

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 18 - dicembre 2018

IL REGOLAMENTO C.D. *GEOBLOCKING*
NEL QUADRO DELLA DISCIPLINA
SUL COMMERCIO ELETTRONICO

Gabriella Gimigliano

IL REGOLAMENTO C.D. *GEOBLOCKING* NEL QUADRO DELLA DISCIPLINA SUL COMMERCIO ELETTRONICO[°]

Gabriella Gimigliano

*Ricercatrice di Diritto commerciale,
Università degli Studi di Siena*

Nel quadro della disciplina armonizzata sul commercio elettronico, l'articolo esamina il regolamento 2018/302/UE sui blocchi geografici indiscriminati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno, privilegiando la prospettiva del diritto dell'impresa.

Within the European framework for e-commerce, this paper analyses, from a business law perspective, the European regulation 2018/302/EU on unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market.

Sommario:

1. Introduzione
2. La base giuridica e la finalità del regolamento *geoblocking*
3. L'ambito soggettivo di applicazione
4. L'ambito oggettivo di applicazione
5. Blocchi geografici, diversità nelle condizioni generali di accesso e negli strumenti di pagamenti accettati
6. Conclusioni

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Introduzione

Secondo un'indagine svolta da un gruppo di esperti su incarico della Commissione europea, il *geoblocking* è una prassi contrattuale che di regola consta nel i) rifiuto di contrarre, ii) reindirizzamento automatico ad altro sito e nella iii) differenziazione delle condizioni generali contrattuali. Accade, così, che il professionista desuma dall'indirizzo IP del cliente il suo luogo di residenza e, limitatamente ad alcuni Stati membri, blocchi l'invio dell'ordine di acquisto di un bene o di un servizio; ancora, può darsi il caso che il professionista, avvalendosi del sistema di rilevazione satellitare, individui la posizione del cliente e lo reindirizzi automaticamente alla versione domestica della propria vetrina virtuale, associando, però, a quel negozio virtuale, prezzi e prodotti differenti; da ultimo, è diffusa la prassi delle applicazioni di confronto dei prezzi, che includono nel paniere dei risultati soltanto quei prodotti o servizi per i quali il cliente può concludere la transazione in ragione della localizzazione geografica del suo IP e, quindi, della presunta nazionalità o del presunto luogo di residenza o di stabilimento¹.

Il regolamento europeo n. 302 del 2018² (di seguito, regolamento *geoblocking*) intende promuovere il «*buon funzionamento del mercato interno non consentendo blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti*»³.

In vigore dal 3 dicembre 2018⁴, questo regolamento è stato adottato nel quadro del Mercato Unico Digitale (di seguito, MUD), inteso come «*un mercato in cui è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano*

¹ SZMIGIELSKI, *Sector inquiry into cross-border e-commerce: the challenges and principal implications for European Union completion law*, in Adam Mickiewicz University Law Review, 2017, 235 – 248; SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, Directorate General For Internal Policies, 2013, 12 ss.

² Reg. 302/2018/UE del 28 febbraio 2018, pubblicato in G.U.C.E. L 60 I/1 del 2.03.2018.

³ Art. 1, § 1, reg. *geoblocking*. Cfr.: COM (2015) 192, 6 s. (la c.d. “Strategia per il mercato unico digitale in Europa”), ha evidenziato che il 72% delle denunce alla rete dei centri europei per i consumatori concernenti le differenze di prezzo o altre discriminazioni interessa gli acquisti online transfrontalieri. Solo in alcuni casi – evidenzia la Comunicazione – queste limitazioni possono essere giustificate, ad esempio da obblighi giuridici specifici prescritti al professionista.

⁴ Cfm.: art. 11, reg. *geoblocking*.

ostacoli all'accesso e all'esercizio delle attività online in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali»⁵.

Con il MUD, la Commissione delinea una strategia pluriennale secondo tre linee di azione strategica: i) «migliorare l'accesso online ai beni e servizi in tutta Europa per i consumatori e le imprese»; ii) «creare un contesto favorevole nel quale le reti digitali possano svilupparsi»; iii) «massimizzare il potenziale di crescita della rete digitale europea»⁶.

Il regolamento sui blocchi geografici è stato adottato nel quadro dell'azione strategica *sub i*) che associa questo tipo di intervento ad altre iniziative che direttamente o indirettamente lo coadiuvano⁷:

a) rafforzare la fiducia dei consumatori e delle piccole e medie imprese nelle opportunità della rete, semplificando il quadro giuridico di riferimento sulla disciplina dei contratti e la tutela dei consumatori, soprattutto in merito ai rimedi disponibili quando il prodotto digitale, acquistato online, si riveli difettoso⁸;

⁵ COM (2015) 192, 3. Nelle comunicazioni della Commissione europea si fa riferimento al “mercato unico digitale”, rapportando il concetto di mercato unico alla dimensione delle comunicazioni e degli scambi attuali, quotidianamente basati sul protocollo di rete Internet. In altri termini, non sembra che la Commissione volesse suggerire l'esistenza di un solo mercato. Al contrario, la dottrina ha criticamente osservato che l'espressione “mercato unico digitale” rappresenta una mera astrazione, “una sorta di metafora per indicare un insieme di mercati tra loro distinti, anche se collegati e reciprocamente interagenti”. Sotto questo profilo il mercato digitale rappresenta un “aggregato macroeconomico” articolato in diversi comparti, e che rappresentano per il diritto della concorrenza distinti mercati. In questi termini: OLIVIERI, *Del mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Riv. Soc.*, 2017, 815 ss.

⁶ *Amplius*: COM (2017) 228 “Sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia del mercato unico digitale”.

⁷ Oltre le aree di intervento elencate di seguito, la Comunicazione del 2015 contempla anche un'azione sui regimi IVA che, per la loro diversità, aggiungono un ulteriore ostacolo al commercio transfrontaliero, *online ed offline*. COM (2015) 192, 8 s.

⁸ Al momento del varo del MUD nel 2015 (COM (2015) 4 ss.), vi erano due dati interessanti: 1) solo il 7% delle PMI europee vendeva oltrefrontiera; 2) il 61% dei consumatori si sente sicuro se acquista online da un imprenditore che ha sede nello stesso Stato membro, mentre solo il 31% dei consumatori europei si sente sicuro effettuando un acquisto online transfrontaliero. Per migliorare l'armonizzazione del diritto dei contratti e della disciplina a tutela dei consumatori nelle transazioni a distanza, la Commissione europea progettava di presentare una proposta modificata sugli aspetti essenziali del contratto di vendita, che consenta ai venditori di applicare la disciplina del proprio Paese d'origine, in aggiunta ad una proposta di revisione del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori.

b) migliorare il servizio di consegna transfrontaliera in termini di rapporto tra costo e qualità, promuovendo l'interoperabilità tra gli operatori che intervengono in un'unica operazione di consegna⁹;

c) predisporre una disciplina del diritto d'autore che superi il requisito della territorialità della tutela, in modo tale da facilitare l'accesso e la portabilità dei contenuti digitali nel mercato interno¹⁰.

A ben vedere, però, il processo di armonizzazione della disciplina sul commercio elettronico risale al 1996, promosso con una serie di comunicazioni della Commissione europea che ne accoglievano una nozione ampia, atta a comprendere ogni attività commerciale svolta per via elettronica, dalla vendita dei beni o servizi all'assistenza post-vendita, dall'attività di ricerca dati alla pubblicità, dalla prestazione di servizi giuridici o finanziari all'espletamento di gare pubbliche di appalto, e così di seguito¹¹.

⁹ Secondo i dati forniti dalla Comunicazione sulla "Strategia per il mercato unico digitale in Europa", il 62% delle imprese lamentava l'esosità dei costi di consegna, stimando che le tariffe transfrontaliere dei plichi tendenzialmente quintuplicavano le tariffe applicate dagli stessi operatori per le consegne nazionali. La Commissione si orientava a migliorare la trasparenza tariffaria ed il potenziamento della sorveglianza regolamentare sui mercati dei pacchi transfrontalieri. *Amplius*: COM (2015), 192, 5 s.

¹⁰ Nella Comunicazione del 2015 (supra, nota 2), è evidenziato che circa il 45% degli imprenditori che progetto di sperimentarsi nelle vendite online di servizi digitali individualizzati riscontrano come un problema le restrizioni dipendenti dalla tutela del diritto d'autore e, contestualmente, è emerso che meno del 4% di tutti i contenuti video è accessibile a richiesta oltrefrontiera all'interno dell'Unione europea.

La Comunicazione richiamata registra un impegno della Commissione per superare le differenze tra i diversi ordinamenti nazionali in materia di diritto d'autore, formulando proposta in tema di "i) portabilità dei contenuti di provenienza lecita; ii) accesso oltre frontiera ai servizi online di provenienza lecita, sempre nel rispetto della valenza dei diritti nel settore audiovisivo; iii) maggiore certezza del diritto, mediante deroghe armonizzate, circa l'uso oltre frontiera di contenuti per finalità specifiche (ad es., ricerca, finalità educative, estrazione di testo e dati, ecc.); iv) precisazione delle norme sull'attività degli intermediari in relazione ai contenuti coperti da diritto d'autore e, nel 2016, v) applicazione più moderna dei diritti di proprietà intellettuale, con particolare riguardo alle violazioni su scala commerciale (principio inteso a seguire la traccia dei soldi) e all'applicabilità transfrontaliera". Cfr.: COM (2015) 192, 7 s.

¹¹ CORVESE – GIMIGLIANO (a cura di), *Profili interdisciplinari del commercio elettronico*, Pisa, 2016; un quadro d'insieme della disciplina comunitaria del commercio elettronico in: LODDER – MURRAY (a cura di), *EU regulation of e-commerce. A Commentary*, Edward Elgar Publishing: Cheltenham, Glos, UK, 2017; SARRACCO, *Il fenomeno e-commerce e i recenti sviluppi del mercato unico digitale in Europa*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2016, 89 – 115.

