



3 MAGGIO 2023

L'evoluzione del consumatore nell'era del digitale

di Vittoria Sveva Zilia Bonamini Pepoli

Dottoranda di ricerca in Diritto e impresa
Università Luiss Guido Carli

L'evoluzione del consumatore nell'era del digitale*

di Vittoria Sveva Zilia Bonamini Pepoli

Dottoranda di ricerca in Diritto e impresa

Università Luiss Guido Carli

Abstract [It]: Nel contributo si analizza brevemente l'evoluzione della privacy e della privacy by design per poi concentrarsi sulla nozione di consumatore medio e sulla sua evoluzione nell'era del digitale. In particolare, la definizione di consumatore medio, quale soggetto informato, attento e avveduto, si evolve di fronte al mercato digitale, dove l'utente diventa un soggetto responsabile, informato e in grado di far dialogare la propria intelligenza critica con quella artificiale. L'idea di un consumatore digitalmente responsabile e adeguatamente informato risulta essenziale nell'avvento di nuovi servizi posti sul mercato digitale, quale, ad esempio, Whatsapp Pay.

Title: The evolution of the consumer in the digital era

Abstract [En]: The article analyses the evolution of privacy and privacy by design and then focuses on the notion of the average consumer and its evolution in the digital era. In particular, the definition of the average consumer, as an aware and wise subject, evolves in the face of the digital market, where the user becomes a wise, informed subject, able to make his critical intelligence dialogue with the artificial one. The idea of a digitally responsible and adequately informed consumer is essential in the advent of new services on the digital market, such as, for example, Whatsapp Pay.

Parole chiave: privacy; privacy by design; GDPR; consumatore digitale; consumatore medio

Keywords: privacy; privacy by design; GDPR; digital consumer; average consumer

Sommario: 1. Introduzione. 2. La privacy come diritto fondamentale e la privacy by design. 3. Il consumatore medio nell'era del digitale. 3.1. L'innovazione tecnologica e l'evoluzione del consumatore medio. 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel 1996, John Perry Barlow¹ apriva la Dichiarazione d'indipendenza del Cyberspazio invitando i governi del mondo industriale, «stanchi giganti di carne e d'acciaio» a lasciare in pace coloro che venivano dal «Cyberspazio, la nuova dimora della mente» dove i governi del mondo industriale non avrebbero avuto sovranità².

L'affermazione di Barlow esprimeva l'orgoglio che la nuova era e l'avvento del mondo digitale portavano con sé. Il sentimento profondo che traspare è la volontà e la speranza di dare vita a una rete di comunicazione libera, definibile quasi come “anarchica”.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ J. Perry Barlow è stato un poeta, saggista ed attivista statunitense. È anche noto per essere stato un difensore delle libertà digitali ed uno dei membri fondatori della organizzazione internazionale no profit *Electronic Frontier Foundation*.

² «Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather».

È proprio l'essenza della libertà digitale che dovrà poi scontrarsi con la realtà. Difatti, il Cyberspazio quale espressione di libertà pura sarà, al contrario, oggetto di regolazione per permettere alle libertà individuali di coloro che “vi dimorano” di essere tutelate.

La cultura digitale nasce con il *World Wide Web* che comincia a svilupparsi a partire dagli anni 60 quando, negli Stati Uniti, iniziano a prendere forma i primi progetti relativi alla rete Internet. Le innovazioni e le tecnologie che ne scaturiscono danno vita al primo uso delle informazioni, attraverso le reti informatiche, costituite da computer collegati tra loro e in grado di condividere risorse hardware, ovvero le periferiche accessibili dai computer che formano la rete, e le risorse software, ovvero i programmi ed i file archiviati nelle memorie di massa dei terminali.

La rete di computer permette, quindi, sia l'elaborazione di dati che la comunicazione tra gli utenti, agevolando lo scambio di informazioni.

Dalla nascita del mondo digitale e del Web iniziano i primi scambi di informazioni, frutto dell'elaborazione dei dati effettuata dai computer. Le informazioni così scambiate possono essere di varia natura ma, ciò che qui importa, è il valore che le stesse assumono a mano a mano che si estende il processo d'industrializzazione digitale nei vari paesi del mondo.

L'articolo si propone di fare una disamina generale sugli aspetti che riguardano il possibile ingresso e utilizzo del servizio Whatsapp Pay, già in uso in India. In particolare, si analizza brevemente l'evoluzione della privacy fino a giungere al GDPR e alla privacy by design soffermandosi poi sulla nozione di consumatore medio, partendo dal diritto europeo fino al mancato recepimento della definizione data dalla direttiva 29/2005 nel codice del consumo italiano. Nei paragrafi successivi si tratterà: la privacy come diritto fondamentale e la privacy by design, per poi analizzare il possibile utilizzo del servizio di Whatsapp Pay in Italia e le eventuali problematiche che si potrebbero incontrare dal punto di vista dell'evoluzione della nozione di consumatore nell'era del digitale.

2. La privacy come diritto fondamentale e la privacy by design

Alla fine dell'800 due giovani avvocati di Boston, Samuel Warren e Louis Brandeis, partendo dallo *jus solitudinis* - ovvero *right to be let alone* - coniarono il termine giuridico privacy, con un saggio pubblicato nel dicembre del 1890 dalla *Harvard Law Review*. È evidente come il termine privacy anticipi la nascita del mondo digitale poiché coniato a seguito della pubblicazione di articoli di giornale invadenti, che riguardavano la vita privata di Samuel Warren e di sua moglie Mabel Wayard.

Ebbene, la nozione originaria di privacy - così come definita nel saggio di Warren e Brandeis - riproduceva lo schema del diritto alla proprietà privata che esclude gli altri, a meno che non siano legittimati a entrare. La rivoluzione digitale ha trasformato ed evoluto la nozione di sfera privata, riguardo sia alle informazioni

in uscita che a quelle in entrata, attraverso un gioco di scambi sempre più immediato ma non sempre controllato.

È così che nasce la necessità di regolare questo scambio di dati, a tutela degli utenti o, per usare una definizione propria della “Dichiarazione d’indipendenza” di J. Perry Barlow, degli abitanti del Cyberspazio.

Con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)³ sorge il problema della privacy come diritto fondamentale e del suo collocamento in un quadro normativo di riferimento.

L’art. 8 Cedu tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁴ quale diritto alla riservatezza per sé e per la propria famiglia. Sempre in Europa, nel 1981 fu adottata la Convenzione 108 di Strasburgo che interpretava, allargava e dava nuove basi giuridiche alla privacy attraverso il riconoscimento del diritto alla riservatezza come diritto fondamentale e di quello alla protezione dei dati personali come condizione essenziale di libertà⁵. Si ha una distinzione tra il diritto alla riservatezza, alla propria vita personale e familiare e il diritto alla protezione dei dati personali, che è cosa ben diversa dalla privacy⁶. Tale distinzione trova ulteriore riconoscimento nella Carta di Nizza, agli articoli 7 e 8 riguardanti il primo, il diritto alla riservatezza e il secondo il diritto alla protezione dei dati personali. In effetti, come visto nella parte introduttiva, seguendo l’evoluzione del concetto di privacy - da quella ‘giornalistica’ a quella informatica e digitale - il legislatore nazionale ed europeo ha effettuato un’ulteriore biforcazione tra la privacy, quale diritto alla riservatezza che non può che dipendere dalla volontà del singolo di non rivelare informazioni relative alla propria vita privata, e la protezione dei dati personali, che riguarda un momento successivo, ovvero quello in cui il singolo ha rinunciato alla sua privacy.

³ *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Roma 04.11.1950.

⁴ art. 8 Cedu Diritto al rispetto della vita privata e familiare:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁵ All’art. 1 della Convenzione 108/1981 si afferma che «Scopo della presente Convenzione è quello di garantire, sul territorio di ogni Parte, ad ogni persona fisica, qualunque siano la sua cittadinanza o residenza, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, ed in particolare del diritto alla vita privata, nei confronti dell’elaborazione automatizzata dei dati di carattere personale che la riguardano ("protezione dei dati")».

⁶ A seguito della Convenzione di Strasburgo, a livello europeo fu emanata la direttiva europea n. 46 del 1995 che è considerata come la base della protezione dei dati e del rispetto della privacy a livello europeo, tanto da essere soprannominata “direttiva madre della privacy”.

Quanto appena detto dimostra l'evoluzione della tutela e del concetto di riservatezza, attraverso un percorso connotato da tre diverse tappe: l'individuo che vuole essere lasciato solo, la protezione dei dati personali e, infine, la loro circolazione.

La tutela dei dati personali può essere metaforicamente rappresentata attraverso la nozione di “corpo elettronico”⁷, quale entità disincarnata dell'individuo, bisognosa di essere tutelata. Così, dall'*habeas corpus*, dal quale si è sviluppata la libertà personale, si passa all'*habeas data*, quale forma di estrinsecazione della prima, sottoposta però, per la maggiore libertà con la quale viaggiano i dati, a un controllo riconosciuto sia all'individuo che a soggetti esterni quali le Autorità Indipendenti (art. 8.3 Carta di Nizza). Nell'alveo di questo cambiamento, l'UE ha emanato un regolamento per creare uniformità normativa nell'ambito della protezione dei dati.

Il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati⁸ è entrato in vigore nel maggio 2018, con conseguente adattamento del Codice della Privacy - d.lgs. 196/2003 - alla nuova normativa. In seguito all'entrata in vigore del nuovo Regolamento in materia di dati personali – d'ora in poi GDPR - la direttiva 95/46/CE viene abrogata.

Il nuovo Regolamento raccoglie l'esperienza europea degli ultimi anni, con particolare riferimento agli approdi giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea e, in particolare, alla progressiva trasformazione del rapporto delle istituzioni europee in tale ambito passando da una normativa europea sulla libera circolazione dei dati personali prevalentemente *market-driven* a una prospettiva diversa, orientata principalmente alla tutela dei diritti fondamentali⁹.

Nell'ambito di questo articolo ci si vuole soffermare sulla privacy, con particolare attenzione alla privacy by design, sulla sua evoluzione, applicazione pratica e sul rispetto che ne viene fatto da parte dei social network con particolare attenzione al possibile, futuro utilizzo del servizio Whatsapp Pay.

La privacy by design nasce a livello dottrinale¹⁰ per poi affermarsi a livello internazionale come principio¹¹ ed essere codificata a livello europeo nel GDPR.

