



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “LA SAPIENZA”
DIPARTIMENTO DI DIRITTO ED ECONOMIA DELLE
ATTIVITÀ PRODUTTIVE**

**DOTTORATO IN DIRITTO ROMANO, TEORIA DEGLI
ORDINAMENTI E DIRITTO PRIVATO DEL MERCATO**

**Curriculum: “Diritto dei contratti ed economia d’impresa”
XXXIV CICLO**

**L’ABUSO DI POTERE CONTRATTUALE NEI RAPPORTI
TRA IMPRESE: IL CASO DELLE PIATTAFORME DIGITALI**

Tutor

Chiar.ma Prof.ssa Giuseppina Capaldo

Candidato

Federico Ruggeri

Coordinatrice

Chiar.ma Prof.ssa Luisa Avitabile

Anno Accademico 2021 – 2022

SOMMARIO

Capitolo I

Inquadramento sistematico e normativo dei contratti tra piattaforme digitali e altre imprese

Sezione I: Dei contratti con le piattaforme digitali come ultimo approdo della contrattazione d'impresa 6

1. Il contesto, i soggetti, le prestazioni 6
 - 1.1. Per una definizione funzionale di piattaforma digitale..... 9
 - 1.2. Elementi comuni economicamente rilevanti 13
2. Il contratto con la piattaforma come contratto d'impresa: le origini di una
questione..... 20
3. (*Segue*) Gli sviluppi del dibattito, tra terzo contratto e contratto con
asimmetria di potere. Una prospettiva..... 26
4. Contratti standard e conformazione del mercato 38

Sezione II: La disciplina di riferimento: il regolamento *Platform-to-Business* 49

1. L'ambito di applicazione 49
2. Predisposizione e modifica unilaterale di termini e condizioni..... 51
3. I provvedimenti di limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di
intermediazione 54
4. I criteri di posizionamento 57

5.	Il duplice ruolo delle piattaforme: dall'intermediazione alla concorrenza	59
6.	L'accesso ai dati	61
7.	Le c.d. <i>parity clauses</i>	63
8.	Il sistema interno di gestione dei reclami e la mediazione	64
9.	Una prima conclusione	68

Capitolo II

Fattispecie tipiche del contesto digitale: i comportamenti abusivi

1.	Prima fase: l'analisi del <i>factum</i>	71
2.	Le regole di posizionamento	72
2.1.	Pratiche di <i>self-preferencing</i> e primi esempi di una casistica nuova ...	78
3.	I provvedimenti escludenti, temporanei o definitivi.....	80
4.	La reputazione di imprese e professionisti	81
4.1.	Funzioni e rischi dei sistemi reputazionali digitali.....	84
5.	La portabilità dei dati: per uno schema generale.....	89

Capitolo III

Qualificazione giuridica degli abusi e profili rimediali

1.	Seconda fase: il procedimento di sussunzione	96
2.	Abuso del diritto e contratti tra imprese	97
3.	L'abuso di dipendenza economica	99

3.1.	Condotte abusive e nuove prospettive nella <i>platform economy</i>	104
4.	L'abuso di posizione dominante.....	112
4.1.	Il mercato rilevante: profili consolidati e adeguamenti necessari ...	115
4.2.	Categorie e ipotesi di abuso.....	119
4.2.1.	Primi esempi di casistica in materia di <i>self-preferencing</i>	120
4.2.2.	Portabilità dei dati e rifiuto a contrarre.....	125
5.	Considerazioni conclusive e tendenze di prospettiva.....	129

Bibliografia	132
---------------------------	------------

Giurisprudenza.....	159
----------------------------	------------

**L'ABUSO DI POTERE CONTRATTUALE NEI RAPPORTI
TRA IMPRESE: IL CASO DELLE PIATTAFORME DIGITALI**

Capitolo I

Inquadramento sistematico e normativo dei contratti tra piattaforme digitali e altre imprese

