

Il diritto di recesso nella realtà digitale quale baluardo della tutela del consumatore

di Alessia Tranfo

Title: The right of withdrawal in the digital world as a bastion of Consumer Rights

Keywords: right of withdrawal, service already provided; off-premises contracts.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora in avanti CGUE) decide su quattro questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Amburgo (Amtsgericht Hamburg, Germania) in merito all'interpretazione degli artt. 2, 14, paragrafo 3 e 16, lett. m) della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 in materia di diritti dei consumatori.

La domanda ai sensi dell'art. 267 TFUE viene presentata nell'ambito della controversia instauratasi tra un consumatore tedesco e la PE Digital GmbH, società con sede in Germania, che gestisce una piattaforma online di incontri alla quale è possibile aderire iscrivendosi gratuitamente o previo pagamento di un canone semestrale o annuale. Quest'ultima modalità di abbonamento (c.d. *Premium*) permette di godere di un servizio più completo rispetto alla versione gratuita consentendo all'iscritto di contattare un numero di utenti più ampio. L'ulteriore vantaggio di cui beneficia l'utente *Premium* consiste nell'invio da parte della PE Digital GmbH all'abbonato di una selezione personalizzata di contatti. Detta prima scrematura è frutto dell'elaborazione di un algoritmo che individua affinità e inclinazioni comuni tra gli utenti, sulla base di un profilo di personalità delineato a seguito di un test psico-attitudinale a cui ciascuno viene sottoposto al momento dell'iscrizione. Il ventaglio di proposte di incontri selezionati al principio dell'esecuzione del contratto garantisce così a ciascun utente di prendere contatto fin da subito già con la metà delle proposte di incontri che l'abbonato riceverà per l'intera durata del contratto.

Nel caso di specie, la PE Digital GmbH concludeva un contratto *Premium* della durata di dodici mesi con il consumatore tedesco che veniva dunque informato dal fornitore della piattaforma (i) circa la facoltà di esercitare il diritto di recesso entro quattordici giorni dalla conclusione del contratto (c.d. *ius poenitendi*) e (ii) di dare inizio all'esecuzione del contratto prima del termine del periodo di recesso, previo espresso consenso dell'abbonato.

L'utente tedesco dapprima acconsentiva a che la prestazione iniziasse in pendenza del termine per esercitare lo *ius poenitendi* e, successivamente, considerato che il prezzo pagato per l'iscrizione alla piattaforma si rivelava pari a più del doppio rispetto a quello richiesto ad altri utenti per un contratto della medesima durata, concluso nello stesso anno, il consumatore esercitava il diritto di recesso quattro giorni dopo la sottoscrizione del contratto già in corso di esecuzione. Gli veniva, pertanto, imputato a titolo di spesa per le prestazioni già godute l'importo di una somma pari a metà del canone annuale pattuito per l'abbonamento alla piattaforma.

A seguito dei fatti esposti, il consumatore si rivolgeva al tribunale circoscrizionale di Amburgo per la rifusione dell'intera somma corrisposta alla PE Digital GmbH.

In detto contesto si inseriscono le questioni pregiudiziali sollevate davanti alla CGUE dal tribunale di Amburgo (d'ora in avanti anche "giudice di rinvio") in merito alle condizioni in presenza delle quali è legittimo l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore che ha accettato di iniziare l'esecuzione del contratto in pendenza del termine di recesso (c.d. diritto al ripensamento).

2. – Prima di soffermarsi nel dettaglio sul merito delle questioni pregiudiziali, occorre concentrarsi sul dettato normativo europeo nel cui ambito si svolge il procedimento in esame.

In primis, è opportuno ricordare brevemente la portata innovativa della direttiva 2011/83 (di seguito anche "la Direttiva") che introduce modifiche significative nel quadro normativo previgente (costituito dalle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE). Specificatamente, la Direttiva vanta il merito di non limitarsi a disciplinare i soli contratti di vendita di beni o di fornitura di servizi conclusi a distanza bensì individua un terzo tipo di contratto a distanza, sempre più diffuso, estendendo pertanto l'ambito di applicazione della tutela dei consumatori anche ai contratti aventi ad oggetto contenuti digitali su supporto non materiale.

