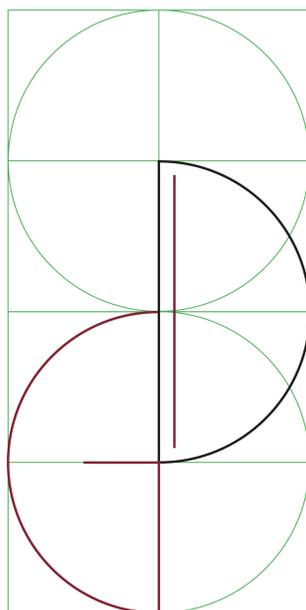


Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

Yearbook 2021
Juridical Observatory on Digital Innovation

a cura di
Salvatore Orlando e Giuseppina Capaldo



Collana Materiali e documenti 75

Annuario 2021
Osservatorio Giuridico
sulla Innovazione Digitale

Yearbook 2021
Juridical Observatory on Digital Innovation

a cura di Salvatore Orlando e Giuseppina Capaldo



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE
2021

Copyright © 2021

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-186-3

DOI 10.13133/9788893771863

Pubblicato nel mese di luglio 2021



Quest'opera è distribuita
con licenza Creative Commons 3.0 IT
diffusa in modalità *open access*.

Impaginazione/layout a cura di: Enzo Maria Incutti

In copertina: Michela Tenace, *Studio per il logo OGID/JODI* (2021), archivio dell'A.

Indice

Prefazione	11
1. Natura finanziaria delle cripto-attività e riflessi sul regime del capitale sociale	13
1.1. Introduzione	13
1.2. ICOs e le cripto-attività	15
1.3. La natura giuridica delle cripto-attività	18
1.4. I riflessi sul regime del capitale sociale	25
1.4.1. L'iscrivibilità in bilancio	27
1.4.2. I token come "bene in natura"	29
1.5. Conclusioni	33
2. La strategia digitale dell'Unione Europea verso un mercato unico sostenibile	35
2.1. Oggetto e scopo dell'indagine	35
2.2. Le fonti della costruzione di un mercato unico sostenibile nell'Unione Europea	36
2.2.1. Le fonti primarie	36
2.2.2. Le fonti secondarie	37
2.2.3. Le fonti interne	40
2.3. La risoluzione 2020/2021 e la sostenibilità del mercato	41
2.4. Il ruolo del digitale nella costruzione europea di un mercato sostenibile	44
2.5. Informazioni, piattaforme on-line e trasparenza nel mercato sostenibile	45
2.6. La sostenibilità e la valutazione dell'impatto ambientale dell'infrastruttura digitale	46
2.7. Le fonti della costruzione di un mercato unico sostenibile nell'Unione Europea	50

3.	Digitalizzazione e proprietà intellettuale	53
3.1.	Premessa	53
3.1.1.	Struttura e finalità dell'analisi	54
3.2.	Quadro normativo e delimitazione del campo dell'indagine	55
3.3.	L'azione dell'Unione Europea	58
3.4.	Prime riflessioni attorno alla direttiva 790/2019/UE: tra armonizzazione e nuovi assetti a geometria variabile	60
3.4.1.	(segue) Sull'eccezione di <i>text and data mining</i>	62
3.5.	Prospettive <i>de iure condendo</i>	65
4.	<i>Smart contract</i> : disciplina, criticità e risvolti pratici	69
4.1.	<i>Blockchain</i> : la tecnologia di supporto	69
4.2.	Il protocollo <i>smart contract</i>	72
4.3.	I tentativi di inquadramento	74
4.4.	I vantaggi	77
4.5.	I profili critici	80
4.6.	La normativa internazionale ed europea	86
4.7.	La normativa italiana	89
4.8.	Sviluppi futuri e il ruolo del giurista	95
5.	<i>Sharenting</i> e riservatezza del minore in rete	103
5.1.	Introduzione	103
5.2.	Lo <i>sharenting</i> in Italia	106
5.3.	Esistenza digitale del minore e rimedi civilistici	111
5.4.	La tutela della riservatezza del minore nel contesto delle relazioni familiari	115
5.5.	Conclusioni	116
6.	Regolare l'irregolabile: il consenso al trattamento dei dati nel GDPR	119
6.1.	Introduzione	119
6.2.	Funzioni e disfunzioni, da un punto di vista generale, del consenso	120
6.3.	Regolazione e interpretazione del consenso, oggi	124
6.4.	Forza e debolezza dell'approccio attuale	128
6.5.	L'inquadramento dogmatico: una prima proposta (priva di effettiva utilità)	135
6.5.1.	L'inquadramento generale	136
6.5.2.	I riflessi specifici	140
6.6.	La disciplina: una seconda proposta (priva di appiglio normativo)	145

6.6.1. Alla ricerca del consenso effettivo	146
6.6.2. Necessità di riforme legislative	151
7. Note sulla regolazione dell'IA	157
7.1. Introduzione	157
7.2. Regole e rivoluzioni scientifiche	158
7.3. La lezione di Rodotà: afferrare il nuovo per darvi la giusta forma	161
7.4. Afferrare il nuovo e il mito del robot intelligente	163
7.5. Afferrare il nuovo: l'IA, oggi	167
7.6. Afferrare il nuovo: rischi e criticità dell'IA oggi	169
7.7. Principi con cui dare forma al nuovo	171
8. « <i>Initial Coin Offering</i> » ed il mercato delle cripto-attività: riflessioni sugli «utility token»	175
8.1. Rivoluzione digitale e trasformazione tecnologica del settore finanziario	175
8.2. « <i>Initial Coin Offering</i> »: un innovativo meccanismo di raccolta di finanziamenti	177
8.3. Le diverse tipologie di <i>token</i>	181
8.4. La posizione della Consob e le questioni aperte	185
8.5. Un punto di vista comparato tra primi interventi legislativi e prospettive “caso per caso”	192
8.6. L'ambiguità degli «utility token». Prospettive di analisi	194
8.7. Riflessioni conclusive: quale futuro per il mercato delle cripto-attività?	201
9. Protezione dei dati personali e <i>antitrust</i> . L'incidenza dell'uso secondario dei <i>big data</i> sulla concorrenza	205
9.1. <i>Big data</i> e mercato	205
9.2. Dati personali e autonomia privata	208
9.3. Il mercato rilevante dei <i>big data</i>	212
9.4. Intese e pratiche collusive	214
9.5. Abuso di posizione dominante e <i>big data</i>	215
9.6. La pratica dei prezzi personalizzati e l'illecito discriminatorio	217
9.7. Uso secondario dei <i>big data</i> e protezione dei dati personali	220
9.8. Il principio di limitazione della finalità del trattamento	221
9.9. I rimedi preventivi e successivi	225
9.10. La tutela risarcitoria	227
10. Gli <i>smart contracts</i> come prodotti <i>software</i>	235
10.1. Premessa	235

10.2. Gli <i>smart contracts</i> come prodotti <i>software</i>	240
10.3. Il linguaggio di programmazione e le questioni traduttologiche inerenti al processo di creazione degli <i>smart contracts</i>	241
10.4. (Segue) le perdite e le trasformazioni dal linguaggio naturale al linguaggio di programmazione	244
10.5. Asimmetria informatica e accordo in senso giuridico	249
10.6. Il rischio dell'esecuzione e il rischio della dichiarazione	256
11. Financial contracts and “the good algorithm”	261
11.1. Humanization or mechanization: which path leads to financial inclusion?	261
11.2. Algorithm decision-making: when math meets law	264
11.3. Code is contract	266
11.3.1. Agreement	267
11.3.2. Performances	268
11.3.3. Execution	270
11.4. Algorithm against contractual freedom: the risk of a “reverse engineering”	273
12. The evolution of U.S. proxy voting: may blockchain help us out?	277
12.1. Blockchain Technology	278
12.2. Typologies of blockchains	280
12.3. The Voting Mechanism	281
12.3.1. The Proxy System	281
12.3.2. The Calculation of Ballots	283
12.3.3. Tabulation systems	284
12.3.4. Clearing Process	284
12.4. Blockchain-based Application to the Voting System	289
12.4.1. Current Blockchain Initiatives	289
12.4.2. Blockchain possible goals	298
12.5. Hurdles for Blockchain Implementation	299
12.6. Conclusions	302
13. Oblio e diritto: brevi note giurisprudenziali	305
14. Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali: il Regolamento (UE) 2019/1150 sull'intermediazione online e i motori di ricerca	315
14.1. Economia delle piattaforme ed esigenze regolatorie	315
14.2. L'ambito di applicazione	319

14.3. I termini e le condizioni: definizione e mutamento	321
14.4. I provvedimenti di limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione	325
14.5. I criteri di posizionamento	328
14.6. Sul duplice ruolo delle piattaforme: dall'intermediazione alla concorrenza	331
14.7. L'accesso ai dati	333
14.8. Le c.d. <i>parity clauses</i>	336
14.9. Il sistema interno di gestione dei reclami e la mediazione	337
14.10. Osservazioni conclusive	341
15. Trasparenza e piattaforme <i>online</i> alla luce del Regolamento (UE) 2019/1150	345
15.1. Piattaforme digitali e nuove esigenze di protezione contrattuale: il Regolamento (UE) 2019/1150	345
15.2. La regola di trasparenza nei contratti di fornitura dei servizi di intermediazione <i>online</i>	350
15.3. I rimedi contrattuali a tutela degli utenti commerciali	353
15.4. Prime riflessioni sulla effettività della tutela e nuove sfide interpretative	358
16. Il pagamento mediante dati personali	361
16.1. Introduzione	361
16.2. Il pagamento mediante dati personali: liceità	363
16.3. Il pagamento mediante dati personali: disciplina	370
16.3.1. <i>Trasparenza</i>	370
16.3.2. <i>Corrispettività</i>	373
16.4. Cenni conclusivi	377
17. <i>Smart assistant</i> e dati personali: quali rischi per gli utenti?	381
17.1. Assistenti vocali, intelligenza artificiale e Internet of Things	381
17.2. I relativi rischi e vantaggi	386
17.3. Assistenti vocali e trattamento dei dati personali	388
17.4. Verso una concretizzazione della <i>privacy by design</i> : le recenti indicazioni del Garante	393
17.5. L'analisi dei rischi e il sistema delle certificazioni	395
Elenco autori	401

Prefazione

L'idea e la realizzazione del presente *Annuario* sono maturate nell'ambito delle attività seminariali, di confronto e di studio promosse nel corso del 2020 dall'Osservatorio Giuridico sull'Innovazione Digitale (OGID), costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università Sapienza di Roma (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid>).