SOMMARIO: Sezione I: Dei contratti con le piattaforme digitali come ultimo approdo della contrattazione d'impresa. – 1. Il contesto, i soggetti, le prestazioni. – 1.1. Per una definizione funzionale di piattaforma digitale. – 1.2. Elementi comuni economicamente rilevanti. – 2. Il contratto con la piattaforma come contratto d'impresa: le origini di una questione. – 3. (Segue) Gli sviluppi del dibattito, tra terzo contratto e contratto con asimmetria di potere. Una prospettiva. – 4. Contratti standard e conformazione del mercato. – Sezione II: La disciplina di riferimento: il regolamento *Platform-to-Business*. – 1. L'ambito di applicazione. – 2. Predisposizione e modifica unilaterale di termini e le condizioni. – 3. I provvedimenti di limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione. – 4. I criteri di posizionamento. – 5. Il duplice ruolo delle piattaforme: dall'intermediazione alla concorrenza. – 6. L'accesso ai dati. – 7. Le c.d. *parity clauses*. – 8. Il sistema interno di gestione dei reclami e la mediazione. – 9. Una prima conclusione.

Sezione I

Dei contratti con le piattaforme digitali come ultimo approdo della contrattazione d'impresa

1. Il contesto, i soggetti, le prestazioni.

Dall'inizio del XXI secolo il giurista, al cui sguardo critico è affidata questa ricostruzione, assiste ad una trasformazione costante e progressiva del mercato digitale, ovvero dello svolgimento dell'attività di impresa su e attraverso la rete.

I momenti più indicativi di tale processo evolutivo sono ormai generalmente noti. Alla prima generazione di imprese della rete, sostanzialmente impegnate nella sola e semplice presentazione al pubblico di informazioni¹, ha fatto seguito quella c.d. di Internet 2.0², contraddistinta dalla partecipazione di utenti in grado di creare e diffondere, con reciproca interazione, contenuti di ogni tipo: testo, immagini,

¹ È l'inizio della c.d. rivoluzione informatica, F.G. PIZZETTI, *Nell'era della Rete*, Giappichelli, Torino, 2000. Di quarta rivoluzione industriale discorre L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the Infosphere Is Reshaping Human Reality*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

² Riferimento già presente in S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Seconda edizione a cura di G. ALPA, M.R. MARELLA, G. MARINI, G. RESTA, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 119 ss.

video, audio. Utenti che, dunque, non si limitano più ad essere meri fruitori, spettatori passivi, di contenuti generati e proposti da altri, che diventano addirittura modificabili e personalizzabili a proprio piacimento; e la cui presenza *online* ha significato non solo in quanto singoli ma anche, e soprattutto, quale comunità di individui connessi tra loro in assenza di limiti spaziali o temporali³.

Il passaggio alla terza generazione del web, quella del c.d. web 3.0, costituisce invece conseguenza dell'emersione della più moderna economia delle piattaforme, i cui presupposti vengono individuati nel processo, già inesorabilmente innescato, di digitalizzazione dei prodotti, dei servizi e delle attività di impresa, che ha incisivamente trasformato la conformazione della c.d. economia dei servizi⁴, specie garantendo agli interessati un accesso al mercato maggiormente semplificato e a prezzi inferiori rispetto alla dimensione *offline*⁵.

I modelli di *business* realizzati su piattaforma sono ormai utilizzati nei più diversi settori di mercato, dalla vendita al dettaglio ai soggiorni di viaggio, dalla consegna a domicilio di qualsivoglia tipologia di prodotto ai mezzi di trasporto e ai servizi bancari⁶. Complici il significativo incremento delle possibilità e delle

³ Sullo sviluppo e sulla diffusione dei *social network*, quali esempi più rappresentativi di questa fase di evoluzione dell'economia al tempo di Internet, cfr. G.M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6, 2010, p. 859.