Un altro profilo di novità attribuibile alla Direttiva risiede nella sua ambizione di armonizzare, nell'ambito dei contratti a distanza, alcuni istituti giuridici chiave del rapporto tra imprese e consumatore, tra i quali vale la pena richiamare gli obblighi informativi in capo al professionista e le modalità di esercizio del diritto di recesso riconosciute al consumatore anche in un momento successivo all'esecuzione del contratto. La Direttiva favoriva così il consolidamento di un mercato unico europeo che al tempo dell'approvazione della stessa, soprattutto in relazione alla tutela dei consumatori, era contraddistinto da un coacervo di norme distinte da Stato a Stato.

A mero titolo esemplificativo, basti pensare che il Real Decreto Legislativo 1/2007 spagnolo a tutela dei consumatori imponeva al professionista di informare già in fase precontrattuale il consumatore della facoltà di recedere *ad nutum*, l'eventuale omissione da parte del professionista comportava la nullità del contratto. Al contrario, nella maggior parte dei Paesi europei (tra cui in Italia e Germania) si adottavano soluzioni meno rigide nei confronti del professionista prevedendo che in caso di omessa informazione sul diritto di recesso il contraente debole avesse diritto a una estensione dei termini per recedere.

Si desume come un panorama così variegato riducesse notevolmente la certezza giuridica per entrambe le parti contrattuali.

Pertanto, sulla base dell'assunto che sia il professionista che il consumatore, soprattutto in caso di contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, dovessero poter fare affidamento su un unico quadro normativo europeo che impedisse di assistere alla frammentazione delle norme nazionali, la Direttiva ambiva a garantire, non più solo un livello minimo di tutela del consumatore, bensì anche una piena armonizzazione dei diritti del contraente non professionista uniforme a livello dell'Unione. Un sistema così architettato differiva notevolmente rispetto al previgente contesto normativo europeo degli anni Novanta che lasciava a ciascuno Stato membro la discrezionalità circa il contenuto minimo di tutela del consumatore, soprattutto in relazione ai contratti a distanza, creando pertanto, un mercato interno all'Unione ove i rapporti commerciali, soprattutto quelli negoziati senza la presenza fisica e simultanea delle parti, dovevano districarsi in un dedalo di normative nazionali eterogenee, talvolta difficilmente compatibili tra loro, che inevitabilmente disincentivavano i rapporti commerciali stessi, e suscitavano

diffidenza nei confronti dei contratti a distanza, ritenuti meno tutelativi per la parte debole del rapporto negoziale.

La Direttiva infatti, da un lato, prendeva atto della discrepanza tra l'incremento dei contratti di vendita a distanza all'interno dei confini nazionali di ciascuno Stato membro e della contestuale mancanza di uno speculare aumento di contratti conclusi con le medesime modalità in contesti transfrontalieri e, dall'altro, evidenziava come il mercato interno dell'Unione dovesse garantire tutele adeguate allo sviluppo di nuovi schemi contrattuali, quali appunto quelli negoziati e conclusi a distanza via internet la cui diffusione già nel 2011 non poteva essere ignorata dall'Unione.

In sintesi, l'armonizzazione di taluni aspetti dei contratti a distanza conclusi dai consumatori diveniva necessaria per diverse ragioni: (i) promuovere un effettivo mercato unico interno al passo con le nuove forme di commercio da coniugare necessariamente col contesto tecnologico della prima decade degli anni Duemila, (ii) favorire il contemperamento tra un elevato livello di tutela della parte più debole del rapporto negoziale, quale il consumatore, e una ragionevole tutela della competitività delle imprese, (iii) salvaguardare comunque il principio di libertà contrattuale che – fermo restando il divieto di comprimere “lo zoccolo duro” dei diritti del consumatore ai sensi dell'art. 25 della Direttiva – sembra lasciare margine per riservare alle parti contrattuali la possibilità di determinare autonomamente se prevedere condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste dal Legislatore europeo, in piena coerenza con quanto disposto nell'art. 3 paragrafo 6 della Direttiva.

Come segnalato dalla *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva 2011/83/UE del 23 maggio 2017*, la Direttiva è stata recepita da ciascuno Stato membro, seppur diciassette Stati abbiano tardato rispetto al termine del 13 dicembre 2013 prescritto dal legislatore europeo.

