

I DECRETI LEGISLATIVI 170/2021 E 173/2021.
LE MODIFICHE AL CODICE DEL CONSUMO E
L'INTRODUZIONE DEI CONTRATTI DI FORNITURA DI CONTENUTO DIGITALE E DI
SERVIZI DIGITALI.
PRIME RIFLESSIONI.
ONTIER ITALIA

1. Il 25 novembre 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 170/2021 che, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo e del Consiglio, ha modificato – tra le altre – alcune disposizioni del Codice del Consumo.

Il giorno successivo, 26 novembre 2021, è stata pubblicato in Gazzetta Ufficiale anche il D.Lgs. 173/2021 che, trattando di contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, pure ha apportato modifiche al Codice del Consumo.

Le innovazioni rappresentate dai Decreti Legislativi sopra citati – le cui disposizioni saranno applicabili a partire dal 1° gennaio 2022 – sono estremamente rilevanti e rispondono, nella maggior parte dei casi, alla necessità che l'ordinamento giuridico recepisca i profili emergenti dell'innovazione tecnologica.

Il presente contributo intende fornire alcuni brevi e preliminari spunti al riguardo.

Ambito di applicazione dei due decreti legislativi

2. I decreti legislativi in questione, pur innovando entrambi il Codice del Consumo, hanno un diverso ambito di applicazione.

3. Il D.Lgs. 170/2021 si occupa della vendita – da un professionista ad un consumatore – di un bene.

A tal fine, la norma definisce:

- come "bene":

- 1) *qualsiasi bene mobile materiale anche da assemblare; (...)*
- 2) *“qualsiasi bene mobile materiale che incorpora, o è interconnesso con, un contenuto digitale o un servizio digitale, in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni proprie del bene (“beni con elementi digitali”);*
- 3) *gli animali vivi”;*

- come "contenuto digitale: *i dati prodotti e forniti in formato digitale”;*

- e come "servizio digitale":

- 1) *un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, memorizzare i dati o accedervi in formato digitale; oppure*
- 2) *un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore o da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati”.*

Detto D.Lgs. 170/2021 equipara, tra l'altro, espressamente al contratto di vendita anche i contratti di permuta, di somministrazione, di appalto, d'opera e “tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni da fabbricare o da produrre”, nonché i contratti di fornitura di contenuti o di servizi digitali, se incorporati o interconnessi con

i beni e forniti con il bene in forza del contratto di vendita, indipendentemente dal fatto che i predetti contenuti o servizi digitali siano forniti dal venditore o da terzi.

4. Il D.Lgs. 173/2021, invece, si occupa essenzialmente dei contratti di fornitura – tra professionista e consumatore – di contenuto digitale e di servizi digitali.

Tuttavia, mentre riprende pedissequamente le definizioni di “*contenuto digitale*”, “*servizio digitale*” e “*beni con elementi digitali*” di cui al D.Lgs. 170/2021, non fornisce una definizione altrettanto puntuale di “*contratto di fornitura*”.

Pertanto, in assenza di una definizione inequivoca, non si può che ritenere – salve diverse successive indicazioni che potrebbero essere fornite – che per fornitura si debba intendere ogni tipo di messa a disposizione, da un professionista ad un consumatore, di contenuti digitali o di servizi digitali.

5. In conclusione, ed in estrema (e forse quasi eccessiva) sintesi, si ritiene di poter affermare che:

- (a) in caso di contratto di vendita o allo stesso equiparato avente ad oggetto un “*bene*” o più beni (secondo la definizione sopra indicata), inclusi i “*beni con elementi digitali*”, si applicherà la disciplina di cui al D.Lgs. 170/2021;
- (b) in caso di contratto di fornitura avente ad oggetto un “*contenuto digitale*” o un “*servizio digitale*”, si applicherà la disciplina di cui al D.Lgs. 173/2021.

Brevi approfondimenti: il D.Lgs. 170/2021

6. Il D.Lgs. 170/2021 ha comportato la sostituzione integrale del capo I del titolo III della parte IV del Codice del Consumo, che regola alcuni aspetti del contratto di vendita di beni tra professionista e consumatore.

In particolare, l'entrata in vigore del citato provvedimento ha comportato – da una parte – la sostituzione degli articoli da 128 a 135 del Codice del Consumo e – dall'altra – l'aggiunta di ben 7 nuovi articoli, da 135-*bis* a 135-*septies*.