Anche in quella sede la Commissione si poneva il problema di costruire e sostenere la fiducia del consumatore e dell'imprenditore nelle potenzialità della *rete*, rafforzando le infrastrutture e smussando quelle differenze normative tra l'uno e l'altro Stato membro che potessero diventare un ostacolo all'esercizio di attività per loro natura transfrontaliere¹².

Il progetto è stato svolto di pari passo con il processo di armonizzazione degli standard tecnici e regolativi sul trasferimenti di fondi, per rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei pagamenti e promuoverne l'*elettronificazione*, senza però predisporre una disciplina dedicata prettamente ai pagamenti *online* e *mobile*¹³. Questa tecnica legislativa è stata ampiamente adottata nel processo europeo di armonizzazione¹⁴, con la conseguenza di privilegiare provvedimenti applicabili ad ogni forma di transazione a distanza ed a qualsiasi tipo di bene o di servizio, come dimostra anche la più recente revisione della disciplina a tutela dei consumatori¹⁵.

Assumendo la prospettiva dell'imprenditore digitale - che il regolamento *geoblocking* in qualche modo limita nella sua libertà di iniziativa economica -, l'analisi prova a dar conto degli aspetti essenziali, evidenziandone continuità e discontinuità di metodo e di merito rispetto alle direttive sul

¹² Tra le diverse comunicazioni adottate dalla Commissione nella seconda metà degli anni novanta in tema di commercio elettronico, si segnalano: DOC/96/8 e la COM (97) 157 def. Cfm: LODDER – MURRAY, *The European Union and e-commerce*, in LODDER – MURRAY (a cura di), *EU regulation of e-commerce*, Cheltenham, UK, 2017, 1 – 14.

¹³ Dir. 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, sui servizi di pagamento nel mercato interno, pubblicata in G.U.C.E. L 337/35, del 23 dicembre 2015 (la c.d. PSD2). La direttiva PSD2, che la sostituisce la PSD1 del 2007, rappresenta il provvedimento principale in un quadro più complesso che combina fonti di etero- ed auto-regolamentazione, nonché raccomandazioni e norme dell'Autorità Bancaria Europea. Interessante come analisi del punto di partenza del processo di armonizzazione del diritto dei pagamenti: D'ORAZIO, *Il codice europeo di autodisciplina bancaria sul pagamento elettronico*, in *Dir. Inf.*, 1990, 863 – 884.

¹⁴ Sulla tecnica legislativa privilegiata, Gustavo Olivieri ha osservato che la "sostanziale anomia", intesa come mancanza di regole ad hoc, che caratterizza lo sviluppo dei mercati digitali rappresenta una "situazione che – secondo Durkheim, si può riscontrare solo in periodi di grave crisi, ovvero – ed è questo, parrebbe il caso di Internet – di boom economico, durante i quali la rapidità del mutamento sociale non consente alle norme di tenere il passo con le molteplici sollecitazioni e istanze emergenti nel sistema sociale". OLIVIERI, *Del mercato delle cose al mercato delle idee*, cit.

¹⁵ Dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, pubblicata in G.U.C.E. L 304/4 del 22 novembre 2011. Questa direttiva modifica le precedenti sui diritti dei consumatori, della quale è svolto un esame dettagliato in: BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Europa e Diritto Privato*, 2014 (3), 927 - 1015.

commercio elettronico¹⁶, la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari¹⁷ e la direttiva sui servizi nel mercato interno¹⁸.

Come nota organizzativa, si precisa che ogniqualvolta questa analisi fa riferimento alla discriminazione, si intende quella basata sulla nazionalità, sul luogo di residenza o di stabilimento, che non saranno più ripetuti, salvo lo richieda la chiarezza del discorso

2. La base giuridica e la finalità del regolamento *geoblocking*

Il regolamento *geoblocking* ha la propria base giuridica nell'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) che legittima la Commissione, il Parlamento europeo ed il Consiglio ad adottare, secondo il ruolo loro proprio nella procedura legislativa ordinaria, le misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, per la costruzione di un "mercato interno"¹⁹.

L'art. 26 TFUE definisce il mercato interno come uno «*spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati*»²⁰. Il Piano per un Mercato Unico Digitale prova a calibrare il principio del mercato interno sulle specificità del commercio elettronico e, dunque, sugli ostacoli che possono essere eretti al pieno esercizio delle libertà

¹⁶ Dir. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 8 giugno 2000, concernente alcuni aspetti giuridici della società dell'informazione, pubblicata in G.U.C.E. L 178/1, del 17 luglio 2000.

¹⁷ Dir. 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, pubblicata in G.U.C.E. L 271/16 del 9.10.2002.

¹⁸ Dir. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, pubblicata in G.U.C.E. L 376/36 del 27 dicembre 2006.

¹⁹ La preoccupazione che queste forme di discriminazione possano minare il corretto funzionamento del principio del mercato interno sono espresse in più punti del regolamento in esame, in particolar modo, si segnalano i considerando (1), (18), (19).

Questa base giuridica, che ricade in un ambito di competenza condivisa tra l'Unione e gli Stati membri, rende necessario giustificare l'iniziativa rispetto ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà, come il regolamento fa al considerando (42).

²⁰ Le espressioni "mercato comune", "mercato interno", "mercato unico" sono praticamente equivalenti e possono essere utilizzate indistintamente. Cfm: TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 380.

fondamentali quando i prodotti o i servizi sono acquistati o sono fruiti *on-line*²¹.

Con il regolamento *geoblocking*, il legislatore europeo vieta agli imprenditori di discriminare tra l'uno e l'altro cliente, professionista o consumatore, in ragione della nazionalità, del luogo di residenza o di stabilimento²².

Questo aspetto rappresenta una novità rispetto all'approccio invalso nel processo di integrazione, negativa e positiva, del mercato interno.

Sembra opportuno ricordare che, in una prima fase, il processo di liberalizzazione è stato affidato essenzialmente all'integrazione negativa e la Corte di giustizia ha interpretato i divieti agli artt. 49, 56 e 67 TFUE (secondo la numerazione attualmente in vigore) come prescrizioni riferite agli Stati membri ed alle istituzioni europee²³. L'interpretazione è stata, in certo qual modo, bilanciata dal riconoscimento alle disposizioni richiamate dell'efficacia diretta, legittimando il singolo cittadino europeo ad agire in giudizio qualora ritenesse che un atto legislativo o amministrativo, dello Stato membro o delle istituzioni europee, comprimesse o rendesse più oneroso l'esercizio del diritto alla libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi²⁴.

Al contrario, quando la discriminazione era di tipo orizzontale e, quindi, aveva origine in un comportamento, unilaterale o collettivo, degli imprenditori, la giurisprudenza della Corte ammetteva soltanto il ricorso alle norme *anti-trust*, sempre che ve ne fossero le condizioni²⁵.

²¹ La nozione di riferimento è quella di «servizi prestati tramite mezzi elettronici», che sarà approfondita al § 4, che rappresenta il termine oggettivo di riferimento del regolamento (cfr.: art. 2, n. 1, Reg. *geoblocking*).

²² Precisamente, il regolamento si propone di «contribuire al buon funzionamento del mercato interno, impedendo i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti» (art. 1, § 1, Reg. *geoblocking*).

²³ L'art. 49, § 1, TFUE, dispone che «le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro»; secondo l'art. 56 TFUE «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione vengono vietate»; infine l'art. 67 TFUE ha vietato tutte le restrizioni ai movimenti di capitale ed ai pagamenti tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi.

²⁴ TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 394.

²⁵ Possono esser segnalati due casi recenti nei quali accordi di distribuzione verticale perché gli accordi di distribuzione selettiva integravano intese verticali illecite. È appunto il caso della Guess, multata dalla Commissione europea nel dicembre 2018 per aver, tra le altre cose, impedito ai dettaglianti autorizzati alla vendita di distribuire online prodotti con il

In via generale, anche il processo di integrazione positiva ha fatto ricorso allo stesso approccio²⁶. Può anche destare sorpresa, ma dopo vent'anni dalle prime direttive di armonizzazione del mercato interno, la direttiva sul commercio elettronico ha applicato la clausola del mercato interno in maniera verticale, riferendola agli atti amministrativi e legislativi.

L'art. 3, infatti, prescrive agli Stati membri il reciproco riconoscimento della disciplina e del sistema dei controlli sui prestatori dei servizi della società dell'informazione, assumendo come tale «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»²⁷.

Con la clausola del mercato interno, è la disciplina ed il sistema dei controlli dello Stato membro di stabilimento a prevalere su quella dello o

proprio marchio, se i clienti erano stabiliti nell'Europa centrale o orientale. Altra vicenda recente, che però ha interessato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, concerne la Cadel s.r.l. e le indicazioni date ai propri distributori nel commercio elettronico di apparecchiature per il riscaldamento e la obtura a pellet e a legna. Nella circolare inviata, la Cadel dava le seguenti indicazioni: i) le vendite online devono essere effettuate esclusivamente sui siti Internet in lingua italiana con dominio “.it”, ii) nel commercio elettronico non possono essere utilizzate lingue diverse da quella italiana, iii) le consegne devono essere limitate al territorio italiano, iv) solo i rivenditori autorizzati Cadel possono ricorrere alla promozione ed alla vendita online. L'AGCM ha configurato un'ipotesi di intesa verticale illecita, ex art. 101 TFUE, evidenziando, tra le altre cose, che “si tratta di condotte (...) che sembrano idonee a scoraggiare l'espansione dell'attività dei distributori oltre gli ambiti nazionali limitare e/o impedire l'acquisto da parte di consumatori stabiliti all'estero dei prodotti Cadel venduti dalla rete italiana dei distributori online”. La vicenda si è chiusa con l'accertamento dell'infrazione e l'assunzione di impegni ad opera dell'imprenditore interessato. Cfr.: Provvedimento n. 266616, www.agcm.it

Un commento più generale sui profili antitrust del geoblocking, cfr: SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 57 – 85; HELBERGER, *Refusals to serve consumers because of their nationality or residence. Distortions in the Internal Market for e-commerce transactions?*, Institute for Information Law: Amsterdam, 2007, www.ssrn.com

²⁶ Anche per effetto dell'integrazione positiva, il mercato comune è «il quadro giuridico complessivo, su scala europea, dello svolgimento dei rapporti economici. Come tale esso dà corpo e tutela all'insieme degli interessi, delle esigenze e dei valori che a quei rapporti si ricollegano». TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 384.