Le disposizioni sono state accolte negli ordinamenti nazionali pressoché in modo pedissequo senza che si riscontrino in un'ottica comparatistica notevoli differenze da Stato a Stato. Ciò dimostra come la Direttiva abbia soddisfatto le ambizioni del legislatore europeo armonizzando finalmente la disciplina a tutela dei consumatori, in particolare nell'ambito dei contratti a distanza.

Vale invece la pena soffermarsi brevemente sulle diverse tecniche di recepimento della Direttiva: alcuni Stati hanno infatti inserito la normativa europea nella legislazione vigente (è il caso, ad esempio, del codice civile BGeB tedesco o della Ley n. 3/2014 spagnola che modifica il previgente testo legislativo a tutela dei consumatori), altri hanno adottato un nuovo atto legislativo che ha recepito la direttiva quasi alla lettera (come nel caso della legge federale austriaca BGB 33/2014), mentre alcuni hanno optato per una soluzione mista (come in Italia ove la Direttiva è stata recepita in un testo *ad hoc*, ossia dal d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 2, con cui successivamente è stato emendato il codice del Consumo).

3. – Discende dalle esigenze appena descritte il dettato dell'art 14 della Direttiva – oggetto delle questioni pregiudiziali su cui verte la pronuncia in esame – che, considerata la necessità di evitare che i diversi termini di recesso vigenti in ciascuno Stato membro per i contratti a distanza si rivelassero causa di incertezza giuridica e di inutili costi di adempimento per le imprese, imponeva l'adozione di un medesimo termine di recesso pari a quattordici giorni uniforme in ciascuno Stato membro da applicarsi a tutti i contratti a distanza e ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali (detto termine veniva recepito in Italia con il già citato d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 che estendeva da dieci a quattordici giorni i termini per l'esercizio del c.d. “ripensamento”; differentemente in Germania non è stato necessario apportare alcuna modifica sotto al profilo del termine di recesso in

quanto la normativa di cui all'art. 356, paragrafo 3, del codice civile tedesco già prescriveva un termine analogo a quello indicato dalla Direttiva).

Come anticipato, tra le altre innovazioni della Direttiva spiccano gli obblighi informativi precontrattuali in base ai quali, tra gli altri, vale la pena citare, ai fini dell'esame della pronuncia in commento, l'obbligo del professionista di informare il consumatore circa la sua facoltà di richiedere espressamente su supporto durevole che l'esecuzione del contratto abbia inizio nelle more del periodo di recesso (art. 14, paragrafo 3 della Direttiva). Qualora il consumatore receda dal contratto, pur avendo richiesto l'immediata esecuzione della prestazione, prima ancora che siano spirati i termini per recedere, l'impresa matura il diritto di imputare al recedente spese pari al valore delle prestazioni già svolte a titolo di indennità compensativa.

Detto prezzo, che il consumatore dovrebbe riconoscere all'impresa, è legittimo ai sensi della Direttiva solo se "proporzionale" al prezzo del contratto, pertanto, solo se calcolato sulla base del prezzo totale concordato in sede di conclusione del contratto. Tuttavia, la Direttiva prevede l'ipotesi secondo cui il prezzo totale risulti eccessivo, in tal caso l'importo proporzionale sarebbe calcolato sulla base del valore di mercato di quanto è stato fornito (art. 14, paragrafo 3).

La Direttiva intende quindi fornire i criteri in presenza dei quali il professionista ha diritto al pagamento delle prestazioni erogate e fruite dal consumatore recedente.

Vale infine la pena soffermarsi brevemente sull'ambito di applicazione del diritto di recesso secondo lo schema individuato dalla Direttiva.

Se, da un lato, la normativa europea prevede la fattispecie del recesso *ad nutum* esercitato entro i termini di quattordici giorni e ammette l'esecuzione delle reciproche prestazioni *medio tempore*, dall'altro, ammette casi eccezionali in cui viene escluso tale diritto.