Il principio prevede l'incorporazione delle regole e dei valori della privacy fin dalla progettazione dei prodotti e dei servizi. Il significato stesso di privacy by design aspira a ridefinire la privacy per tutelare la

⁷ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete, quali i diritti quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁹ M. BASSINI, *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in *Quad. cost.*, n. 3/2016, p. 588.

¹⁰ La definizione viene coniata da Ann Cavoukian.

¹¹ Nel 1979, nel corso della trentaduesima Conferenza mondiale dei Garanti della Privacy il concetto di privacy by design assume la rilevanza di principio internazionale.

riservatezza e la privacy *ex ante*, con misure adeguate al caso concreto che garantiscano la sicurezza nella raccolta e nel trattamento dei dati ponendo al centro l'utente/consumatore¹².

Al capo quarto del GDPR, in materia di obblighi generali del titolare¹³ e del responsabile del trattamento¹⁴, si trova l'art. 25 rubricato «Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita». Come evidenziato dal tenore letterale della norma, il titolare del trattamento dei dati deve mettere in atto tutte le misure tecniche e organizzative che siano adeguate ad assicurare una protezione dei dati personali fin dalla progettazione e a integrare nel trattamento le garanzie necessarie a soddisfare i requisiti richiesti dal GDPR e tutelare i diritti degli interessati¹⁵. Affinché la sicurezza viaggi di pari passo con la privacy, l'articolo 25 GDPR va letto in combinato disposto con l'art. 30 del GDPR. Difatti, si richiede al titolare del trattamento e all'eventuale responsabile di tenere un registro delle attività svolte, il quale deve contenere una serie di informazioni, tra le quali la descrizione delle misure di sicurezza tecniche e organizzative, assunte ex art. 32, co. 1 GDPR. Il fine è quello di garantire un livello di sicurezza adatto al rischio.

12 Il 15 marzo 1962, il Presidente degli Stati Uniti John Fitzgerald Kennedy rivolse un messaggio speciale al Congresso definendo i primi interventi legislativi a favore dei consumatori. Nel messaggio erano identificati come consumatori tutti gli appartenenti alla società, nella veste di acquirenti o di utenti di prodotti e servizi.

Nel messaggio furono declinati per la prima volta i diritti dei consumatori, quali: i) il diritto alla sicurezza, per essere protetti dalla diffusione sul mercato di prodotti pericolosi per la salute o per la vita; ii) il diritto a essere informati e protetti da messaggi ingannevoli, decettivi, dalle etichette non veritiere e dalle altre pratiche commerciali, al fine di poter fare scelte informate; iii) il diritto di scegliere, possibilmente tra una pluralità di prodotti e di servizi a prezzi competitivi, di qualità soddisfacente e a prezzi equi; iv) il diritto di essere ascoltati, affinché gli interessi dei consumatori possano essere presi nella giusta considerazione dalle politiche di governo e possano venire risolti i loro conflitti in giudizio. Si veda J.F. Kennedy, *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, 15 marzo 1962.

L'elenco dei diritti dei consumatori presenti nel messaggio speciale venne poi richiamato nella Carta dei diritti dei consumatori dal Consiglio d'Europa del 1973 e nella risoluzione del Parlamento europeo del 1975.

In Italia, invece, la tutela dei consumatori si è avuta a metà degli anni Cinquanta, in seguito alla ricostruzione postbellica, alla produzione di massa e al capitalismo maturo.

Per un maggiore approfondimento si veda G. ALPA, M. BESSONE, *Il consumatore e l'Europa - Testi e materiali della comunità economica europea e del Consiglio d'Europa raccolti e commentati*, Cedam, Padova, 1979; G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Il Mulino, Bologna, 2016; G. ALPA, Prefazione in G. CASSANO, M. DONA, R. TORINO (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 2021.

¹³ Il titolare del trattamento è colui che stabilisce le finalità e le modalità del trattamento dei dati personali. Le sue responsabilità sono indicate dall'art. 24 GDPR rubricato «Responsabilità del titolare del trattamento».

¹⁴ Il responsabile del trattamento tratta i dati personali per conto del titolare del trattamento. I suoi obblighi nei confronti del titolare del trattamento sono specificati in un contratto o in un altro atto giuridico.

¹⁵ Le linee guida 4/2019 adottate dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) sulla privacy by design e la privacy by default affermano che sia le misure appropriate che le garanzie necessarie hanno lo stesso scopo di proteggere i diritti delle persone interessate e di assicurare che la protezione dei loro dati personali sia previsto fin dalla progettazione. In particolare, «le misure tecniche e organizzative» e le «garanzie necessarie» possono essere intese in senso lato come qualsiasi metodo o mezzo impiegate nel trattamento. Per adeguatezza si intende che le misure e le garanzie necessarie siano adatte a raggiungere lo scopo previsto e attuare efficacemente i principi di protezione dei dati. Il requisito dell'adeguatezza è strettamente legato al requisito dell'efficacia.

Per maggiori informazioni si vedano le Linee Guida 4/2019 sull'art. 25 GDPR, sulla privacy by design e la privacy by default, EDPB, Versione 2.0., adottate il 20 ottobre 2020.

Da un'analisi delle norme appena citate si evidenzia come il titolare del trattamento mette in atto tutte le misure necessarie per rispettare il principio della privacy by design e, al contempo, per garantire la sicurezza del trattamento dei dati. L'importanza della valutazione del rischio diviene primaria a garanzia dell'utente/consumatore nell'utilizzo dei prodotti o nell'usufruire dei servizi informatici¹⁶.

Il principio della privacy by design impone di considerare la protezione dei dati personali fin dall'origine. Tale principio è espressione del principio di minimizzazione - o di necessità - descritto dall'art. 5, par. 1, lett. c) GDPR, secondo cui i dati devono essere caratterizzati da un nesso di pertinenza e adeguatezza rispetto alle finalità perseguite. In questo modo, non possono essere raccolti dati eccedenti gli scopi perseguiti. Così, privacy e riservatezza devono essere garantiti fin dalla progettazione del prodotto o dell'esecuzione del servizio.

L'esigenza di un'applicazione concreta è insita nella definizione stessa del principio. In una prospettiva di tutela preventiva, la privacy by design vuole tutelare il trattamento della grande massa di dati disponibili, i *big data*, sin dal momento in cui sono pensati e progettati¹⁷. Così facendo, in aggiunta alla tutela di tipo giuridico si aggiungerebbe quella di tipo tecnologico¹⁸.

La privacy by design è rispettata attraverso l'adozione di misure proattive aventi lo scopo di anticipare e di prevenire eventuali violazioni alla privacy prima che avvengano. Difatti, la privacy by design non attende che si verifichi il rischio di lesione della sfera giuridica altrui ma mira alla prevenzione, ossia a operare *«before- the- fact»*¹⁹.

Al fine di assicurare che il principio della privacy by design sia rispettato sono, quindi, necessarie l'adozione di misure in fase di progettazione del prodotto o servizio tecnologico, per prevenire qualunque eventuale violazione; la tutela dei dati personali deve rappresentare una componente fondamentale della funzionalità della tecnologia ed essere garantita per tutta la durata del servizio, o il ciclo di vita del prodotto, in modo tale che la tutela dei dati sia garantita fin dal momento dell'acquisizione, al trattamento,

¹⁶ Allo stesso tempo, anche il rispetto del consenso rappresenta un elemento fondamentale. Difatti, l'istituto rappresenta il fulcro del potere di autodeterminazione informativa, assieme agli altri due pilastri dell'autodeterminazione: il principio di correttezza e il principio di trasparenza.

¹⁷ Le linee guida 4/2019 adottate dal Comitato europeo per la protezione dei dati afferma che le misure tecniche e organizzative e le garanzie necessarie devono essere "progettate" alla luce di un'adeguata protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e, in particolare, del diritto alla protezione dei dati personali, così come evidenziato dall'art. 1, comma 2 GDPR.

Si veda in particolare da pagina 6 e ss. delle Linee Guida 4/2019 sull'art. 25 GDPR.

¹⁸ G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big Data e Privacy by design. Armonizzazione, Pseudonimizzazione, Sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁹ A. CAVOUKIAN, *Privacy by design, Information and Privacy Commissioner of Ontario*, Ontario, Canada, 2009. Ann Cavoukian elabora sette principi su cui si basa il suo sistema della privacy by design al cui centro pone l'utente. I principi sono i seguenti: 1. *Proactive not reactive, Preventative not remedial*; 2. *Privacy as the Default Setting*; 3. *Privacy Embedded into design*; 4. *Full functionality – Positive-sum, Not zero-sum*; 5. *End-to-end security – full lifecycle protection*; 6. *Visibility and transparency – keep it Open*; 7. *Respect for User Privacy – keep it User-Centric*. Gli ambiti applicativi considerati da Ann Cavoukian si incentrano sulla tecnologia dell'informazione, sulle pratiche commerciali e sulle strutture di rete.

sino alla distruzione in sicurezza. La gestione dei dati personali deve essere sicura e conforme dall'inizio alla fine, così che sia rispettato il principio di necessità. La privacy by design è un principio ancora più espressivo del principio di minimizzazione posto alla base dell'intero impianto della privacy europea mostrando una nuova formulazione del principio di necessità²⁰, che «riflette l'intento del legislatore europeo di rendere assai più rigorosa la tutela: i dati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per i quali sono trattati»²¹.

Il rispetto del principio di necessità nel trattamento dei dati personali non coinvolge solo la fase di progettazione dei sistemi di trattamento ma, anche, la tipologia del trattamento e la durata dello stesso²². Quanto appena detto è confermato dalle diverse lettere di cui si compone l'art. 5 GDPR ma, anche, dal considerando 39 GDPR che evidenzia come «I dati personali dovrebbero essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del loro trattamento. Da qui l'obbligo, in particolare, di assicurare che il periodo di conservazione dei dati personali sia limitato al minimo necessario. I dati personali dovrebbero essere trattati solo se la finalità del trattamento non è ragionevolmente conseguibile con altri mezzi».

Vi sono settori che necessitano di una maggiore garanzia per i diritti degli individui, perché spesso riguardano la sfera più intima della persona e, così facendo, i loro dati personali.

Nel caso dei social media, ovvero di tutte le tecnologie che consentono la condivisione on line di contenuti digitali, la privacy by design assume un ruolo fondamentale. In questi casi, la condivisione delle informazioni personali è molto elevata.