²⁷ L'art. 2, lett. a), dir. 2000/31/CE rinvia all'art. 1, n. 2, della dir. 98/34/CE, così come modificata dalla dir. 98/48/CE. La nozione di servizio della società dell'informazione è molto ampia, anche se non priva di ambiguità²⁷. In prima approssimazione, può dirsi che comprende operazioni di commercio, con la conclusione di contratti online, ma anche attività economiche diverse, come quelle di ricerca, trasmissione o custodia dei dati, di marketing, intrattenimento, e così di seguito, che possono anche non prescrivere all'utilizzatore il pagamento di un prezzo, a fronte di altre forme di remunerazione, come la raccolta e l'utilizzo dei dati personali o la pubblicità online. Cfr.: considerando (18), direttiva sul commercio elettronico.

degli Stati membri di destinazione del servizio. La disciplina concerne le condizioni, generali e particolari, di accesso al mercato rilevante, ma anche la disciplina sulle comunicazioni commerciali, dei contratti online, del contenuto dei servizi da prestare, a meno che questi ambiti non siano stati in altra sede armonizzati.

Una conferma di questa ricostruzione si coglie attraverso le deroghe consentite. Infatti, l'art. 3, co. 4, della direttiva sul commercio elettronico consente agli Stati membri di destinazione del servizio di impedirne l'esercizio transfrontaliero se corrono ragioni di ordine pubblico, tutela della sanità pubblica, difesa nazionale, purché il provvedimento – e, dunque, il limite posto alla libertà di circolazione dei servizi – è proporzionale alla minaccia e consta l'inefficacia dei provvedimenti assunti o addirittura l'inerzia dello Stato membro d'origine del prestatore²⁸.

Nel 2006, con la direttiva “Servizi”, è compiuto un primo, incerto, cambiamento di approccio, che interessa un settore considerato di peculiare importanza nello sviluppo del mercato interno dalla Commissione²⁹.

Escluse le deroghe operate all'art. 2, co. 2, questa direttiva presenta un'applicazione generale, perché l'accezione di “servizio” accolta - «qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione»³⁰ - non opera differenze tra attività del mercato reale o del mercato digitale, né distingue tra l'una o l'altra tipologia di destinatari, individuati in «qualsiasi persona fisica che sia cittadino di uno Stato membro o che goda di diritti conferitile da atti comunitari o qualsiasi persona giuridica, di cui all'art. 48 del trattato, stabilita in uno Stato membro che, a scopo professionale o per altri scopi, fruisce o intende fruire di un servizio»³¹.

Nel capo IV, dall'art. 16 all'art. 21, la clausola del mercato interno è applicata agli Stati membri. Tra l'altro, è disposto che gli Stati membri «(...) rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro

²⁸ Dunque, lo Stato membro di destinazione, che voglia avvalersi della deroga, deve dapprima chiedere un'iniziativa dello Stato membro di origine e, solo subordinatamente all'inerzia o all'insufficiente risposta di questo, adottare il provvedimento limitativo, dandone comunicazione preliminare alla Commissione europea.

²⁹ Il considerando (4) della direttiva servizi ha evidenziato che i servizi costituiscono il motore della crescita economica e rappresentano il 70% del PIL e dei posti di lavoro nella maggioranza degli Stati membri.

³⁰ Art. 4, n. 1, direttiva servizi. Sulla direttiva servizi, DE MINICO – VIGGIANO, *Directive 2006/123/EC on services in the internal market*, in LODDER – MURRAY (a cura di), *EU regulation of e-commerce*, cit., 128 – 145.

³¹ Art. 4, n. 3, direttiva servizi.

*diverso da quello in cui sono stabiliti*³² e «(...) non possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettano» il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità o della sede³³.

In questo stesso capo, soltanto la disposizione all'art. 20 sembra generalizzare un'applicazione orizzontale del principio di non-discriminazione, anticipando – limitatamente al mercato dei servizi- le scelte che saranno operate una decina di anni dopo con il regolamento *geoblocking*.

L'art. 20, co. 1, dispone che «*Gli Stati membri provvedono affinché al destinatario non vengano imposti requisiti discriminatori fondati sulla sua nazionalità o sul suo luogo di residenza*». La dottrina ha sostenuto che questa disposizione conferma un'applicazione di tipo verticale del principio di non discriminazione, argomentando la conclusione dall'accezione del termine “requisiti” (discriminatori), che solo apparentemente presenterebbe una valenza neutra, generica. Infatti, l'art. 4, n. 7, della direttiva servizi, dispone che il requisito indica “*qualsiasi obbligo, divieto, condizione o limite stabilito dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri o derivante dalla giurisprudenza, dalle prassi amministrative, dalle regole degli organismi o ordini professionali o dalle regole collettive di associazioni o organizzazioni professionali adottate nell'esercizio della propria autonomia giuridica (...)*”³⁴.

Forse, *stiracchiando* l'art. 20, co.1, potrebbe dirsi si assiste ad una generalizzata applicazione orizzontale del principio di non discriminazione perché gli Stati membri “provvedono” svolgendo un'attività di monitoraggio e di vigilanza sull'attività normativa delle associazioni di categoria o, in alternativa, “provvedono” perché sono tenuti ad un ripensamento della disciplina generale sui contratti pertinenti, come quelli di distribuzione selettiva, per imporre, *expressis verbis*, ai privati, il principio di non discriminazione, anche quando non si configura una violazione delle norme *antitrust*.

Più semplicemente, potrebbe essere sostenuto che l'art. 20, co. 1, imprime portata generale ad un orientamento interpretativo già ampiamente

³² Il concetto di “stabilimento” accolto nella direttiva servizi non è diverso da quello posto nella direttiva sul commercio elettronico. Cfr.: art. 4, n. 5, direttiva servizi ed il considerando (19) della direttiva sul commercio elettronico.

³³ Art. 16, co. 1, direttiva servizi. Il co. 3 consente agli Stati membri di porre degli ostacoli se ricorrono motivi di salute pubblica, pubblica sicurezza, sanità pubblica, o tutela dell'ambiente, sulla falsariga di quanto già previsto dalla direttiva sul commercio elettronico.

³⁴ Sul punto, SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 26-50.

invalso presso la giurisprudenza della Corte di giustizia, a tenore del quale il principio di non discriminazione di cui all'art. 18 TFUE³⁵ rappresenta un principio base del diritto dell'Unione europea, sotteso all'interpretazione ed all'applicazione delle libertà fondamentali di circolazione, consentendo un'equilibrata costruzione del mercato interno. Da tanto consegue che il principio di non discriminazione³⁶ si considera sotteso ad ogni provvedimento sulle libertà fondamentali e, quindi, anche all'applicazione della direttiva servizi, nonostante non sia espressamente richiamato come base giuridica³⁷. Del resto, ben si salda con l'accezione di "requisiti", l'orientamento della Corte di giustizia che riconosce l'efficacia diretta dell'art. 18 TFUE anche con riferimento alle norme prodotte da organizzazioni di categoria o professionali, che concretamente esercitano un influente potere regolamentare, come nella vicenda Angonese³⁸.

Detto questo, la direttiva servizi ammette, nonostante le incertezze interpretative, una forma di applicazione orizzontale del principio di non discriminazione, limitatamente al mercato dei servizi: il co. 2, dell'art. 20, dispone che *«Gli Stati membri provvedono affinché le condizioni generali di accesso a un servizio che il prestatore mette disposizione del grande pubblico non contengano condizioni discriminatorie basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza del destinatario, ferma restando la possibilità di preveder condizioni di accesso differenti allorché queste sono direttamente giustificate da criteri oggettivi»*. Il regolamento geoblocking, a sua volta, dovrebbe colmarne le eventuali lacune ed estenderne l'applicazione al mercato dei beni.

³⁵ L'art. 18 TFUE dispone che *«1. Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni»*.

³⁶ La Corte di giustizia ha tendenzialmente accolto un'interpretazione estensiva del co. 1: infatti, ha incluso nell'ambito di applicazione dell'art. 18 anche le discriminazioni in ragione del luogo di residenza, che rappresenterebbero discriminazioni indirette basate sulla nazionalità. Cfm.: SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 31 s.

³⁷ SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 30.

³⁸ *«In the light of the case law of the ECJ the direct application of Article 18 between private persons can only be assumed if private actors either have power and influence comparable to states with the effect that other private actors have hardly any chance of avoiding discrimination»*. SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 39.

Diversamente il diritto europeo dei pagamenti al dettaglio – richiamato all'art. 5, del reg. *geoblocking* – ha applicato orizzontalmente il principio di non-discriminazione in tempi risalenti, svolgendo una strategia normativa complessa che ha abbinato iniziative regolamentari ad altre di auto-regolamentazione³⁹.

Il primo degli atti istituzionali in questo solco è stato il reg. n. 2561 del 2001⁴⁰, secondo il quale «*Dal 1° luglio 2002 le commissioni applicate da un ente sulle operazioni transfrontaliere di pagamento elettronico in euro fino a un massimo di 12500 EUR sono eguali a quelle addebitate dallo stesso ente sui pagamenti corrispondenti in euro eseguiti nello Stato membro dove è stabilito detto ente*». Analoga disposizione era prevista in merito alle commissioni applicate ai bonifici transfrontalieri in euro, entro la stessa soglia, ma a decorrere dal 1° luglio 2003 (art. 3, Reg. 2560/2001). A questo regolamento seguiranno molti altri indirizzati a banche e intermediari finanziari, tutti tesi ad uniformare tariffe applicate e tempi di esecuzione, ma che interessano anche altri strumenti di pagamento.