7. Come già accennato, le disposizioni del Codice del Consumo così innovate riguardano i contratti di vendita (sia online che offline) – inclusi quelli “*equiparati*” (cfr. par. 3 del presente contributo) – conclusi tra un consumatore ed un venditore professionale relativi ad un “*bene*” (cfr. par. 3 del presente contributo).

8. Le principali novità introdotte dal D.Lgs. 170/2021 riguardano, essenzialmente, la conformità dei beni al contratto (inclusi i rimedi in caso di difetto di conformità e le modalità di esercizio di detti rimedi) e le garanzie convenzionali riconosciute al consumatore.

9. I requisiti di conformità non vengono modificati drasticamente, ma vengono suddivisi in maniera più chiara in due categorie: requisiti soggettivi e requisiti oggettivi. Un bene, affinché sia considerato conforme al contratto, deve dunque soddisfare entrambi i requisiti.

I requisiti soggettivi afferiscono al prodotto specifico proposto dal professionista: il bene, infatti, deve (a) corrispondere a descrizione, tipo, quantità, qualità e possedere la funzionalità, compatibilità, interoperabilità e altre caratteristiche, previste dal contratto di vendita; (b) essere idoneo all'uso particolare richiesto dal consumatore (a condizione che il consumatore l'abbia comunicato al venditore al più tardi al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato); (c) comprendere tutti gli

accessori e le istruzioni, incluse le istruzioni sull'installazione, come previsto dal contratto di vendita; (d) comprendere gli aggiornamenti previsti dal contratto.

I requisiti oggettivi, invece, si riferiscono al bene materiale genericamente inteso: il bene, in altre parole, deve: (a) essere idoneo agli scopi per il quale si impiegano di norma beni dello stesso tipo; (b) se applicabile, possedere le qualità e corrispondere alla descrizione di un campione o modello che il venditore ha messo a disposizione del consumatore prima della conclusione del contratto; (c) se applicabile, essere consegnato insieme agli accessori, inclusi l'imballaggio, le istruzioni di installazione o altre istruzioni, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere; (d) essere della quantità e possedere le qualità e le altre caratteristiche, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza ordinariamente presenti in beni dello stesso tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, data la natura dei beni e tenendo conto di qualsiasi dichiarazione pubblica fatta da o per conto del professionista o di altre persone in precedenti collegamenti della catena di transazioni, incluso il produttore, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura.

10. Se non vengono soddisfatti i requisiti, il professionista non sarà esonerato dalla responsabilità neanche ove dimostri che il consumatore era a conoscenza del difetto e/o non potesse ignorarlo usando l'ordinaria diligenza; secondo il nuovo impianto normativo, infatti, il professionista dovrà provare che il consumatore è stato *“specificatamente informato del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità”* e che il consumatore ha *“espressamente e separatamente accettato tale scostamento al momento della conclusione del contratto”*.

11. Quanto ai *“beni con elementi digitali”*, oltre ai requisiti sopra indicati, il professionista deve garantire che al consumatore siano forniti gli aggiornamenti, compresi quelli di sicurezza, necessari per mantenere i beni conformi al contratto, (i) per il periodo di tempo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi; oppure (ii) se il contratto di vendita prevede una fornitura continua del contenuto digitale o del servizio digitale per un dato periodo di tempo, per un periodo di due anni.

12. Il D.Lgs. 170/2021 non ha invece modificato la disciplina in materia dei beni che necessitano di essere installati. Tuttavia, adesso detta disciplina si estende anche ai *“beni con elementi digitali”*.

Pertanto, qualsiasi difetto di conformità risultante da un'installazione errata è considerato un difetto di conformità quando l'installazione è stata eseguita dal professionista, o sotto il controllo dello stesso, o, anche se effettuata dal consumatore, l'installazione errata è dipesa da carenze o mancanza di chiarezza nelle istruzioni fornite dal professionista o dal fornitore del contenuto o del servizio digitale (nel caso di beni con elementi digitali).

13. Quanto ai rimedi, il decreto legislativo in parola prevede che, in caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto alla riparazione o alla sostituzione del bene. La riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto di vendita sono, tuttavia, rimedi applicabili (a) quando il professionista non ha completato la riparazione o la sostituzione o, ove applicabile, non ha completato la riparazione o la sostituzione entro un periodo ragionevole da quando è stato informato in merito al difetto di conformità, oppure quando il professionista ha rifiutato di ripristinare la conformità dei beni; (b) quando permane un difetto di conformità nonostante il professionista abbia tentato di

ripristinare la conformità dei beni; (c) quando il difetto di conformità è tanto grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto di vendita; o (d) quando il venditore ha dichiarato che non ripristinerà la conformità dei beni entro un termine ragionevole, o senza inconvenienti significativi per il consumatore.

