificati*".

Inoltre, in occasione del recepimento della Direttiva 2011/62/UE , il nostro legislatore ha considerevolmente ampliato le competenze dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), a cui spetta tra l'altro inserire nella banca dati dell'UE le informazioni relative alle autorizzazioni rilasciate, e pubblicare sul proprio sito istituzionale l'elenco degli stabilimenti che risultano autorizzati alla produzione e al controllo di medicinali alla data del 30 giugno di ogni anno (nuovo art. 50 comma 8, D.lgs. n. 219/2006). Insieme al Ministero della salute – d'intesa con l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, le Regioni e le Province autonome secondo le rispettive competenze – l'AIFA vigilerà altresì sulla produzione, importazione e distribuzione sul territorio nazionale delle sostanze attive.

In ottemperanza alla direttiva del 2011, poi, l'Italia ha creato un sistema nazionale anti-contraffazione (art. 142-*bis* del d.lgs. n. 219/2006), che gestisce le segnalazioni di medicinali sospetti, i richiami di medicinali ad opera dei titolari delle autorizzazioni all'immissione in commercio e i ritiri dal mercato disposti dall'AIFA presso tutti i soggetti della catena di fornitura ed eventualmente presso i pazienti.

È istituita una *task-force* nazionale anti-falsificazione con la quale l'AIFA condivide le informazioni sui casi di falsificazione: partecipano alla *task-force* il Ministero della salute, l'Istituto superiore di sanità, il Comando dei Carabinieri per la tutela della salute (N.A.S.), l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, gli altri Ministeri interessati e la Direzione generale per la lotta alla contraffazione - Ufficio italiano brevetti e marchi del Ministero dello sviluppo economico (art. 142-*ter* del d.lgs. n. 219/2006).

Nell'ottica di implementare la lotta alla contraffazione dei farmaci il 19 gennaio 2017 l'AIFA e l'AGCM hanno siglato un Protocollo d'intesa volto a potenziare il confronto e lo scambio di documenti e informazioni tra le due istituzioni in tutti i loro ambiti operativi, a partire dalla negoziazione dei prezzi dei farmaci e al contrasto alla contraffazione. In particolare, la cooperazione tra l'AGCM e l'AIFA ha ad oggetto: a) la segnalazione reciproca di casi in cui, nell'ambito dei procedimenti di rispettiva competenza, emergano ipotesi di violazione di disposizioni alla cui applicazione è preposta l'altra parte; b) la collaborazione nell'elaborazione di segnalazioni al Parlamento o al Governo su materie di interesse comune; c) la collaborazione nell'ambito di indagini conoscitive su materie di interesse comune; d) il coordinamento degli interventi istituzionali in materie di comune interesse.

In particolare, le segnalazioni potranno riguardare l'attività di negoziazione dei prezzi di farmaci che l'Agenzia svolge in contraddittorio con le imprese farmaceutiche, i casi di contraffazione e/o di vendita a distanza di prodotti farmaceutici che emergano nell'ambito delle attività di competenza dell'Autorità.

La cooperazione sulla base del Protocollo potrà avvenire mediante lo scambio reciproco di documenti, dati e informazioni tra l'AIFA e l'AGCM oppure tramite la costituzione di un tavolo di confronto generale e di gruppi di lavoro tematici, anche al fine di pervenire ad interpretazioni condivise, in ordine ai settori di rispettiva competenza.

5. ATTIVITÀ INTRAMURARIA ED EXTRAMURARIA

(Serafina Piantedosi)

Il Codice del consumo pone al primo posto tra i diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori e agli utenti il "diritto alla tutela della salute" (art. 2, comma 2, lett. *a*)). Inoltre, annovera tra le clausole senz'altro vessatorie, quantunque oggetto di trattativa, le clausole che hanno per oggetto o per effetto di "*escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista*" (art. 36, comma 2, lett. *a*)).