L'Osservatorio promuove lo studio delle relazioni tra le tecnologie digitali e il diritto privato, attraverso una serie di attività, tra le quali la tenuta di *webinar* con cadenza settimanale, la cura di pubblicazioni e la partecipazione alle procedure di consultazione pubblica delle istituzioni della Unione europea sulle proposte normative aventi ad oggetto le tematiche dell'innovazione digitale.

Nel corso del 2020 OGID ha organizzato 27 *webinar*, e circa 30 nel 2021. I relatori provengono da numerose Università italiane e straniere. Alcuni *webinar* sono tenuti in lingua inglese, e anche i relatori non accademici sono italiani e stranieri.

OGID cura dal 2020 la rubrica di aggiornamento "*Diritto e nuove tecnologie*" della rivista trimestrale *Persona e Mercato* (rivista di fascia A)¹.

¹ Numeri del 2020: 1/2020 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/03/Osservatorio-1-2020.pdf>; 2/2020 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/05/Osservatorio.pdf>; 3/2020 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/09/Osservatorio-14.9.2020.pdf>; 4/2020 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/11/Osservatorio.pdf>
Numeri del 2021: 1/2021 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio.pdf>; 2/2021 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio-1.pdf>

I contributi pubblicati in questo *Annuario* hanno ad oggetto temi trattati dagli Autori nei *webinar* dell'Osservatorio (nei quali hanno preso parte come relatori) o nella Rubrica "Diritto e nuove tecnologie" sulla rivista *Persona e Mercato*.

Sono contributi che coprono una varietà di temi di diritto privato legati all'innovazione digitale.

Li presentiamo seguendo l'ordine alfabetico degli Autori.

Buona lettura!

I Curatori

Salvatore Orlando

Giuseppina Capaldo

14. Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali: il Regolamento (UE) 2019/1150 sull'intermediazione *online* e i motori di ricerca

Federico Ruggeri

14.1. Economia delle piattaforme ed esigenze regolatorie

Nei più diversi contesti delle vendite a distanza, l'affermazione del ruolo degli intermediari della rete è un dato che può ormai dirsi acquisito. Il numero di imprese che scelgono di rivolgersi a un modello di *business* incentrato su piattaforme digitali è notevolmente aumentato negli ultimi anni e il fenomeno non sembra affatto destinato ad arrestarsi¹.

Non è dunque un caso che, oggi, il riferimento alla c.d. economia delle piattaforme sia globalmente diffuso nella letteratura come nel linguaggio dei legislatori, proprio a riconoscerne il ruolo centrale e strategico per lo sviluppo dell'impresa, oltre che del sistema economico nel suo complesso. In particolare per la capacità delle piattaforme di connettere le parti di un contratto per l'acquisto di un bene o per la prestazione di un servizio, fungendo allo stesso tempo quale luogo

¹ C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *EuCML*, 1, 2016, p. 3.

(virtuale)² e soggetto (reale) che permette l'incontro delle rispettive volontà³. Con elementi di utilità per entrambe le categorie di utenti coinvolte nello scambio commerciale⁴, in forza dei quali le ragioni sottostanti il successo dei modelli di digitalizzazione delle vendite trovano una spiegazione ragionevole sotto il profilo economico: la riduzione dei costi di transazione. Da un lato, infatti, l'utente-consumatore beneficia dell'esistenza di un'unica vetrina *online* che propone una varietà di prodotti – almeno in potenza – incredibilmente ampia, di cui è comodamente possibile confrontare caratteristiche e prezzi, nonché acquisire informazioni da parte di quei precedenti acquirenti che ivi abbiano altresì condiviso la propria, personale, esperienza di consumo, attraverso una valutazione o una recensione dei beni o servizi acquistati. Dall'altro, il posizionamento di un'impresa all'interno di una piazza virtuale crea nuove opportunità di vendita, in quanto consente di raggiungere un pubblico altrimenti difficilmente accessibile, almeno nella stessa ampiezza, tanto *offline* quanto attraverso un canale privato sul *web*⁵. E in questo modo trova compimento quell'effetto c.d. di rete in base al quale l'incremento della domanda dei servizi di intermediazione *online* da parte degli utenti-consumatori accresce il valore di mercato e reputazionale della piattaforma, coinvolgendo di riflesso un numero crescente di utenti-venditori, e viceversa. Un aumento diret-

2 Sulle peculiarità delle reti telematiche come spazi «svuota[ti] di storicità e territorialità», si veda già N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1998, pp. 347 ss.

3 M. CANTERO GAMITO, *Regulation.com. Self-Regulation and Contract Governance in the Platform Economy: A Research Agenda*, in *EJLS*, 2017, p. 55. Per un inquadramento del modello di mercato delle piattaforme digitali, si veda M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in questa *Rivista*, 1, 2015, pp. 43 ss.

4 Con riferimento agli scambi del commercio elettronico, si richiamano, in particolare, R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985; G. FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXII, Cedam, Padova, 1997; C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium Iuris*, 1998, pp. 1035 ss.; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002; E. TOSI, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Giuffrè, Milano, 2005.

5 C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, in A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck, Monaco, 2019, p. 58.

tamente proporzionale, in sostanza, cui consegue per ciascuna categoria di utenti il beneficio della contestuale presenza di propri pari nel medesimo spazio della rete, utile a trasmettere quella fiducia necessaria ad incentivarne, a monte, l'approdo stesso ai mercati digitali. Ma di cui è in realtà il titolare della piattaforma a trarre il maggior vantaggio⁶, soprattutto in termini di dipendenza: dei consumatori, tendenzialmente portati a preferire mercati diffusamente conosciuti e capaci di soddisfare le più svariate esigenze di consumo; e dei venditori, rispetto a quella piattaforma che sia divenuta lo strumento principale per la conclusione dei propri affari.

Con riferimento a questi ultimi, si è di recente assistito a un significativo intervento normativo ad opera del legislatore europeo, orientato all'innovazione e al ravvicinamento del diritto privato degli Stati membri⁷.

A fronte di un'avanzata disciplina in materia di contratti dei consumatori⁸, la posizione dei soggetti di *business* era in effetti rimasta estranea, ancora negli ultimi anni, alle attenzioni del regolatore del mercato unico. Sicché la condizione di *platform dependency* evolveva come per natura nell'approfittamento del proprio ruolo di parte forte di un rapporto evidentemente asimmetrico, attraverso comportamenti

⁶ B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, in *JRC Working Papers on Digital Economy*, 2016, p. 10.

⁷ G. CAPALDO, *Armonizzazione della disciplina del contratto e attività della Commissione europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007, p. 619, evidenzia in particolare quanto la definizione di un apparato comune di regole in materia contrattuale sia di primaria importanza per la progressiva costruzione del mercato unico. Doveroso il richiamo all'insegnamento di G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene, Napoli, 1997, pp. 104 ss., che, nell'affermare il valore euristico della categoria generale del contratto in funzione di politica del diritto ed epistemologica, sostiene convintamente l'opportunità di tendere ad una disciplina uniforme.

⁸ Si vedano, in particolare, V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 3, 2000, pp. 447 ss.; F. BRAVO, A.M. GAMBINO, F. TOZZI, *I contratti telematici e il commercio elettronico*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 599 ss.; S. SICA, A.G. PARISI, *La tutela del consumatore nel contratto online*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 29 ss.; E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2014, pp. 1035 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2016.

unilaterali, imprevedibili, iniqui. Si pensi in particolare alla modifica senza preavviso delle condizioni contrattuali; alla cancellazione di beni o servizi dalle vetrine virtuali; all'improvvisa sospensione o eliminazione di un *account*; alla mancanza di trasparenza nelle regole di determinazione del posizionamento o di accesso ai dati; alla previsione di clausole che proibiscono la vendita di beni e servizi su altri canali distributivi e a prezzi più bassi; nonché alla concorrenza praticata direttamente dai fornitori di quei servizi di intermediazione che consentono di accedere a un mercato digitale. Rischi, questi, tutt'altro che eventuali nelle dinamiche della rete, che le imprese si trovano a fronteggiare ormai da tempo, pur in mancanza di strumenti adeguatamente efficaci⁹.

In tale contesto si colloca dunque il nuovo Regolamento (UE) 2019/1150 (di seguito, il Regolamento)¹⁰, che rappresenta in definitiva il primo tentativo di regolazione dei rapporti commerciali tra imprese e piattaforme digitali, nonché il frutto di un lungo *iter* di lavoro condotto in seno alle istituzioni europee¹¹.

Si tratta, a volerne anticipare le principali caratteristiche, di un intervento legislativo fortemente innovativo, che mira alla creazione di un sistema degli scambi commerciali fondato su criteri di equità, prevedibilità, sostenibilità e sicurezza, per la prima volta rivolgendosi non ai consumatori, ma alle imprese quali nuovi soggetti deboli nell'economia delle piattaforme. Con il fine ultimo di garantire il corretto ed efficiente funzionamento del mercato interno nel suo complesso¹², e

⁹ Esaustivo sul punto il documento redatto da Ecorys per la Commissione europea "Business-to-Business relations in the online platform environment" nel 2017.

¹⁰ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*.

¹¹ Già nella Comunicazione COM(2015) 192 def. "Strategia per il mercato unico digitale in Europa" e, a seguire, in quella COM(2016) 288 def. "Le piattaforme *online* e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa" la Commissione europea manifestava l'urgenza di un intervento regolatorio delle piattaforme digitali, in considerazione del loro crescente potere di mercato e contrattuale verso i propri clienti e, in particolare, nei confronti delle piccole e medie imprese (PMI).

¹² Allo stesso modo della disciplina a tutela del consumatore. Cfr. sul punto, A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2011, pp. 77 ss., che sostiene come in questo contesto si miri all'efficienza e alla «giustizia» del contratto non solo a livello individuale, ma, più ampiamente, a livello di mercato.

dunque, di riflesso, anche a tutela dei destinatari finali delle offerte di consumo¹³; nonché di impedire un'eventuale frammentazione normativa tra gli Stati membri nella disciplina di un settore tanto rilevante oltre che in continuo sviluppo.

14.2. L'ambito di applicazione

Come specificato dall'art. 1, § 2, del Regolamento, la nuova normativa di derivazione europea è rivolta ai c.d. servizi di intermediazione *online* e ai motori di ricerca *online*.