Il consumatore non ha in nessun caso diritto di risolvere il contratto se il difetto di conformità è di lieve entità, con onere della prova a carico del venditore. Può tuttavia rifiutarsi di pagare il prezzo o una parte di esso fino a quando il professionista non abbia rimediato al difetto di conformità.

14. In caso di contratto avente ad oggetto una pluralità di beni, il nuovo art. 135-*quater*, n. 3, del Codice del Consumo precisa che nel caso in cui il difetto di conformità si riferisca solo a uno o alcuni dei beni forniti nell'ambito dello stesso contratto, e vi sia un motivo per la risoluzione del contratto, il consumatore potrà procedere alla risoluzione anche in relazione agli altri beni (anche se conformi) a condizione però che non sia ragionevolmente presumibile la sussistenza di un interesse del consumatore a mantenere nella propria disponibilità i beni non affetti da vizi.

15. Nessuna novità particolarmente rilevante è invece stata apportata al regime di responsabilità del professionista e dell'onere della prova, ad eccezione del fatto che (a) il legislatore italiano – al recepimento della Direttiva, ed a discapito di quanto dalla stessa previsto – ha eliminato l'obbligo del consumatore di denunciare i vizi entro due mesi dalla scoperta; e (ii) il nuovo art. 135 del Codice del Consumo estende ad un anno (anziché i precedenti sei mesi) dalla consegna del bene la presunzione di esistenza dei difetti di conformità già al momento della consegna.

16. In merito alla garanzia convenzionale (opzionale), il nuovo art. 135-*quinques* del Codice del Consumo prevede che debba essere fornita al consumatore su un supporto durevole al più tardi al momento della consegna della merce.

Inoltre, la dichiarazione di garanzia commerciale deve espressamente includere i seguenti elementi: (a) una dichiarazione chiara che il consumatore dispone per legge di rimedi da parte del professionista, a titolo gratuito, in caso di difetto di conformità dei beni e che tali rimedi non sono pregiudicati dalla garanzia commerciale; (b) il nome e l'indirizzo del soggetto che fornisce la garanzia; (c) la procedura che il consumatore deve seguire per ottenere l'applicazione della garanzia commerciale; (d) la designazione dei beni ai quali si applica la garanzia commerciale; e (e) le condizioni di detta garanzia commerciale.

Brevi approfondimenti: il D.Lgs. 173/2021

17. Come sopra accennato, il D.Lgs. 173/2021 si occupa di contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali tra professionista e consumatore.

A tal fine, aggiunge al Codice del Consumo gli articoli da 135-*octies* a 135-*vicies ter*.

18. L'art. 135-*octies* specifica – utilizzando le medesime definizioni introdotte dal D.Lgs. 170/2021 – che le nuove disposizioni si applicano in due ipotesi: (i) al contratto in cui il professionista fornisce, o si obbliga a fornire, un “*contenuto digitale*” o un “*servizio digitale*” al consumatore, e il consumatore paga un prezzo o si obbliga a pagare un prezzo; oppure (ii) al contratto con cui il professionista fornisce o si obbliga a fornire un “*contenuto digitale*” o un “*servizio digitale*” al consumatore e il consumatore fornisce o

si obbliga a fornire dati personali al professionista, a condizione che tali dati non siano trattati dal professionista esclusivamente per l'esecuzione del contratto.

Al contrario, non si applica ai contratti aventi ad oggetto “*beni con elementi digitali*”, applicandosi – in tal caso – la disciplina del D.Lgs. 170/2021.

19. Vengono quindi introdotti due concetti assolutamente innovativi:

(a) il prezzo inteso quale somma di denaro o “*rappresentazione digitale del valore dovuto*”.