Nel caso, ad esempio, di Whatsapp, la privacy by design viene garantita attraverso un sistema di crittografia *end-to-end* che consente di crittografare la chat e impedire a ogni altro soggetto che non siano il mittente o il destinatario di leggere ciò che viene inviato. La chat risulterà coperta dalla crittografia *end-to-end* anche nei confronti del gestore dell'applicazione. È importante sottolineare che la funzione è automatica e che le chat sono protette attraverso delle chiavi uniche, disponibili solo nei due dispositivi connessi.

Tecnologia e diritto rappresentano due facce della stessa medaglia che però si differenziano tra di loro: difatti, la prima regola il comportamento umano in modo più diretto e prima del verificarsi del fatto mentre, il secondo lo regola dopo che il fatto si sia verificato²³. Il GDPR e i principi in esso contenuti,

20 C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello*, Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 91.

21 M.G. STANZIONE, *Genesi ed ambito di applicazione*, in S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Padova, 2016, p. 22.

22 L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 59 ss.

23 «Code and law regulate our behavior in different ways; while the law typically regulates behavior after the fact, code or architecture regulates “more directly,” as “present constraints.” These differences are important, as a practical matter,

posti a tutela del trattamento dei dati personali, devono essere interpretati in modo flessibile, adattabile ai diversi sistemi e tecnologie ai quali dovrà applicarsi²⁴. Così facendo, l'interpretazione sostanzialistica dei principi garantirà lo sviluppo della tecnologia con conseguente accrescimento della libertà degli individui. Un utente/consumatore di un sistema informatico che sia conforme alla privacy by design, non solo è tutelato grazie alla garanzia di un trattamento dei suoi dati personali conforme ai principi della privacy ma, anche, da una maggiore trasparenza informativa attraverso un controllo che l'utente/consumatore stesso potrà effettuare sulle proprie informazioni divulgate²⁵. In particolare, l'asimmetria informativa che si creerebbe sarebbe superata attraverso la predisposizione di criteri di utilizzo dei sistemi informatici che permettano all'utente di essere, non solo adeguatamente informato ma, soprattutto di essere un soggetto attivo e consapevole di ciò che accade nella rete una volta condivisi i suoi dati²⁶. Così facendo, il vuoto informativo tra la protezione dei dati personali, da un lato, e la tutela dei consumatori e utenti della rete, dall'altro sarebbe colmato dalla predisposizione di un linguaggio informatico chiaro e accessibile a tutti gli utenti, che siano così messi in condizione di partecipare attivamente alle scelte legate al trattamento dei propri dati personali²⁷.

A tal fine, tecnologia e diritto, definite sopra come due facce della stessa medaglia hanno un punto di giunzione nella trasparenza informativa. Tale chiarezza dovrebbe aversi in due direzioni: la trasparenza,

to the “legal engineering” choice of how to regulate different kinds of activities». L. TIEN, *Architectural regulation and the evolution of social norms*, 7 Yale J. L. & Tech. 1, 2004, p. 3.

24 In F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, i principi posti alla base dell'intera disciplina sulla privacy devono essere interpretati in modo flessibile, così che siano adattabili ai diversi casi concreti. L'approccio è elastico e sostanzialistico; la protezione dei dati personali si adatta al dato e alla sua esistenza in «un'attuazione strettamente condizionata dalla concretezza della situazione di fatto». F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Giappichelli, Torino, 2016, p. 43 ss.

25 G. BINCOLETTI, *La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale*, Student Paper n. 35, Università di Trento, 2017, p. 89.

26 Come Whatsapp, anche LinkedIn, piattaforma di rete sociale e professionale, utilizza i dati dell'utente per creargli possibilità di natura lavorativa. Anche in questo caso, è opportuno soffermarsi sulle modalità di protezione dati, sulla raccolta e trattamento degli stessi con particolare attenzione alla consapevolezza dell'utente/consumatore sull'utilizzo fatto delle sue informazioni.

LinkedIn tutela la privacy e permette l'informazione trasparente sull'utilizzo dati attraverso: la visione dei collegamenti, la possibilità di navigare in modalità anonima, la gestione dello stato di connessione e la personalizzazione di tutte le notifiche e le e-mail che si ricevono da LinkedIn. Le informazioni in merito alla tutela della privacy possono essere lette dall'utente nella sezione «Impostazioni e Privacy». In tal modo, il consumatore ha l'opportunità di prendere visione di tutti i settaggi relativi al proprio profilo. Oltre alla privacy, potrà conoscere le informazioni relative al proprio account, alle notifiche e agli annunci.

27 Riguardo l'ignoranza tecnologica L. TIEN in *Architectural regulation and the evolution of social norms* afferma che: «This ignorance has normative implications. To say that a system is wrongly designed, or that it should have been designed differently, requires knowledge about design options and tradeoffs. If information about alternative design options does not reach the public, a basis for such normative judgments vanishes. But even if the public did perceive bad design, it might not perceive it as wrong design without knowledge that there was a decision to design it that way. Where equipment affects privacy, lack of knowledge is especially important because it is often difficult to detect privacy invasions». L. TIEN in *Architectural regulation and the evolution of social norms*, cit., p.18.

intesa quale linguaggio informatico *user-friendly*²⁸ e, al contempo, la consapevolezza e l'avvedutezza da parte dell'utente/consumatore, il quale dovrebbe risultare come un soggetto digitalmente responsabilizzato nella scelta del livello di protezione adeguato alle proprie esigenze.

Da quanto detto si può evidenziare che la *privacy by design* ha lo scopo di mettere in pratica la sicurezza e la tutela concreta dei dati personali dell'utente/consumatore fin dall'origine.

Il GDPR ha favorito un'applicazione omogenea dei principi relativi alla tutela dei dati personali, soprattutto alla luce della continua evoluzione in ambito di social media.

L'art. 25 GDPR ha formalizzato il principio della *privacy by design* e *by default* dandogli la giusta concretezza e rilevanza. L'aspetto più importante che resta da colmare è quello dell'asimmetria informativa. Difatti, è fondamentale la pubblicità, la trasparenza e la chiarezza delle informazioni che vengono fornite dai social network, per permettere al consumatore di conoscere l'utilizzo che verrà fatto dei propri dati nel momento in cui usufruirà del servizio.

Resta il quesito su come riuscire ad attenuare l'asimmetria informativa che si crea tra l'informazione e la conoscenza dell'utente/consumatore, nonché come sia possibile valutare chi sia effettivamente il c.d. consumatore medio²⁹ e quali aspetti andrebbero approfonditi per creare un livello di informazione che sia bilanciato verso un qualunque utente/consumatore che usufruisca di un social media.

Le possibilità di colmare tale lacuna andrebbero valutate sulla base dei diversi casi concreti ma resta il fatto che sarebbe difficile creare un modello unico a fronte della presenza di utenti/consumatori molto differenti tra loro per età e grado di conoscenza dei servizi di cui usufruiscono. Sarebbe auspicabile mantenere una certa flessibilità nell'ideazione di linee guida che indichino come informare e, di conseguenza, tutelare gli utenti di un social media. In effetti, come il Cyberspazio è vasto e variegato lo sono anche coloro che vi dimorano.

3. Il consumatore medio nell'era del digitale

Nel rapporto tra l'utilizzo di un social media e l'informazione data a un utente/consumatore che ne usufruisce è interessante soffermarsi sull'avvento di nuove modalità di pagamento elettronico, attraverso l'utilizzo di social network.

In particolare, nel corso del 2019 e sull'onda di WeChat Pay, si è iniziato a far strada un nuovo metodo di pagamento attraverso i social media e le applicazioni più popolari gestite dalla società di Mark

²⁸ Secondo G. BINCOLETTO «Una soluzione prospettabile [...] potrebbe essere una maggiore diffusione capillare delle campagne pubblicitarie e sociali sulla privacy, per aumentare la conoscenza generale e generare una sensibilità attenta anche nell'uomo comune». G. BINCOLETTO, *La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale*, cit., p. 93.

²⁹ La nozione di consumatore medio è tra i criteri fondamentali posti alla base della valutazione circa la scorrettezza di una pratica commerciale.

Zuckerberg. Facebook si espande nel mercato dei pagamenti elettronici attraverso la controllata Whatsapp³⁰. Difatti, il gruppo ha da poco lanciato in India il servizio di Whatsapp Pay, dove conta circa 400 milioni di utenti.

Whatsapp Pay permette il pagamento tra gli utenti e lo shopping on line di servizi rappresentando una sfida nei confronti dei player cinesi, in testa nel mercato dei pagamenti elettronici. Inoltre, permette l'invio e la ricezione di denaro sulla sua piattaforma senza commissioni. Il denaro, di fatto, non esce dal sistema bancario. La piattaforma rappresenta uno strumento per effettuare ordini verso un istituto di credito, transitando attraverso una UPI³¹. Gli utenti che usufruiscono del servizio devono possedere una carta di credito o un conto corrente bancario. Facebook, in collaborazione con la *National Payments Corporation of India* si appoggia all'interfaccia di pagamento unificata indiana di cui fanno parte 160 banche. Whatsapp invia delle istruzioni agli istituti di credito che effettuano il trasferimento di denaro attraverso l'interfaccia di pagamento unificata tra il conto corrente del mittente e quello del destinatario.

In questo contesto è fondamentale il rispetto della privacy by design per la tutela dei dati bancari e le informazioni che entrano in possesso di Whatsapp. Gli utenti del servizio devono essere a conoscenza dell'utilizzo fatto dei propri dati attraverso informazioni che siano comprensibili da parte di chiunque. Attraverso l'analisi della nozione di consumatore medio è possibile confrontarsi con diversi profili che riguardano l'applicazione dei social network e, in particolare, del possibile avvento di Whatsapp Pay in Italia.

Come visto, a livello europeo la privacy by design è definita dall'art. 25 GDPR dove il titolare del trattamento mette in atto tutte le misure tecniche e organizzative adeguate a garantire la tutela del trattamento dei dati personali, sia nel momento in cui sono determinati i mezzi del trattamento, che all'atto del trattamento stesso. La protezione dei dati personali contenuta nell'art. 25 e, più in generale, in tutto il GDPR è concentrata sulla valutazione del rischio.

Difatti, la responsabilità del titolare o del responsabile del trattamento è basata sulla valutazione del rischio³² tenendo conto della natura, della portata, del contesto e della finalità del trattamento, nonché della probabilità e della gravità dei rischi per i diritti e le libertà degli utenti.