Per questi ultimi possono comprensibilmente intendersi quei servizi digitali che consentono agli utenti di formulare domande al fine di effettuare ricerche (es. Google o Bing)¹⁴, in particolare su siti *web* e applicazioni di offerta di beni e servizi ai consumatori. Il riferimento ai servizi di intermediazione appare invero più articolato in quanto concerne «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»¹⁵, che faciliti gli utenti commerciali¹⁶ nell'offerta di beni e servizi ai consumatori e che costituisca l'oggetto del contratto concluso da tali utenti commerciali con il fornitore dei servizi di rete. Relazione negoziale, questa, del tutto distinta e indipendente da quella che lega la piattaforma e i consumatori-utenti della stessa, sulla quale

¹³ La crescita del numero di imprese attive nei mercati digitali, attesa in seguito all'implementazione di un sistema fondato sui principi di fiducia, prevedibilità e certezza del diritto, dovrebbe influire positivamente sulla concorrenza e incrementare, la qualità dell'offerta di beni e servizi ai consumatori, anche a prezzi inferiori (Commissione europea, MEMO/18/3373).

¹⁴ Il Considerando 13 del Regolamento pone l'accento sulla neutralità di tale definizione sotto il profilo tecnologico, in particolare alla luce della rapidità con cui lo sviluppo tecnologico introduce nel mercato innovativi strumenti di fruizione dei servizi di intermediazione. Il riferimento espresso è dunque alle c.d. richieste vocali (si pensi ai dispositivi Google Home), ma non può escludersi che in un prossimo futuro saranno altresì disponibili nuove tecnologie, ad esempio di realtà aumentata, comunque riconducibili all'ampia categoria individuata dal Regolamento.

¹⁵ Art. 1, § 1, lett. b), della Direttiva (UE) 2015/1535.

¹⁶ L'"utente commerciale" è definito come «un privato che agisce nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali o una persona giuridica che offre beni o servizi ai consumatori tramite servizi di intermediazione online per fini legati alla sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale» (art. 2, n. 1), del Regolamento).

trova peraltro concretamente luogo l'offerta – e l'acquisto – dei beni e dei servizi proposti dagli utenti commerciali.

I fornitori dei servizi di intermediazione *online* ai sensi del Regolamento si individuano dunque innanzitutto nei mercati del commercio elettronico¹⁷, i.c.d. *online marketplace*, di cui Amazon costituisce indubbiamente l'esempio più noto. Ma anche nei portali di prenotazione alberghiera o di vendita di pacchetti turistici (es. Booking o Expedia); negli *store* di applicazioni digitali, ovvero, su tutti, Google Play e App Store; nonché nei *social network* le cui funzioni permettono lo svolgimento di attività di offerta di beni e servizi, come il *marketplace* di Facebook o l'opzione "shopping" di Instagram, o nei siti di comparazione di prezzi e proposte (es. Skyscanner, Tripadvisor o Trivago).

In generale, la loro individuazione appare peraltro prescindere dall'eventualità sia che il consumatore che fruisce delle relative piattaforme di acquisto esegua pagamenti in denaro, sia che le transazioni ivi realizzate siano concluse anche parzialmente *offline*. Inoltre, in applicazione del principio di neutralità della rete, è irrilevante quale sia la tecnologia impiegata per la fornitura dei servizi di intermediazione, potendovi rientrare anche i più moderni dispositivi di assistenza vocale. Ma non anche i servizi di pagamento *online* (es. Paypal), considerati al più quali servizi ausiliari per la fornitura di beni e servizi e, pertanto, esclusi; così come gli strumenti e gli scambi di pubblicità *online* (es. DoubleClick) «che non sono forniti con l'obiettivo di agevolare l'avvio di transazioni dirette e che non implicano una relazione contrattuale coi consumatori»¹⁸; nonché, di regola, le piattaforme digitali di intermediazione tra pari (i.c.d. *peer-to-peer*)¹⁹ e i servizi rivolti alle sole

¹⁷ G. PICA, (voce) *Commercio telematico*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Agg., II, Utet, Torino 2003, suggerisce invero l'utilizzo del termine "commercio telematico", in quanto «lo strumento immediato di trasmissione delle informazioni e delle rispettive volontà delle parti è la telematica, ed è la dimensione telematica a rappresentare lo «spazio» tecnologico entro cui si attuano i rapporti intersoggettivi di commercio; l'elettronica rappresenta piuttosto la sottostante tecnologia di gestione delle forze elettriche che si utilizzano nell'informatica e nella telematica».

¹⁸ Art. 1, § 3, del Regolamento.

¹⁹ Si noti tuttavia che applicare tale esclusione in modo generalizzato e acritico rappresenterebbe un abbaglio, occorrendo considerare come molte piattaforme *peer-to-peer* siano potenzialmente idonee ad essere ricondotte alla nozione di intermediario descritta dal Regolamento. In questo senso, Airbnb costituisce certamente un esempio di piattaforma che, seppur proponendosi quale strumento di intermediazione tra pari, di frequente si presta a funzionare in presenza di situazioni di asimmetria tra

relazioni tra aziende, in considerazione del mancato coinvolgimento finale dei consumatori.

In ogni caso, l'efficacia del Regolamento presenta una portata sostanzialmente globale, non rilevando in alcun modo quale sia il luogo di stabilimento o di residenza del fornitore dei servizi di intermediazione o dei motori di ricerca *online*, né quale sia il diritto altrimenti applicabile, purché (i) i relativi utenti abbiano sede in uno Stato membro e (ii) i consumatori cui l'offerta di beni o servizi è rivolta si trovino nel territorio dell'Unione europea²⁰. Condizioni, queste ultime, da intendersi in senso cumulativo e che, ove rispettate, permettono di estendere l'applicazione della normativa europea oltre i confini del mercato unico, peraltro coerentemente al fenomeno della fornitura di servizi digitali che, per sua natura, appare inadatto ad essere relegato entro determinati limiti spaziali.

14.3. I termini e le condizioni: definizione e mutamento

L'art. 3 del Regolamento definisce i requisiti di trasparenza sulla cui base un fornitore di servizi di intermediazione *online* è chiamato a determinare i termini e le condizioni dello schema contrattuale cui gli utenti commerciali interessati si limiteranno ad aderire.

È infatti il fornitore che, almeno di regola, si occupa di predefinire unilateralmente la struttura e il contenuto. E in ciò si spiega l'esigenza, avvertita dal legislatore europeo anche in un'ottica di (auspicabile) uniformazione, di individuare alcuni specifici elementi di garanzia della posizione degli utenti commerciali, che in questo contesto rappresentano la parte debole del rapporto contrattuale. Con l'obiettivo, dunque, di applicare tali requisiti in modo quanto più efficace ed estensivo possibile, si prevede che la determinazione circa l'unilatera-

l'utente-fornitore del servizio e l'utente-fruttore dello stesso; in particolare in tutti quei casi in cui l'offerta a breve termine di un alloggio acquista i connotati di un'attività a carattere professionale e non (più) meramente occasionale. Appare a tal fine possibile richiamare la figura del c.d. *prosumer*, ovvero di quel consumatore che ricopre al tempo stesso il ruolo di produttore di beni o fornitore di servizi, su cui cfr. A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2017, pp. 667 ss.

²⁰ Il Considerando 9 del Regolamento specifica come non sia necessario, ai fini di tale valutazione, che essi risiedano in uno Stato membro né che ne abbiano la cittadinanza.

lità della definizione dei termini e delle condizioni debba essere effettuata caso per caso, in base a una valutazione complessiva, che non tenga esclusivamente conto della dimensione delle parti interessate o dell'eventualità che si sia svolta una qualsiasi forma, anche soltanto parziale, di negoziazione.

Il primo requisito richiesto dal Regolamento consiste nella redazione dei termini e delle condizioni in un linguaggio semplice e comprensibile, dovendosi in ogni caso evitare l'utilizzo di frasi o parole fuorvianti, vaghe e non dettagliate²¹. Tale garanzia di accessibilità al testo, utile ad assicurare un ragionevole grado di prevedibilità sugli aspetti più importanti della relazione contrattuale, costituisce invero una pregevole innovazione nell'ambito della regolazione dei rapporti tra imprese a livello europeo, essendo stata finora impiegata nella sola dimensione consumeristica²².

Termini e condizioni devono poi essere facilmente reperibili per gli utenti commerciali, già nel corso della fase precontrattuale²³. Al fine di poterne ragionevolmente prevedere l'applicazione, essi devono altresì specificare in modo chiaro le ragioni giustificative di un'eventuale decisione del fornitore di sospendere, cessare o limitare, anche solo parzialmente, la prestazione dei servizi di intermediazione. Ancora, devono indicare i potenziali canali aggiuntivi di distribuzione e programmi affiliati di cui il fornitore potrebbe avvalersi per commercializzare i beni e i servizi offerti dagli utenti commerciali²⁴, così da

²¹ Si noti d'altra parte la mancanza di un'apposita indicazione dedicata alla lingua di elaborazione del testo contrattuale, in ciò avendo verosimilmente prevalso, dal punto di vista del legislatore europeo, l'intenzione di evitare un eccessivo, e probabilmente sproporzionato, aggravio delle prestazioni cui il fornitore è tenuto ad adempiere. Una particolare attenzione alla necessaria conoscenza della lingua di redazione dei termini e delle condizioni contrattuali trova invece espresso riscontro con riferimento ai requisiti di nomina dei mediatori *ex art. 12, § 2, lett. c)*, del Regolamento.

²² In tema, si rinvia *ex multis* a E. BATTELLI, *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1, 2017, pp. 194 ss.

²³ In termini generali su tali questioni si richiamano gli studi di C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1997, pp. 947 ss.; A. GENOVESE, *L'interpretazione dei contratti standard*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 157 ss.

²⁴ Da intendersi in modo neutro da un punto di vista tecnologico e che potrebbero includere, ad esempio, altri siti *web* o altre applicazioni digitali da cui i consumatori possano acquistare i beni o i servizi offerti dagli utenti commerciali.

individuare possibili luoghi e destinatari di una stessa offerta. Da ultimo, si richiede che vi siano altresì incluse le informazioni necessarie a definire i margini e i limiti di incidenza del vincolo contrattuale sulla titolarità e sul controllo dei diritti di proprietà intellettuale vantati dagli utenti commerciali, ad esempio con riferimento all'utilizzo di loghi, marchi o denominazioni commerciali.