⁴ Espressione con cui si suole descrivere quel fenomeno di terzizzazione della produzione industriale nella società post-industriale nel corso della seconda metà del XX secolo. In argomento, F. MARTINELLI, J. GADREY, *L'economia dei servizi*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁵ O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *101 Minnesota Law Review* 87, 2016, p. 96.

⁶ La diversità di piattaforme esistenti in termini di attività svolta, settore di riferimento, modello di *business* adottato e dimensioni, dal sito web utilizzato a livello locale a società che si impongono nel mercato globalizzato generando enormi quantità di ricchezza, è notevole. Si pensi ai motori di ricerca *online* (Google, Yahoo), alle aziende di commercio elettronico (Amazon, Booking), ai *social network* (Facebook, Twitter), ai servizi di pagamento e trasferimento di denaro (PayPal), alle piattaforme per la creazione e la condivisione di contenuti (Youtube), nonché a quelle musicali e audiovisive (Spotify, Netflix), dell'economia collaborativa (Airbnb, Uber) o anche dei videogiochi (Steam). M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2015, pp. 43-44, riconducono tali soggetti alla categoria estremamente ampia ed eterogenea dei c.d. *cybermediaries*, intermediari che si sono affermati in un ruolo economico e sociale progressivamente sempre più rilevante. A. QUARTA, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2017, p. 556, spiega come questa attività di intermediazione possa essere svolta tanto a titolo oneroso, in forma di abbonamento ovvero corrispondendo una percentuale del prezzo stabilito per lo scambio negoziale, quanto a titolo gratuito, nel qual caso la piattaforma ricava il proprio profitto attraverso la pubblicità e il commercio dei dati aggregati riferiti alle preferenze dei consumatori-acquirenti. Si precisa peraltro come tale attività non si limiti alla facilitazione dell'incontro tra le parti per la conclusione di un affare, essendovi altresì riconducibili la creazione di un'infrastruttura virtuale in cui il rapporto di scambio abbia luogo e la fornitura di servizi più o meno essenziali, come il sistema di pagamento elettronico per la corresponsione del prezzo dovuto o appositi strumenti di comunicazione tra le parti.

esigenze di accesso alla rete tra la popolazione su scala globale, nonché l'impiego, di riflesso, dei relativi strumenti di connessione, oltre che una gradualmente crescente alfabetizzazione digitale, il pubblico che vi si rivolge per soddisfare i propri bisogni e interessi è sempre più ampio e le imprese che se ne avvalgono, inevitabilmente, aumentano.

Parallelamente, nascono e trovano consolidamento nuovi centri di interesse, principalmente di carattere economico e politico; si instaurano nuovi equilibri e nuove forme di potere, in particolare attraverso la raccolta e l'accumulo di dati; si pongono perciò nuove questioni, continui problemi e interrogativi rispetto ai quali il giurista è chiamato a fornire una, propria, chiave di lettura – ma anche, preferibilmente, delle risposte.

Il tema delle piattaforme digitali, della loro qualificazione giuridica e del loro ruolo quali soggetti economicamente – e non solo – forti nel mercato globalizzato e globale, è da tempo oggetto di particolare attenzione da parte degli interpreti⁷, oltre che dei legislatori a livello nazionale e sovranazionale⁸.

⁷ In particolare si vedano, G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2015, pp. 245 ss.; G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, *ivi*, 3, 2016, pp. 425 ss.; C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, pp. 3 ss.