Nel rapporto medico-paziente, però, la disciplina consumeristica si applica soltanto in presenza di talune condizioni. Al riguardo, è necessario distinguere la prestazione effettuata dal medico dipendente di una struttura del SSN da quella resa dall'esercente la professione sanitaria nell'ambito dello svolgimento della propria attività libero-professionale. In linea generale, soltanto nel secondo caso il paziente può essere considerato consumatore *ex* art. 3., comma 1 lett. *a)* cod. cons.
La delimitazione dei confini applicativi della disciplina consumeristica in ambito sanitario si è resa necessaria soprattutto ai fini dell'individuazione del foro competente a conoscere delle controversie insorte tra medico e paziente e tra quest'ultimo e la struttura sanitaria.
La Corte di Cassazione, infatti, a partire dalla pronuncia del 2 aprile 2009, n. 8093 ha stabilito che quando la struttura è pubblica ovvero convenzionata con il Servizio Sanitario, la causa deve essere proposta davanti al Tribunale di competenza nella cui circoscrizione si trova la sede dell'ospedale.
Secondo la Corte in questo caso al paziente non può essere attribuita la qualifica di "consumatore"; inoltre l'ospedale non può essere considerato un "professionista", poiché la prestazione del medico è resa in ambito "intramurario" ossia all'interno della struttura sanitaria.
Infatti, secondo la Cassazione la disciplina di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. *u)*, concernente il foro del luogo di residenza del consumatore, è inapplicabile ai rapporti tra pazienti e strutture ospedaliere pubbliche o private operanti in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale: sia perché, pur essendo l'organizzazione sanitaria imperniata sul principio di territorialità, l'assistito può rivolgersi a qualsiasi azienda sanitaria presente sul territorio nazionale (sicché se il rapporto si è svolto al di fuori del luogo di residenza del paziente tale circostanza è frutto di una sua libera scelta, che fa venir meno la *"ratio"* dell'art. 33), sia perché la struttura sanitaria non opera per fini di profitto, e non può quindi essere qualificata come "imprenditore" o "professionista".
Il servizio sanitario fornito dagli ospedali pubblici o convenzionati viene infatti erogato "attraverso una complessiva organizzazione imperniata sul principio di territorialità", dal momento che esistono strutture sanitarie preposte ognuna ad un certo territorio. Per cui vi è la possibilità per l'utente di beneficiare del servizio sanitario in una qualsiasi articolazione dell'organizzazione. Ne consegue che l'utente, quando si rivolge ad un ospedale situato al di fuori del proprio Comune di residenza, si pone "in una situazione che non è apparentabile a quella del consumatore", soprattutto perché la decisione di farsi curare lontano dal proprio domicilio è frutto di una sua "libera scelta".
La Cassazione aggiunge che il foro del consumatore non sarebbe comunque applicabile, perché le aziende ospedaliere pubbliche non sono qualificabili come "professionisti", dal momento che le stesse devono erogare la prestazione in ogni caso, anche quando quest'ultima possa cagionare una perdita economica, *ex adverso*, l'attività professionale è invece imprescindibilmente finalizzata alla percezione di un compenso. Diversamente, nell'ipotesi di prestazione resa dal medico in regime "extramurario", nell'esercizio dell'attività libero professionale del medico e in regime privatistico in quanto il costo della prestazione verrà sostenuto interamente dal paziente, il quale sceglie personalmente il professionista cui rivolgersi e non chiede il rimborso, neppure parziale, della prestazione al SSN.
Le strutture sanitarie pubbliche e anche quelle private convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale operano sulla base di un dovere che in capo ad esse discende direttamente dalla legge, pertanto, il rapporto che si instaura tra la struttura ed il paziente non è in alcun modo qualificabile come contratto, ma piuttosto come esercizio di un diritto soggettivo pubblico che trova la propria fonte direttamente nelle legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. Discendendo tale dovere direttamente dalla legge verrebbe, dunque, eliminato qualsiasi spazio per l'autonomia negoziale, in quanto, in caso di tutela della salute non sarebbe ravvisabile alcun obbligo a contrarre, bensì la soddisfazione del diritto soggettivo del cittadino utente.
Analoga conclusione vale anche per le strutture private convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale.
Se è infatti vero che la casa di cura convenzionata "si presenta come un'azienda diretta a perseguire un utile", tale utile viene in rilievo solo quando "essa stipula la convenzione con gli organismi di diritto pubblico [...] men-

tre, una volta instaurata la convenzione, la fornitura del servizio all'utente avviene con modalità del tutto identiche a quelle seguite dalla struttura pubblica".
Secondo la Corte, quindi, il paziente potrà citare l'ospedale davanti al Tribunale di competenza nella cui circoscrizione egli risiede solo quando la struttura sia: a) convenzionata, ma la richiesta di risarcimento si riferisca a prestazioni aggiuntive rispetto a quelle rimborsate all'ospedale dal Servizio Sanitario Nazionale; b) privata e non convenzionata.
A tali principi enunciati nell'ordinanza n. 8093 del 2009 si sono poi uniformate le successive pronunce della Suprema Corte (Cfr. Cass. civ., Sez. VI, 24 dicembre 2014, n. 27391; Cass. civile., Sez. VI, 2 novembre 2016, n. 22133; Cass. civ. Sez. VI, 21 settembre 2016, sentenza n. 18536; Cass. civ. Sez. VI, 09 luglio 2019, n. 18460).
Invece, il foro consumeristico si applica solo in caso di attività intramuraria e qualora le spese dell'intervento medico siano interamente a carico del paziente e non gravino sulle casse del Sistema Sanitario nazionale.

6. RIMEDI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

(Serafina Piantedosi)