Ai cinque requisiti generali di trasparenza appena richiamati occorre accostare gli ulteriori tre di cui al successivo art. 8, rubricato "Clausole contrattuali specifiche", che avrebbero l'espressa funzione di assicurare «che le relazioni contrattuali tra i fornitori di servizi di intermediazione *online* e gli utenti commerciali siano condotte in buona fede e con correttezza». In particolare, la necessità di garantire prevedibilità e trasparenza dell'agire dei fornitori importa che questi non possano imporre modifiche dei termini e delle condizioni aventi effetto retroattivo, se non quando discendano dall'esigenza di adeguarsi a un obbligo normativo o regolamentare ovvero laddove attribuiscono un vantaggio agli utenti commerciali. E, ancora, che vengano indicate le informazioni necessarie a conoscere delle condizioni di risoluzione del contratto, le quali debbono risultare proporzionate e non indebitamente difficili da attuare; nonché dei contenuti di carattere informativo, forniti o generati da un utente commerciale nell'utilizzo dei servizi di intermediazione *online*, che il fornitore intenda conservare cessato il rapporto contrattuale per poter eventualmente continuare ad avervi accesso.

Il mancato adeguamento dei termini e delle condizioni ai requisiti generali imposti dalla normativa ora in vigore ne comporta la nullità, anche solamente parziale, come disciplinato dall'art. 3, § 3, del Regolamento²⁵. Forma di invalidità, questa, che non sembra tuttavia poter trovare applicazione rispetto alle previsioni dell'art. 8. E la mancanza di un espresso riferimento in tal senso lascia dunque aperta la risposta

²⁵ Il Considerando 20 del Regolamento precisa che «i termini e le condizioni non conformi dovrebbero essere nulli, vale a dire che si dovrebbero considerare come mai esistiti, con effetti *erga omnes* ed *ex tunc*. Ciò dovrebbe tuttavia riguardare solo le disposizioni specifiche dei termini e delle condizioni che non sono conformi. Le disposizioni rimanenti dovrebbero restare valide e applicabili, nella misura in cui possono essere dissociate da quelle non conformi».

sulla reale volontà del legislatore europeo di incidere sulla validità del contratto²⁶.

D'altra parte, lo stesso art. 3, § 3, del Regolamento estende invece la sanzione della nullità alle modifiche dei termini e delle condizioni che non intervengano in conformità a quanto previsto dal secondo paragrafo di tale articolo. Coerentemente all'obbligo di assicurare che il contratto sia facilmente reperibile in ogni fase del rapporto commerciale, si richiede innanzitutto che qualsiasi variazione del testo negoziale che non sia meramente redazionale, ma che ne alteri il contenuto o il significato, sia previamente notificata agli utenti commerciali tramite un supporto durevole e con un preavviso di non meno di quindici giorni e il cui termine risulti ragionevole e proporzionato alle circostanze del caso concreto. In ciò rilevando la natura e la portata delle modifiche, nonché la loro incidenza sulle attività degli utenti commerciali. In particolare, la concessione di un tempo superiore a quindici giorni apparirebbe dunque indispensabile in tutti quei casi in cui le modifiche proposte dai fornitori dei servizi di intermediazione *online* imponessero agli utenti commerciali di effettuare degli adeguamenti di tipo tecnico o commerciale – ad esempio con riferimento all'accesso alla piattaforma digitale o ai beni o servizi tramite essa offerti – necessari per una conveniente prosecuzione del rapporto contrattuale.

Anche in tal senso si comprende allora la ragione per cui, al momento della notificazione della proposta di modifica, è previsto che sorga in capo all'utente commerciale il diritto di risolvere il contratto entro i successivi quindici giorni, purché non trovi applicazione un termine inferiore, come eventualmente disposto dal diritto civile nazionale.

Gli utenti commerciali possono peraltro decidere di rinunciare al termine di preavviso tanto in modo espresso, mediante una dichiarazione scritta, quanto implicitamente attraverso un comportamento inequivocabile, ad esempio ravvisabile nell'offerta di nuovi beni o servizi sulla piattaforma del fornitore. Ciò, tuttavia, a patto che il termine in questione non ecceda i quindici giorni, in tal caso presumendosi che il compimento di una qualsiasi azione positiva di fruizione dei servizi di intermediazione sia meramente funzionale ad evitare un'interruzione

²⁶ Si veda, *amplius*, A. GENTILI, E. BATTELLI, *Le patologie del contratto telematico*, in E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 371 ss.

eccessivamente prolungata dell'attività commerciale svolta sul *market-place* e, in quanto tale, di per sé non idonea a configurare una forma di rinuncia tacita al preavviso.

Da ultimo, l'art. 3 del Regolamento prevede che, a prescindere da una manifestazione di volontà da parte dell'utente commerciale, il termine di preavviso non trovi applicazione laddove il fornitore dei servizi di intermediazione sia improvvisamente tenuto, in forza di un obbligo legale o regolamentare, ad implementare in tempi rapidi la modifica dei termini o delle condizioni contrattuali. Né qualora le modifiche siano eccezionalmente necessarie a fronteggiare «un pericolo imprevisto e imminente connesso alla difesa dei servizi di intermediazione *online*, dei suoi consumatori o di altri utenti commerciali da frodi, *malware*, *spam*, violazione dei dati o rischi per la sicurezza informatica» (art. 3, § 4, lett. b), del Regolamento).

14.4. I provvedimenti di limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione

Il legislatore europeo ha posto particolare attenzione alla prassi, alquanto diffusa nei contratti con le piattaforme digitali²⁷, di limitare, sospendere ovvero cessare definitivamente la fornitura dei servizi di intermediazione *online*. Pratiche, queste, generalmente attuabili in qualsiasi momento e a prescindere dalla sussistenza di un giustificato motivo, in forza di una corrispondente previsione contrattuale imposta in via unilaterale.

Se già si è detto del relativo obbligo di trasparenza previsto a tal fine, l'art. 4 del Regolamento determina alcuni requisiti procedurali che permettono la definizione di una più compiuta disciplina di tali specifiche vicende della relazione contrattuale.

In capo al fornitore la norma introduce infatti un vero e proprio dovere di motivazione della decisione di limitare, sospendere o cessare la prestazione dei propri servizi, da trasmettere all'utente commerciale interessato mediante un adeguato supporto durevole. A tal fine è pertanto chiamato a fare apposito riferimento ai fatti o alle circostanze su

²⁷ Cfr. il già richiamato documento "Business-to-Business relations in the online platform environment" (*supra* nt. 9).

cui la decisione si fonda, nonché, per verificarne la coerenza, alle ragioni descritte nel contratto ai sensi dell'art. 3, § 1, lett. c), del Regolamento.

In tal senso, non si vuole certamente negare che il fornitore possa vantare motivi ragionevoli a fondamento del proprio provvedimento – provvisorio o definitivo che sia –, ma risulta cruciale tutelare l'interesse dell'utente commerciale quale parte debole del rapporto a non essere arbitrariamente estromesso dall'utilizzo della piattaforma. Ciò soprattutto in considerazione delle conseguenze negative che da tale scelta possono facilmente discendere in ordine all'esercizio della propria attività commerciale, a garanzia della necessaria prevedibilità dell'agire della controparte.

Alla luce di quanto disposto dal terzo paragrafo dell'art. 4, la comunicazione delle suddette motivazioni costituirebbe inoltre il presupposto per l'avvio del procedimento interno di gestione dei reclami di cui all'art. 11 del Regolamento, volto ad una composizione amichevole della controversia. In questo contesto, all'utente commerciale deve infatti essere offerta l'opportunità di chiarire i fatti e le circostanze addotte a fondamento della decisione del fornitore, il quale potrebbe di conseguenza ritenere di reintegrarlo nell'utilizzo dei servizi della piattaforma, riconoscendo ad esempio di aver compiuto una valutazione sbagliata o, nel caso in cui il provvedimento derivasse da una violazione dei termini e delle condizioni da parte dell'utente commerciale, che quest'ultimo non fosse in mala fede e che vi abbia rimediato in un modo ritenuto soddisfacente.

Quanto al momento in cui provvedere alla trasmissione delle motivazioni, il Regolamento distingue sostanzialmente in base alla severità della sanzione. La decisione di limitare²⁸ o sospendere la fornitura dei servizi di intermediazione *online* utili all'offerta dei beni o dei servizi da parte di un utente commerciale viene dunque comunicata «preventivamente o al momento in cui la limitazione o la sospensione prende effetto» (art. 4, § 1, del Regolamento); mentre quella relativa alla completa cessazione dalla prestazione dei servizi di intermediazione *online*, cui consegue la soppressione dei dati forniti per l'utilizzo degli

²⁸ La limitazione appare per esempio realizzabile attraverso forme di oscuramento o di retrocessione nel posizionamento dei beni o dei servizi offerti da un determinato utente commerciale.

stessi da parte dell'utente commerciale coinvolto, richiede espressamente un preavviso di almeno trenta giorni. Tale determinazione si spiegherebbe proprio in ragione delle significative ripercussioni che la scelta del fornitore può avere non solo in relazione all'offerta di beni e servizi ai consumatori, ma anche sulla concreta capacità dell'utente commerciale di esercitare i diritti complessivamente riconosciuti dal Regolamento. La comunicazione deve pertanto garantire un margine di tempo minimo e certo, da rispettarsi necessariamente prima che la decisione del fornitore possa effettivamente spiegare i suoi effetti. Ciononostante, la norma prevede anche delle precise ipotesi in cui il termine non trova applicazione, ovvero: a) quando il fornitore è tenuto ad adempiere a un obbligo normativo o regolamentare che gli impone la cessazione della fornitura di tutti i suoi servizi nei confronti di un determinato utente commerciale, in modo tale da non permetterne il rispetto; b) quando la terminazione consegue all'esercizio del diritto di recesso a norma del diritto nazionale, purché sulla base delle circostanze del caso di specie e della valutazione degli interessi di entrambe le parti non emerga che possa ragionevolmente proseguirsi il rapporto contrattuale fino al termine convenuto o fino alla scadenza di un termine di preavviso; c) laddove il fornitore possa dimostrare una ripetuta violazione da parte dell'utente commerciale dei termini e delle condizioni contrattuali²⁹.

Si evince dunque come la cessazione completa della fornitura dei servizi di intermediazione rappresenti la decisione più severa che la piattaforma possa prendere nei confronti dell'utente commerciale, in ciò apparendo opportuno che tale scelta entri in gioco soltanto laddove non appaia utilmente possibile intervenire tramite provvedimenti meno rigorosi, in applicazione del principio di proporzionalità³⁰. Un progressivo inasprimento, in sostanza, delle scelte in tal senso prati-

²⁹ In generale, il Considerando 23 del Regolamento prospetta che tali eccezioni possano rilevare «in particolare in relazione a contenuti illeciti o inappropriati, alla sicurezza di un bene o servizio, a contraffazioni, frodi, *malware*, *spam*, violazione di dati, altri rischi per la cibersicurezza o all'adeguatezza del bene o servizio per i minori».