All'utente/consumatore che usufruisce del servizio offerto tramite Whatsapp Pay deve essere garantita la tutela dei propri dati personali e una conoscenza chiara e approfondita delle informazioni che verranno condivise tra l'istituto di credito e Whatsapp. Nell'ottica di una progettazione del sistema che sia conforme

³⁰ Per cominciare il servizio in India, Facebook si è associata a cinque banche: la State Bank of India, la ICIC Bank, la HDFC Bank, la Axis Bank e la Jio Payments.

³¹ L'*Unified Payments Interface* è un sistema di pagamento in tempo reale sviluppato dalla *National Payments Corporation of India*, un'organizzazione per la gestione dei pagamenti al dettaglio e dei sistemi di regolamento in India.

³² Il GDPR definisce il rischio nei Considerando 75 e 76.

alle disposizioni date dall'art. 25 GDPR bisogna domandarsi se il consumatore che utilizza Whatsapp Pay sia ragionevolmente informato, attento e avveduto rientrando così nella nozione del c.d. consumatore medio data dalla direttiva 29/2005³³.

L'evoluzione della tutela dei consumatori e le politiche di salvaguardia dei diritti degli stessi hanno attraversato diverse fasi. La prima fase è stata caratterizzata per una tutela del consumatore nella sua individualità; difatti, con l'approvazione della Carta europea di protezione dei consumatori³⁴ la tutela apprestata al consumatore ha avuto carattere prevalentemente individuale e successivo³⁵. A livello europeo fu adottata la direttiva 85/374/CEE³⁶ sulla responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi che prevedeva una tutela individuale e a carattere successivo. Venne poi adottata la direttiva 1999/44/CE³⁷ sulla vendita di beni di consumo e la direttiva 92/59/CEE³⁸ - modificata dalla direttiva 2001/95/CE³⁹ - sulla sicurezza dei prodotti in cui, per la prima volta, si prevedeva una tutela a carattere collettivo, attraverso garanzie *ex ante*.

La seconda fase si caratterizza per numerosi interventi normativi da parte dell'Unione europea incentrati sul rafforzamento di un'adeguata informazione verso i consumatori e per una maggiore tutela del contraente debole. In questo periodo vengono adottate la direttiva 85/577/CEE⁴⁰ e la direttiva

³³ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (direttiva sulle pratiche commerciali sleali).

La direttiva sulle pratiche commerciali sleali rappresenta l'attuazione a livello normativo delle considerazioni che furono svolte dalla Commissione Europea per la stesura del Libro Verde del 2 ottobre 2001 "Sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea". Nel Libro Verde, la Commissione individua tre punti essenziali su cui dovrà svilupparsi la politica legislativa comunitaria a tutela dei consumatori: l'analisi degli ostacoli allo sviluppo del mercato interno in tale settore, le possibili soluzioni da adottare per realizzare l'armonia normativa a livello comunitario in materia di tutela dei consumatori e, infine, la necessità di una migliore cooperazione tra le autorità pubbliche che saranno poi incaricate dell'attuazione pratica della normativa a protezione dei consumatori nei singoli Stati membri. Libro verde *Sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea*, 2 ottobre 2001.

³⁴ Con la risoluzione n. 543 del 1973 l'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa approvò il testo definitivo della *Carta europea di protezione dei consumatori* che tracciò i programmi e gli obiettivi che furono successivamente riprodotti e sviluppati dalla Risoluzione del Consiglio dei ministri della Commissione europea del 14 aprile 1975, riguardante il *Programma preliminare della Comunità Economica Europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*. Il *Programma preliminare* rappresenta un'anticipazione degli interventi legislativi che caratterizzeranno la politica europea per la tutela dei consumatori.

³⁵ L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei Consumi*, Giappichelli, Torino, 2015.

³⁶ Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

³⁷ Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo.

³⁸ Direttiva 92/59/CEE del Consiglio, del 29 giugno 1992, relativa alla sicurezza generale dei prodotti.

³⁹ Direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti.

⁴⁰ Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

97/7/CE⁴¹, a cui seguirà la direttiva 2011/83/UE⁴² che le abrogherà entrambe per favorire lo sviluppo coordinato della materia. Inoltre, venne adottata la direttiva 93/13/CEE⁴³, in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori.

La direttiva in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori rappresenta un punto di svolta nell'ambito del diritto del consumo. Difatti, la direttiva non si incentra su un particolare contratto o modalità di negoziazione ma riguarda tutti i contratti conclusi tra professionista e consumatore; inoltre, gli Stati membri devono recepirla secondo l'armonizzazione minima, ovvero potendo adottare misure nazionali di maggiore protezione verso i consumatori⁴⁴. Grazie alla direttiva sulle clausole abusive emerge la categoria dei contratti con il consumatore, che vede in quest'ultimo la parte debole del rapporto contrattuale, con la conseguente necessità di norme di maggiore tutela per il consumatore nei confronti del professionista, per contrastare l'asimmetria contrattuale che si verrebbe a creare⁴⁵.

In una fase successiva, il legislatore europeo sposta l'attenzione sull'attività e sui comportamenti del professionista nel mercato. In questa fase viene adottata la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali che vieta ai professionisti di attuare qualunque pratica commerciale scorretta che alteri la capacità decisionale del consumatore, quale soggetto che opera nel mercato e che, per farlo, deve essere informato e consapevole.

La direttiva 2005/29/CE viene recepita nell'ordinamento italiano con il d. lgs. 2 agosto 2007, n.146, che modifica la Parte II, Titolo III, artt. 18-27 del codice del consumo italiano⁴⁶.

Infine, secondo la dottrina vi è una ulteriore fase che riguarda, oltre l'atto di consumo anche il rapporto e l'attività di consumo. Difatti, il consumatore viene visto quale soggetto attivo e consapevole che opera nel mercato. A livello europeo, questa fase vede il suo inizio con l'emanazione della direttiva cd. *Consumer Rights* (direttiva 2011/83/UE)⁴⁷.

41 Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

42 Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

43 Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

44 L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei Consumi*, cit., p. 9.

45 G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p.135.

46 Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

47 L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei Consumi*, cit., pp. 10-13.

In relazione alle fasi appena evidenziate è importante sottolineare come vi siano stati ulteriori passi in avanti nell'ambito della tutela del consumatore. Con la direttiva 2019/2161/UE⁴⁸, c.d. *Omnibus*⁴⁹ il legislatore europeo ha focalizzato la propria attenzione sul consumatore che agisce nel mercato unico digitale. Con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26⁵⁰ viene data attuazione alla direttiva *omnibus* che apporta modifiche e integrazioni alla normativa di settore nazionale. In particolare, il recepimento della direttiva *de qua* apporta una vera e propria modernizzazione del codice del consumo, attraverso una maggiore apertura alla digitalizzazione, grazie anche all'inserimento nel codice di nuove nozioni, quali, per esempio: “mercato online”, “servizi digitali”, “contenuto digitale” e “ricerca online”. Le principali novità apportate dalla direttiva nel codice del consumo riguardano la trasparenza nei risultati della ricerca nell'utilizzo dei marketplace online, le clausole vessatorie, l'innalzamento delle sanzioni, le recensioni online, i ribassi del prezzo, il ruolo del consumatore anche nei casi in cui l'acquisto di un prodotto o di un servizio digitale avvenga attraverso la corresponsione di dati personali. Questo ultimo aspetto appena menzionato è di notevole rilievo, in quanto riguarda tutti gli utenti di servizi online gratuiti, tra cui rientrerebbero anche i social network, che forniscono i propri dati alle piattaforme social per la profilazione e la pubblicità. Assume un notevole rilievo anche il *Digital Markets Act* (DMA)⁵¹, il nuovo regolamento europeo sui mercati digitali approvato dal Parlamento europeo il 5 luglio 2022 ed entrato in vigore dal 1° novembre 2022, con applicazione a partire dal 2 maggio 2023. Il *Digital Markets Act* è stato approvato insieme al *Digital Services Act* (DSA)⁵², il regolamento sui servizi digitali. Il *Digital Markets Act* e il *Digital Services Act* compongono insieme il *Digital Services Package*.

48 Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

49 La direttiva *de qua* ha ad oggetto numerose novità per quanto riguarda la tutela dei consumatori che accedono e agiscono nel mercato unico digitale. Inoltre, le modifiche apportate alla direttiva 93/13/CEE del Consiglio e alle direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio hanno fatto sì che venisse dato alla direttiva n. 2161 l'appellativo *omnibus*.

Per un maggiore approfondimento si veda G. VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella “direttiva omnibus”*, in *Persona e mercato* n. 3, 2021, p. 584.

50 Decreto legislativo 7 marzo 2023, n. 26, attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. Entrata in vigore del provvedimento: 02/04/2023 (GU n.66 del 18-03-2023).

51 Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

52 Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

Il pacchetto sui servizi digitali europeo rappresenta un importante punto di svolta per il mercato unico digitale e per la tutela del consumatore, con l'obiettivo di garantire l'accesso a prodotti sicuri, il rispetto dei diritti fondamentali degli utenti e una concorrenza libera e leale.

Il *Digital Markets Act* vuole garantire una concorrenza leale sulle piattaforme digitali tramite un controllo che contrasti gli abusi di posizione dominante *ex ante*, ovvero prima che si effettui la violazione. Il regolamento definisce gli obblighi a cui le imprese devono adeguarsi, prima che avvenga l'abuso. Il principale obiettivo del regolamento è quello di combattere gli abusi di mercato che potrebbero avvenire da parte delle grandi piattaforme digitali, per promuovere l'innovazione e la concorrenza dei mercati digitali.

Il *Digital Services Act* si applica a tutti i servizi della società dell'informazione⁵³ e mira a creare un ambiente online più sicuro, attraverso il corretto funzionamento del mercato interno europeo dei servizi digitali. In particolare, il regolamento si incentra su diverse tipologie di servizi digitali, quali: i social network, i mercati online, le piattaforme per la condivisione dei contenuti, le piattaforme che riguardano i viaggi online e di alloggio, le piattaforme di economia collaborativa, i servizi di cloud etc.. La diffusione nell'utilizzo di social network e di piattaforme online, attraverso le quali si concludono contratti a distanza con operatori commerciali, ha messo in luce la maggiore necessità di regolare in maniera uniforme la materia, per garantire la tutela e il funzionamento del mercato interno. Al contempo, il regolamento vuole garantire un elevato livello di protezione dei diritti dei consumatori, attraverso il contrasto alla disinformazione, alla diffusione di contenuti illegali e alla manipolazione delle informazioni. L'obiettivo è quello di creare un ambiente online protetto, che tuteli i diritti del consumatore perseguendo, allo stesso tempo, l'innovazione e la competitività.