Contestualmente, l'Unione è intervenuta sulla diversità dei costi a monte, diversità che avrebbe potuto obiettivamente giustificare l'applicazione di condizioni economiche meno vantaggiose. Infatti, ricorrendo alla collaborazione delle associazioni di intermediari bancari e finanziari, è stata promossa la *Single Euro Payment Area* (SEPA), nel quadro della quale sono stati elaborati standard regolativi e tecnici uniformi per i trasferimenti in euro, nella forma del bonifico o dell'addebito diretto, a loro volta raccolti in *rulebooks*.

³⁹ Tra la fine degli anni novanta ed i primi anni duemila, infatti, l'Unione ha preso atto di una diffusa prassi contrattuale che applicava tariffe differenti in ragione dello Stato membro d'origine dell'ordine di pagamento, operando una netta distinzione tra pagamenti domestici e transfrontalieri. Le ricadute sul buon funzionamento del mercato interno erano evidenti, accentuate negli Stati membri che avevano aderito alla terza fase dell'unione monetaria. A quel punto, è stata promossa una strategia legislativa complessa, che ha prescritto ai prestatori di servizi di pagamento l'applicazione delle stesse tariffe e degli stessi tempi di esecuzione nei trasferimenti elettronici domestici e transfrontalieri di fondi, quale che fosse lo Stato membro dal quale l'ordine di pagamento aveva origine. *Amplius*: MANCINI – PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, n. 63, Banca d'Italia: Roma, 2008.

⁴⁰ Reg. 2560/2001/CE del 19 dicembre 2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro, pubblicato in G.U.C.E. del 28 dicembre 2001 L 344/13.

3. L'ambito soggettivo di applicazione

Il regolamento *geoblocking* si applica ai rapporti tra imprenditore e cliente, senza distinzione tra commercio elettronico e commercio a distanza *off line*⁴¹.

Il cliente è definito come «*un consumatore che ha la cittadinanza o la propria residenza in uno Stato membro o un'impresa che il proprio luogo di stabilimento in uno Stato membro e che riceve un servizio o acquista un bene, o intende farlo, all'interno dell'Unione al fine esclusivo dell'uso finale*»⁴².

Come nella direttiva servizi, nella direttiva sul commercio elettronico e nei diversi provvedimenti sui servizi di pagamento, anche nel regolamento in commento, il cliente può essere un consumatore, una PMI o un imprenditore medio-grande. Tuttavia, quando non è un consumatore, la disciplina (armonizzata) del rapporto contrattuale può essere convenzionalmente derogata⁴³.

L'imprenditore è il professionista, inteso come «*qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto*»⁴⁴.

Come imprenditore, la nozione di professionista esclude soltanto le imprese non-profit⁴⁵, ma comprende i professionisti intellettuali, in linea con

⁴¹ Esaminando le disposizioni agli artt. 3, 4, 5, si ha l'idea di un'applicazione generale del regolamento, ma anche di un peso specifico rivestito dal commercio elettronico, soprattutto nelle fattispecie all'art. 3.

⁴² Art. 2, n. 18), Reg. *geoblocking*.

⁴³ La possibilità di deroga convenzionale è espressamente contemplata all'art. 10 della direttiva sul commercio elettronico, ovvero dall'art. 38, dir. 2015/2366/UE.

Si ricorda che la Corte di giustizia applica un approccio prettamente funzionale alla nozione di "consumatore": in questa prospettiva non è affatto dirimente lo status soggettivo del contraente, ma i contenuti, la natura e la finalità del contratto. Pertanto, soltanto se i contratti sono diretti a soddisfare bisogni personali nella forma di consumi privati, il contraente è trattato come un consumatore. Cfm.: DE SOUSA GONÇALVES, *The e-commerce International consumer contract in the European Union*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol 9 (1), 5 – 20.

⁴⁴ Art. 2, n. 18), reg. *geoblocking*.

⁴⁵ de LUCA, *European Company Law*, Cambridge University Press: Cambridge, 2016, 12 s. Nell'inquadramento dell'imprenditore digitale, un problema diverso, ma aperto, è rappresentato dall'inquadramento delle piattaforme digitali, come la UBER, ad esempio. Il problema diventa stabilire quando la piattaforma di collaborazione si comporta come un semplice intermediario (che appunto eroga un servizio della società dell'informazione, secondo

un consolidato orientamento della Corte giustizia europea e con la direttiva sul commercio elettronico⁴⁶.

Nulla è precisato sulla cittadinanza del professionista (e del cliente) ma è ragionevole sostenere che il regolamento si applichi esclusivamente ai professionisti “europei” ai sensi dell’art. 54 TFUE⁴⁷. In questi termini è espressamente declinata anche la direttiva servizi, che rappresenta l’antecedente più prossimo del regolamento *geoblocking*, ma questa conclusione appare anche coerente con la finalità perseguita dal regolamento in esame, di rimuovere gli ostacoli al pieno esercizio delle libertà di circolazione nel mercato interno, che sono riservate ai cittadini europei ovvero ai soggetti che godono di un trattamento equivalente⁴⁸.

La disciplina armonizzata del commercio elettronico non adotta una definizione *ad hoc* di imprenditore digitale, ma ha cura di distinguere, in termini di responsabilità nei confronti degli Internauti, l’imprenditore che propone o vende servizi o beni online, dall’imprenditore che offre servizi di accesso e di navigazione sulla rete Internet, nella forma del servizio di semplice trasporto (*mere conduit*), di memorizzazione temporanea (*caching*) o di memorizzazione protratta (*hosting*)⁴⁹.

Quale che sia la natura dell’attività economica esercitata, la figura del professionista presenta un tratto caratterizzante nella disciplina della trasparenza e, proprio questo aspetto, rende particolarmente importante il regolamento in commento⁵⁰.

la definizione accolta dalla direttiva sul commercio elettronico), ovvero fornisce essa stessa il servizio sottostante avvalendosi dei prestatori che diventano suoi dipendenti. Un approfondimento in: Quarta, Il ruolo delle piattaforme digitali nell’economica collaborativa, *Contratto e impresa/Europa*, 2017, 554 – 571.

⁴⁶ Una rassegna della giurisprudenza a supporto: LOURI, “*Undertaking*” as a *jurisdictional element for the application of EC competition rules*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2002 (9), 143 – 176.

⁴⁷ Diverso sarebbe se la discriminazione fosse basata su ragioni di razza o per origini etniche: in tal caso, soccorrerebbe l’art. 19 TFUE che si applica a tutti, anche non cittadini europei. Anche: SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 28.

⁴⁸ SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 27.

⁴⁹ Artt. 12 – 15, direttiva sul commercio elettronico. *Amplius*: CORVESE, *L’e-commerce ed i profili di diritto dell’impresa: il quadro normativo*, in CORVESE – GIMIGLIANO (a cura di), *Profili interdisciplinari del commercio elettronico*, Pisa, 2016, 39 – 55.

⁵⁰ BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, cit., 950 ss.) ha evidenziato come nella nuova direttiva sui consumatori il legislatore ha attribuito un rilievo centrale agli obblighi di informazione pre-contrattuale in vista della “corretta autodeterminazione del consumatore”, ruolo che in

Infatti, l'imprenditore ha una serie di obblighi di informazione sulla propria organizzazione, sulle modalità di conclusione, le condizioni economiche e normative del contratto, l'eventuale diritto di recesso, se il cliente è un consumatore -, o ancora sulle caratteristiche del prodotto o del servizio offerto.

Secondo la direttiva sul commercio elettronico, le informazioni generali comprendono il nome del prestatore, il luogo di stabilimento, il registro delle imprese nel quale il professionista è eventualmente iscritto, l'autorità di controllo o l'ordine professionale, se investiti del controllo. Sono tutte informazioni che devono essere «*facilmente accessibili in modo diretto e permanente*» per i destinatari del servizio e per le autorità competenti⁵¹.

Rispetto alla singola transazione, il professionista deve fornire, «*in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile*», le informazioni specifiche sulle modalità di conclusione ed archiviazione del contratto da concludere, prima che l'ordine sia inoltrato online dal destinatario⁵².

Analoga impostazione consta nella direttiva sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, che distingue le informazioni di natura generale alle quali si è già fatto cenno dalle altre, concernenti lo specifico servizio finanziario offerto⁵³.

Più che nella direttiva sul commercio elettronico, la dir. 2002/65 sulla prestazione a distanza dei servizi finanziari lascia intuire la finalità della disciplina della trasparenza, che diverrà ancora più chiara nel tempo: consentire al consumatore di operare scelte con cognizione di causa e,

precedenza era assolto soltanto dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, almeno al di fuori di precisi tipi contrattuali o specifiche modalità di contrattazione.

⁵¹ Art. 5, direttiva sul commercio elettronico.

⁵² È molto severa l'attenzione prestata dalla direttiva nel distinguere tra informazioni generali e comunicazioni commerciali. Cfr.: art. 6, direttiva sul commercio elettronico.

⁵³ L'art. 3 prescrive al professionista di fornire al consumatore "in tempo utile" prima che sia vincolato da un contratto a distanza le informazioni riguardanti: l'identità del fornitore e del suo rappresentante stabilito nello Stato membro di residenza del consumatore, il registro nel quale il fornitore è eventualmente iscritto e, se l'attività è soggetta ad autorizzazione, l'autorità di controllo competente; inoltre, le informazioni devono contenere una descrizione delle principali caratteristiche del servizio offerto, il "prezzo totale" applicato al consumatore, che comprende tutti gli "oneri, commissioni e spese e tutte le imposte versate tramite il fornitore" o, subordinatamente, la base di calcolo del prezzo complessivo, l'eventuale esistenza di imposte aggiuntive non versate tramite il professionista, le modalità ed i tempi di pagamento del prezzo del servizio; l'esistenza del diritto di recesso e le modalità di esercizio; l'esistenza di procedure extragiudiziali di ricorso accessibili al consumatore.

confrontando le varie offerte, sollecitare la concorrenza tra gli operatori del settore⁵⁴.