⁸ Si pensi, in Italia, alla proposta di legge “Disciplina delle piattaforma digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione” (Atto Camera 3564) del 27 gennaio 2016, presentata nel corso della XVII Legislatura e non andata oltre la fase di esame in Commissione. Si trattava di una proposta particolarmente interessante, che intendeva valorizzare il ruolo dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle attività di regolazione e controllo delle piattaforme dell’economia collaborativa. Si noti come all’art. 2, rubricato “Definizioni”, si rinunciava del tutto ad inquadrare sotto il profilo giuridico cosa sia una piattaforma digitale, rilevando una più neutra definizione di “gestore” quale «soggetto privato o pubblico che gestisce la piattaforma digitale». Diversamente, il legislatore francese già da tempo è intervenuto per codificare la definizione di piattaforma digitale. A tal fine, la “LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique” ha modificato l’art. L111-7 Code de la consommation, ove viene attualmente previsto che «[e]st qualifiée d’opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur: 1° Le classement ou le référencement, au moyen d’algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne part des tiers; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d’un bien, de la fourniture d’un service ou de l’échange ou du partage d’un contenu, d’un bien ou d’un service». Tali soggetti sono così chiamati al rispetto di specifici obblighi per «une information loyale, claire et transparente» ai consumatori, in particolar modo quando, secondo un criterio oggettivo, viene superata la cifra soglia di cinque milioni di visitatori al mese (décret n° 2017-1435 du 29 septembre 2017). Lo stesso approccio diretto ad incidere sugli obblighi imposti alle piattaforme digitali si riscontra altresì negli orientamenti della Commissione europea, a partire dalla Comunicazione COM(2015) 192 def., “Strategia per il mercato unico digitale in Europa”, nonché nelle più recenti proposte di regolamento COM(2020) 825 def. (c.d. Digital Services Act) e COM(2020) 842 def. (c.d. Digital Markets Act). E, non da ultimo, nel regolamento (UE) 2019/1150

La presente indagine vuole pertanto costituire un contributo allo studio di questa realtà, di un fenomeno dall'indiscusso successo nel contemporaneo sistema sociale ed economico, ma del quale non sembra potersi dire che la comprensione sia del tutto compiuta, né la regolazione adeguata.

Inevitabilmente, l'argomento della ricerca si pone in una dimensione spaziale completamente aperta, di cui non rilevano limiti e confini geografici⁹, e rispetto alla cui osservazione non è adatto, ancorché rischioso, limitarsi a "strappare lungo i bordi". La relativa analisi è dunque condotta sotto la lente del diritto sia interno che di derivazione comunitaria, anche in ottica comparata, così mirando ad affrontare taluni problematici aspetti in tema di regolazione delle piattaforme digitali, che appaiono di particolare interesse e attualità.

Non può pertanto che avviarsi questa riflessione chiedendosi che cosa debba intendersi, in termini giuridici, per piattaforma digitale. Quale ne sia, in sostanza, la definizione da tenere a mente ai fini del discorso che ci si accinge a presentare.

1.1. Per una definizione funzionale di piattaforma digitale.

Ebbene, anticipando invero la posizione che verrà considerata preferibile, può già dirsi che non sembra utile ricercare ed individuare una nozione univoca, oltre che generalmente condivisa, di piattaforma digitale.

Astrattamente, si può procedere secondo una prospettiva più o meno ampia¹⁰.

Nel primo senso, la determinazione del *Bundeskartellamt*, per cui un'impresa attiva su Internet andrebbe qualificata come piattaforma quando fornisce servizi di

del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online* (c.d. Regolamento *Platform-to-Business* o P2B), su cui si soffermerà ampiamente *infra*.

⁹ Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2002, pp. 625 ss.; ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 85-86; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000; G. ALPA, *Postfazione*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2002, pp. 345 ss.; F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contratto e impresa*, 6, 2016, pp. 1344 ss.; E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 85 ss.

¹⁰ G. RESTA, *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, in *MediaLaws*, 1, 2018, pp. 232-233 e ID., *Digital Platforms under Italian Law*, in (a cura di) U. BLAUROCK, M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträge*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 97-99.

intermediazione che permettono la diretta interazione tra due o più gruppi distinti di utenti, connessi da effetti di rete indiretti¹¹; ma anche l’iniziale approccio della Commissione europea, per cui il termine andava riferito alle imprese operanti nei mercati a due o più versanti (c.d. *two or multi-sided markets*), che utilizzano la rete per far interagire tra loro due o più gruppi distinti ma interdipendenti di utenti creando valore per almeno uno di essi¹².