L'analisi delle diverse fasi che hanno riguardato l'evoluzione delle politiche di salvaguardia della tutela del consumatore nel panorama europeo, nonché le sue implicazioni nell'ordinamento nazionale portano a soffermarsi sulla figura del consumatore nell'era del digitale.

In particolare, l'evoluzione delle nuove tecnologie e la rapidità del loro sviluppo nella società dell'informazione portano a interrogarsi sul grado di attenzione, diligenza, avvedutezza e informazione esigibile al consumatore medio.

Il consumatore viene visto quale persona che agisce al di fuori della sua sfera professionale e, per questo, potrebbe essere fuorviato da una pratica commerciale scorretta. Egli è considerato il contraente debole del rapporto che si instaura con il professionista necessitando di tutela in tutte le fasi del rapporto commerciale.

⁵³ I servizi della società dell'informazione riguardano tutti i servizi a distanza prestati normalmente dietro retribuzione, per via elettronica, mediante l'utilizzo di apparecchiature elettroniche che elaborano e memorizzano i dati, su richiesta di un destinatario.

In particolare, l'art. 20 del codice del consumo vietando le pratiche commerciali scorrette afferma che le stesse sono tali quando idonee a falsare «il comportamento economico del consumatore medio»⁵⁴. Una pratica commerciale può dirsi scorretta quando ricorrono tre fondamentali condizioni: la contrarietà alla diligenza professionale, l'idoneità a falsare o a distorcere il comportamento economico del consumatore medio e l'apprezzabile incidenza o influenza sulle decisioni di natura commerciale di quest'ultimo.

Anche se la norma non definisce il consumatore medio è pacifico che il riferimento sia fatto verso colui che sia dotato di un buon livello di istruzione e di capacità critica nelle decisioni di consumo⁵⁵. Però continua a mancare una definizione normativa specifica sul tema. Il legislatore europeo, negli artt. 2 e 5 della direttiva non definisce il consumatore medio⁵⁶. Il vuoto viene colmato dal considerando 18 della direttiva 2005/29 la quale afferma che «[...] la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici [...]. La nozione di consumatore medio non è statica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare le loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la nozione tipica del consumatore medio nella fattispecie». Come evidenziato dal considerando 18 «La nozione di consumatore medio non è statica». Infatti, il concetto va reso il più elastico⁵⁷ possibile in modo che sia adattabile a tutte le peculiarità valutabili caso per caso. È importante che la nozione di consumatore medio si evolva nel tempo, riferendosi e adattandosi alla categoria di prodotti e servizi offerti dal mercato consumeristico e alla tipologia di soggetti coinvolti. Il considerando 18 afferma che il consumatore medio è colui che è «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto». Il parametro di riferimento assunto come modello non è quindi il consumatore sprovvisto delle conoscenze necessarie per assumere consapevolmente le proprie

⁵⁴ Art. 20, co. 2 del codice del consumo.

⁵⁵ A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 151.

⁵⁶ Prima della direttiva 29/2005 fu la giurisprudenza europea a riferirsi al consumatore medio. Difatti, i primi riferimenti si ebbero nelle sentenze concernenti la tutela dei marchi e la denominazione dei prodotti ove si è definita sempre più l'immagine di un individuo la cui avvedutezza ha permesso di definire i confini di liceità delle condotte commerciali. Nella causa C-210/96 la Corte CE, nel paragrafo 2 della massima, afferma che «per stabilire se una dicitura destinata a promuovere le vendite di uova sia idonea a indurre in errore l'acquirente, in violazione dell'art. 10, n. 2, lett. e), del regolamento (CEE) del Consiglio 26 giugno 1990, n. 1907, relativo a talune norme di commercializzazione applicabili alle uova, il giudice nazionale deve riferirsi all'aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che, qualora incontri particolari difficoltà nel valutare il carattere ingannevole della dicitura di cui trattasi, egli possa fare ricorso, alle condizioni previste dal proprio diritto nazionale, ad un sondaggio di opinioni o ad una perizia destinati a chiarire il suo giudizio».

CGUE, C-210/96, *Gut Springenbeide GmbH e Rudolf Tusky contro Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung* (1998).

⁵⁷ Secondo G. ALPA, in *Diritto dei consumatori*, la nozione di consumatore muta con il tempo essendo esposta a un continuo e necessario adattamento sia dal punto di vista sociologico che economico; per questo motivo, le definizioni normative di consumatore, qualora troppo dettagliate, rischiano di non essere idonee ai tempi.

G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 33.

decisioni, bensì il consumatore consapevole e informato. Gli avverbi utilizzati dal considerando sono, come è evidente, ampi e generici e, per questo motivo, si rendono necessarie valutazioni di natura discrezionale che permettano di dare concretezza alla figura del consumatore comune. Difatti, il grado di attenzione, avvedutezza e di informazione posseduto da un consumatore medio sono parametri che per loro stessa natura devono essere flessibili, così da potersi adattare alla pluralità di consumatori presenti sul mercato⁵⁸.

La figura del consumatore medio viene quindi introdotta nel nostro ordinamento dalla direttiva europea sulle pratiche commerciali scorrette. Come detto, con il termine medio il legislatore europeo non si riferisce a soggetti distratti o disinformati, ovvero che si lasciano persuadere dalle affermazioni degli operatori professionali bensì a coloro che siano attenti e avveduti. Così, si ha il passaggio dalla protezione del consumatore quale soggetto debole, alla concezione del consumatore quale operatore economico. Difatti, lo scopo non è quello di garantire una tutela a tutti i costi ma, a fronte delle tutele fornite, richiedere all'individuo che diventa consumatore un senso stesso di responsabilità nel momento in cui matura la propria decisione di natura commerciale, non riferendosi genericamente a tutte le persone fisiche⁵⁹.

Al consumatore comune, identificato dalla direttiva europea, non si richiede il possesso di un particolare grado di perizia, ma solo quello di un certo grado di avvedutezza e di cultura generale. Si mette, così, in risalto il rispetto del principio di auto responsabilità, a fronte di un consumatore avveduto che sia in grado di misurarsi con la realtà circostante. Se mancasse la necessaria cognizione e capacità critica per individuare ciò che potrebbe arrecare un danno, verrebbe meno anche la misura della medietà e, in questo modo, non sarà quello l'individuo che rientra nella nozione di consumatore medio. Questo cambiamento di prospettiva tutela il funzionamento del mercato interno europeo, altrimenti frustrato laddove si fosse preso in considerazione lo standard del consumatore debole, con una conseguente incisione sulla libera concorrenza⁶⁰.

⁵⁸ Secondo V. MELI, in *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di de minimis nella prassi dell'agcm e nella giurisprudenza amministrativa*, informazione, attenzione e avvedutezza non sono concetti omogenei. Difatti, per informazione si intende il bagaglio culturale ed esperienziale del soggetto; l'attenzione riguarda la vigile consapevolezza del proprio interesse quale consumatore, incluso lo spirito critico e la capacità di selezionare informazioni. Infine, l'avvedutezza si riferisce alla mancanza di superficialità o distrazione nella valutazione delle informazioni.

V. MELI, *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di de minimis nella prassi dell'agcm e nella giurisprudenza amministrativa* in V. MELI, & P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 28.

⁵⁹ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 14.

⁶⁰ Nel Libro Verde la Commissione rilevava che i principali ostacoli che limitavano l'effettiva realizzazione della normativa a protezione dei consumatori erano dovuti alla frammentarietà della normativa comunitaria relativa alla tutela dei consumatori nel mercato interno, nonché alla diversità delle legislazioni nazionali riguardanti le prassi commerciali tra imprese e consumatori.

Alla luce di quanto detto, la questione presta però il fianco a due critiche: la prima riguarda il fatto che i considerando non possono contenere disposizioni normative⁶¹, la seconda riguarda il mancato recepimento della nozione di consumatore medio dalla direttiva europea nel codice del consumo italiano. Orbene, per quanto riguarda il primo punto i considerando delle direttive non sono semplici relazioni esplicative ma sono parte integrante e sostanziale del testo normativo. I considerando non hanno natura normativa e motivano le norme essenziali dell'articolo⁶². In quest'ottica la nozione di consumatore medio presente nel considerando 18 integra le disposizioni che ne fanno riferimento contenute all'interno della direttiva europea. Il considerando 18 afferma che saranno gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali a definire la nozione di consumatore medio valutando caso per caso e sulla base dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

A titolo esemplificativo, nella sentenza *Sekt*⁶³ riguardo alla possibile ingannevolezza di un marchio evocativo di una indicazione vitivinicola protetta dalla normativa tedesca, la CGUE ha affermato che spetta al giudice nazionale «verificare, sulla base dei fatti, se, in considerazione dei consumatori a cui è diretto, un marchio e i suoi elementi siano tali da creare confusione, totale o parziale, con la denominazione di taluni vini. A tal proposito [...] il giudice nazionale deve prendere come punto di riferimento l'aspettativa presunta di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento»⁶⁴.

Per quanto riguarda il mancato recepimento della nozione di consumatore medio all'interno del codice del consumo italiano, bisogna evidenziare che il legislatore italiano non ha riportato una definizione in tal senso né nell'elenco delle definizioni di portata generale, come l'art. 3, c. cons., né nella lista di definizioni riguardanti le pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 18 codice del consumo.

Ciò che crea un vuoto di tutela nei riguardi del consumatore medio è, quindi, strettamente collegato all'assenza di vincolatività riconosciuta ai considerando europei che si traduce nella mancata vincolatività

Queste problematiche costituivano un ostacolo allo sviluppo del mercato interno del consumo. In particolare, il diverso trattamento legislativo all'interno di ciascuno Stato membro costituiva un deterrente per le imprese e il commercio nel mercato interno. Inoltre, la mancanza di chiarezza sui diritti in capo ai consumatori alimentava un freno alla fiducia verso il mercato interno europeo.

L. DI MAURO, *L'iter normativo: dal Libro Verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, op. cit., pp. 30 -32.