Seguendo lo stesso approccio pro-competitivo, le direttive PSD hanno diversamente calibrato il contenuto e le modalità di prestazione delle informazioni distinguendo le informazioni preliminari dalle informazioni successive alla conclusione del contratto o all'esecuzione della singola operazione di pagamento nei contratti quadro, le informazioni da fornire su iniziativa del professionista o del cliente, le informazioni su eventuali modifiche apportate dal professionista alle condizioni normative ed economiche originariamente convenute⁵⁵. Nella stessa logica pro-competitiva, la direttiva sui conti di pagamento ha prescritto agli Stati membri di assicurare ai consumatori l'accesso gratuito ad almeno un sito Internet, indipendente, che consentisse il confronto delle spese addebitate dai prestatori di servizi di pagamento⁵⁶.

Considerando l'impianto della disciplina della trasparenza contrattuale, l'intero meccanismo pro-competitivo si incepperebbe, se i siti di confronto dei prezzi non offrirono un quadro completo in ragione di meccanismi di *geoblocking* ovvero, una volta selezionata l'offerta più conveniente o più adatta alle proprie esigenze in un altro Stato membro, il cliente si vedesse bloccare l'ordine di pagamento o applicare un prezzo diverso in ragione della sua nazionalità, del luogo di residenza o di stabilimento. Questo aspetto evidenzia l'importanza del regolamento in esame, ma ne suggerisce anche i limiti, colti soprattutto nel delicato bilanciamento tra il principio di non discriminazione e la libertà di iniziativa economica, riconosciuta come un diritto fondamentale dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea⁵⁷ e che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, può

⁵⁴ Come evidenzia il considerando (54) della direttiva PSD2, le informazioni fornite dall'intermediario dovrebbero consentire all'utente dei servizi di pagamento di «fare scelte con cognizione di causa ed essere in grado di scegliere liberamente in tutta l'Unione».

⁵⁵ Cfm. Artt. 38 – 58, Dir. PSD2.

⁵⁶ Dir. 2014/92/UE del 23 luglio 2014, pubblicata in G.U.U.E. L 257/214 del 28.8.2014. Il considerando (22) precisa che «I siti Internet di confronto indipendenti sono un mezzo efficace per consentire ai consumatori di valutare in un unico spazio i pro e i contro delle diverse offerte di conto di pagamento. Tali siti Internet (...) dovrebbero mirare a includere la più vasta gamma possibile di offerte, in modo da fornire una panoramica rappresentativa coprendo nel contempo una parte significativa del mercato». Cfr.: considerando (20) – (23), art. 7.

⁵⁷ Art. 16, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

essere compressa – tra l’altro - per salvaguardare il buon funzionamento del mercato interno, senza però compromettere la “sostanza del diritto”⁵⁸.

Scegliere se concludere un contratto o con chi farlo, fissarne le condizioni, ad esempio, stabilirne il prezzo, sono tutte valutazioni riconducibili all’autonomia organizzativa dell’imprenditore. Fino a che punto una sua compressione sarà legittima? La giustificazione non può essere di taglio *antitrust*, di quelle che giustificano la disapplicazione dell’art. 101 TFUE, perché il regolamento *geoblocking* intende evitare sovrapposizioni con le norme sulla concorrenza⁵⁹, soprattutto per quanto concerne le vendite passive⁶⁰ o attive⁶¹.

In compenso, la compressione dell’autonomia organizzativa potrebbe essere giustificata dalla tutela di quegli interessi generali che consentono allo Stato membro di derogare al principio del mercato interno, quali, la tutela della salute o dell’ordine pubblico, la tutela dei consumatori, purché la

⁵⁸ Sulla valenza della locuzione “sostanza stessa del diritto” non v’è chiarezza in giurisprudenza. Sul punto: LOTTINI, *La libertà d’impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amm. TAR*, fasc. 2, 2004, 541 - 553; ancora sulla libertà di impresa, il diritto di proprietà e l’ordinamento europeo, v., NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, in *Europa e diritto privato* (3), 2011, 575 – 624.

⁵⁹ Art. 6, co. 1, ed il considerando (34), reg. *geoblocking*.

⁶⁰ Le vendite passive sono tutte quelle transazioni concluse in conseguenza dell’iniziativa assunta dal cliente. In questo caso, non vi sono state sollecitazioni specifiche del distributore: ad esempio, le campagne pubblicitarie generali o le promozioni di portata generale adottate dal distributore. In questo tipo di vendite, le restrizioni territoriali alla distribuzione via Internet sono valutate con maggior rigore e considerate lesive delle norme sulla concorrenza. RUOTOLO, *La lotta alla frammentazione geografica del mercato unico digitale: tutela della concorrenza, uniformità, diritto internazionale privato*, in *Diritto del Commercio Intern.*, 2018 (1), 501 ss.

⁶¹ Le vendite attive sono intese verticali nelle quali il distributore svolge “attività di marketing mirate a potenziali clienti al di fuori del suo territorio, i quali, proprio in conseguenza di tale attività divengono poi clienti effettivi: sono tali, quindi, tutte le vendite effettuate in conseguenza di pubblicità online specificamente indirizzate a clienti determinati, come i banner che mostrano un collegamento territoriale su siti Internet di terze parti, l’invio di messaggi di posta elettronica non sollecitati, il pagamento di motori di ricerca perché questi forniscano certi risultati invece di altri (o li forniscano in un determinato ordine), o il pagamento di Internet service provider (ISP) e social network affinché vengano presentate inserzioni pubblicitarie specificamente rivolte agli utenti situati in un particolare territorio e con determinate caratteristiche. Le vendite attive configurano una restrizione della concorrenza nel rapporto produttore/distributore che è considerata compatibile con le norme sulla concorrenza, secondo il regolamento di esenzione di categoria sulle intese verticali. Cfm: RUOTOLO, *La lotta alla frammentazione geografica del mercato unico digitale: tutela della concorrenza, uniformità, diritto internazionale*, cit.

misura sia contraddistinta dai requisiti di “necessità” e di “proporzionalità” rispetto all’interesse da tutelare⁶².

4. L’ambito oggettivo di applicazione

Il regolamento *geoblocking* si applica alle offerte e agli scambi su beni e servizi. Sono escluse le attività economiche che già erano estranee all’ambito di applicazione della direttiva servizi⁶³: precisamente, i servizi non economici di interesse generale o altri per i quali è prevista una disciplina ad hoc perché sollevano questioni di stabilità micro- e macro- economica, come l’attività bancaria, l’attività di assicurazione e di riassicurazione, la prestazione di servizi di investimento⁶⁴. Sono altresì escluse le attività economiche collegate alla tutela del diritto d’autore o alla scommessa o al gioco d’azzardo, confermando una scelta già operata con la direttiva sul commercio elettronico⁶⁵.

L’art. 1, co. 2, dispone che il regolamento *geoblocking* non si applica se la pratica discriminatoria – posto che sia discriminatoria – presenta una rilevanza puramente domestica, coerentemente con la base giuridica e la finalità del regolamento stesso⁶⁶.

Secondo la disposizione richiamata, sono situazioni prettamente interne quelle nelle quali «*tutti gli elementi della transazione siano limitati ad un solo Stato membro*». Il criterio proposto è in linea con una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che riconosce il carattere transfrontaliero della prestazione del servizio quando consta lo spostamento

⁶² Come già osservato rispetto all’art. 3, co. 4, della direttiva sul commercio elettronico. Supra, § 2. Il reg. *geoblocking* intende coprire i margini non interessati né dalle direttive a tutela dei consumatori né dalla direttiva sulle clausole commerciali scorrette nei rapporti professionista-consumatore.

⁶³ Art. 1, co. 3, reg. *geoblocking*.

⁶⁴ Art. 2, co. 2, direttiva servizi. Individuata nella libertà di gestione dell’impresa ovvero l’autonomia organizzativa uno dei due contenuti della libertà di impresa (l’altro è la libertà di accesso al mercato), la dottrina ha evidenziato che la Corte di giustizia ne considera legittima la compressione in ragione del “buon funzionamento del mercato”, dell’esigenza di garantire “un pari accesso al mercato a tutti gli operatori”, la “tutela ambientale”. Sul punto: LOTTINI, *La libertà d’impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amm. TAR*, cit.

⁶⁵ Art. 1, co. 5, reg. *geoblocking*. Il regolamento fa anche salva la materia fiscale. Cfr.: art. 1, co. 5, direttiva sul commercio elettronico.

⁶⁶ Supra, § 2. Si ritiene che la verifica della rilevanza non meramente interna della pratica discriminatoria o del blocco geografico consta nelle fattispecie tipiche ed atipiche, come precondizione all’applicazione del regolamento.

del *i*) prestatore del servizio in uno Stato membro diverso da quello nel quale è stabilito, *ii*) destinatario del servizio nello Stato in cui è stabilito il prestatore, *iii*) servizio, diffuso via satellite, etere o Internet⁶⁷.

Il caso più delicato appare l'ultimo, soprattutto quando il contatto tra imprenditore digitale e cliente è concluso *online*, anche se la consegna o alla prestazione del servizio è materialmente svolta nel luogo concordato. Proprio rispetto a questa ipotesi, si potrebbe sostenere che un sito Internet presenti sempre natura transfrontaliera perché universalmente raggiungibile. Ma potrebbe anche dirsi che la creazione di un sito web indichi di per sé la volontà dell'imprenditore di esercitare un'attività transfrontaliera.

I dubbi sollevati influenzano non soltanto la disciplina europea in tema di cooperazione giudiziaria, che è fatta salva dal regolamento in commento, ma proprio l'applicazione dei divieti di pratiche discriminatorie ovvero degli obblighi di informazione dell'imprenditore digitale, prima ed a prescindere dalla conclusione di un contratto.