Si annovera tra le eccezioni più interessanti quella che rileva ai fini dell'esame della pronuncia in commento, infatti, è stabilita all'art.16, lett. m) della Direttiva l'esclusione del diritto di recesso ai contratti, già eseguiti almeno parzialmente, di fornitura di un contenuto digitale erogato mediante supporto non materiale – a condizione che l'esecuzione sia iniziata con accordo del consumatore e, previa accettazione da parte di quest'ultimo dell'estinzione del diritto di recesso. Ciò renderebbe più liberi i commerci in ambito digitale senza che il consumatore sia investito di quel potere di ripensamento che in altri contratti a distanza sarebbe ammesso proprio per consentirgli una serena ponderazione circa l'opportunità del negozio concluso.

Giova ora analizzare, seppur brevemente, il tema della qualificazione dei contratti a contenuto digitale quali autonoma fattispecie negoziale.

La Direttiva fa confluire infatti nell'ambito del contratto di vendita solo l'ipotesi di contenuti digitali forniti per il tramite di un supporto fisico (CD, DVD, prodotti usb, etc.) che si riconduce quindi al concetto più ampio di "bene"; al contrario, qualora il contenuto digitale sia erogato senza l'ausilio di un supporto materiale (tramite *download*, *online*, etc.), in assenza di un bene, non può parlarsi di contratto di vendita.

Pertanto, ragionando *a contrariis* saremmo indotti a qualificare il negozio avente ad oggetto un contenuto digitale tra i contratti di servizi. Tuttavia, il legislatore europeo ha preferito optare per una diversa soluzione: secondo la normativa europea il contratto di fornitura di servizi digitali integra una figura contrattuale a sé a cui si applica la Direttiva, seppur riservando – come si è detto pocanzi – una disciplina particolare per questa categoria di contratti limitatamente al recesso del consumatore (art. 16, lett. m)).

A riprova di quanto sopra, sia sufficiente la lettura dell'art. 9 della Direttiva che in tema del computo del *dies a quo*, a far data dal quale si calcola il termine per esercitare il diritto di recesso del consumatore, distingue i contratti a contenuto

digitale su supporto non materiale dai contratti di servizi. Pur stabilendo per entrambe le fattispecie contrattuali che il termine per esercitare il recesso decorra dal giorno della conclusione del contratto, il legislatore europeo ha preferito evitare di ricondurre le due categorie sotto un'unica qualificazione giuridica e ha individuato nei contratti a contenuto digitale un *tertium genus*.

Non può negarsi la lungimiranza della Direttiva in esame che scorporando i contratti a contenuto digitale dai contratti di servizio ha finalmente permesso di pavimentare la strada per il consolidamento di un mercato europeo unico digitale il cui perfezionamento ad oggi è ancora in corso (recentemente si è addivenuti a un ulteriore passo verso riconoscimento di una disciplina dettagliata ai sensi delle direttive 2019/770/UE e 2019/771/UE) e non sarebbe stato percorribile senza l'apporto della Direttiva.

4. – Ciò premesso, il Tribunale di Amburgo adito dal consumatore tedesco, nell'ambito della vicenda da cui ha originato la pronuncia in esame, riteneva che qualora la prestazione oggetto del contratto fosse costituita da diverse prestazioni parziali fornite in momenti diversi nell'arco della durata del contratto, fosse necessario tener conto della durata di ciascuna prestazione parziale ai fini del calcolo dell'importo della compensazione dovuta al professionista. Il giudice di rinvio riteneva che la trasmissione del profilo di personalità all'inizio dell'esecuzione del contratto si sarebbe potuta qualificare come prestazione parziale distinta, nel contesto di una fornitura di un contratto a contenuto digitale non fornito su supporto materiale.

Detta circostanza avrebbe imposto di applicare le disposizioni del codice civile tedesco in base ai quali il diritto di recesso “si estingue qualora il professionista abbia iniziato a eseguire il contratto, a condizione che il consumatore abbia confermato in occasione della conclusione del contratto di prestare il consenso a che il professionista esegua la prestazione nelle more del termine per l'esercizio del recesso e, pertanto, acconsenta a perdere il suo diritto di recesso al momento in cui viene eseguito il contratto” (art. 356, paragrafo 5, cod. civ. ted.).

Il giudice di rinvio riconosce dunque che siffatto sillogismo porterebbe a limitare il diritto di recesso del consumatore precludendogli di esercitare un diritto irrinunciabile riconosciuto dalla Direttiva.