D’altra parte, un esempio di definizione più stringente si rinviene nel primo progetto di discussione di una direttiva sulle piattaforme di intermediazione *online*, alla cui categoria sarebbero stati ricondotti i soli servizi della società dell’informazione, accessibili in e per mezzo della rete, mediante i quali concludere contratti di fornitura di beni, servizi o contenuti digitali¹³.

¹¹ BKARTA, B6-113, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, giugno 2016, p. 8. Risulta peraltro ancora più ampia, sebbene con l’espressa consapevolezza che «*[t]his definition approach is intended to outline the subject matter of debate and is not sufficient for a legal definition*», la definizione indicata nel “White Paper on Digital Platforms – Digital regulatory policy for growth, innovation, competition and participation” (p. 21), redatto nel 2017 dal Ministero federale tedesco per gli affari economici e l’energia, per cui «*[d]igital platforms are internet-based forums for digital interaction and transaction*».

¹² Cfr. “Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy” (Commissione europea, 24 settembre 2015). Quali esempi tipici riportati nel documento della Commissione viene fatto riferimento ai motori di ricerca *online*, agli aggregatori di *feed*, agli *online marketplace*, alle piattaforme audiovisive e musicali, nonché a quelle di condivisione di video, ai sistemi di pagamento, ai *social network*, agli *app store* e alle piattaforme dell’economia collaborativa. Ne vengono invece espressamente esclusi gli *Internet access providers*, cioè tutti quegli operatori commerciali che, nell’ambito di un contratto di fornitura di servizi, forniscono l’accesso alla rete Internet per mezzo di apposite infrastrutture tecnologiche. Accesso chiaramente prodromico allo svolgimento di qualsivoglia attività da svolgere *online* (OCSE, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, 2010, p. 11). Proprio in considerazione dell’elencazione appena ricordata, rileva la posizione critica espressa nel report “Online Platforms and the Digital Single Market”, elaborato dal House of Lords Select Committee on European Union e pubblicato il 20 aprile 2016, ove si evidenzia (§ 60) come «*[t]he boundaries of the definition are [...] unclear. This is illustrated by the Commission’s own list, which excludes traditional platform businesses that now operate online, yet includes some digital platforms that are not multi-sided. Broadly interpreted, the proposed definition could encompass ‘all of the Internet’*». Il primo appunto sarebbe legato al fatto che tale definizione sembrerebbe diretta ad abbracciare le sole attività (già) nate digitali, così escludendo quei mercati a più versanti tradizionalmente operanti nel mondo reale, ma che hanno ormai iniziato ad imporsi con la propria presenza anche sulla rete. In particolare, le televisioni commerciali, i giornali e le riviste. Il secondo riferimento è invece diretto al caso specifico della piattaforma Netflix, inserita nell’elenco della Commissione quale esempio di piattaforma audiovisiva, che non rappresenterebbe, almeno allo stato, un mercato a più versanti, trattandosi piuttosto di un «*service provider, which commissions programmes or buys them wholesale to create a retail service*».

¹³ RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2016, pp. 164 ss. Di tale progetto si è peraltro fatto carico, nel settembre 2016, lo European Law Institute (ELI), che lo ha utilizzato quale base per l’elaborazione di alcuni principi che potessero essere di ispirazione per i legislatori sia a livello nazionale che europeo, oltre che per le piattaforme stesse in ottica di auto-regolamentazione (A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, *Online Platforms: How to Adapt Regulatory*

Optare in modo definitivo per l'una o per l'altra via rischia tuttavia di condurre ad una soluzione insoddisfacente: da un lato potrebbe infatti estendersi eccessivamente la varietà di servizi Internet da includervi, con il rischio di un intervento regolatorio eccessivamente diffuso e, per questo, inefficiente; dall'altro, una definizione non abbastanza aperta condurrebbe alla mancata considerazione di alcuni tipi piattaforme, che sarebbero esclusi da qualsiasi forma di regolazione¹⁴.