³⁰ Sull'affermazione della proporzionalità quale principio generale del diritto europeo dei contratti, si veda C. CAUFFMAN, *The Principle of Proportionality and European Contract Law*, in J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 69 ss.

cate dai fornitori, affinché, se ragionevolmente e tecnicamente possibile, esse vengano in primo luogo dirette verso singole categorie di beni o servizi; e tendano a un esito più grave soltanto ove sia effettivamente inevitabile procedere altrimenti.

La disciplina così delineata per le ipotesi di limitazione, sospensione o cessazione dei servizi di intermediazione *online* non risponde tuttavia ad alcuni interrogativi tutt'altro che irrilevanti. E in particolare a quali siano le conseguenze dell'eventuale violazione dell'obbligo di motivazione; o del mancato rispetto delle regole di proporzionalità. L'art. 15, § 2, del Regolamento si limita invero a puntualizzare che a qualsiasi violazione dello stesso debbano far fronte le misure «efficaci, proporzionate e dissuasive» previste dai singoli ordinamenti nazionali. Appare dunque possibile ritenere che in questi casi il provvedimento del fornitore non possa che produrre meri effetti materiali, giuridicamente non rilevanti, e che l'utente commerciale possa piuttosto vantare un diritto al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale, nel nostro ordinamento *ex art. 1218 c.c.*

14.5. I criteri di posizionamento

Il tema del posizionamento, spesso indicato anche con il termine inglese di *ranking*, dei beni e dei servizi offerti ai consumatori attraverso piattaforme digitali rappresenta un aspetto cruciale delle relazioni P2B (*Platform-to-Business*).

La disposizione di ciascun prodotto presente su un *marketplace* ha un'incidenza determinante nelle scelte di acquisto di ciascun utente-consumatore e, di riflesso, sul successo commerciale dell'utente-venditore di beni e servizi *online*. E lo stesso può dirsi anche dei siti *web* di vendita di beni o servizi, che appaiono sulle pagine dei motori di ricerca. In genere, gli utenti della rete tendono infatti a preferire, a parità di caratteristiche, i prodotti o i siti che trovano per primi, più in alto, più evidenti³¹.

Ne discende evidentemente il forte interesse degli utenti commerciali ad evitare che tale aspetto del rapporto contrattuale con le piattaforme digitali sia trattato secondo criteri arbitrari, in quanto tali del

³¹ Cfr. C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, *cit.*, p. 67.

tutto imprevedibili o incomprensibili. In questo senso, tuttavia, occorre pure rilevare che il posizionamento delle offerte degli utenti commerciali avviene di regola per il tramite di meccanismi algoritmici, il cui funzionamento potrebbe plausibilmente essere oggetto di segreto commerciale da parte del fornitore dei servizi di intermediazione.

Attraverso l'art. 5 del Regolamento il legislatore europeo è dunque intervenuto a disciplinare alcune regole in materia di *ranking* dei prodotti e dei siti *web*, seguendo una logica di bilanciamento tra interessi fondamentalmente contrapposti. Da un lato, quello degli utenti commerciali al rispetto dei principi di trasparenza e prevedibilità anche con riferimento al loro posizionamento sulle pagine di piattaforme e motori di ricerca; dall'altro, quello dei fornitori a mantenere segrete determinate informazioni di cui dispongono in modo esclusivo, caratterizzate perché non generalmente note ad altri e solo in quanto tali idonee ad attribuire al loro detentore uno specifico vantaggio economico³².

In tal senso si prevede innanzitutto che i fornitori dei servizi di intermediazione *online* debbano indicare, tra i termini e le condizioni contrattuali, i principali parametri che determinano la formazione del *ranking* di quanto sia oggetto delle ricerche degli utenti della piattaforma, nonché, tra i diversi parametri individuati, i motivi della maggiore rilevanza, ovvero la c.d. importanza relativa, di alcuni rispetto ad altri. Non ogni parametro ha infatti pari valore nella determinazione del posizionamento di un prodotto ed è pertanto opportuno che gli utenti commerciali conoscano l'incidenza di ciascuno di essi nel relativo processo decisionale. Rilevano così fattori quali le caratteristiche dei beni o dei servizi offerti ai consumatori, ovvero la loro presentazione tanto nelle immagini quanto nelle parole.

Allo stesso modo, sorge in capo ai fornitori di motori di ricerca *online* il dovere di rendere facilmente e pubblicamente accessibile, attraverso un linguaggio semplice e comprensibile e regolari aggiornamenti, la descrizione dei criteri di ordinamento dei siti *web* risultanti

³² Si tratta dei requisiti costitutivi dei segreti commerciali, indicati dall'art. 98 c.p.i. come da ultimo riformato dal d. lgs. 11 maggio 2018, n. 63 in recepimento della Direttiva *Trade Secrets*, su cui si veda C. GALLI, *L'attuazione italiana della Direttiva europea sui Trade Secrets tra continuità nella disciplina sostanziale e deviazioni rispetto al testo della Direttiva*, in *Contr. impr./Europa*, 1, 2018 pp. 25 ss., nonché, in particolare, M. MAGGIOLINO, *EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 27, 2018, pp. 199 ss.

dalla ricerca in rete degli utenti-consumatori, nonché, anche in questo caso, l'importanza relativa di ognuno di essi³³. In particolare, potrebbero rilevare a tal fine le caratteristiche grafiche del sito, ad esempio quelle relative alla visualizzazione dello stesso tramite dispositivi mobili, o dei beni o servizi tramite esso illustrati e offerti sul mercato.

I rispettivi fornitori dovrebbero altresì informare circa la possibilità – se prevista – per gli utenti commerciali e per i titolari dei siti Internet di influire sul risultato relativo al proprio posizionamento attraverso la corresponsione di un corrispettivo. Il quale può trovare esecuzione sia attraverso il pagamento di un prezzo per il solo o principale scopo di migliorare la propria posizione attuale, sia in forma indiretta, ad esempio accettando di sottostare a vincoli ulteriori come l'utilizzo di particolari servizi accessori proposti dal fornitore.

Si è già osservato come la chiarezza espositiva nell'adempimento di tali prescrizioni da parte dei fornitori costituisca un aspetto di cruciale importanza. Tale richiesta non si estende tuttavia, per espressa previsione del sesto paragrafo dell'art. 5, al punto di imporre loro di rivelare nel dettaglio il funzionamento degli algoritmi utilizzati per la determinazione del posizionamento. Si è anche detto, infatti, di come il proposito di assicurare un certo grado di prevedibilità dei comportamenti dei fornitori incontri un limite insuperabile proprio nella corrispondente tutela dei loro interessi commerciali, perciò riconoscendosi idonea al rispetto delle previsioni dell'art. 5 del Regolamento una descrizione generale dei parametri di posizionamento tale da consentire a utenti commerciali e titolari di siti *web* di comprendere i meccanismi di formazione del *ranking* e di confrontare le pratiche seguite dai diversi fornitori di servizi di intermediazione e motori di ricerca. E lo strumento attraverso cui operare tale bilanciamento viene dunque

³³ Il fatto che tra i fornitori dei motori di ricerca e gli utenti titolari dei siti *web* non intercorra un vincolo contrattuale determina che la descrizione in questione debba essere posta a disposizione del pubblico sullo stesso motore di ricerca, in modo da poterne agevolmente avere visione. Sul punto, il Considerando 26 del Regolamento evidenzia inoltre che laddove una modifica del *ranking* di un sito ovvero la sua rimozione dalle pagine del motore di ricerca consegua a una segnalazione proveniente da un soggetto terzo, il titolare del sito stesso debba avere la possibilità di analizzarne il contenuto su un'apposita banca dati *online* pubblicamente accessibile. Ciò si spiega evidentemente in funzione della necessità di proteggere l'interessato, da un lato, e dissuadere i terzi, dall'altro, da un potenziale abuso dello strumento delle segnalazioni.

espressamente individuato nella disciplina relativa alla tutela del segreto industriale, ormai armonizzata nell'intera Unione europea attraverso la Direttiva (UE) 2016/943³⁴, nonché alla luce degli orientamenti espressi dalla Commissione europea nelle apposite linee guida recentemente pubblicate³⁵.

14.6. Sul duplice ruolo delle piattaforme: dall'intermediazione alla concorrenza

Spesso i fornitori dei servizi di intermediazione *online* non si limitano ad eseguire la prestazione dovuta nei confronti della controparte contrattuale, ovvero gli utenti commerciali, ponendosi direttamente o tramite imprese collegate in concorrenza con essi. In particolare, offrendo beni e servizi ai consumatori tramite quegli stessi servizi che costituiscono oggetto del contratto con tutti gli utenti commerciali operativi sul proprio *marketplace*.

Tale generale consapevolezza ha spinto il legislatore europeo a regolare tramite l'imposizione di specifici obblighi di trasparenza l'eventualità che le piattaforme ricoprano questo duplice ruolo di prestatori di servizi e, al tempo stesso, di concorrenti del complesso degli utenti commerciali. Ciò in considerazione delle evidenti distorsioni che tale comportamento può ragionevolmente realizzare nel sistema della (leale) concorrenza tra i soggetti del mercato. Circostanza che sarebbe peraltro di difficile riconoscimento da parte dei consumatori, e perciò idonea a limitare la loro effettiva libertà di scelta nella ricerca e nell'acquisto di beni o servizi. Basti pensare al potere di controllo esercitato dalle piattaforme quali strumenti di raccolta e di elaborazione dei dati utili a profilare le preferenze dei consumatori, tanto singolarmente quanto nel loro complesso, ad esempio mettendo in evidenza i prodotti più acquistati in un certo periodo di tempo. Non apparendo in questo modo del tutto peregrina l'ipotesi che il fornitore dei servizi di intermediazione approfitti della posizione privilegiata in cui si trova per favorire la vendita dei propri prodotti, come di quelli di utenti

³⁴ Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016 sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.

³⁵ Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01) "Orientamenti sulla trasparenza del posizionamento a norma del Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio" dell'8 dicembre 2020.

commerciali da esso stesso controllati, grazie a determinati vantaggi tecnici o economici per l'offerta di beni e servizi di contro negati agli utenti concorrenti³⁶.