L'elevata litigiosità in materia sanitaria ha recentemente condotto ad una proposta di legge volta all'introduzione di un "Arbitrato della salute", con intenti deflattivi del contenzioso e che miri a ristabilire un equilibrio nel rapporto medico-paziente. Infatti, le cause giacenti nei tribunali contro medici e strutture sanitarie sia private che pubbliche sono oltre trecentomila, stando ai dati della Commissione Parlamentare d'inchiesta sugli errori sanitari, per cui si ritiene necessario creare uno strumento che consenta di velocizzare la definizione della lite al fine di evitare costi eccessivi per i pazienti e per i medici accusati, i quali subiscono un immediato pregiudizio per effetto della sola pendenza della lite, che compromette l'immagine e la credibilità professionale dello stesso.
All'Arbitrato della Salute si dovrebbe ricorrere per la risoluzione di qualsiasi controversia concernente lo svolgimento di una prestazione sanitaria sia nell'ambito di strutture pubbliche che private, inclusi i casi di presunta "*malpractice*" a danno di pazienti in cura presso le strutture medesime. Condizione necessaria ai fini del ricorso allo strumento alternativo di risoluzione delle controversie sarebbe l'inserimento di una clausola compromissoria all'interno della documentazione relativa alla prestazione sanitaria offerta dalla struttura pubblica o privata (es. carta dei servizi, modulo del consenso informato). A parere dei sostenitori di tale proposta, il vantaggio dell'Arbitrato sarebbe da ricercarsi anche nell'elevato tecnicismo dei membri del collegio arbitrale, i quali dovrebbero essere dotati di comprovate competenze tecnico-specialistiche nelle materie devolute alla risoluzione arbitrale e delle capacità conciliative acquisite all'esito di specifici percorsi formativi.
La disciplina dell'Arbitrato della Salute così come delineata nella proposta di legge deve però coordinarsi necessariamente con le norme che sono alla base dell'arbitrato nel nostro ordinamento. Infatti, il fondamento dell'arbitrato, rituale o irrituale che sia, sta nell'autonomia privata, per cui in tanto le parti possono ricorrere agli arbitri per la soluzione delle loro controversie in quanto queste ultime – come si legge nell'art. 806, comma 1, c.p.c. e come ha più volte sottolineato la Corte costituzionale – "non abbiano per oggetto diritti indisponibili".
In ambito medico, quindi, si porrebbe il problema di verificare se e fino a che punto si può disporre del proprio diritto alla salute. Non sempre, infatti, la legge delinea i confini dell'indisponibilità, per cui la stessa, *ex* art. 1966 c.c., va desunta dalla natura della situazione giuridica. Non è agevole, pertanto, stabilire se una situazione giuridica discendente dall'esercizio della professione sanitaria possa essere liberamente alienata, rinunziata o dismessa. Sul punto esistono taluni contrasti interpretativi, in quanto non è detto che una disciplina cogente ed inderogabile non consenta l'arbitrato. L'arbitro, infatti, potrebbe bene applicare anche una disciplina cogente ed inderogabile, che riguarda, perciò il criterio di valutazione e non necessariamente si traduce in una oggettiva indisponibilità della situazione giuridica. Inoltre, secondo alcuni non bisogna confondere la tutela della situazione indisponibile (es. il diritto all'integrità della persona) con le conseguenze giuridiche della sua violazione (es. le conseguenze risarcitorie o riparatorie derivanti da una lesione di un diritto della persona), per cui, sulla base di tali argomenti si potrebbe ipotizzare la conformità all'ordinamento giuridico di un Arbitrato in materia di salute.

7. SANITÀ, *PRIVACY* E CODICE DEL CONSUMO: UN POSSIBILE CONNUBIO?

(Susanna Sandulli)

7.1. *PATIENT AND CONSUMER EMPOWERMENT*

Il settore sanitario ora analizzato presenta notevoli assonanze sia con la disciplina della *privacy* sia con la materia consumeristica, avendo riguardo anzitutto ai soggetti coinvolti.

Su un primo fronte avremo coloro che agiscono nello svolgimento della propria attività professionale, ossia il titolare del trattamento, che determina le finalità dello stesso e la cui definizione è rinvenibile nell'art. 4, n. 7, del Regolamento 2016/679/UE, c.d. GDPR; il responsabile, che agisce per conto del titolare ai sensi dell'art. 4, n. 8, del GDPR; il medico o la struttura sanitaria e, infine, il professionista, la cui definizione è contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. *c)* del Codice del consumo.

Sull'altro fronte avremo, invece, i soggetti che possono essere considerati parte "debole" del rapporto, o che comunque, in virtù del loro *status*, si trovano in una posizione di maggiore fragilità rispetto alla controparte, vale a dire il paziente, l'interessato e il consumatore.

Il paziente, come è ovvio, è il soggetto che si avvale della prestazione professionale di un soggetto pubblico o privato e che nell'indagine *de qua* è, altresì, l'interessato, ossia colui i cui dati personali vengono trattati dal titolare o dal responsabile del trattamento; è evidente come quanto detto corrisponda in larga parte con la nozione di consumatore contenuta nell'art. 3, comma 1, lett *a)* del Codice del consumo.

Infatti, può notarsi come si parli oramai di *patient empowerment*, ossia di una logica per cui il paziente è al centro del sistema, un attore che adotta scelte consapevoli; un esempio lampante in tal senso è rappresentato dal c.d. *Personal Health Record* (PHR), che permette di costruire il processo di cura intorno al paziente, il quale partecipa attivamente esercitando la propria autonomia decisionale.

Questa concezione viene, poi, esaltata dalla disciplina della *privacy* mediante istituti quali il consenso e l'informativa e, sotto tale profilo, si ravvisa una forte assonanza con la materia consumeristica, in cui si fa riferimento da tempo al concetto di "consum-attore" e anche in tale settore vi è una logica simile a quella rinvenibile nel settore sanitario e definibile come *consumer empowerment.*

Negli anni, infatti, il diritto dei consumi si è diretto in misura sempre maggiore verso la predisposizione di un quadro regolamentare caratterizzato dalla figura del consumatore non come mero soggetto passivo, ma come un *prosumer*, vero e proprio protagonista del mercato.

Da queste brevi osservazioni emerge chiaramente un parallelismo fra i soggetti coinvolti, ma i settori della *privacy* e della sanità si rapportano al Codice del consumo avendo riguardo anche a numerosi altri aspetti, fra cui quelli relativi al rapporto contrattuale.

7.2. I DATI RELATIVI ALLA SALUTE E L'IMPORTANZA DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI

Anzitutto, occorre partire dal dettato normativo, ossia dall'art. 47 Codice del consumo, il quale esclude i servizi sanitari dall'ambito di applicazione della disciplina consumeristica, ma ciò non diminuisce la rilevanza dell'indagine *de qua*.