Il regolamento *geoblocking* contiene una norma alquanto sibillina. Infatti, l'art. 1, co. 6, dispone che l'attività di un professionista non può considerarsi "diretta" verso lo Stato membro del consumatore soltanto perché il professionista non infrange nessuno dei divieti agli artt. 3, 4 e 5⁶⁸. Inoltre, puntualizza che «(...) non si dovrebbe ritenere che un professionista, (...) diriga le attività verso lo Stato membro della residenza abituale o del domicilio del consumatore, qualora fornisca informazioni e assistenza al consumatore dopo che il contratto è stato stipulato in conformità agli obblighi che incombono sul professionista in virtù del presente regolamento»⁶⁹.

La giurisprudenza comunitaria non offre molti elementi di riflessione: solo nel 2010 la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 15, n. 1, lett. c), n. 3, reg. n. 44/2001⁷⁰, si è

⁶⁷ TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 548 ss.

⁶⁸ Art. 1, co. 6, reg. *geoblocking*.

⁶⁹ Considerando (13), reg. *geoblocking*.

⁷⁰ Reg. n. 44/2001/CE del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, L'art. 15 dispone che «(...) la competenza in materia di contratti conclusi da una persona, il consumatore, per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale è regolata dalla presente sezione: (...) c) in tutti gli altri casi, qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono in uno Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività».

soffermata per la prima volta sul significato della nozione “attività commerciale o professionale “diretta” verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore⁷¹.

Al riguardo la Corte, come già l’Avvocato Generale, ha concluso che l’uso di un sito web interattivo non rappresenta un fatto sufficiente a manifestare l’intenzione dell’imprenditore di dirigere la propria attività verso uno o più Stati membri diversi da quello di stabilimento⁷². A tal fine saranno necessari una serie di indizi, non tutti egualmente importanti, dalla lingua nella quale il sito Web è leggibile all’indicazione del prefisso internazionale, dalle indicazioni stradali per raggiungere la sede del professionista da altri Stati alla menzione di feedback da parte di una clientela internazionale, giusto per fare degli esempi⁷³.

Un secondo dubbio sull’applicazione del regolamento in esame concerne la giustificazione obiettiva, di cui all’art. 1, co. 1, a tenore del quale «*Il presente regolamento mira a contribuire al buon funzionamento del mercato interno, impendendo i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti, nonché chiarendo ulteriormente talune situazioni in cui un trattamento diverso non può essere giustificato a norma dell’art. 20, paragrafo 2, della direttiva 2006/123/CE*»⁷⁴.

La disposizione contempla la disapplicazione del divieto se la pratica discriminatoria è giustificata. La “giustificazione” è letteralmente associata ai blocchi discriminatori, ma sembra generalizzabile ad ogni comportamento discriminatorio, come già visto all’art. 20, co. 2, direttiva servizi.

Un ventaglio più ampio o più ristretto di giustificazioni legittime determina l’equilibrio tra il corretto funzionamento del mercato interno e la libertà di impresa⁷⁵.

⁷¹ Sentenza della corte di giustizia, 7 dicembre 2010, causa C-585/08 e C-144/09; Conclusioni dell’Avv. Generale Verica Trstenjak del 18 maggio 2010. Un commento in: DE SOUSA GONÇALVES, *The e-commerce international consumer contract in the European Union*, cit., 13 ss.

⁷² Sentenza della Corte, cit., § 69; parere dell’Avv. Gen., cit., § 63-70.

⁷³ Ad esempio, l’uso di una lingua particolarmente diffusa negli scambi internazionali, come l’inglese, non è sufficiente a concludere che il professionista avesse intenzionalmente diretto la sua attività verso Stati membri diversi da quello di stabilimento. Cfr.: in particolare, Parere dell’Avv. Gen., cit. 78-84.

⁷⁴ Art. 1, co. 1, reg. *geoblocking*.

⁷⁵ *Supra*, § 3.

Potrebbero essere addotte come giustificazioni condizioni di mercato – ad esempio, la diversità nei costi dei trasporti -, ma potrebbe anche essere data una giustificazione concernente l’assetto organizzativo della propria attività di impresa. Ad esempio, accettare ordini dai clienti di un certo Stato membro comporterebbe l’adeguamento dell’assetto organizzativo con la predisposizione di un servizio di assistenza postvendita ed un personale munito di una competenza linguistica di nicchia e tecnica specialistica, che rappresentano un costo non risibile per una PMI, qual è il professionista dell’esempio. Così veniamo alla domanda: può il divieto di discriminazione prescrivere la presenza capillare su tutto il mercato interno? Si possono imporre al professionista certi cambiamenti organizzativi per il buon funzionamento del mercato interno?

Una questione analoga si è posta in sede di applicazione della direttiva sul commercio elettronico⁷⁶. La Corte di giustizia è stata chiamata ad esprimersi, in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, sull’interpretazione dell’art. 5, n. 1, lett. c), che prescrive ai prestatori di servizi della società dell’informazione, di rendere «*facilmente accessibili in modo diretto e permanente ai destinatari del servizio e alle competenti autorità almeno le seguenti informazioni: (...) c) gli estremi che permettono di contattare il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l’indirizzo di posta elettronica*». Su un piano letterale l’interpretazione si è appuntata sul termine “compreso”: se significa “almeno” allora, sarà sufficiente che il sito web del professionista contenga l’indirizzo di posta elettronica e- solo nel caso in cui l’email non garantisca una comunicazione diretta ed efficace- sarebbe richiesto un ulteriore strumento di contatto; al contrario, se è colto come “tra l’altro” o “compreso”, la posta elettronica sarebbe soltanto uno dei canali di comunicazione ed il professionista sarebbe tenuto dalla direttiva a fornire ai

⁷⁶ Procedimento C-298/07, Sentenza della Corte di giustizia, 16 ottobre 2008. Il caso interessava una compagnia assicurativa per autoveicoli, che offriva servizi esclusivamente online. Il sito web della società conteneva l’indicazione dell’indirizzo posta e dell’indirizzo di posta elettronica, ma non il recapito telefonico che veniva comunicato solo dopo la stipula di un contratto di assicurazione. Tuttavia, gli interessati potevano sottoporre dubbi e richieste di informazioni tramite una maschera su Internet, alle quali la società rispondeva per posta elettronica. Un’associazione di consumatori ha convenuto in giudizio la compagnia assicurativa sostenendo in base alla legge tedesca sul commercio elettronico, che recepiva la corrispondente direttiva, che il professionista avrebbe dovuto esporre sul sito anche un recapito telefonico, asserendo che la comunicazione telefonica sarebbe “l’unico strumento che garantisce una comunicazione diretta tra un cliente potenziale e tale compagnia di assicurazioni”. Procedimento, C-298/07, § 6 – 7.

destinatari del servizio anche un canale di comunicazione alternativo, “*diretto e permanente*”, su tutti un recapito telefonico.

L’avvocato generale sembra fugare i dubbi valorizzando la libertà di impresa e l’autonomia organizzativa del prestatore del servizio. Il ragionamento può essere sintetizzato nei seguenti termini: se la direttiva 2000/31 intende promuovere lo sviluppo del commercio elettronico, non si può prescrivere un assetto organizzativo preciso – la predisposizione di call center interni – e costoso, soprattutto perché il digitale rappresenta il privilegiato ambiente di sviluppo delle piccole e medie imprese, “spesso le più innovative per l’economia”; pertanto, si sostiene, il consumatore che cerca anche un contatto telefonico, potrà rivolgersi ad un diverso imprenditore digitale che, *sua sponte*, abbia predisposto anche un centro di assistenza telefonica pre-vendita⁷⁷.

Al riguardo, il ragionamento della Corte di giustizia ha toni più sfumati. In sostanza, la Corte svolge tre considerazioni preliminari:

1. il commercio elettronico non è una forma di mercato “isolata” dal resto del mercato interno, pertanto, la prescrizione obbligatoria dell’indirizzo email non vuol dire che il legislatore europeo abbia inteso «rinunciare ad altri tipi di comunicazione, non elettronici, utilizzabili in via complementare»;
2. la tutela degli interessi dei consumatori deve essere garantita ad ogni stadio della contrattazione;
3. la comunicazione elettronica è lo strumento fisiologico di comunicazione soprattutto nel commercio online;
4. «Offrire ai destinatari del servizio una via supplementare di comunicazione, se del caso, di tipo non elettronico, non può del resto essere considerato un grave onere economico per un prestatore di servizi che offre i suoi servizi su Internet»⁷⁸.

Detto questo, la Corte sembra orientata a prescrivere al professionista un adeguamento dell’assetto organizzativo. Non proprio: la Corte non richiede all’imprenditore la predisposizione di un servizio di assistenza telefonica o un servizio fax – due forme analogiche di comunicazione considerate «*dirette ed efficaci*», ma solo di organizzarsi per far fronte alla richiesta – individuale, ma eccezionale- di una forma non elettronica di comunicazione, avanzata da un destinatario del servizio, “privato, per varie ragioni, quali un

⁷⁷ Conclusioni dell’avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 15 maggio 2008, § 42. Del resto, evidenzia l’avvocato generale, questo livello di protezione non è richiesto neppure dalle direttive sui consumatori.

⁷⁸ Cfm: § 20 – 31, Sentenza Corte di Giustizia, 16 ottobre 2008.

viaggio, un congedo o una missione di lavoro, dell'accesso alla rete elettronica", cosicché anche l'utilizzo di una maschera di richiesta di informazione elettronica non può più considerarsi efficace ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. c), della direttiva⁷⁹.

5. Blocchi geografici, diversità nelle condizioni generali di accesso e negli strumenti di pagamenti accettati

Il primo dubbio da affrontare concerne la relazione tra l'ammissibilità di una giustificazione e l'operatività dei divieti sanciti agli art. 3, 4, e 5.