Ci si chiede, a tal riguardo, in mancanza di specifica definizione da parte del legislatore, se l'espressione “*rappresentazione digitale del valore dovuto*” debba essere intesa nel medesimo senso di cui all'art. 1, comma 2, lett. qq), del D.Lgs. 231/2007, come modificato dal D.Lgs. 125/2019, ovvero sia come “*rappresentazione digitale di valore non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente*”, in tal caso abilitando l'utilizzo di criptoasset; e

(b) la possibilità che, a fronte del contenuto digitale o del servizio digitale reso, il consumatore fornisca o si obblighi a fornire dati personali al professionista, così introducendo – seppur in maniera non del tutto chiara - il concetto di data monetization, ovvero sia la possibilità che il corrispettivo fornito dal consumatore sia costituito dalla messa a disposizione di dati personali.

Tema, questo, che andrà attentamente approfondito e che nel presente contributo si procederà semplicemente a tratteggiare con riferimento alle innovazioni introdotte, come si vedrà infra.

20. In termini generali, il decreto legislativo in parola si pone l'obiettivo di conferire ai consumatori che siano parte di contratti di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali tutele similari a (o, comunque, allineate con) quelle riservate ai consumatori nell'ambito di contratti di vendita/fornitura “ordinari”.

Vengono ad esempio regolamentati – per la prima volta – la conformità del contenuto o del servizio digitale, i rimedi in caso di difetto di conformità e le modalità di esercizio di tali rimedi.

21. Circa la conformità, a conferma della sostanziale uniformità ricercata dal legislatore, il nuovo art. 135-*decies* del Codice del Consumo indica i requisiti soggettivi e quelli oggettivi che il contenuto o servizio deve possedere per garantire la conformità al contratto.

Quanto ai requisiti soggettivi, il contenuto o il servizio di cui al contratto deve: a) corrispondere alla descrizione, alla quantità e alla qualità previste dal contratto e presentare funzionalità, compatibilità, interoperabilità e le altre caratteristiche previste dal contratto; (b) essere idoneo ad ogni uso particolare voluto dal consumatore e che è stato da questi portato a conoscenza del professionista al più tardi al momento della conclusione del contratto e che il professionista ha accettato; (c) essere fornito con tutti gli accessori, le istruzioni, anche in merito all'installazione e l'assistenza ai clienti, come previsti dal contratto; e (d) essere aggiornato come previsto dal contratto.

Il tutto ai sensi dell'art. 135-*decies* del Codice del Consumo.

Quanto ai requisiti oggettivi, invece, essi comprendono – in estrema sintesi – (a) l'adeguatezza agli scopi per cui un contenuto o servizio digitale del medesimo tipo sarebbe utilizzato; (b) la presenza delle qualità, quantità e caratteristiche di prestazione

che normalmente si trovano per quel tipo di contenuto o servizio e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi; (c) la presenza degli accessori e istruzioni che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere; (d) la conformità all'eventuale versione di prova o anteprima messa a disposizione del consumatore.

22. Il decreto legislativo chiarisce, poi, che in caso di contratti di durata l'obbligo di conformità si estende all'intera durata del contratto.

23. Inoltre, la nuova normativa sancisce che il contenuto o servizio digitale – salvo diverso accordo – devono sempre essere forniti nella versione più recente disponibile sul mercato al momento della conclusione del contratto.

In mancanza di indicazione, ci si chiede se si debba parlare di difetto di conformità.

24. Il neo-introdotta art. 135-*undecies* del Codice del Consumo regola – tra gli altri – gli obblighi di informazione a carico del professionista, tra cui rientrano espressamente quelli relativi agli aggiornamenti (compresi gli aggiornamenti di sicurezza) disponibili per i contenuti o servizi digitali forniti.

25. Gli articoli 135-*septiesdecies* e 135-*octiesdecies* del Codice del Consumo stabiliscono i rimedi riservati al consumatore per la mancata fornitura dei beni da parte del professionista e per i difetti di conformità.

In sintesi, in caso di mancata fornitura, il consumatore ha diritto di risolvere il contratto se il professionista non adempie entro il termine indicato in apposita comunicazione scritta trasmessa dal consumatore (salvo il caso in cui il professionista abbia già dichiarato che non effettuerà la fornitura o quando sia stato concordato un termine essenziale per la fornitura: in tali ipotesi, il consumatore ha diritto di risolvere il contratto senza invio di alcuna comunicazione).

In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino o a una congrua riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto.

Il consumatore può esercitare la risoluzione mediante dichiarazione scritta. In tal caso, il professionista deve rimborsare al consumatore tutti gli importi versati in esecuzione del contratto (al netto del periodo di tempo antecedente la risoluzione in cui il consumatore ha potuto fruire del contenuto digitale o del servizio digitale acquistato). In nessun caso il consumatore è tenuto a pagare per l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale nel periodo precedente la risoluzione del contratto se il contenuto o il servizio non erano conformi.