Come noto, lo scorso maggio è entrato in vigore il GDPR, il quale ha avuto un impatto rilevante in materia di *privacy*, realizzando una disciplina contraddistinta da definizioni più specifiche rispetto a quelle della normativa previgente.

Un esempio in tal senso è rappresentato dai "dati relativi alla salute", noti anche come dati sanitari, la cui definizione è contenuta nell'art. 4, n. 15 del GDPR, il quale li individua in quei dati "*attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute*".

Si tratta, dunque, di informazioni relative, ad esempio, alla malattia e all'anamnesi medica e di una nozione ben più ampia rispetto a quella adottata dalla Direttiva 95/46/CE, dovuta sia all'evoluzione tecnologica che ha investito il mondo sanitario, sia al rinnovato rapporto medico-paziente, che ha visto aumentare le ipotesi di responsabilità del professionista.

Come si evince dal considerando 35, i dati sanitari rientrano nelle particolari categorie di dati *ex* art. 9 e sono estremamente delicati, in quanto sono in grado di rivelare informazioni legate allo stato di salute fisica e psichica passata, presente e futura dell'interessato; pertanto, dalla loro conoscibilità possono derivare forti rischi di discriminazioni, ragion per cui sono previsti presupposti specifici per il relativo trattamento, giacché è necessario garantire una tutela rafforzata.
Inoltre, poiché i dati relativi alla salute attengono anche alla dignità della persona, la regola che si evince dal combinato disposto dei considerando 52, 53 e 54 è un generale divieto di trattamento, con la previsione di talune ipotesi derogatorie; invero, il citato art. 9 prevede un regime di liceità che richiede la sussistenza di una serie di presupposti e fra queste condizioni di legittimità particolare rilevanza assumono l'informativa e il consenso.
Per quanto concerne l'informativa, rilasciata all'interessato ai sensi dell'art. 13 del GDPR, oltre ad essere esatta ed idonea, deve altresì rispettare i principi di un trattamento corretto e trasparente, tenendo in considerazione il contesto in cui i dati verranno trattati; perciò, può essere considerata espressione del principio della trasparenza, che governa altresì la disciplina consumeristica, essendo esplicitamente menzionato all'art. 2 del Codice del consumo fra i diritti fondamentali.
Per tali ragioni, l'informativa è propedeutica alla manifestazione del consenso, espressione del diritto all'autodeterminazione dell'individuo: se il paziente non è in possesso di tutte le informazioni necessarie, non può manifestare in modo libero, consapevole, volontario e inequivocabile il proprio consenso al trattamento dei dati personali, il c.d. consenso informato; infatti, nel settore sanitario vi sono due sovrapposte ma distinte figure di consenso, ossia il consenso al trattamento sanitario e il consenso al trattamento dei dati relativi alla salute, che deve essere informato affinché l'interessato eserciti in modo consapevole i propri diritti.
Anche nella materia consumeristica l'aspetto informativo è particolarmente rilevante e, a seguito dell'emanazione della Direttiva 2011/83/UE, la c.d. *Consumer's rights*, ha assunto una portata ancora maggiore.
Infatti, tra le novità introdotte dalla predetta Direttiva rientra la nuova disciplina relativa agli obblighi informativi precontrattuali, la cui *ratio* è di colmare le lacune dell'impianto normativo previgente; pertanto, le informazioni fornite nella fase precontrattuale possono essere considerate parte integrante del contratto, modificabili solamente tramite espresso accordo di entrambe le parti, al fine garantire una decisione consapevole da parte del consumatore.
Una logica del medesimo tipo può ravvisarsi nell'art. 21, comma 3, del Codice del consumo, che contempla una specifica ipotesi di pratica commerciale ingannevole, ossia quella che riguarda prodotti che possono mettere in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori e in cui è evidente come la scelta del legislatore si sia diretta verso un'esaltazione a degli obblighi informativi e del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost.
Sotto tale aspetto, dunque, può cogliersi un'importante assonanza con la disciplina del trattamento dei dati sanitari, giacché attraverso la predisposizione di un apparato informativo completo ed esaustivo si è voluto perseguire l'obiettivo della necessaria consapevolezza del soggetto debole.
Ciò posto, occorre esaminare quali siano in concreto le attività, *offline* e *online*, che possono essere svolte rispetto ai dati relativi alla salute.

7.3. IL TRATTAMENTO "TRADIZIONALE" DEI DATI RELATIVI ALLA SALUTE E LA SANITÀ ELETTRONICA

Se il consenso e l'informativa sono corollari che da sempre caratterizzano il "mondo *privacy*", con l'entrata in vigore del GDPR l'ottica si è spostata verso obblighi più pregnanti e verso una maggiore responsabilizzazione del titolare, pena l'irrogazione di sanzioni ben più gravi rispetto a quelle previste dalla normativa previgente e che operano sul piano civile, penale ed amministrativo.
Con la nuova regolamentazione anche il settore sanitario è stato interessato da taluni cambiamenti. Anzitutto, il legislatore europeo ha attribuito particolare rilevanza alla comunicazione da effettuare all'interessato in merito all'esistenza di processi decisionali nell'ambito del trattamento, compresa la profilazione; dovranno, infatti, essere fornite tutte le informazioni necessarie a comprendere la logica utilizzata e le conseguenze previste e prevedibili del trattamento.
In secondo luogo, le strutture devono fornire i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati perso-