⁶¹ Nella sentenza *Nilsson* la Corte di Giustizia dell'Unione europea affermò al paragrafo 54 che «the preamble to a Community act has no binding legal force and cannot be relied on as a ground for derogating from the actual provisions of the act in question». CGUE, C-162/97, *Nilsson*, (1998).

⁶² C. PENNERA, H. LEGAL, L. ROMERO REQUENA, *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*, 2013, p. 31.

⁶³ CGUE, C-303/97, *Verbraucherschutzverein eV contro Sektkellerei G.C. Kessler GmbH und Co.*, (1999).

⁶⁴ CGUE, C-303/97, cit., punto 36.

nell'interpretazione della nozione di consumatore medio presente nel codice del consumo⁶⁵. Sicuramente, la questione potrebbe essere risolta attraverso un rinvio pregiudiziale con conseguente interpretazione della CGUE, ai quali le autorità giudiziarie e amministrative nazionali devono necessariamente attenersi. Quanto appena detto viene confermato dal tenore letterale del considerando 18 ma, allo stesso tempo, resta dubbio il margine di discrezionalità di cui le autorità giudiziarie e amministrative nazionali possono godere dinnanzi ai casi pratici riguardanti le pratiche commerciali e la relativa interpretazione della nozione di consumatore medio⁶⁶.

Ciò che c'è da colmare è, di fatto, la certezza della definizione di consumatore medio, quale soggetto informato, attento e avveduto, pur nell'ottica che qualunque definizione dovrà essere abbastanza elastica e flessibile per permettere all'interprete nazionale di poterla adattare al caso concreto.

In questo scenario, il punto di giunzione tra la disciplina in materia di protezione dei dati personali e la tutela dei consumatori è sicuramente dato dal tema della trasparenza informativa. Ciò si riflette sia nella trasparenza del trattamento dei dati personali che, nell'orientare con consapevolezza la capacità del consumatore di scegliere in modo informato. Difatti, un elemento in materia di protezione dei dati personali che può essere valutato anche nell'ambito della tutela dei consumatori è quello relativo alle informazioni da rendere all'interessato. In particolare, è stato osservato che tali informazioni «vanno ad integrare esse stesse una componente “concorrenziale” rispetto al trattamento posto in essere dai singoli titolari del trattamento, ben potendo orientare (nell'ipotesi in cui il trattamento acceda ad un'offerta di beni o servizi) le scelte di quanti vedono le informazioni a sé riferite coinvolte nel trattamento (così dando attuazione al diritto all'autodeterminazione informativa), non diversamente dalle informazioni contenute sulle etichette e dai documenti informativi che i consumatori consultano prima di procedere all'acquisto di beni di consumo»⁶⁷.

Il GDPR ha consolidato gli obblighi di trasparenza informativa circa il trattamento dei dati nel contesto digitale. Difatti, il titolare del trattamento è tenuto a informare il soggetto interessato anche dell'eventuale esistenza di un processo decisionale automatizzato, inclusa la profilazione. Inoltre, il titolare del trattamento è obbligato a fornire informazioni significative all'interessato sulla logica utilizzata, nonché sull'importanza e le previste conseguenze del trattamento⁶⁸.

⁶⁵ Difatti, la questione riguarda l'interpretazione della nozione di consumatore medio contenuta negli artt. 20,21,22 e 24 c. cons.

⁶⁶ G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale “scorretta”*, in E. BARGELLI, R. CALVO, et al. (a cura di G. DE CRISTOFARO) *Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo, Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 163-166.

⁶⁷ Autorità garante della concorrenza e del mercato, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, 2020, p. 58.

⁶⁸ Articolo 13, par. 2, lett. f, GDPR.

La vera sfida per le imprese che operano sul web attraverso processi decisionali automatizzati è quella di riuscire a rendere chiara la logica degli algoritmi utilizzati⁶⁹. A tal fine, un utente adeguatamente informato ha una maggiore libertà di scelta nel mercato digitale; l'obbligo verso il professionista di informare il consumatore ha lo scopo di renderlo edotto attraverso l'informazione «e dunque calcolante»⁷⁰. Rendere il consumatore *calcolante* gli consente di superare il vuoto informativo e, in aggiunta, la debolezza del suo rapporto con il professionista, così che possa esercitare la sua libertà di scelta⁷¹. Così facendo, la nozione di consumatore medio si evolve di fronte a una società digitale che, «ponendoci al cospetto di macchine sempre più intelligenti e capaci di raccogliere e conservare dati che ci riguardano, pone le premesse per una nuova declinazione del valore della consapevolezza del consumatore»⁷². Ecco che, il consumatore comune diventa efficacemente protetto dalle pratiche commerciali scorrette attraverso un'adeguata informazione favorita sì, dai professionisti del mercato digitale ma, anche, dalla sua intelligenza critica. Difatti, se la trasparenza informativa rappresenta il punto di giunzione tra la tutela dei dati personali e la tutela dei consumatori è però attraverso un approccio critico da parte del consumatore che si ha il rispetto del principio di auto responsabilità, a fronte di un consumatore attento e avveduto che sia in grado di misurarsi con la realtà circostante⁷³.

69 A. SAIJA, *Protezione dei dati personali, tutela del consumatore e concorrenza: un rapporto in evoluzione*, in *Eurojus*, Fascicolo speciale *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, 2020, pp. 103-115.

Anche se non è approfondito nel presente contributo, un altro elemento, trattato nell'articolo di A. SAIJA, che si pone al crocevia tra tutela dei dati personali e tutela dei consumatori/utenti di un servizio digitale è la portabilità dei dati. Difatti, come evidenziato dall'art. 20 GDPR, l'interessato ha diritto a ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico, i dati forniti a un titolare del trattamento e trasmetterli, senza impedimenti, ad altro titolare oppure ottenerne la trasmissione diretta dal titolare originario al nuovo titolare. Questo diritto si applica: ai trattamenti che hanno come base giuridica il consenso preventivo dell'interessato o un contratto e sono effettuati con mezzi automatizzati. Secondo un orientamento maggioritario, la portabilità rappresenta la massima espressione del diritto dell'interessato al controllo dei propri dati personali. In particolare, consentendo il passaggio dell'utente da un fornitore all'altro, si ha uno strumento per favorire la concorrenza e l'innovazione nel mercato dei servizi digitali promuovendo l'interoperabilità delle piattaforme.

70 M.P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, in *Quaderni de Il Foro Napoletano*, 45, 2020, p. 119.

71 M.P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante*, op. cit., p. 119.

72 A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, in S. MASINI (a cura di) *Lo scaffale dell'inganno. Marketing cooperativo e regolamentazione della pubblicità*, Franco Angeli, Milano, 2021, p. 106.

73 Nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, 21 luglio 2011, n. 6563, il Tribunale fa riferimento «al comportamento del consumatore (o, più correttamente, al livello di consapevolezza che non può non accompagnare il consumatore nell'assunzione delle scelte economiche): e, conseguentemente, al grado di avvedutezza o diligenza che deve, quale presupposto del responsabile orientamento di queste ultime, integrare il bagaglio conoscitivo di base dell'utente che si ponga quale soggetto all'interno del mercato dell'offerta/domanda di beni e servizi».

3.1. L'innovazione tecnologica e l'evoluzione del consumatore medio

La definizione di consumatore medio, quale soggetto informato, attento e avveduto, si evolve di fronte al mercato digitale, dove l'utente diventa un soggetto responsabile, informato e in grado di far dialogare la propria intelligenza critica con quella artificiale.

L'innovazione tecnologica e i dati rappresentano gli elementi centrali di un processo evolutivo⁷⁴ che caratterizza il nuovo ecosistema digitale, contribuendo a dar vita a un rinnovato scenario socioeconomico, nel quale operano più attori: le imprese, i consumatori, i fornitori dei servizi digitali, etc.

I dati personali divengono una risorsa importante, potenzialmente infinita, che viene resa disponibile tramite gli stessi social network. Tale risorsa diventa un prezioso patrimonio di informazioni per le imprese, per comprendere le preferenze e i gusti degli utenti e, di conseguenza, efficientare i propri processi di produzione, prevedendo quali saranno le evoluzioni e le tendenze maggiori del mercato. Attraverso l'attività di profilazione⁷⁵ le imprese possono analizzare i dati personali degli utenti di uno specifico settore e comprenderne meglio i bisogni. Per questa ragione, nel mercato digitale i dati personali hanno un ruolo chiave per la fornitura di beni e servizi e divengono essenziali per le strategie di business delle imprese⁷⁶.

Con particolare attenzione ai mercati *data-driven*, il valore intrinseco che assumono i dati personali, considerabili ormai quale risorsa economica a tutti gli effetti⁷⁷, deve andare di pari passo con la protezione dei dati personali. Difatti, lo svolgimento dell'attività economica deve rispettare, oltre alle norme del settore di riferimento, anche il GDPR⁷⁸.

74 L. AMMANNATI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 221.

75 L'art. 4 GDPR, in cui sono elencate le diverse definizioni, descrive la profilazione come: «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica»;

76 Dall'*Indagine conoscitiva sui Big Data* condotta congiuntamente dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dal Garante per la Protezione dei Dati Personali si afferma come «Negli ultimi anni i dati hanno assunto importanza via via crescente nell'organizzazione delle attività di produzione e di scambio, a tal punto da poter essere considerati una risorsa economica a tutti gli effetti, anzi la risorsa di gran lunga più importante in molti settori. Infatti, grazie agli avanzamenti nell'ambito dell'Information e Communication Technology (ICT), le organizzazioni tendono a raccogliere dati di qualsiasi tipo, ad elaborarli in tempo reale per migliorare i propri processi decisionali e a memorizzarli in maniera permanente al fine di poterli riutilizzare in futuro o di estrarne nuova conoscenza».

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 5.

77 A tal proposito, si rimanda alla nota precedente che riporta un passaggio di particolare interesse presente nell'*Indagine conoscitiva sui big data*, che riguarda il valore dei dati personali, qualificabili ormai quale risorsa economica a tutti gli effetti.

78 L. AMMANNATI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, cit., p.224.

Nell'era del digitale appare ormai evidente come una delle problematiche a cui va data soluzione sia la ricerca di un equilibrio e di un bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato, l'analisi dei dati, fondamentale per il progresso dell'economia e dell'innovazione e, dall'altro la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, con particolare attenzione al consumatore digitale. Il quadro normativo europeo sopra delineato, così come le modifiche e le integrazioni apportate alla normativa nazionale hanno permesso di dimostrare come vi sia una attenzione sempre maggiore alla ricerca di questo bilanciamento. Basti pensare al *Digital Services Act* e all'attenzione rivolta al rispetto di un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari, definito dal regolamento come fondamentale per operare all'interno «di un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile»⁷⁹. Questo permetterà «ai cittadini dell'Unione e ad altre persone di esercitare i loro diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa, il diritto alla non discriminazione e il conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori»⁸⁰.