Secondo una prima ipotesi, le fattispecie di cui agli artt. 3, 4 e 5, del regolamento, specificano la norma introduttiva. Pertanto, si considerano discriminatorie solo le pratiche disciplinate in quegli articoli, che saranno sanzionate se non soccorre una giustificazione, che può essere adottata per qualsiasi comportamento discriminatorio, non soltanto nel caso di blocchi geografici, ai quali è sintatticamente riferita.

La generalizzazione del ricorso alla "giustificazione" trova conferma nell'art. 20, co. 2, come già ricordato nel paragrafo precedente. In quella sede, i si era interrogati sul significato e l'ampiezza del termine, in questo paragrafo l'esame si sposta sulla relazione tra l'art. 1, co. 1, e le fattispecie agli artt. 3, 4, 5, che rispettivamente interessano pratiche discriminatorie nella fase preliminare alla conclusione del contratto, ovvero concernenti la conclusione e l'esecuzione del contratto stesso.

i) Fase preliminare alla conclusione del contratto

L'art. 3 concerne una fase precedente alla conclusione di un contratto e dispone che

- *«un professionista non può bloccare o limitare, attraverso l'uso di strumenti tecnologici o in altro modo, l'accesso di un cliente alla sua interfaccia online per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento»⁸⁰;*

⁷⁹ Sentenza Corte di Giustizia, 16 ottobre 2008, Cfr.: § 37 – 40. In particolare, nel § 39 la Corte statuisce che "(...) in tali situazioni (n.d.r.: quelle rappresentate nel corpo del testo) su domanda del destinatario del servizio, il prestatore di servizi deve fornire a quest'ultimo l'accesso ad una via di comunicazione non elettronica che gli consenta di mantenere una comunicazione efficace".

⁸⁰ Art. 3, co. 1, reg. *geoblocking*.

- «un professionista non può, per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento di un cliente, reindirizzare tale cliente ad una versione della sua interfaccia online diversa da quella cui il cliente desiderava accedere inizialmente, per via della sua struttura, della lingua usata o di altre caratteristiche che la rendono specificamente destinata ai clienti con una particolare nazionalità, luogo di residenza o luogo di stabilimento», salvo il cliente non abbia prestato specificamente il proprio consenso⁸¹.

La norma non fa cenno ad alcuna giustificazione, né può considerarsi tale la disposizione al co. 3, secondo il quale il divieto non opera se il blocco geografico, il reindirizzamento automatico, l'applicazione di condizioni contrattuali da quelle generali, rappresentano l'adempimento di un «*requisito giuridico*» o l'adempimento di una prescrizione legislativa o amministrativa di uno Stato membro o di una fonte comunitaria. Due notazioni: l'accezione accolta di requisiti è coerente con quella proposta dalla direttiva servizi; il professionista deve, in ogni caso, offrire online al cliente una spiegazione «*chiara e specifica*» dei motivi della limitazione all'accesso ovvero del reindirizzamento.

ii) Fase contrattuale

L'art. 4, co. 1, dispone che «*Un professionista non può applicare diverse condizioni generali di accesso a beni o servizi per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento del cliente (...)*» quando il cliente si propone di

«*a) acquistare da un professionista beni che sono consegnati in un luogo di uno Stato membro ove il professionista ne offre la consegna ai sensi delle sue condizioni generali di accesso o che sono ritirati presso un luogo concordato tra il professionista ed il cliente in uno Stato membro in cui le predette condizioni generali di accesso offrono tale opzione;*

b) ricevere da un professionista servizi tramite mezzi elettronici (...);

c) ricevere da un professionista servizi diversi da quelli prestati tramite mezzi elettronici in un luogo fisico nel territorio di uno Stato membro in cui il professionista esercita la sua attività».

In tutte le ipotesi elencate, la percezione della nazionalità, del luogo di stabilimento o di residenza come unica ragione della differenziazione è intuibile: *sub b)*, la natura digitale del servizio o del bene azzera i costi di

⁸¹ Art. 3, co. 2, reg. *geoblocking*.

distribuzione, mentre nelle ipotesi *a*) e *c*) la consegna o la distribuzione del bene avviene in un luogo già contemplato dalle condizioni generali di contratti predisposte dal professionista⁸².

Con il co. 2, l'art. 4 dispone che *«Il divieto di cui al paragrafo 1 non impedisce ai professionisti di offrire condizioni generali di accesso, ivi compresi prezzi di vendita netti, che siano diverse tra Stati membri o all'interno di uno Stato membro e che siano offerte ai clienti in un territorio specifico o a gruppi specifici di clienti su base non discriminatoria»*. Considerando che la libertà di impresa e la libertà contrattuale rappresentano, nell'ordinamento europeo, la regola e non l'eccezione, sembra potersi dire che questa disposizione riafferma, forse pleonasticamente, un principio generale, un diritto fondamentale, piuttosto che introdurre una deroga al divieto di discriminazioni.

In conclusione, il co. 5, dell'art. 4 - come già visto nell'analisi dell'art. 3 - dispone che il divieto di discriminazione geografica non opera quando il professionista applica condizioni generali differenziate in ottemperanza ad obblighi di legge. In questo caso, però, non è richiesta alcuna spiegazione.

iii) Fase esecutiva del contratto

L'art. 5, co. 1, del reg. *geoblocking*, rubricato *«Non discriminazione per motivi legati al pagamento»*, dispone che, nel ventaglio degli strumenti di pagamento accettati, il professionista non può applicare condizioni diverse ad un'operazione di pagamento, per motivi collegati alla nazionalità, al luogo di stabilimento o di residenza, all'ubicazione del conto di pagamento, al luogo di stabilimento del prestatore del servizio o di emissione dello strumento di pagamento all'interno dell'Unione europea. Sono comportamenti che si traducono in clausole contrattuali, nel rifiuto di contrarre, o nel blocco dell'ordine di pagamento.

Il divieto all'art. 5, co. 1, opera se ricorrono le seguenti condizioni: *a*) l'operazione di pagamento è una transazione elettronica eseguita con bonifico, addebito diretto o carta di pagamento, *«avente lo stesso marchio di pagamento e appartenente alla stessa categoria»* degli strumenti che il professionista dichiara di accettare; *b*) sono soddisfatti i requisiti di

⁸² Sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4 i servizi che forniscono accesso ad opere coperte dal diritto d'autore, sul quale è ancora *in itinere* l'approvazione di una nuova direttiva.

autenticazione di cui alla direttiva PSD2; c) le operazioni di pagamento sono eseguite in una valuta accettata dal professionista⁸³.

La condizione *sub a)* si appunta sulla “*honour all cards rule*”, una clausola contrattuale che prescrive agli esercenti di accettare tutte le carte di pagamento, veicolate dal medesimo circuito, quale che sia l’identità dell’emittente, la natura della transazione ed il tipo di carta utilizzato.

La validità di questa clausola, che tradizionalmente accedeva ai contratti tra esercente ed ente convenzionatore, era stata messa in dubbio per una presunta violazione delle norme sulla concorrenza, ex art. 101 TFEU (secondo la numerazione attuale). Nel 2001, la Commissione ha stimato infondato il dubbio evidenziando, tra l’altro, la strumentalità della clausola esaminata rispetto all’universale spendibilità della carta, con positive ricadute a valle anche per i detentori della stessa⁸⁴.

Con il reg. 2015/751/UE⁸⁵, l’art. 10 ha in parte confermato ed in parte superato la “*honour-all-cards rule*”⁸⁶. Il superamento è nel co. 1⁸⁷, al quale segue, però, un temperamento al co. 2⁸⁸, ed una disapplicazione del divieto al

⁸³ Art. 5, rubricato “Non discriminazione per motivi legati al pagamento”, co. 1, reg. *geoblocking*.

⁸⁴ Decisione della Commissione UE del 9 agosto 2001, pubblicata in G.U.C.E. del 10.11.2001, L 293/24, § 66-69.

⁸⁵ Reg. 2015/751/UE di 29 aprile 2015, pubblicato in G.U.U.E. del 19.5.2015, L 123/1.

⁸⁶ L’art. 10, co. 4, Reg. 2015/751/UE, dispone che se i «*beneficiari decidono di non accettare tutte le carte o gli altri strumenti di pagamento di uno schema di carte di pagamento ne informano i consumatori in modo chiaro e inequivocabile, informandoli contestualmente delle carte di pagamento e degli altri strumenti di pagamento dello schema di carte di pagamento che accettano*». Tali informazioni sono affisse in “*bella vista all’ingresso del negozio o alla cassa*» ovvero – se il negozio è virtuale – figurano sul sito web.

⁸⁷ Il co. 1, art. 10, segna un superamento della clausola “*honour-all-cards rule*” disponendo che «*Gli schemi di carte di pagamento e i prestatori di servizi di pagamento non applicano regole che obblighino i beneficiari che accettano uno strumento di pagamento basato su carta emesso da un emittente ad accettare anche altri strumenti di pagamento basati su carta emessi nell’ambito dello stesso schema di carte di pagamento*», sanzionando un effetto legante che è già illecito nel diritto antitrust.

⁸⁸ L’art. 10, co. 2, dispone che «*Il paragrafo 1 non si applica agli strumenti di pagamento basati su carta ad uso dei consumatori dello stesso marchio della stessa categoria di carte prepagate, di carte di debito o di carte di credito soggette a commissioni interbancarie di cui al capo II del presente regolamento*», precisamente, le operazioni di pagamento nazionali tramite carte di debito o di credito. Del pari, secondo l’art. 11 del medesimo regolamento, «*Sono vietate le clausole nei contratti di licenza, nelle regole del circuito applicate dagli schemi di carte di pagamento e negli accordi conclusi tra i soggetti convenzionatori di carte e i beneficiari che impediscono a questi ultimi di orientare verso l’uso di un qualsiasi strumento di pagamento preferito dal beneficiario*».

co. 3. In quest'ultima ipotesi, i prestatori di servizi di pagamento su carta possono inserire nei contratti di convenzionamento una clausola che vieti agli esercenti o ai professionisti di rifiutare una carta veicolata dal circuito «*sulla base dell'identità dell'emittente o del titolare della carta*» – regola che sembra generalizzata dall'art. 5, reg. *geoblocking* a tutti gli strumenti di pagamento contraddistinti dal medesimo marchio -.