L'art. 7 del Regolamento interviene dunque per prevenire tale scenario, a tutela non solo degli utenti commerciali che ne verrebbero coinvolti, ma del funzionamento del mercato nel suo complesso³⁷. Al fornitore dei servizi di intermediazione *online* si impone così di agire secondo trasparenza, dovendo includere nei termini e nelle condizioni contrattuali un'apposita descrizione relativa agli eventuali trattamenti differenziati riservati o riservabili ai beni o ai servizi offerti ai consumatori sia in via diretta che attraverso utenti commerciali controllati. Misure particolari, di vantaggio per chi possa usufruirne, relative all'accesso a dati personali e non personali, ai criteri di posizionamento, all'uso di servizi, funzionalità o interfacce tecniche in rapporto di connessione o complementarietà con i servizi principali del fornitore, anche avverso il pagamento di un corrispettivo.

Nella stessa ottica, la norma prevede corrispondenti obblighi di trasparenza anche con riferimento ai fornitori di motori di ricerca *online*, per l'eventualità in cui si pongano in una posizione di concorrenza diretta o indiretta con i titolari dei siti *web* utenti dei loro servizi sulla rete.

Connessa alla (potenziale) duplice veste delle piattaforme di intermediazione è anche la previsione di cui all'art. 6 del Regolamento, rubricato "Prodotti e servizi accessori". Tale norma dispone infatti un ulteriore obbligo di trasparenza, relativo in questo caso a quei beni e servizi qualificabili, appunto, come accessori, ovvero il cui funzionamento o la cui esecuzione dipendono tipicamente da un altro specifico bene o servizio, cui sono direttamente collegati. Costituiscono oggetto

³⁶ Si guardi ad esempio alle indagini avviate dalla Commissione europea nei confronti di Amazon, e in particolare ai procedimenti AT.40462 del 17 luglio 2019 e AT.40703 del 10 novembre 2020, per verificare l'effettiva sussistenza di trattamenti di favore per la vendita dei prodotti propri o di utenti commerciali controllati, in contrasto con la disciplina europea in materia di concorrenza *ex artt.* 101 e 102 TFUE.

³⁷ Preme evidenziare come il Regolamento rappresenti complessivamente un nuovo strumento della più ampia strategia di regolazione predisposta dalla Commissione europea, che trova il proprio spazio accanto alla già esistente disciplina in materia di concorrenza, di per sé ritenuta ormai non sufficientemente adeguata a far fronte all'affermazione di un sistema di mercato *platform oriented* e di modelli di *business* fondati sull'utilizzo dei dati. Cfr. C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, *cit.*, pp. 59-60.

di offerta al consumatore in quella fase immediatamente precedente il completamento della transazione relativa all'acquisto principale, a sua possibile, ma non indispensabile, integrazione. Tra i beni, per esempio, quelli utili ad aggiornare o a personalizzare uno specifico prodotto; tra i servizi, quello di riparazione di un bene o anche prodotti finanziari specifici come l'assicurazione per il noleggio di un'automobile da parte di un turista³⁸.

Resterebbero in sostanza esclusi da tale disciplina tutti quei beni o servizi venduti in aggiunta a quanto costituisca oggetto principale dell'acquisto, ma al contempo in mancanza di un qualsiasi elemento di complementarità.

Ebbene, l'offerta di beni e servizi accessori è ammissibile in quanto i termini e le condizioni contrattuali contengano una descrizione riferita non solo alle loro caratteristiche, ma anche al soggetto concretamente deputato a provvedere in tal senso. Il quale potrebbe risultare lo stesso fornitore dei servizi di intermediazione *online*, come anche un soggetto terzo o – purché sia espressamente indicato a quali condizioni – un utente commerciale della piattaforma.

14.7. L'accesso ai dati

Il valore dei dati nell'economia delle piattaforme si individua come è noto nella conoscenza delle preferenze e dei consumi degli utenti

³⁸ Il comparto turistico risulta particolarmente interessato dall'offerta ai consumatori-viaggiatori di prestazioni accessorie integrative, come ad esempio l'acquisto di un biglietto aereo o di un soggiorno alberghiero, da ultimo avvalorato anche con la Direttiva (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati. Si veda sul punto A. FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, in *NLCC*, 6, 2018, pp. 1307 ss., che si sofferma peraltro sull'avvenuta attuazione della normativa europea con il d. lgs. 21 maggio 2018, n. 62. In materia di servizi turistici, già G. CAPALDO, *Commento sub artt. 82-84*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario, cit.*, pp. 687 ss. Per un approfondimento in tema di *ancillary revenues* tramite la prestazione di servizi accessori, cfr. V. IAIA, *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Cammino diritto*, 9, 2020.

della rete, che al giorno d'oggi costituisce probabilmente la più importante fonte e il principale strumento per essere altamente competitivi sul mercato³⁹.

Il fatto che la prestazione di servizi di intermediazione *online* permetta di accumulare e controllare enormi quantità di informazioni non poteva dunque non essere oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore europeo.

L'art. 9 del Regolamento richiede che i fornitori di tali servizi assicurino agli utenti commerciali una chiara descrizione circa la portata, la natura e le condizioni di accesso ai dati generati tramite la piattaforma, oltre che del loro utilizzo, da parte degli stessi contraenti ovvero di terzi⁴⁰. Indicazioni, anche generiche, che siano utili a comprendere se e come sia possibile servirsi di tali informazioni per incrementare il livello di qualità della propria proposta commerciale nel suo complesso. Ma anche a sapere se il fornitore condivide i dati generati dagli utenti commerciali nell'utilizzo dei servizi di intermediazione con soggetti terzi, in particolar modo laddove ciò avvenga per scopi non inerenti al corretto funzionamento dei servizi di intermediazione. Dovendosi altresì indicare, in tale ultimo caso, lo scopo effettivo della condivisione e le possibilità a disposizione degli utenti commerciali per evitarla.

In generale, la norma interessa tutti quei dati, personali e non personali, generati o forniti da ogni utente della piattaforma, con riferimento a tutte le attività di offerta, ricerca o acquisto che su essa trovano compimento. Per esempio le valutazioni e le recensioni di clienti e acquirenti, indubbiamente utili per orientare l'andamento della propria attività commerciale⁴¹. Ma anche i loro contatti, indirizzo di posta elettronica o numero telefonico, indispensabili per instaurare un rapporto

³⁹ Per una lettura del fenomeno dei dati secondo le categorie del diritto civile si veda, in particolare, V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution"*, in *Conc. merc.*, 1, 2016, pp. 29 ss.

⁴⁰ Ulteriore requisito di trasparenza contrattuale imposto dalla nuova disciplina europea, in quanto non si riconosce in capo agli utenti commerciali un più generale diritto di accesso ai dati. Cfr. C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, *cit.*, p. 70.

⁴¹ Le valutazioni e le recensioni pubblicate in rete dai consumatori di un certo bene o servizio compongono il c.d. capitale reputazionale delle piattaforme digitali. Le prime si caratterizzano per l'indicazione di un punteggio sulla base della scala pro-

diretto, che non necessiti dell'intermediazione della piattaforma, così come per la promozione di nuove offerte di vendita o per altre comunicazioni necessarie alla prestazione di un servizio.

Appare quindi con evidenza come la possibilità di accedere a tali informazioni costituisca il fondamento di notevoli opportunità per l'attività commerciale del beneficiario; nonché come, di contro, la mancata autorizzazione ponga invece dei limiti probabilmente insormontabili e decisivi per il suo svolgimento. In ogni caso, la previsione di apposite misure di trasparenza a regolare un aspetto tanto delicato della relazione tra la piattaforma e i suoi utenti commerciali pare essenziale, anche nell'ottica di sostenere una maggiore condivisione dei dati, di informazioni che rappresentano una fonte inesauribile di innovazione e crescita del mercato nel suo complesso. Ciò, chiaramente, nei limiti del rispetto dell'esistente quadro normativo europeo in materia, costituito dal Regolamento (UE) 2016/679⁴², dalla Direttiva (UE) 2016/680⁴³ e dalla Direttiva 2002/58/CE⁴⁴, opportunamente richiamati dallo stesso art. 9 in commento.

posta dal *marketplace*; le seconde per la disponibilità di una casella di testo ove elaborare un proprio commento. Fattore che risulta particolarmente rilevante sotto il profilo della portabilità, ovvero del trasferimento in massa di tali informazioni da una piattaforma all'altra, su cui cfr. C. BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 223-243. Per un'interessante riflessione in materia di sistemi reputazionali, si veda G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2016, pp. 199 ss.

⁴² 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).

⁴³ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

⁴⁴ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

14.8. Le c.d. *parity clauses*

Ai sensi dell'art. 10 del Regolamento, qualsiasi limitazione alla capacità degli utenti commerciali di offrire beni e servizi tramite altri mezzi di distribuzione e a condizioni diverse rispetto a quelle previste sulla piattaforma di un fornitore di servizi di intermediazione *online*, deve essere espressamente indicata, motivata e resa facilmente accessibile al pubblico. Si tratta delle c.d. *parity clauses*, anche note come *best-price* o *most-favored-nation* (MFN) *clauses*, volte ad assicurarsi che la propria vetrina virtuale proponga prezzi almeno pari, se non anche inferiori, rispetto a quelli indicati da soggetti concorrenti⁴⁵. Con quel che evidentemente ne consegue in termini di capacità attrattiva degli utenti-consumatori, in particolare quando la propria proposta di vendita risulta maggiormente conveniente rispetto ad altre, e di loro fidelizzazione alla piattaforma.

Tali clausole possono avere una portata più o meno ampia, potendosi parlare di *wide parity clauses* quando si nega la capacità degli utenti commerciali di offrire i propri prodotti, a prezzi più economici, su altre piattaforme concorrenti e sul proprio sito Internet; nonché di *narrow parity clauses* quando la limitazione concerne soltanto l'offerta tramite le proprie pagine *web* e non anche i concorrenti diretti del fornitore controparte contrattuale. Appare immediatamente intuibile come la previsione di siffatte clausole ponga degli interrogativi sul funzionamento del sistema concorrenziale, soprattutto in relazione alle concrete possibilità per nuovi operatori di entrare ovvero di espandersi all'interno di un mercato rilevante⁴⁶.