26. Già da una prima lettura, si capisce immediatamente che tali rimedi creerebbero non pochi problemi con riguardo all'ipotesi in cui il corrispettivo del consumatore per il contenuto o servizio digitale sia costituito da *“dati personali”*.

A ben guardare, infatti, il legislatore, pur dando cittadinanza ad un concetto tanto innovativo, non ne ha chiarito correttamente l'interazione con le restanti norme del Codice del Consumo. Ci si chiede, infatti, come si possa procedere con la congrua riduzione del prezzo in caso di difetto di conformità ove il corrispettivo del consumatore sia stato costituito da dati personali; oppure cosa accada ai dati personali del consumatore in caso di risoluzione del contratto.

Sul punto sarà necessario un chiarimento legislativo o da parte del Garante per la Protezione dei Dati Personali.

27. Il D.Lgs. 173/2021 uniforma, quanto ai termini, la garanzia per contenuti o servizi digitali a quella stabilita per i beni “ordinari”. L’art- 135-*quaterdecies* stabilisce infatti che il professionista è responsabile, oltre che per la mancata fornitura di contenuti o servizi digitali, anche per i difetti di conformità che si manifestano entro 2 anni a decorrere dal momento della fornitura.

Sempre in linea con quanto disposto per i contratti aventi ad oggetto beni “ordinari”, il diritto del consumatore si prescrive decorsi 26 mesi dalla fornitura (salva l’ipotesi di fornitura continuativa: in tal caso, l’azione si prescrive entro 26 mesi dall’ultimo atto di fornitura).

28. Qualche novità rispetto alla disciplina prevista per i beni “ordinari” è stabilita in merito all’onere della prova della conformità. Dovendosi tener conto della indubitabile posizione di favore del professionista (che più facilmente può conoscere i motivi tecnici della mancata fornitura o della non conformità del contenuto o del servizio digitale), l’onere di provare che il contenuto digitale o il servizio digitale era conforme al momento della fornitura (oppure, in caso di fornitura continuativa, nel corso della stessa) è posto a carico del professionista. In presenza di difetto di conformità, il professionista è comunque esonerato dai propri obblighi a condizione che (i) l’ambiente digitale del consumatore non sia compatibile con i requisiti tecnici del contenuto digitale o del servizio digitale, e che (ii) il professionista abbia informato il consumatore di tali requisiti in modo chiaro e comprensibile prima della conclusione del contratto.

29. Ulteriori disposizioni sono introdotte in merito:

- (a) alla possibilità per il professionista di modificare il contenuto digitale o il servizio digitale (se forniti per un periodo di tempo), a determinate condizioni e con facoltà di recesso gratuito da parte del consumatore entro trenta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione con cui il professionista informa della modifica (o, se successivo, dal momento in cui il contenuto digitale o il servizio digitale è stato modificato dal professionista), qualora detta modifica incida negativamente sull’utilizzo o sull’accesso del contenuto o servizio digitale da parte del consumatore;
- (b) al carattere imperativo delle norme introdotte, con specifica circa la nullità di qualsiasi patto volto ad escludere o limitare i diritti riconosciuti al consumatore;
- (c) alla nullità di ogni eventuale clausola contrattuale che, prevedendo l’applicabilità al contratto di una legislazione di uno Stato terzo, privi di fatto il consumatore della protezione assicurata allo stesso;
- (d) al diritto di regresso esercitabile dal professionista nei confronti delle persone responsabili dei difetti di conformità o della mancata fornitura dei contenuti o servizi digitali, qualora essi derivino da un atto o da un’omissione nei passaggi precedenti della catena contrattuale distributiva.

Ontier Italia è a disposizione per fornire chiarimenti in merito all’estensione delle norme analizzate nel presente documento, nonché per assistere nella predisposizione di tutta la documentazione che – a partire dal 1° gennaio 2022 – ne dovrà tenere inevitabilmente conto.

Team:

Avv. Luca Pardo: lpardo@ontier.net

Avv. Giulio Ciompi: gciompi@ontier.net

Ontier Italia

Piazza Cavour, 19

00193 – Roma

Tel.: 06.83975380

Fax: 06.83975383

E-mail: segreteriarm@ontier.net