nali, il quale, invece, non doveva essere menzionato secondo quanto previsto dalla Direttiva madre ed è altresì necessario individuare il periodo di conservazione dei dati, la c.d. *data retention*.
Deve, poi, darsi indicazione espressa della possibilità di revocare il consenso e di effettuare un reclamo all'Autorità di controllo e, infine, sussiste l'obbligo di precisare le ipotesi e le modalità di trattamento automatizzato e telematico dei dati.
Il GDPR ha, quindi, apportato rilevanti modifiche in materia di trattamento di dati relativi alla salute e delle attività "tradizionali", ma, indubbiamente, le attività *online* sono quelle maggiormente foriere di rischi.
Invero, le ICT (*Information Comunication Technology*) si sono diffuse in modo sempre più pregnante anche nel settore sanitario attraverso la realizzazione di un sistema *e-health*, propugnato già dall'Agenda digitale del 2010, dando vita alla c.d. sanità elettronica.
Fra i vari esempi avremo, anzitutto, la cartella clinica elettronica (CCE o EHR da *Electronic Healt Record*), attualmente disciplinata all'art. 92 del Codice della privacy, che ha la funzione di far acquisire, aggiornare e consultare in tempo reale tutte le informazioni relative al paziente, condivisibili rapidamente fra gli operatori sanitari, e che assolve a finalità relative al processo di cura.
Pensiamo, poi, al referto *online*, il documento elettronico più conosciuto e utilizzato, che consiste in una relazione scritta del medico relativa allo stato clinico del paziente e che può essere portato a sua conoscenza attraverso un'*email* ovvero mediante il collegamento al sito della struttura sanitaria.
O, ancora, alle sempre più numerose *app* mediche, che da una parte danno la percezione di poter avere una conoscenza professionale del proprio stato di salute, ma che, se cadute in mani inesperte, possono condurre a conseguenze estremamente gravi, non solo in termini di diffusione di informazioni sensibili, ma anche sotto il profilo della salute.
Tali tecnologie rendono, dunque, gli interessati più vulnerabili proprio in virtù del fatto che sono connesse alla rete e possono causare una lesione della *privacy* e della sicurezza; d'altro canto, tuttavia, non possono negarsi i numerosi vantaggi derivanti dalla gestione informatica del sistema sanitario ed è quindi necessario garantire un apparato efficace, tenendo presente che il diritto alla salute e alla *privacy* sono entrambi diritti fondamentali.
Il problema più evidente concerne, però, la circostanza per cui tali diritti spesso si trovano in conflitto, giacché la conoscenza medica, fondamentale ed indispensabile, richiede la diffusione di informazioni estremamente delicate.
Non può, perciò, che operarsi la tecnica del bilanciamento degli interessi, che vede contrapporre l'esigenza di informatizzare il sistema sanitario per garantire il diritto alla salute alla necessità di tutelare la *privacy* del paziente e, ovviamente, si tratta di un equilibrio difficile da trovare; se, infatti, i dati personali sono sensibilissimi, la salute è un diritto fondamentale che l'ordinamento ha l'obbligo di tutelare nel modo più efficace possibile: quali sono, dunque, gli strumenti di sanità digitale che possono mettere a rischio questo delicato equilibrio?
Una prima menzione va fatta al Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), che rappresenta un'infrastruttura operativa del Servizio Sanitario Nazionale, sia in ambito territoriale che regionale.
Il FSE è stato definito dalle Linee Guida del 2009 del Garante privacy come "l'insieme di dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi riguardanti l'assistito", e, quindi, il relativo contenuto viene ampliato quando il paziente riceve le cure e carica *online* ulteriori documenti, anche autodichiarazioni: in altre parole, esso contiene l'intera storia clinica del paziente e viene realizzato per diverse finalità, come prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione.
Se, indubbiamente, il FSE rappresenta un importante mezzo attraverso cui il paziente può ottenere maggiori informazioni in qualsiasi momento, dall'altra richiede una sua notevole responsabilizzazione, giacché l'assistito deve avere consapevolezza rispetto ai rischi derivanti dalla diffusione dei propri dati personali e, sotto tale aspetto, si coglie pienamente l'importanza degli istituti dell'informativa e del consenso prima esaminati.
Infatti, trattandosi di particolari categorie di dati, il titolare del trattamento deve fornire un'idonea informativa all'interessato, secondo i criteri del GDPR e, inoltre, il trattamento dei dati contenuti nel FSE prevede la manifestazione di un consenso autonomo e specifico, revocabile in qualsiasi momento, che dimostri in modo esplicito la libera volontà dell'assistito, sia in merito alla costituzione del FSE, sia avendo riguardo all'inserimento dei dati