Tuttavia il Regolamento, sfuggendo qualsiasi considerazione in merito alla loro capacità distorsiva della concorrenza, si limita a formulare il relativo requisito di trasparenza. E sembra però inevitabile chiedersi quanto, ed eventualmente come, tale previsione contrattuale possa in concreto giovare agli utenti commerciali: a loro tutela sarebbe stato probabilmente più efficace prevedere un vero e proprio divieto di tali clausole, come peraltro già previsto da alcuni provvedimenti di

⁴⁵ A tal fine, si considerano "soggetti concorrenti" sia gli altri *marketplace* presenti sulla rete che il sito *web* privato del singolo utente commerciale.

⁴⁶ Sul punto si veda M. COLANGELO, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *JECL&Pract.*, 2017, pp. 3 ss.

carattere nazionale all'interno dell'Unione europea⁴⁷. In tal senso, il secondo paragrafo dell'art. 10 lascia quantomeno impregiudicate le limitazioni a clausole di questo tipo ad opera sia del diritto degli Stati membri che del diritto europeo.

14.9. Il sistema interno di gestione dei reclami e la mediazione

Il legislatore europeo completa il quadro delle regole di equità e trasparenza dei rapporti con le piattaforme digitali con alcune disposizioni dedicate alla risoluzione delle controversie tramite la gestione interna dei reclami e il procedimento di mediazione.

È infatti apparso necessario intervenire su un sistema che, allo stato, non salvaguardava la posizione degli utenti commerciali con la previsione di strumenti di ricorso accessibili ed efficaci, in mancanza di adeguati meccanismi di gestione dei reclami ovvero di soggetti specializzati a dirimere questioni sorte nell'ambito di questo specifico rapporto contrattuale. Ciò, peraltro, non impedendo in alcun momento – prima, durante e anche a conclusione del procedimento stragiudiziale – di esercitare il diritto di adire la competente autorità giudiziaria.

L'art. 11 del Regolamento impone dunque ai fornitori di strutturare dei sistemi interni⁴⁸ di gestione dei reclami per garantire agli utenti commerciali, anche quando destinatari dei provvedimenti di limitazione, sospensione o cessazione dei servizi (v. *supra* § 4), l'accesso gratuito e non difficilmente praticabile a possibilità di ricorso immediate,

⁴⁷ In particolare, l'art. 1, comma 166, l. 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza) per cui «[è] nullo ogni patto con il quale l'impresa turistico-ricettiva si obbliga a non praticare alla clientela finale, con qualsiasi modalità e qualsiasi strumento, prezzi, termini e ogni altra condizione che siano migliorativi rispetto a quelli praticati dalla stessa impresa per il tramite di soggetti terzi, indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto». Similmente, in Francia, l'art. 133 della *Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, nota come Legge Macron, prevede che le clausole di questo tipo debbano essere considerate come non scritte.

⁴⁸ Il Considerando 39 del Regolamento precisa che l'utilizzo di tale termine non dovrebbe essere inteso come un impedimento a delegare tale attività «a un fornitore di servizi esterno o a un'altra struttura aziendale», a condizione che il soggetto prescelto garantisca pienamente la conformità del sistema di gestione adottato ai requisiti del Regolamento.

idonee ed efficaci al raggiungimento di un accordo. Da conseguire peraltro entro «un lasso di tempo ragionevole», naturalmente sulla base dell'importanza e della complessità di ogni singolo reclamo.

Organizzato in funzione del rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento a parità di situazione, il sistema concerne in particolare i reclami proposti per: a) la presunta inadempienza degli obblighi che il Regolamento dispone in capo ai fornitori di servizi di intermediazione *online*; b) problemi di natura tecnica nella fornitura dei servizi agli utenti commerciali; c) l'adozione da parte del fornitore di misure o comportamenti connessi allo svolgimento della propria prestazione. In ciascuna di queste ipotesi si richiede peraltro che l'utente commerciale intenzionato a proporre reclamo ne abbia subito le relative conseguenze.

Tutte le informazioni relative all'accesso alla procedura, nonché al suo svolgimento, devono essere esplicitate nei termini e nelle condizioni del contratto. Si deve garantire che la trattazione dei reclami avvenga in modo rapido ed efficace, pur senza sacrificare la qualità dell'indagine e al fine di risolvere adeguatamente le questioni insorte. E che l'esito del processo venga comunicato direttamente al reclamante adoperando un linguaggio semplice e comprensibile.

Del funzionamento e dell'efficacia del proprio sistema interno di gestione dei reclami viene poi data conoscenza diffusa tramite la pubblicazione, con verifica e aggiornamento a cadenza almeno annuale, di informazioni rilevanti, come il numero totale e le categorie di reclami presentati dagli utenti commerciali, i tempi mediamente necessari al trattamento, i dati aggregati relativi agli esiti. La *ratio* di tale disposizione appare ancora una volta ravvisabile nell'opportunità di assicurare agli utenti commerciali interessati uno strumento di prevedibilità dell'agire della controparte contrattuale, in applicazione del principio di trasparenza. In questo modo, si rendono infatti conoscibili alcuni aspetti particolarmente importanti per chi abbia intenzione di impegnarsi convenzionalmente con un determinato fornitore, come le principali problematiche insorte in questa tipologia di rapporti o le possibilità di risolverle in tempi rapidi e in modo effettivo.

La previsione di un sistema interno di gestione dei reclami costituisce indubbiamente un passaggio importante verso l'equità e la trasparenza procedurale nei rapporti tra piattaforme e utenti commerciali; tuttavia, non può non riscontrarsi come il Regolamento resti in verità piuttosto vago sul contenuto, in particolare, di questa equità. Anche

in considerazione della tipologia di atto adottato dal legislatore europeo, sarebbe stato forse maggiormente opportuno incidere con più convinzione introducendo requisiti più precisi, ad esempio in relazione alla durata massima del procedimento di reclamo o alla maggior tutela degli utenti commerciali da comportamenti imprevedibili o sproporzionati dei fornitori dei servizi di intermediazione⁴⁹.

D'altra parte, il Regolamento individua nella mediazione un'ulteriore alternativa stragiudiziale per la risoluzione delle controversie relative alla fornitura dei servizi di intermediazione *online*, altresì comprendendo quei reclami che non sia stato possibile risolvere ai sensi del precedente art. 11. Perciò consolidandosi notevolmente il quadro delle tutele irrinunciabili che l'ordinamento europeo pone a disposizione dei soggetti del mercato.

A tal fine, l'art. 12 del Regolamento esige che il fornitore indichi nel contratto almeno due mediatori con cui sia disposto ad impegnarsi nel caso in cui ne occorresse l'intervento. Non esclude per ciò soltanto la possibilità nel caso concreto di designare uno o più soggetti diversi, anche in accordo con l'utente commerciale di volta in volta coinvolto. Purché, nel complesso, il fornitore si impegni a promuoverne ed agevolare il processo, il cui avvio rimane in ogni caso vincolato alla comune volontà delle parti interessate e, come detto, non impedisce di procedere in sede giudiziale. Anche in tal senso, i fornitori devono mettere a disposizione degli utenti commerciali che lo richiedano le informazioni sul funzionamento e sull'efficacia della mediazione relativamente alle loro attività.

Il successivo art. 13 invita peraltro la Commissione europea, in sinergia con gli Stati membri, a sostenere l'istituzione di veri e propri organismi di mediazione specializzati, con riferimento ai settori specifici di azione degli utenti commerciali tramite piattaforme digitali e anche in considerazione della natura transfrontaliera dei servizi di intermediazione *online*, proprio nell'ottica di accrescere la generale fiducia degli operatori di questi mercati nei processi di mediazione e, di riflesso, di aumentare le probabilità di successo, rapido e soddisfacente, di questi meccanismi di giustizia alternativa.

⁴⁹ C. BUSCH, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "Procedural Turn" in EU Platform Regulation?*, in *EuCML*, 4, 2020, p. 134.

Ai fini previsti dal Regolamento, sono incaricati come mediatori quei soggetti che: diano garanzia di imparzialità e indipendenza; prestino i loro servizi a prezzi sostenibili dagli utenti commerciali della piattaforma, nonché nella lingua di redazione dei termini e delle condizioni; siano facilmente raggiungibili, fisicamente nel luogo di stabilimento o di residenza dell'utente commerciale oppure virtualmente mediante strumentazione telematica, non costituendo impedimento *ex se* l'ipotesi in cui i servizi di mediazione siano prestati da un luogo esterno all'Unione europea; garantiscano un lavoro puntuale, efficace ed efficiente, anche in considerazione delle proprie conoscenze specifiche in materia di rapporti commerciali tra imprese.

Quanto al procedimento di mediazione, la norma rimarca la necessità che le parti si comportino secondo buona fede nell'esperimento di ciascun tentativo di composizione della controversia. Ma il Considerando 42 del Regolamento ammette anche che il fornitore non sia sempre tenuto ad impegnarsi in tale procedimento, in particolare laddove la relativa richiesta provenga da un utente commerciale di cui un precedente mediatore abbia accertato, sulla stessa questione, un agire contrario alle regole di buona fede ovvero con cui ripetuti tentativi di mediazione già esperiti non abbiano avuto successo. Così cercando di prevenire qualsiasi situazione di abuso del sistema da parte degli utenti commerciali cui lo strumento è rivolto. Ciò anche in quanto la norma prevede che siano i fornitori dei servizi di intermediazione a sostenere una parte ragionevole dei costi totali di ciascun procedimento di mediazione, determinata in base alla proposta del mediatore, che è chiamato a tal fine a tener conto della fondatezza delle ragioni di ciascuna delle parti, del loro comportamento, nonché delle dimensioni e della capacità finanziaria di una parte rispetto all'altra.

Infine, in considerazione dei costi e degli oneri amministrativi che il fornitore si trova inevitabilmente a fronteggiare per l'implementazione tanto dei sistemi interni di gestione dei reclami quanto dei procedimenti di mediazione, il Regolamento esenta dagli obblighi di cui agli artt. 11 e 12 le piccole imprese, come definite dall'Allegato della Raccomandazione 2003/361/CE⁵⁰. Con ciò restando naturalmente im-

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 2 dell'Allegato è definita "piccola impresa" l'impresa che occupa meno di cinquanta persone e che realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a dieci milioni di euro.

pregiudicato il diritto delle stesse di creare un sistema interno di gestione dei reclami e di indicare nel contratto i nominativi dei mediatori, su base volontaria, in modo conforme ai criteri stabiliti dal Regolamento.