Peraltro, secondo il giudice di merito tedesco il prezzo pagato dal consumatore per il godimento dei servizi erogati dalla piattaforma digitale (nel caso di specie, pari al doppio rispetto a quello fatturato ad altri utenti per la medesima prestazione) non potrebbe ritenersi eccessivo e sproporzionato fintanto che non raggiunga o superi il valore di mercato del servizio fornito.

In questo conteso si incardina la domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal giudice di rinvio tedesco con ben quattro questioni riassumibili in due interrogativi: a) quali siano i criteri attraverso i quali il professionista è legittimato a chiedere un importo proporzionato in caso di recesso intervenuto in un momento successivo all'inizio dell'esecuzione del contratto e antecedente al decorso del termine di “ripensamento”; b) se possa qualificarsi come fornitura di un contenuto digitale il servizio fornito da una piattaforma online di incontri.

5. – In particolare, con la prima questione sollevata dalla CGUE il giudice di rinvio chiede sostanzialmente quali criteri debbano essere impiegati per interpretare l'art. 14, paragrafo 3 della Direttiva secondo cui il consumatore recedente deve pagare al professionista “un importo proporzionale”, in caso di svolgimento della prestazione prima del decorso dei termini per recedere.

È d'uopo in questa sede sottolineare come siffatto richiamo al principio di proporzionalità lasci al professionista ampio margine discrezionale nella

determinazione degli importi dovuti dal consumatore recedente, indebolendo la posizione di quest'ultimo che potrebbe infatti vedersi imposto il pagamento di una somma ben superiore al valore della prestazione ricevuta, in ragione del fatto che il prezzo della prestazione *ab origine* pattuita potrebbe includere una serie di vantaggi e la soddisfazione di interessi, non sempre quantificabili economicamente, che sarebbero conseguiti solo dall'integrale esecuzione del contratto e che, pertanto, contribuivano a determinare il prezzo della prestazione nella sua interezza. Si pensi alle ipotesi di contratti che, oltre ad una prestazione di fare, includono la trasmissione di un *know how* al consumatore al termine dell'esecuzione del contratto. Il prezzo del contratto include inevitabilmente anche quest'ultimo profilo e, in caso di recesso del consumatore pochi giorni dopo la conclusione del contratto, il professionista sarebbe – almeno a una prima lettura della norma – legittimato dal principio di proporzionalità a richiedere al consumatore una somma superiore rispetto al valore effettivo della prestazione che, poiché erogata solo in minima parte in un arco temporale strettamente limitato, difficilmente potrebbe aver incluso la trasmissione del *know how*.

Davanti al quesito in esame la Corte ravvisa che possano paventarsi due soluzioni alternative. Il tema è rilevante ai fini della tutela del consumatore recedente che si potrebbe vedere imputate quote calcolate in forza dell'insieme delle prestazioni previste dal contratto in base al criterio *pro rata temporis* o, in alternativa, quote calcolate prendendo in considerazione il fatto che una determinata prestazione oggetto del contratto sia stata interamente goduta dal consumatore prima del recesso e pertanto il suo valore debba essere corrisposto al professionista.

La Corte richiama la giurisprudenza degli ultimi anni in tema di equilibrio tra i diritti del consumatore, meritevole del più alto grado di tutela in quanto parte debole del rapporto, e la salvaguardia della competitività tra le imprese suggerendo dunque una soluzione che persegua il bilanciamento tra i due interessi.

Se, da un lato, è vero che in linea di principio la quota che il consumatore dovrebbe riconoscere al professionista dovrebbe tenere conto della prestazione principale e delle prestazioni accessorie, strumentali a quella principale, il cui valore complessivo corrisponde al prezzo per le prestazioni fornite; dall'altro, è altrettanto vero, che solo qualora il contratto preveda che una o più prestazioni siano erogate sin dal principio in modo distinto, a un prezzo pagato separatamente, il professionista dovrebbe tenere in considerazione il valore della singola prestazione eseguita prima del recesso, difficilmente altrimenti il valore della prestazione svolta si potrebbe incorporare dalle altre prestazioni non erogate, individuando l'esatto valore della parte di contratto concretamente adempiuta.