nel fascicolo: un vero e proprio doppio consenso.
Inoltre, qualora all'interno del FSE vi siano particolari categorie di dati e documenti, come quelli relativi a persone sieropositive, sussiste il diritto all'anonimato, così come specificato dall'art. 5 del D.p.c.m. n. 178 del 29 settembre 2015, per cui tali documenti possono essere visionati solo previo esplicito consenso del paziente.
Se il diritto all'anonimato non costituisce una novità per la *privacy*, delle problematiche invece si pongono con riferimento al diritto all'oscuramento, che concerne la possibilità per il paziente di impedire la visibilità di talune informazioni sanitarie concernenti determinate patologie e/o eventi clinici.
Se, infatti, tale diritto garantisce un'ampia tutela della *privacy*, porta inevitabilmente a chiedersi se quell'equilibrio tra tutela dei dati personali e protezione del diritto alla salute, anche di altri individui, non sia eccessivamente spostato verso una tutela individuale, che potrebbe ledere i diritti altrui.
Problemi del medesimo tipo si pongono anche con riferimento al Dossier sanitario, definito dalle Linee Guida del Garante Privacy del 2015 come uno "strumento costituito presso un organismo sanitario in qualità di unico titolare del trattamento (es., ospedale, azienda sanitaria, casa di cura) al cui interno operino più professionisti, attraverso il quale sono rese accessibili informazioni, inerenti allo stato di salute di un individuo, relative ad eventi clinici presenti e trascorsi (es., referti di laboratorio, documentazione relativa a ricoveri, accessi al pronto soccorso), volte a documentarne la storia clinica".
Sostanzialmente, attraverso il Dossier sanitario il professionista accede alle informazioni elaborate dalla struttura sanitaria e si tratta, perciò, di un sistema integrato di informazioni relative allo stato di salute del paziente accessibile dal personale sanitario; la costituzione del Dossier è una scelta libera del paziente e per la quale occorre un consenso specifico, in mancanza del quale il medico avrà a disposizione soltanto le informazioni rese in quel momento o fornite precedentemente allo stesso professionista.
Anche in questo caso, come detto, si applicherà il diritto all'oscuramento dell'evento clinico e se si comprende pienamente la necessità di tutelare, ad esempio, le donne vittime di violenza sessuale, qualora si tratti di soggetti affetti da malattie particolarmente contagiose, si pongono nuovamente i dubbi esposti con riferimento al FSE.
In entrambe le ipotesi, poi, ciò che appare più discutibile è il c.d. oscuramento dell'oscuramento, ossia la possibilità che i soggetti abilitati all'accesso al FSE e al Dossier sanitario non siano a conoscenza del fatto che l'interessato abbia oscurato un determinato elemento clinico, sebbene, occorre precisare, quelle informazioni siano disponibili per il professionista della struttura che le ha raccolte o elaborate.
Dovremmo forse relativizzare il diritto alla *privacy*?
Oltre a tali profili critici evidenziati, occorre verificare quali siano in concreto i rischi in termini di *privacy* derivanti da questa sanità digitale e se la disciplina consumeristica possa, in qualche misura, fungere da faro per il giurista.

7.4. LE TUTELE NELLA SANITÀ ELETTRONICA E L'*ACCOUNTABILITY* COME STRADA PREVENTIVA

Come anticipato, essendo i dati sanitari particolarmente delicati, sono necessarie specifiche e rafforzate forme di tutela e, quindi, sono previsti una serie di diritti, fra cui, come visto, il diritto all'oscuramento dell'evento clinico.
Avremo, in secondo luogo, il diritto di rettifica, *ex* artt. 16 GDPR e 110 del Codice privacy, per cui la rettificazione e l'integrazione dei dati sono annotate senza che a ciò consegua una modifica degli stessi.
Inoltre, ai sensi dell'art. 17 del Regolamento è previsto il diritto alla cancellazione, il quale non opera, però, nell'ipotesi in cui il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica.
La struttura sanitaria deve, poi, adottare elevate misure di sicurezza, per cui, ad esempio, i dati relati alla salute dovranno essere tenuti separati dagli altri dati personali e dovranno altresì essere individuati specifici criteri per la cifratura.
Per quanto riguarda, nello specifico, il FSE e il Dossier sanitario, sono previste determinate misure di sicurezza nell'ambito dei sistemi di memorizzazione e archiviazione dei dati, in quanto lo scopo è di limitare il più possibile il rischio di accesso abusivo, furto o smarrimento dei supporti di memorizzazione o dei sistemi di elaborazione portatili e fissi.