Da ultimo, quanto all'ipotesi in cui il soggetto interessato non voglia procedere per via stragiudiziale, intendendo piuttosto adire il giudice nazionale competente, il Regolamento introduce all'art. 14 un'innovativa legittimazione ad agire in capo ad organizzazioni, associazioni o persone giuridiche pubbliche rappresentative di utenti commerciali, come anche di titolari dei siti *web* che appaiono sulle pagine dei motori di ricerca⁵¹. In conformità alla legge vigente nello Stato membro in cui l'azione è promossa, tali soggetti – che la norma chiede alla Commissione europea di individuare ed inserire in un apposito elenco da pubblicare, e aggiornare a scadenza semestrale, nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea – avrebbero dunque il diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria al fine di far cessare quella condotta dei fornitori che sia contraria agli obblighi imposti dal Regolamento. In particolare per quelle ipotesi in cui, per timore di ritorsioni, potrebbe addirittura apparire più conveniente una definitiva rinuncia all'azione. In questa chiave, la centralizzazione dei loro interessi potrebbe allora riuscire nell'intento di distogliere concretamente i fornitori dal portare avanti condotte lesive dei diritti degli utenti⁵².

14.10. Osservazioni conclusive

Il Regolamento rappresenta un primo fondamentale tassello della strategia europea per la regolazione dell'economia delle piattaforme. In particolare attraverso la determinazione dei citati criteri di trasparenza, elaborati per qualificare quel peculiare rapporto tra piattaforme e utenti commerciali che l'attuale sistema di mercato, evidentemente proteso verso una conformazione sempre più *digital*, pone al centro di un dibattito nuovo. Un rapporto generalmente asimmetrico, di cui i fornitori dei servizi di intermediazione *online* rappresentano la parte

⁵¹ Purché le organizzazioni o associazioni siano costituite secondo il diritto di uno Stato membro, perseguano in via continuativa obiettivi di interesse comune, non abbiano scopo di lucro e siano indipendenti; oppure si tratti di organismi pubblici istituiti *ad hoc* (art. 14, §§ 3-5, del Regolamento).

⁵² C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, cit., p. 73.

che dispone di maggiore potere contrattuale, la parte le cui prestazioni si rendono indispensabili per restare competitivi e attrattivi sul mercato, la parte da cui inevitabilmente si finisce per dipendere. E rispetto alla quale occorre pertanto definire degli adeguati strumenti di tutela⁵³.

A fronte di un numero effettivamente esiguo di piattaforme di intermediazione finalmente dirette e diffusamente note ai consumatori, le imprese che ne ricercano i servizi sono infatti milioni, per lo più trattandosi di realtà di modeste dimensioni⁵⁴. Evidente, dunque, alla luce dell'importanza strategica e della crescita di questi soggetti nel mercato (tutt'altro che esclusivamente) europeo, l'opportunità di un intervento regolatorio a garanzia dei principi di equità e trasparenza nei rapporti P2B. Per trasmettere quel fondamentale fattore fiducia nell'utilizzo di tali meccanismi di offerta di beni e servizi agli utenti del *web*, nel tentativo di prevenire comportamenti unilaterali iniqui da parte degli intermediari.

Non resta dunque che interrogarsi su quale sia la portata, oltre che la concreta innovazione, del Regolamento. Definirlo limitato ad una generica fissazione di requisiti di trasparenza appare invero non del tutto appropriato. Nel complesso, infatti, il quadro normativo definito dal legislatore europeo sembra strutturare un vero proprio schema contrattuale, tipizzando il contenuto di clausole di cui si impone al tempo stesso la previsione: in ogni caso, alcune; sulla base di determinati presupposti, altre. Certo è che ognuna delle regole destinate dal Regolamento alla regolazione dei rapporti P2B intende preservare la

⁵³ Per un utilizzo generalizzato della nozione di "asimmetria contrattuale", che ricomprende le diverse ipotesi in cui uno dei due contraenti deve essere considerato economicamente più debole, si vedano, *ex multis*, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 769 ss. e in *Il contratto del duemila*, IV edizione, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 69 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2005, pp. 549 ss.; E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁵⁴ È infatti soprattutto con riferimento alle piccole e medie imprese (PMI) che le piattaforme rappresentano un'opportunità spesso irrinunciabile per accedere al mercato digitale, in considerazione delle maggiori possibilità di posizionamento dei propri prodotti e di conoscibilità su vasta scala.

posizione degli utenti commerciali dalle azioni imprevedibili o ingiustificate dei fornitori, contrastanti con i doveri, generalmente riconosciuti, di buona fede contrattuale.

Probabilmente il Regolamento si rivelerà presto insufficiente per perseguire tale ambizioso obiettivo, ma a colmarne le lacune e superarne le incertezze è atteso l'intervento delle corti, tanto a livello nazionale quanto, soprattutto, europeo. E sarà poi il legislatore europeo a doversi nuovamente occupare di tale categoria di rapporti, ad esempio operando opportune differenziazioni in base alle dimensioni e al potere di mercato delle piattaforme o alle diverse tipologie di offerte indirizzate ai consumatori⁵⁵, nonché disciplinando aspetti ulteriori, comunque connessi all'oggetto del Regolamento, come la portabilità dei dati reputazionali delle imprese.

Ciò anche alla luce di quanto emergerà dalle analisi effettuate dall'Osservatorio sull'economia delle piattaforme *online*, che sottoporrà pareri e relazioni alla Commissione europea come previsto dall'art. 18 del Regolamento⁵⁶; nonché dalla prassi. Occorre infatti notare, da ultimo, come l'indeterminatezza che in taluni aspetti caratterizza l'attuale disciplina dei rapporti P2B potrà essere equilibrata anche ad opera degli stessi intermediari della rete, ovvero dei destinatari diretti dello schema regolatorio definito dal legislatore europeo. Soggetti regolamentati, dunque, e al tempo stesso in grado, a loro volta, di

⁵⁵ Si pensi da ultimo alle proposte di Regolamento sui servizi e sui mercati digitali presentate dalla Commissione europea il 15 dicembre 2020 per rendere «i mercati digitali più equi e più aperti per tutti. Un *corpus* normativo per tutto il mercato unico promuoverà l'innovazione, la crescita e la competitività e fornirà agli utenti servizi *online* nuovi, migliori e affidabili» (Commissione europea, IP/20/2347).

⁵⁶ L'Osservatorio è stato istituito dalla Commissione europea con la Decisione C(2018) 2393 def. proprio allo scopo di monitorare l'evoluzione e il funzionamento delle piattaforme digitali e permettere alle istituzioni europee di intervenire nei modi più opportuni a tutela del corretto funzionamento del mercato interno.

agire da regolatori⁵⁷. Perciò apparendo, in sostanza, che il Regolamento costituisca uno strumento di regolazione di regolatori privati⁵⁸.

D'altronde, che le piattaforme non rappresentino semplicemente dei luoghi virtuali di connessione tra utenti-venditori e utenti-acquirenti, ma regolatori dei rapporti e delle transazioni che su di esse trovano spazio, risulta ormai indiscusso. Come è noto, infatti, gli intermediari tendono ad insidiarsi, attraverso i termini e le condizioni di utilizzo dei propri servizi, nelle relazioni contrattuali instaurate *online*; ad imporre apposite linee guida che dettano determinate regole comportamentali ai loro utenti; o a disporre dei meccanismi di pubblicazione delle valutazioni e delle recensioni dei consumatori⁵⁹. Pertanto, se il disegno del legislatore europeo può dirsi effettivamente impostato, *de iure condito* i tempi non sembrano ancora maturi per poter esprimere considerazioni certe e definitive sull'efficacia delle nuove misure e sul loro grado di intervento sul potere regolatorio delle piattaforme digitali. La via della trasparenza è insomma sicuramente meno oscura, ma ancora poco nitida.

⁵⁷ Ad esempio attraverso l'elaborazione di codici di condotta come previsto dall'art. 17 del Regolamento, dal quale emerge la consapevolezza del legislatore europeo della necessità che i fornitori di servizi di intermediazione *online* e di motori di ricerca manifestino attivamente di adeguarsi alla corretta applicazione del Regolamento, tenendo conto delle specificità dei diversi settori di offerta di beni e servizi ai consumatori.

⁵⁸ Cfr. F. CAFAGGI, *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Merc. conc. reg.*, 1, 2006, pp. 9 ss.

⁵⁹ C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO e H. MICKLITZ (a cura di), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standard, Contracts and Codes*, Elgar, 2019, pp. 115 ss.

Elenco autori/contributi

1. ATTILIO ALTIERI, *Assegnista di ricerca in Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Foggia*;
2. GIUSEPPINA CAPALDO, *Professoressa ordinaria in Istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;
3. LUCIO CASALINI, *Dottore di ricerca in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;
4. ETTORE WILLIAM DI MAURO, *Ricercatore in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;
5. ANDREA MARIA GAROFALO, *Ricercatore in Diritto privato presso l'Università Ca' Foscari di Venezia*;
6. MASSIMO FOGLIA, *Ricercatore in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Bergamo*;
7. DANIELE IMBRUGLIA, *Ricercatore in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;
8. ENZO MARIA INCUTTI, *Dottorando in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;
9. LAURA MANCINI, *Dottoranda in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;

10. SALVATORE ORLANDO, *Professore ordinario in Istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;
11. FEDERICO PISTELLI, *Assegnista di ricerca in Diritto privato presso l'Università degli Studi Roma Tre*;
12. EUGENIO PROSPERI, *Dottorando in Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;
13. MARCO RIZZUTI, *Ricercatore in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze*;
14. FEDERICO RUGGERI, *Dottorando in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"*;
15. CHIARA SARTORIS, *Assegnista di ricerca in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze*;
16. SHAIRA THOBANI, *Ricercatrice in Diritto privato presso Unitelma Sapienza*;
17. LAVINIA VIZZONI, *Assegnista di ricerca in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Siena*.

Il volume contiene contributi di docenti e ricercatori di varie Università italiane su una pluralità di tematiche che sollecitano la riflessione circa la tenuta delle categorie tradizionali del diritto privato a cospetto delle trasformazioni dei modelli di relazione tra i privati recate dalle tecnologie digitali. Gli scritti sono maturati nel contesto delle attività di ricerca e seminari promosse dall'Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale (OGID), costituito presso il Dipartimento di Diritto ed economia delle attività produttive dell'Università Sapienza di Roma.

I curatori dell'opera, **Salvatore Orlando** e **Giuseppina Capaldo**, sono professori ordinari di diritto privato presso il Dipartimento di Diritto ed economia delle attività produttive di Sapienza Università di Roma.

ISBN 978-88-9377-186-3



9 788893 771863