Il *Digital Services Act* stabilisce una normativa uniforme che permette lo sviluppo di servizi digitali innovativi nel mercato unico europeo e che garantisce «la certezza del diritto, così da ridurre l'incertezza per gli sviluppatori e promuovere l'interoperabilità»⁸¹. È evidente come l'obiettivo posto dal legislatore europeo sia proprio quello di ricercare un bilanciamento tra lo stimolo all'innovazione e il riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché dei principi giuridici sostanziali dello Stato di diritto. A tal proposito, è lo stesso art. 1, par.1 del regolamento che evidenzia come «L'obiettivo del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo»⁸².

Viviamo in un'era caratterizzata dalla produzione di una grande quantità di dati personali che vengono ricevuti ed elaborati dai sistemi automatici identificando i soggetti e seguendone l'evoluzione dell'esistenza, registrando ogni mutamento⁸³.

Dal punto di vista del consumatore che agisce nel mercato digitale, la profilazione permette l'identificazione esatta dell'utente attraverso la raccolta dei dati personali, che consentono di prevedere le preferenze e il comportamento economico che terrà il consumatore, arrivando anche a suggerire i

79 Considerando 3 della *Digital Services Act*.

80 Considerando 3 della *Digital Services Act*.

81 Considerando 4 della *Digital Services Act*.

82 Art. 1, par. 1, *Digital Services Act*.

83 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Bari, 2012, p. 303.

prodotti e i servizi che potrebbe preferire. Difatti, «le offerte commerciali, sempre più personalizzate grazie all'elaborazione automatica dei dati relativi a preferenze e abitudini di acquisto e a consultazione di siti commerciali, spiegano la propria azione di condizionamento in una fase ancora precedente rispetto al processo di decisione e acquisto, cioè in quella di formazione del bisogno»⁸⁴. Pertanto, viene da chiedersi quale sia il grado di libertà decisionale che il consumatore digitale ha nelle scelte commerciali che effettua. Come evidenziato da autorevole dottrina «Ad evitare che la tutela consumeristica finisca in un vicolo cieco, è forse opportuno valorizzare appieno il mutamento di paradigma cui si faceva cenno all'inizio: la società digitale, ponendoci al cospetto di macchine sempre più intelligenti e capaci di raccogliere e conservare dati che ci riguardano, pone le premesse per una nuova declinazione del valore della consapevolezza del consumatore»⁸⁵.

Ecco, quindi, che nel chiedersi l'effettivo ruolo decisionale che il consumatore ha nelle scelte che effettua nel mercato digitale viene nuovamente in rilievo l'importanza dell'intelligenza critica. Difatti, per quanto le imprese vantino un forte potere contrattuale dovuto anche alla quantità di dati che possiedono grazie all'intelligenza artificiale, il consumatore dovrebbe interagire e sfruttare al meglio quest'ultima attivando la propria intelligenza critica⁸⁶. Attraverso un uso efficace e critico degli algoritmi⁸⁷ il consumatore può acquisire le informazioni necessarie a orientare in modo più consapevole le proprie scelte di acquisto. La dottrina mette in luce come tale atteggiamento propositivo potrebbe influire positivamente anche sul sistema produttivo inducendo le imprese ad assumere condotte consapevoli che ne accrescano il capitale reputazionale, fino a rendere più appetibili i loro prodotti⁸⁸.

Alla luce di quanto detto, la protezione dei dati personali, il rispetto del principio di trasparenza e le informazioni necessarie per una scelta consapevole e critica del consumatore possono rappresentare fattori qualitativi significativi per il confronto concorrenziale tra le diverse piattaforme digitali, soprattutto in mercati caratterizzati da prezzi nulli. I consumatori possono preferire alternative che consentano loro di fornire il minor numero di dati possibili, ovvero di mantenere il controllo sui dati personali forniti⁸⁹. Inoltre, i servizi online che sono commercializzati come gratuiti comportano un corrispettivo sotto forma di dati personali e, quindi, di informazioni da parte degli utenti, con la conseguente costituzione di un

84 A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, cit., p. 101.

85 A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto?*, op.cit., p. 106.

86 A. PUNZI afferma che «un'adeguata ed efficace protezione da pratiche scorrette, o comunque da informazioni che ostacolano il pieno esercizio della libertà di decisione, passa anche per l'attivazione dell'intelligenza critica da parte del consumatore». Si veda A. PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 18 (1), 2019, p. 16.

87 A. PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, op. cit., p. 17.

88 *Ibidem*.

89 A. SAIJA, *Protezione dei dati personali, tutela del consumatore e concorrenza: un rapporto in evoluzione*, cit., p. 82.

patrimonio, composto da dati, nelle mani del fornitore del servizio⁹⁰. Come visto, tutte le attività online degli utenti – ad esempio, l’uso di servizi di social network – generano una enorme quantità di dati personali, che ne alimentano l’acquisizione da parte dei fornitori dei servizi utilizzati dagli utenti. Difatti, è stata proprio la nascita dei mercati digitali e, di conseguenza, la nascita dei social network, a far emergere nuove fonti di raccolta e forme di utilizzo dei dati personali.

Nel caso dei social network, questi rivestono una rilevanza particolare per la capacità di acquisizione dei dati personali degli utenti: l’individuo non è solamente un mero consumatore, ma riveste anche un ruolo di “generatore di dati personali”, che successivamente vengono utilizzati dalle imprese operanti nei diversi mercati. In questo scenario, si fa ancora più rilevante l’idea di un consumatore digitalmente responsabile e adeguatamente informato.

La tutela apprestata a un soggetto, attivo sul mercato digitale, deve essere bidirezionale, con obblighi informativi da un lato e un’accresciuta consapevolezza nell’esercizio della propria libertà di scelta, dall’altro, in un dialogo costante tra intelligenza critica e intelligenza artificiale.

L’AGCM è intervenuta nei confronti di social network quali Facebook e Whatsapp, per tutelare i consumatori, nei sistemi della *data driven economy*. L’Autorità ha ritenuto ingannevole la schermata di registrazione a Facebook, nella quale mancava un’adeguata informazione circa le finalità commerciali della raccolta dei dati dell’utente. In particolare, l’Autorità ha considerato come aggressive le modalità con cui il social network procedeva all’acquisizione del consenso per lo scambio, per fini commerciali, di dati dei propri utenti con siti web o app di terzi⁹¹.

L’Autorità ha ritenuto aggressiva anche la condotta di Whatsapp per aver forzato i propri utenti ad accettare nuovi Termini di Utilizzo – relativi alle condizioni dei propri dati ai fini di profilazione commerciale e pubblicitaria – facendo loro credere che, in caso contrario, sarebbe stato impossibile proseguire nell’utilizzo dell’applicazione⁹². In questo contesto, alla tutela del consumatore si aggiunge una tutela a favore della concorrenza, nella misura in cui gli utenti/consumatori possano esercitare in maniera più consapevole e attiva le proprie scelte di consumo. Difatti, tanto più i consumatori sono informati e liberi nelle loro scelte, tanto più le imprese sono stimolate a competere tra loro, differenziando le proprie offerte di servizi digitali gratuiti in relazione alla qualità nella forma di privacy⁹³.

Per quanto riguarda il grado di consapevolezza e informazione riconosciuta al consumatore nell’era del digitale, la dottrina si è interrogata circa il livello di diligenza esigibile dal consumatore medio. In

90 G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in *Eurojus*, Fascicolo speciale *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, 2020, pp. 13-49.

91 PS11112 - *Facebook-Condivisione dati con terzi*, 29 novembre 2018 n. 27432.

92 PS10601 - *Whatsapp-Trasferimento dati a Facebook*, 11 maggio 2017 n.26597.

93 Autorità garante della concorrenza e del mercato, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 101.

particolare, l'interrogativo verterebbe su quanto, la disponibilità di strumenti digitali, impatti sul grado di diligenza richiesto al consumatore per poter essere tutelato⁹⁴ e, soprattutto, se alla luce di ciò si richieda al consumatore un maggiore grado di responsabilizzazione e consapevolezza. La giurisprudenza amministrativa si è espressa a riguardo contribuendo a fare luce sulla questione. Ad esempio, il TAR del Lazio nel 2010⁹⁵ si è espresso con una sentenza di parziale annullamento della decisione AGCM n. 19169 del 20 ottobre 2008. Nella sentenza il giudice amministrativo afferma che nel caso di specie il consumatore medio sarebbe stato in grado di comprendere l'offerta pubblicizzata, richiedendogli un «accresciuto livello di responsabilizzazione nel compimento delle scelte commerciali» e «un'avveduta e consapevole percezione del messaggio promozionale».

In tal senso, la dottrina si interroga se un maggiore grado di responsabilità e di consapevolezza richiesta al consumatore possa avere delle ripercussioni pratiche sulla tutela a lui apprestata⁹⁶. Nel 2011, il TAR del Lazio⁹⁷ torna nuovamente sul tema precisando che, sulla base di una corretta interpretazione del codice del consumo deve essere dato valore al canone di diligenza dell'operatore commerciale, ovvero alla condotta tenuta dal professionista, piuttosto che al grado di consapevolezza o conoscenza del consumatore normalmente avveduto e informato. Pertanto, non possono essere posti sullo stesso piano l'obbligo di diligenza e di informazione richiesto all'operatore commerciale nel rappresentare correttamente un messaggio pubblicitario e l'onere del consumatore di comprensione dello stesso. Difatti, per quanto assuma rilievo il ruolo del consumatore e la sua responsabilità, questo non può tradursi nell'onere di acquisire informazioni ulteriori per capire una comunicazione commerciale ambigua.

Ancora, nel 2018, il TAR del Lazio si pronuncia sui messaggi commerciali diffusi online; in particolare, il giudice amministrativo afferma come l'utente medio di Internet, pur avendo una maggiore familiarità con i dispositivi informatici, non possa per ciò solo avere una maggiore capacità di comprensione del messaggio commerciale diffuso tramite Internet⁹⁸.