Devono, dunque, essere predisposti sistemi di autenticazione e autorizzazione con riferimento alla possibilità di consultare o integrare i dati e che richiedono una verifica periodica in merito alle credenziali e ai profili utilizzati; rispetto agli accessi al *database*, inoltre, vengono previsti sistemi di *audit log* per rilevare possibili anomalie e sistemi di tracciabilità degli stessi.
Sostanzialmente, l'accesso è consentito solo al personale sanitario coinvolto nella cura e ogni accesso viene tracciato e registrato in appositi *file* di *log* che la struttura deve conservare per almeno 24 mesi.
Nel caso del FSE, devono essere, inoltre, garantiti protocolli di comunicazione sicuri basati sull'utilizzo di standard crittografici per la comunicazione tra i diversi titolari coinvolti, mentre per quanto riguarda il Dossier sanitario dovrà garantirsi al paziente la possibilità di conoscere il reparto, la data e l'orario in cui è stato consultato.
Nonostante si tratti di una serie di strumenti indubbiamente validi, possono verificarsi comunque dei casi *di data breach*, da comunicare al Garante entro 48 ore dalla conoscenza del fatto, che possono sostanziarsi in distruzione non autorizzata, modifica non autorizzata, rivelazione non autorizzata e accesso non autorizzato, ipotesi che hanno gravi ripercussioni.
Nel caso di distruzione, ad esempio, si ha la perdita irreversibile del dato, in quanto non sarà più possibile ricostruire il dato personale che è fuoriuscito dalla sfera di controllo del suo detentore, mentre nella modifica non autorizzata i rischi derivano dalla circostanza per cui possono esservi delle sostituzioni di terapie, con tutte le conseguenze del caso.
Un'altra frequente ipotesi di *data breach* riguarda possibili attacchi alle applicazioni *web*, in quanto i rischi che un soggetto non autorizzato si appropri illecitamente delle credenziali di accesso ed entri nelle applicazioni *web* sono concreti e reali; per tale ragione, il rimedio più utilizzato è quello di prevedere un sistema di monitoraggio del comportamento degli utenti, al fine di individuare condotte sospette.
Poiché, come evidenziato al considerando 85 del Regolamento "*una violazione dei dati personali può, se non affrontata in modo adeguato e tempestivo, provocare danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche*", non può che guardarsi con favore alla nuova ottica di gestione del rischio introdotta dal GDPR che si basa su tre concetti: responsabilizzazione, trasparenza e sicurezza, obblighi che gravano su tutti i soggetti pubblici e privati che trattano i dati personali e che sono riconducibili al concetto di *accountability*.
Essa, infatti, rappresenta una nuova logica di responsabilizzazione del titolare del trattamento, giacché deve essere egli stesso a ricercare un alto livello di sicurezza nella gestione dei dati personali dell'interessato al fine di evitare o quantomeno limitare possibili lesioni.
Quest'attività preventiva si sostanzia, come anticipato, nell'adozione di misure di sicurezza, che dovranno essere tanto più accurate e specifiche quanto più sono sensibili i dati che vengono trattati; pertanto, il titolare dovrà, anzitutto, tenere in considerazioni quanto sancito dall'art. 32. Inoltre, egli dovrà vagliare la necessità di nominare un *Data Protection Officer*, c.d. DPO, la cui nomina è sostanzialmente obbligatoria in tutto il comparto sanitario, trattandosi di monitoraggio regolare e sistematico di dati effettuato su larga scala; infine, dovrà altresì effettuare una valutazione d'impatto qualora il trattamento presenti particolari rischi.
Quest'ottica di prevenzione non caratterizza, però, solo la disciplina della *privacy*, ma è altresì evidente nel Codice del consumo; negli anni, probabilmente in virtù del *consumer empowerment*, la tutela del consumatore si è spostata in misura sempre maggiore verso l'ottica preventiva, affinché il consumatore sia concretamente attore del mercato e ciò, a parere di chi scrive, dimostra come talvolta le definizioni siano soltanto una veste che nasconde il medesimo contenuto.

7.5. VERSO UNA "DEFORMALIZZAZIONE" DEFINITORIA

L'attuale contesto socio-digitale, infatti, mostra con evidenza che la posizione di squilibrio fra le parti, l'informativa e il consenso sono soltanto alcuni degli elementi che accomunano le diverse discipline; ne consegue che, forse, l'ottica da adottare sia quella di abbandonare eccessivi formalismi per dirigersi verso una tutela più efficace di tutti i soggetti i cui dati personali vengono trattati.

Quanto detto è dimostrato anche dalla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE* presentata a Bruxelles lo scorso 11 aprile 2018 (che fa parte del c.d. *New deal* dei consumatori), che ha sottolineato l'opportunità di prescindere da definizioni come interessato e consumatore.
Ne consegue che potrebbero ritenersi applicabili gli istituti della c.d. *group privacy*, che, sopperendo alle difficoltà che l'interessato può riscontrare nell'esercitare un'azione di tipo giudiziario, prevedono una forma di tutela alternativa e che assicurerebbe una protezione concreta dell'interessato.
Anzitutto, potrebbero essere costituite delle associazioni rappresentative degli interessati e si potrebbero ritenere applicabili gli artt. 139 e 140 del Codice del consumo, che paiono adattarsi in modo abbastanza naturale alla materia del trattamento dei dati personali; trattandosi, infatti, di una disciplina neutrale e generica, l'interessato potrebbe beneficiare delle tutele in questione, in quanto si fa riferimento esclusivamente agli interessi collettivi.
Sebbene già attraverso l'applicazione delle norme richiamate la tutela degli interessati sembrerebbe trovare nuovi stimoli e un diverso ambito di operatività, si potrebbe ritenere applicabile anche l'istituto della *class action*, la cui disciplina, come noto, è stata recentemente trasferita dall'art. 140-*bis* del Codice del consumo nel Codice di procedura civile (Titolo VIII-*bis* dei procedimenti collettivi).
In quest'ottica, dunque, cade qualsiasi riferimento a consumatori e utenti e la *ratio* è espressamente quella di tutelare tutte le situazioni soggettive attraverso l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni; infatti, la *class action* si riferisce a diritti individuali omogenei e siffatta previsione risulta particolarmente utile per gli interessati, spesso inerti, sia per non sostenere i costi di un'azione giudiziaria, sia in virtù del fatto che essi non sono sempre a conoscenza della possibilità di agire per tutelare i propri diritti.
Essi, invero, sarebbero avvantaggiati dal fatto che non dovrebbero assumere necessariamente veste processuale, ma, in caso di esito favorevole, potranno beneficiare del provvedimento finale di condanna relativo, ad esempio, al pagamento o alla restituzione delle somme; infatti, la riforma prevede un sistema di *opt-in* caratterizzato da una doppia fase di adesione, in quanto si potrà aderire all'azione di classe dopo la pronuncia della sentenza che definisce il giudizio e che accerta la responsabilità del convenuto.
In conclusione, i rimedi di *group privacy*, assicurando un elevato livello di deterrenza dal compimento di illeciti da parte dei professionisti e sopperendo, altresì, alle difficoltà che l'interessato riscontra nell'esercitare un'azione di tipo giudiziario, potrebbero garantire, in prospettiva, una tutela più efficiente dell'interessato.