Orbene, la CGUE statuisce che l'art. 14, paragrafo 3 debba essere interpretato nel senso che per determinare la quota proporzionale che il consumatore deve pagare in caso di recesso, occorso a prestazione già iniziata, debba valutarsi l'insieme di tutte le prestazioni oggetto del contratto e calcolare l'importo dovuto *pro rata temporis*. Solo nell'ipotesi che il contratto concluso preveda una prestazione da svolgere integralmente fin dall'inizio del contratto, a un prezzo pagato separatamente, la CGUE consente al professionista di richiedere al consumatore recedente un importo pari all'intero prezzo previsto per simile prestazione.

Nuovamente la CGUE conferma il principio già sotteso alla Direttiva stessa in base al quale è accordata al consumatore un livello di tutela pieno e armonizzato sotto al quale non è possibile scendere, pur preservando l'esigenza di bilanciare le istanze di protezione del contraente debole con le esigenze di buon funzionamento del mercato.

6. – Assunto che la Corte di Lussemburgo abbia chiarito cosa si intenda per “importo proporzionale” dovuto dal consumatore recedente al professionista che già aveva iniziato l’esecuzione della prestazione, evidenziando come l’ammontare richiesto dall’impresa non possa che essere computato *pro rata temporis*, la domanda pregiudiziale si spinge oltre e chiama la CGUE ad interpretare l’art. 14, paragrafo 3 della Direttiva, limitatamente alla parte in cui prevede casi eccezionali per i quali non è possibile individuare l’importo dovuto sulla base del prezzo totale del contratto in quanto quest’ultimo si rivela eccessivo.

Il giudice di rinvio si rivolge alla Corte al fine di individuare secondo quale criterio debba essere interpretato l’art. 14, paragrafo 3 per valutare se il prezzo totale sia definibile “eccessivo” e pertanto non impiegabile come meccanismo per calcolare gli importi dovuti dal consumatore al professionista.

Subentra quindi nelle ipotesi di prezzo del contratto eccessivo un criterio sussidiario rispetto al principio di proporzionalità, si tratta di un meccanismo che permetterebbe all’interprete di svincolarsi dalle condizioni contrattuali pattuite tra le parti e che trova fuori dalla fattispecie contrattuale la chiave per individuare l’ammontare di quanto dovuto dal consumatore al professionista. Si tratta del criterio del “valore del mercato della prestazione erogata dal professionista” individuato dall’art. 14, 3 paragrafo della Direttiva come noma di chiusura, qualora il valore del contratto sia eccessivo al punto tale da non poter coadiuvare l’interprete nel computo dell’importo dovuto dal consumatore recedente al professionista per le prestazioni già svolte.

In merito a quesito in esame la CGUE richiama il considerando 50 della Direttiva secondo cui il prezzo di mercato deve essere definito “confrontando il prezzo di un servizio equivalente fornito da altri professionisti al momento della conclusione del contratto” e lo arricchisce di un ulteriore dettaglio interpretativo. La Corte, infatti, ritiene che, al fine di valutare l’esatto valore del mercato della prestazione, non sia sufficiente affidarsi all’operato e alle condizioni contrattuali di altri professionisti per un servizio di analoga natura ma occorra altresì considerare il prezzo del servizio offerto dallo stesso professionista in questione ad altri consumatori, per un servizio analogo, concluso nello stesso momento storico.

La CGUE impone quindi di contestualizzare il rapporto commerciale e di procedere a una doppia verifica che imponga di valutare sia il comportamento di altri professionisti del medesimo settore sia quello dello stesso professionista nei confronti di altri consumatori.

In sintesi, il legislatore europeo esclude che il consumatore recedente debba corrispondere al professionista un importo a titolo di risarcimento danno o a titolo di penale per il recesso *ad nutum*, inoltre, offre al consumatore un rimedio per dimostrare che il prezzo totale non coincida con il valore di mercato di un contratto di servizi delle stesse qualità. La norma così interpretata consente di ristabilire l’equilibrio del sinallagma, sbilanciato in sede di conclusione del contratto ove si è accordato un prezzo ben superiore alla media, ma che torna in asse almeno in occasione del computo degli importi relativi a prestazioni svolte prima dell’esercizio del recesso.

Resta, tuttavia, ferma ancora oggi l’assenza di una prescrizione normativa che imponga al professionista di informare il consumatore circa i casi in cui il prezzo del contratto è superiore al valore di mercato.