In merito alla condizione *sub b)*, dell'art. 5, un professionista non può discriminare l'uno dall'altro strumento di pagamento quando è stata osservata la procedura di autenticazione che ciascun prestatore di servizi di pagamento è chiamato a predisporre, per verificare l'identità di un utente del servizio o la validità di uno specifico strumento di pagamento, compreso l'uso delle credenziali di sicurezza personalizzate dell'utente⁸⁹.

Infine, non sono ammesse discriminazioni nel ventaglio degli strumenti di pagamento che il professionista ha dichiarato di accettare se – condizione *sub c)* - le operazioni sono effettuate in una valuta accettata dal professionista. L'ipotesi si riallaccia al co. 1, dell'art. 59, direttiva PSD2, a tenore del quale «*I pagamenti sono effettuati nella valuta concordata dalle parti*»⁹⁰.

Rispetto al divieto di discriminazione *ex art. 5*, «*motivi oggettivi*» giustificano soltanto che il professionista ritardi la consegna dei beni o l'erogazione del servizio, «*finché non avrà ricevuto la conferma del fatto che l'operazione di pagamento sia stata correttamente avviata*»⁹¹. Tuttavia, il ricorso alla sospensione può divenire una pratica residuale quanto più diviene comune il servizio di disposizione di ordine di pagamento, istituzionalizzato nella direttiva PSD2⁹².

L'art. 5, ult. co., non considera come discriminatoria l'applicazione di spese diverse nei pagamenti con carta, se si tratta di pagamenti transfrontalieri su carta, di debito o di credito⁹³, che non soggiacciono al

⁸⁹ Tuttavia, l'art. 4, n. 29), direttiva PSD2. Si richiama, in via indiretta e mediata, la disciplina dell'autorizzazione dei prestatori di servizi di pagamento, di cui all'art. 5, direttiva PSD2.

⁹⁰ SANTORO, *La valuta dei pagamenti e il servizio di conversione*, in FALCONIO - FIMMANÒ – GUIDA (a cura di), *Scritti in onore di G. Laurini*, vol. II, 1899-1910, Napoli.

⁹¹ Art. 5, co. 2, Reg. *geoblocking*.

⁹² Secondo la definizione offerta dall'art. 4, n. 15, direttiva PSD2, il servizio di disposizione di ordine di pagamento è un «*servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente ad un conto detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento*».

⁹³ Si tratta della c.d. “*non-discrimination-rule*”, esaminata dalla Commissione europea nella decisione Visa del 2001 (supra, nota 82) che precludeva agli esercenti convenzionati di offrire uno sconto sul prezzo di vendita per i pagamenti con altro strumento di pagamento o in

capo II, reg. 2015/751/UE, che stabilisce un tetto alle commissioni interbancarie multilaterali: precisamente, «a) alle operazioni tramite carte aziendali; b) ai prelievi presso i distributori automatici per il prelievo di contante (ATM) o presso gli sportelli di prestatori di servizi di pagamento; e c) alle operazioni tramite carte di pagamento emesse dagli schemi di carte di pagamento a tre parti»⁹⁴.

Né è considerata discriminatoria l'applicazione di spese diverse per servizi di pagamento non interessati dal reg. 2012/260/UE⁹⁵. In questo caso, si considera che i costi a monte possono essere molto diversi perché il servizio offerto non è stato interessato da quel processo di armonizzazione che, attraverso provvedimenti istituzionali ed atti di autoregolamentazione, ha inteso livellare le condizioni di concorrenza nei trasferimenti transfrontalieri di fondi, in parte promovendo ed in parte prescrivendo l'adozione di standard tecnici e regolamentari uniformi⁹⁶.

Stesso discorso vale per la disposizione di chiusura dell'art. 5, ult. co., che esclude la possibilità di differenziare le condizioni economiche nell'uso dell'uno o dell'altro strumento di pagamento, allorquando è il diritto dello Stato membro, al quale è soggetto l'attività del professionista, ad aver vietato o limitato la possibilità di imporre spese per l'utilizzo di strumenti di pagamento, ex art. 62, co. 5, direttiva PSD2⁹⁷. Il riferimento è alla c.d. *non-discrimination rule*, una clausola contrattuale particolarmente diffusa nei sistemi internazionali di carte di pagamento e considerata valida nella decisione della Commissione europea sul caso *Visa International*, nel 2001. Questa clausola è stata superata già con la prima direttiva PSD, nel 2007⁹⁸.

iv) Rapporto tra art. 1, co. 1, e le ipotesi sub art. 3, 4, 5, reg. *geoblocking*:

contanti. Un commento in ARDIZZI – CONDEMI, *La tutela della concorrenza nei sistemi di pagamento*, in CARRIERO – SANTORO (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2005, 615 – 700.

⁹⁴ Art. 1, co. 3, reg. n. 751 del 2015.

⁹⁵ Questo provvedimento, in continuità con il reg. 2560/2001/CE, stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro. Sono tappe del processo di armonizzazione europeo per la costruzione di un mercato interno dei pagamenti.

⁹⁶ *Supra*, § 2.

⁹⁷ Art. 62, co. 5, direttiva PSD2.

⁹⁸ Pertanto, ammesso che lo Stato abbia consentito, l'art. 60, co. 1, della direttiva PSD2, ha disposto che il «beneficiario, qualora imponga una spesa o proponga una riduzione per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento, informa in proposito il pagatore prima di disporre l'operazione di pagamento».

Le fattispecie agli artt. 3, 4, 5, concretizzano ed esauriscono, il divieto di discriminazione, di cui all'art. 1, co. 1, del reg. *geoblocking*? Se così fosse, il quadro giuridico sarebbe troppo rigido per coprire ogni altra forma di discriminazione alimentata dall'evoluzione tecnica, per non parlare dell'incoerenza rispetto al principio di neutralità tecnica generalmente applicato dal diritto europeo nei rapporti economici.

Diversamente, si accede alla contrapposizione tra forme discriminatorie tipiche ed atipiche: il primo gruppo è formalizzato agli artt. 3, 4 e 5; il secondo comprende ogni altra pratica discriminatoria che non sia obiettivamente giustificabile. Delle due l'una: o le pratiche discriminatorie sono sempre vietate perché si assumono ingiustificate oppure sono vietate se il professionista non offre una giustificazione oggettiva, in applicazione del criterio generale. Consideriamo la prima: risponde alla logica della "tipizzazione" legislativa, già nota, ad esempio, nella direttiva europea sulla pratiche commerciali aggressive o decettive⁹⁹. In questo caso, le fattispecie agli artt. 3, 4 e 5, configurerebbero pratiche discriminatorie e non *giustificabili*. Diversamente, per ogni altra pratica, che possa essere considerata discriminatoria in ragione della nazionalità, del luogo di residenza o stabilimento, del cliente, il divieto opera solo se il professionista non può offrire una giustificazione obiettiva¹⁰⁰.

6. Conclusioni

Il regolamento *geoblocking* può essere complementare alla disciplina della concorrenza sulle intese verticali, ma solleva diversi dubbi sulla compressione delle libertà degli imprenditori, l'interpretazione delle condizioni obiettive che giustificano le discriminazioni basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza o di stabilimento, nonché sul carattere "transfrontaliero" di un'impresa digitale. Sarà interessante seguire al riguardo l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia che, allo stato, non ha ancora avuto occasione per esprimersi neppure sull'art. 20 della

⁹⁹ La stessa logica è stata utilizzata nella convenzione internazionale stipulata a Parigi nel 1883. Il testo originario venne emendato con un atto addizionale del 14 dicembre 1900, che aggiunge l'art. 10 bis con il quale si accordava a tutti i cittadini degli Stati aderenti stessa tutela rispetto agli atti di concorrenza sleale. Questa disciplina è stata recepita nel codice civile agli artt. 2598 ss. in maniera piuttosto fedele. Cfm.: TROIANI, *La regolamentazione della concorrenza tra regole per le imprese e gli interessi dei consumatori*, https://www.tb.camcom.gov.it/uploads/CCIAA/Corsi/Atti/2005_05_13/Troiani_2.pdf

¹⁰⁰ Nessun obbligo di motivazione sussiste rispetto all'art. 4.

direttiva servizi, che rappresenta un provvedimento antesignano del regolamento in esame.

L'altro profilo da monitorare è rappresentato dai servizi che offrono accesso a opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni immateriali protetti, un'area al momento esclusa dall'applicazione del regolamento *geoblocking*, sulla quale però pende l'approvazione di una nuova direttiva e che potrebbe, ai sensi dell'art. 9, co. 2, giustificare una revisione di questo regolamento¹⁰¹.

In ultimo, sarà importante esaminare le modalità di applicazione nazionale per quelle disposizioni che sono indirizzate agli Stati membri: l'art. 7, co. 1, che prescrive loro di designare uno o più organismi responsabili di verificare l'adeguata ed efficace applicazione; l'art. 7, co. 2, che investe i governi nazionali del compito di predisporre un sistema di sanzioni efficaci; l'art. 8 che attribuisce agli Stati membri il compito di individuare uno o più organismi competenti a dare assistenza pratica ai consumatori in una eventuale controversia con un professionista nel quadro del regolamento *geoblocking*.

¹⁰¹ L'altra ipotesi di revisione contemplata dall'art. 9, co. 1, riguarda «*l'impatto complessivo del regolamento sul mercato interno e sul commercio elettronico transfrontaliero, compreso, in particolare, l'onere amministrativo e finanziario supplementare che potrebbe gravare sui professionisti a causa dell'esistenza di regimi diversi applicabili in materia di diritto contrattuale dei consumatori*».