Bibliografia

Bassan, F. *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Rubettino, 2019

Bocchini F., *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contratto e Impr.*, 2018, 1, 126

Carro G., Masato S., Parla M.D., *La* privacy *nella sanità,* Milano, 2018

Chindemi D., nota a sentenza "*Il paziente di una struttura sanitaria pubblica non è consumatore e l'azienda non è professionista*", in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, fasc. 6, 1291

Campiglio C., "*La lotta all'infiltrazione di medicinali falsificati nel mercato dell'UE*" in *Diritto del Commercio Internazionale,* 2014, fasc. 2, 291

Cenciarelli S., A. Munno, *La centralizzazione degli acquisti quale strumento di* Governance *dell'organizzazione sanitaria*, in *Il diritto sanitario moderno*, 2018, 1, 23 ss.

Finocchiaro G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla* privacy *e sulla protezione dei dati personali*, Torino, 2017

Montini M., *L'attività libero professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale alla luce del d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229 (c.d. decreto "bindi")*, in *Lavoro nelle p.a.*, 1999, fasc. 3-4, 710

Primicerio B., *Il riordino delle professioni sanitarie*, in *Il diritto sanitario moderno*, 2018, 2, 1 ss.

Ricciuto V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inform.*, 2018, 689 e ss.

Rizzo S., *Scenari di cura, il rapporto medico paziente nella società 4.0*, in *Il diritto sanitario moderno*, 2018, 2, 203 ss.

Rossi Carleo L. (a cura di), in *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività,* enforcement, Torino, 2015

Verde G., *Diritto processuale civile. 4. Procedimenti speciali*, Bologna, 2012

GLI AUTORI

Francesca Andreani
Dottoranda di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Fabio Bassan
Professore ordinario di Diritto internazionale – Università Roma Tre

Marco Cappai
Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Veronica Carriero
Dottore di ricerca in *Il diritto dei servizi nell' ordinamento italiano e europeo* – Università degli Studi Parthenope

Andrea Carrisi
Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Guido d'Ippolito
Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Gennaro Di Martino
Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Silvia Digregorio
Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Maria Claudia Dolmetta
Funzionario presso il Garante per protezione dei dati personali

Alfonso Ingenito
Dottore di ricerca in *Consumatori e Mercato* – Università Roma Tre

Cristiana Lauri
Dottore di ricerca in *Diritto dei mercati e dei consumatori* – Università Roma Tre

Andrea Luberti
Magistrato
Dottore di ricerca presso la Scuola dottorale internazionale di diritto ed economia "Tullio Ascarelli"

Paolo Occhiuzzi
Dottore di ricerca in *Consumatori e Mercato* – Università Roma Tre
Funzionario di ruolo presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Rosaria Petti
Dottorando di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Sara Perugini
Dottore di ricerca in *Consumatori e Mercato* – Università Roma Tre
Funzionario di ruolo presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Serafina Piantedosi
Dottoranda di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Maddalena Rabitti
Professore ordinario di Diritto dell'economia – Università Roma Tre

Liliana Rossi Carleo
Professore emerito di Diritto privato – Università Roma Tre

Susanna Sandulli
Dottore di ricerca in *Mercati, Impresa e Consumatori* - Università Roma Tre

Imprese e loro associazioni di categoria

AGOS
ASSTRA Associazione Trasporti
CENTROMARCA Associazione Italiana dell'Industria di Marca
EDISON
FEDERDISTRIBUZIONE Le aziende della distribuzione moderna
federfarma
FERROVIE DELLO STATO ITALIANE
INTESA SANPAOLO
Posteitaliane
TIM
UPA Utenti Pubblicità Associati
UTILITALIA imprese acqua ambiente energia
vodafone
WIND 3

Associazioni di Consumatori

ADICONSUM Associazione Difesa Consumatori e Ambiente promossa dalla CISL
Adoc
Associazione Utenti dei Servizi Radio Televisivi
ASSO-CONSUM
ASSOUTENTI
Casa del Consumatore
CITTADINANZATTIVA
CODACONS
CONFCONSUMATORI Confederazione Generale dei Consumatori
Federconsumatori
Lega Consumatori
MOVIMENTO CONSUMATORI
MOVIMENTO DIFESA del Cittadino
1955 UNC CONSUMATORI.IT
U.Di.Con. UNIONE per la DIFESA dei CONSUMATORI

Istituzioni

UNIONCAMERE

CONSUMERS' FORUM

Consumers' Forum è un'associazione indipendente e unica in tutta Europa che dal 1999 riunisce imprese e consumatori per facilitare il dialogo, promuovere le politiche consumeriste e migliorare la qualità di vita dei cittadini. Fanno parte di Consumers' Forum le più importanti associazioni di consumatori, istituzioni, numerose imprese industriali e di servizi e le loro rappresentanze. L'associazione è luogo di confronto sui diritti dei consumatori e favorisce il "dialogo aperto" tra le parti.

Consumers' Forum
Via degli Scipioni,8 00192 Roma RM
tel.06-39725486 fax 06-39887519
segreteria@consumersforum.it
www.consumersforum.it

consumforum

@ConsumForum

consumersforumtv

consumers'-forum