7. – L’ultima questione su cui la CGUE si pronuncia verte sull’interpretazione dell’art. 16, lett. m) della Direttiva secondo cui il diritto di recesso è escluso per i contratti di fornitura di contenuti digitali erogati senza un supporto materiale, qualora l’esecuzione della fornitura del servizio sia già iniziata in accordo con il consumatore che, pertanto, ha accettato espressamente di rinunciare al diritto di recesso.

In altre parole, la Direttiva non permette al consumatore di servizi digitali di provare il servizio e, contestualmente, conservare il diritto di recesso. Ai sensi della normativa europea, dunque, l'inizio del download o dello streaming di un file video o audio è sufficiente ad integrare l'art. 16, lett. m) in quanto il consumatore perde il diritto di recesso qualora richieda l'immediata fruizione della prestazione e acconsenta a rinunciare al proprio diritto di ripensamento.

La norma in esame rileva ai fini del procedimento principale in quanto un'interpretazione estensiva potrebbe indurre ad escludere il diritto di recesso per il consumatore tedesco qualora la prestazione erogata dalla PE Digital GmbH, prima del recesso dell'abbonato, fosse da sola sufficiente a integrare la fattispecie di contratto di fornitura di servizio digitale alla quale dunque si applicherebbe la limitazione di cui all'art. 16, lett. m) della Direttiva.

La Corte non coglie l'occasione per offrire una panoramica più ampia di nozione di "contenuto digitale" rispetto a quella fornita dalla normativa europea e con argomentazioni scarse, dapprima, richiama l'art. 2, punto 11 della Direttiva in merito alla definizione, già di per sé poco esaustiva, di contenuto digitale inteso come "i dati prodotti e forniti in formato digitale" e successivamente rimanda al Considerando 19 della Direttiva che esemplifica quali casi integrino la figura negoziale del contratto di fornitura di contenuti digitali specificando che "si tratta di dati e prodotti forniti in formato digitale quali programmi informatici, applicazioni, giochi, musica, video, testi, a prescindere dal mezzo con cui avvenga l'accesso a tali dati".

La CGUE avrebbe potuto sfruttare l'occasione della domanda pregiudiziale in esame per fare chiarezza su quali criteri distintivi possano rivelarsi utili per definire un servizio "a contenuto digitale", soprattutto in ragione della scarsità della definizione offerta dal legislatore europeo.

Considerato che l'art. 2, punto 11 stabilisce che un contenuto digitale è tale solo se il professionista "produce e fornisce dati in formato digitale", la Corte rileva che un sito di incontri si limita a consentire all'iscritto di "creare, memorizzare, accedere a dati digitali caricati da altri consumatori" che non sono di fatto "prodotti" dal professionista. Pertanto, una piattaforma digitale di incontri non è secondo la Corte suscettibile di per sé alla fattispecie dei contratti a distanza di fornitura di contenuti digitali ai sensi dell'applicazione dell'art. 16, lett. m) della Direttiva letto in combinato con l'art. 2 e il Considerando 19 della Direttiva.

Alla luce di queste considerazioni sembra che la Corte escluda che possa negarsi al consumatore tedesco il diritto di recesso sulla base della convinzione che l'abbonamento a un sito di incontri integri la fattispecie dei contratti digitali su supporto non materiale a cui si applicherebbe l'art. 16, lett. m) della Direttiva. Pertanto, nei casi di contratti a distanza di fornitura di un servizio di incontri non deve essere ammessa alcuna limitazione all'esercizio di recesso.

Sulla base delle stesse argomentazioni, la CGUE liquida brevemente un ulteriore aspetto della questione. Si ricorderà che il sito di incontri forniva agli abbonati Premium un accurato profilo psicologico, in pendenza del termine di recesso riconosciuto al consumatore avviando pertanto l'esecuzione della prestazione di fornitura del servizio.

Ciò potrebbe ingenerare il dubbio che la trasmissione di un profilo della personalità tramite una piattaforma digitale integri la fattispecie del contenuto digitale.

La Corte preferisce percorrere una altra strada e dichiara che l'art. 16, lett. m) della Direttiva non debba essere interpretato nel senso che la redazione di un profilo basato sui test di personalità trasmesso tramite una piattaforma web possa integrare la fattispecie di "contenuto digitale" e comportare la limitazione di un diritto del consumatore quale quello del recesso.