Grazie ai diversi orientamenti giurisprudenziali richiamati è possibile mettere in luce come debba essere valorizzato il principio della responsabilità del consumatore. Secondo la dottrina non si tratterebbe di richiedere al consumatore un maggiore grado di informazione, attenzione o avvedutezza; piuttosto la responsabilità del consumatore deve essere «un ideale regolativo delle politiche in materia consumeristica

94 A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, cit., pp. 107-108.

95 TAR Lazio, sez. I, sentenza 15 aprile 2010, n. 7109.

96 A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, cit., p. 108.

97 Tar Lazio, sez. I, sentenza 21 luglio 2011, n. 6563.

98 Si veda TAR Lazio, sez. I, sentenza 15 gennaio 2018, n. 464.

e forse anche il principio ispiratore di un vero e proprio processo di educazione della cittadinanza, fin dall'età scolare, ad un corretto, informato, intelligente approccio alle decisioni di acquisto»⁹⁹.

Alla luce di quanto di affermato è importante evidenziare come per ridurre le asimmetrie informative tra il professionista e il consumatore¹⁰⁰ che interagiscono e operano nel mercato digitale e, per dare attuazione al principio di responsabilità del consumatore sia necessario dare vita a nuove politiche consumeristiche, al fine di educare il consumatore dando piena attuazione all'art. 4 del codice del consumo¹⁰¹.

L'educazione del consumatore deve essere vista in rapporto all'intelligenza artificiale. Difatti, il processo educativo del consumatore che opera nel mercato digitale deve essere aggiornato per permettergli di conoscere i propri diritti e gli strumenti a sua disposizione per tutelarli. Questo diverso approccio dell'educazione del consumatore pone le basi per un dialogo fecondo tra intelligenza cognitiva e intelligenza artificiale, mettendo in luce come un consumatore adeguatamente "educato" possa prendere decisioni economiche più consapevoli, ricorrendo all'intelligenza artificiale.

Pertanto, il processo educativo di cui si tratta è finalizzato a rendere il consumatore edotto degli strumenti necessari per valutare i meccanismi di funzionamento del mercato, tanto fisico quanto digitale, così che sia più consapevole nell'esercizio delle proprie scelte economiche. Difatti, come affermato dalla dottrina «solo una nuova cultura tecnoumanistica potrà consentirci, di qui a qualche anno, di liberarci dalla paura degli algoritmi ed imparare nuovamente a pensare e a decidere di fronte allo scaffale di un supermercato come allo schermo di un negozio virtuale»¹⁰².

99 A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, cit., pp. 110-111.

100 In particolare, secondo quanto in parte già *supra* evidenziato da M. P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante*, «Lo Stato deve assicurare l'uguaglianza sostanziale, e non solo formale, e a questo scopo impone al professionista l'obbligo di informare il consumatore (e non più l'onere) proprio per renderlo edotto, educato attraverso l'informazione e dunque calcolante. E ciò per consentirgli di superare il genetico gap informativo, la debolezza che connota il suo rapporto con il professionista, rendendolo in questo modo libero di scegliere ed esercitare consapevolmente la sua autonomia privata». Per un maggiore approfondimento si veda M.P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante*, cit., p. 119.

101 Art. 4 Codice del consumo:

Educazione del consumatore

«1. L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali.

2. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili».

102 A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, cit., p. 112.

4. Conclusioni

Nel contributo si è voluta analizzare l'evoluzione della tutela del consumatore, con particolare riferimento al consumatore medio e al suo rapporto con l'innovazione tecnologica.

Tra gli interventi legislativi più recenti a livello europeo, si è visto il regolamento DSA che mira a creare un ambiente online più sicuro, attraverso il corretto funzionamento del mercato interno europeo dei servizi digitali. In particolare, il regolamento si riferisce a diversi servizi digitali, tra cui rientrano anche i social network e si pone come obiettivo quello di creare un ambiente online protetto, che tuteli i diritti del consumatore perseguendo, allo stesso tempo, l'innovazione e la competitività. Con il regolamento DSA, il legislatore europeo vuole trovare un bilanciamento tra lo stimolo all'innovazione e il riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali, rendendo effettiva la tutela del consumatore.

Allo stesso tempo, anche la direttiva *omnibus* ha apportato una vera e propria modernizzazione del codice del consumo, attraverso una maggiore apertura alla digitalizzazione e al rispetto del principio della trasparenza.

Si è poi analizzato il codice del consumo, focalizzandosi sul consumatore medio, ovvero l'ideale destinatario delle pratiche commerciali sleali.

La nozione di consumatore medio è spiegata nel diciottesimo considerando della direttiva 2005/29/Ce: la definizione data descrive un soggetto dai contorni alquanto indefiniti ed è compito dell'interprete adeguare la fattispecie astratta alle particolarità delle singole vicende poste alla sua attenzione.

Il mondo digitale ci pone davanti a un'evoluzione della nozione di consumatore medio: il consumatore digitale. La tutela apprestata al consumatore, attivo sul mercato digitale, deve essere bidirezionale, con obblighi informativi da un lato e un'accresciuta consapevolezza nell'esercizio della propria libertà di scelta, dall'altro, in un dialogo costante tra intelligenza critica e intelligenza artificiale. Difatti, il consumatore a cui si appresta tutela è un soggetto attento e avveduto che sia in grado di misurarsi con la realtà circostante. In questo scenario, i social network rivestono una rilevanza particolare per la capacità di acquisizione dei dati personali degli utenti: l'individuo non è solamente un mero consumatore ma riveste anche un ruolo di "generatore di dati personali". L'idea di un consumatore digitalmente responsabile e adeguatamente informato risulta essenziale nell'avvento di nuovi servizi posti sul mercato digitale, quale potrebbe essere Whatsapp Pay. In questo caso, il rispetto della privacy by design si rende essenziale per la tutela dei dati bancari e le informazioni che entrano in possesso di Whatsapp. In particolare, il rispetto del principio in esame, applicato a qualunque nuovo social network, come può essere lo stesso Whatsapp Pay, risulta essenziale affinché sia garantita la trasparenza informativa e, di conseguenza, la creazione di un sistema che fornisca gli strumenti necessari a rendere l'utente più consapevole, così che possa crearsi da solo la tutela appropriata al suo ideale di riservatezza. Per quanto riguarda il possibile ingresso di Whatsapp Pay

in Italia e la nozione di consumatore medio che utilizzi un social network per effettuare transazioni la questione può essere affrontata da due punti di vista: da un lato l'importanza di un'interpretazione flessibile della nozione di consumatore medio e, dall'altro l'utilizzo del parametro del consumatore medio non solo nella valutazione delle pratiche commerciali scorrette ma come parametro di portata generale, attraverso l'inserimento di una definizione dello stesso nell'art. 3 c. cons..

Difatti, se il parametro del consumatore medio assumesse portata generale potrebbe valere quale criterio di valutazione, posto *ex ante*, per la protezione dei dati personali. In tal modo, si garantirebbe il rispetto della privacy by design nonché dei principi applicabili al trattamento dei dati personali enunciati dall'art. 5 GDPR tra cui: la liceità, la correttezza, la trasparenza, la proporzionalità, la minimizzazione, l'esattezza, l'integrità, la riservatezza e la responsabilizzazione del titolare del trattamento dei dati. Al contempo, un'interpretazione elastica della nozione di consumatore medio si adatterebbe meglio alle nuove esigenze di tutela poste dal mercato digitale, nel quale si affaccia il consumatore digitale.

Il consumatore digitale rappresenta il nuovo modello di utente/consumatore che si trova a compiere i suoi processi cognitivi e decisionali nell'infospazio¹⁰³.

Il possibile ingresso del servizio di Whatsapp Pay in Italia e, più in generale di qualunque nuova declinazione di un social network già esistente e ampiamente utilizzato dalla maggior parte degli utenti/consumatori, dovrebbe garantire che i nuovi servizi offerti sul mercato digitale siano programmati per tutelare la protezione dei dati personali, fin dalla progettazione. Come visto, i consumatori digitali non sempre conoscono i modi attraverso cui le piattaforme sfruttano i loro dati personali. L'asimmetria informativa che nasce tra il fornitore di un servizio presente sul mercato digitale, come potrebbe essere Whatapp Pay, e l'utente/consumatore che ne usufruisce porta a un vuoto di tutela, colmabile anche attraverso una maggiore trasparenza informativa. In tal modo verrebbero tutelati i principi di pubblicità e trasparenza necessari a garantire, da un lato il rispetto degli obblighi di protezione e, dall'altro di quelli di informazione. Inoltre, un'adeguata informazione permetterebbe al consumatore digitale di avere un più facile accesso alle informazioni riguardanti l'utilizzo che verrà fatto dei propri dati, rendendolo responsabile e digitalmente più avveduto.

In questi servizi, la privacy by design risulta essere fondamentale per permettere che la tutela apprestata ai dati personali degli utenti sia garantita fin dall'inizio; al contempo, si è evidenziato come questi sistemi debbano fornire gli strumenti atti a rendere il consumatore più consapevole, in modo che sia più "attivo" e coinvolto nella tutela dei propri dati personali. Una soluzione, che potrebbe garantire al meglio l'applicazione del principio della privacy by design, sarebbe quello di inserire il principio nel contratto

103 A. PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, op. cit., p. 99.

concluso con l'utente, nelle licenze informatiche e, soprattutto, essere introdotto nelle procedure aziendali. Il principio in questione, applicato a qualunque nuovo social network, come può essere lo stesso Whatsapp Pay, richiede un approccio che garantisca la trasparenza informativa, per garantire la responsabilizzazione del consumatore digitale affinché sia in grado di valutare quali e quanti dati personali condividere. Al contempo, l'adozione di un'adeguata tutela della privacy by design nei nuovi social network infonderebbe maggiore fiducia nei consumatori, con un conseguente aumento della tutela giuridica e un adeguamento delle imprese a standard di tutela più elevati¹⁰⁴.

Infine, si è visto come per colmare l'asimmetria informativa sia essenziale anche un'attualizzazione del processo educativo del consumatore che opera nel mercato digitale, in modo che lo stesso sia adeguatamente edotto. Si pongono, così, le basi per un dialogo produttivo tra l'intelligenza cognitiva e l'intelligenza artificiale, in un mercato ove il consumatore digitale possa prendere decisioni economiche più consapevoli.

104 G. BINCOLETTI, *La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale*, cit., p. 156.