8. – Non sorprende che la CGUE abbia preferito limitarsi timidamente a sostenere come le disposizioni del diritto dell'Unione che hanno carattere derogatorio, e in particolare quelle che limitano diritti concessi a fini di protezione e garanzia, non possano lasciare spazio ad un'interpretazione che vada oltre le ipotesi espressamente previste dal dettato normativo, almeno nei casi in cui una tale interpretazione restrittiva non pregiudichi l'effetto utile della limitazione così stabilita e ne disconosca la finalità.

La Corte anche in occasione della sentenza in esame conferma un orientamento ben consolidato secondo cui qualsiasi limite all'esercizio di un diritto riconosciuto alla parte debole del rapporto sinallagmatico richieda necessariamente un'interpretazione restrittiva che non ampli le maglie del dettato letterale normativo, evitando così di intaccare quella soglia di tutela minima garantita al consumatore dalla Direttiva oggetto della questione pregiudiziale.

La pronuncia annotata si pone in assoluta continuità con le precedenti. Ricorre infatti nella giurisprudenza della Corte l'assunto secondo cui la determinazione del significato e della portata dei termini per i quali il diritto comunitario non fornisce adeguata definizione vada operata "conformemente al senso abituale delle parole nel linguaggio corrente, tenendo conto al contempo del contesto in cui i termini sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte". Qualora tali termini ricorrano, come nel caso dell'espressione "contenuti digitali", nell'ambito di una disposizione che costituisce una deroga ad un principio o, più specificamente, a norme comunitarie dirette a tutelare i consumatori, la Corte ha sempre caldeggiato una interpretazione restrittiva (*ex multis*, sent. del 14 maggio 2020, NK C – 208/19; sent. 10 marzo 2005, Easycar Ltd C-336/03; sent. 18 gennaio 2001, Spagna C-83/99).

9. – In conclusione, il diritto di recesso come configurato dalla Direttiva, recepito in tutti gli Stati membri e interpretato dalla Corte, consente al contraente non professionista di godere di un diritto di ripensamento uniforme a prescindere dalla legge applicabile al contratto stipulato, derogando al principio "*pacta servanda sunt*". Non sfuggiranno i risvolti pratici di detta affermazione in un contesto in cui i rapporti giuridici sono sempre più imprescindibilmente legati al mondo del web.

Nella contrattazione a distanza e, in particolare in quella di servizi digitali, è necessario poter garantire il riequilibrio dell'asimmetria tra professionista e consumatore la cui debolezza contrattuale consta, da un lato, nella mancanza di una organizzazione strutturata e articolata come quella del professionista e, dall'altro, nelle modalità stesse di conclusione del contratto contraddistinte dalla rapidità, dalla impossibilità di conoscere e sperimentare il servizio o il bene prima dell'acquisto, dalla carenza di dimestichezza con gli strumenti telematici, dalla difficoltà in cui versa il consumatore che difficilmente sarà nelle condizioni di preconstituirsì una prova utilizzabile in giudizio per far valere un proprio diritto.

Il diritto di ripensamento si rivela così lo strumento con cui proteggere la volontà contrattuale del consumatore in una fase successiva alla conclusione del contratto, quando apparentemente la volontà contrattuale dovrebbe già essere stata ingessata dall'accordo stipulato.

Con ciò non si intendono ignorare tutti i meccanismi a tutela della fase precontrattuale, quali il principio di buona fede richiesto al momento della formazione della volontà contrattuale o le tutele relative ai casi di errore, violenza o dolo nell'espressione del consenso. Tuttavia, il diritto di recesso, come inteso dalla Corte, e perciò limitabile solo in circostanze previste espressamente dal legislatore, consente di sopperire al carattere meno incisivo e immediato dei rimedi civilistici inerenti alla responsabilità precontrattuale, in quanto impatta fin da subito sul rapporto contrattuale sciogliendolo senza che occorra attendere gli esiti di un

eventuale fase giudiziale che attesti la possibile responsabilità del professionista, rafforzando così notevolmente la tutela del consumatore.

Alessia Tranfo
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Genova
Alessia.tranfo@edu.unige.it