Una definizione univoca, che possa applicarsi ad ogni tipo di impresa *online*, a qualsiasi forma di intermediazione in rete, non sembra dunque, definitivamente, ravvisabile¹⁵. In questo stesso senso, peraltro, l'orientamento prescelto sia dalla Commissione¹⁶ che dal Parlamento europeo¹⁷, fondato proprio sull'idea che disporre di una nozione definitiva e giuridicamente vincolante di un concetto descritto come *flessibile* e inserito in un contesto, quello del mondo digitale, *che cambia velocemente*, non sarebbe affatto utile alla regolamentazione del fenomeno.

Piuttosto, si ritiene allora più opportuno procedere secondo un approccio funzionale, che guardi a *what platforms do*, al tipo di relazione economica cui danno forma e sostanza, e che non si basi su fattori o soluzioni immutabili. Che consideri il fenomeno nella sua eterogeneità e nella sua capacità di evolversi continuamente, nel solco dell'implementazione di nuovi strumenti tecnologici e relativi modelli di *business*¹⁸.

Framework to the Digital Age?, Briefing (PE 607.323), 2017, p. 5). Nel dettaglio, C. BUSCH, G. DANNEMANN, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The ELI Model Rules on Online Platforms*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, 2020, pp. 61 ss. Cfr. anche J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services Provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-Performance of these Services – A Double Challenge for European and National Contract Law*, *ivi*, 1, 2016, pp. 39 ss.

¹⁴ A. STROWEL, W. VERGOTE, *Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate?*, in B. DEVOLDER (a cura di), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 13.

¹⁵ F. BOSTOEN, *Online Platforms and Vertical Integration: The Return of Margin Squeeze?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 6, n. 3, 2018, pp. 355 ss.

¹⁶ Commission Staff Working Document SWD(2016) 172 fin. "Online Platforms", elaborato quale documento di accompagnamento alla Comunicazione COM(2016) 288 def. "Le piattaforme *online* e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa".

¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme *online* e il mercato unico digitale (2016/2276(INI)).

¹⁸ A. BERTOLINI, N.A. CHERCIU, F. EPISCOPO, *Liability of Online Platforms*, European Parliamentary Research Service, 2021, pp. 9-10. Più vicina a questo approccio sembra allora la definizione proposta nel rapporto del giugno 2015 "Ambition numérique: pour une politique française et européenne de la transition numérique" (p. 57), presentato al Governo francese dal Conseil National du Numérique (CNNum), per cui per piattaforma dovrebbe intendersi «un service occupant une fonction d'intermédiaire dans l'accès aux informations, contenus, services ou bien, le plus souvent

In questo senso, il termine piattaforma digitale verrebbe innanzitutto in gioco per indicare innanzitutto quelle infrastrutture digitali triangolari che permettono l'interazione tra soggetti diversi, e dunque ogni «*software-based facility providing two- or multi-sided markets where providers and users of content, goods and services can meet*»¹⁹. Ma anche quel soggetto di diritto che tale strumento controlla e governa, nonché, ancora, il modello economico che su tali infrastrutture *online* trova la sua realizzazione²⁰.

Una considerazione di ampia portata, questa, comprensiva tanto dell'impresa di cui la piattaforma è espressione (in)tangibile; quanto dello strumento virtuale in sé, messo a disposizione del pubblico in funzione di *matchmaker* tra domanda e offerta di contenuti digitali, beni o servizi²¹.

édités ou fournis par des tiers» e che «organise et hiérarchise ces contenus en vue de leur présentation et leur mise en relation aux utilisateurs finaux». Peraltro, è proprio con riferimento alla funzione primaria svolta dalle piattaforme che si è soliti distinguere, anche con l'intenzione di proporre una loro classificazione, tra le piattaforme della transazione e le piattaforme dell'innovazione. Le prime si occupano di facilitare gli scambi di beni e servizi oppure altre forme di interazione, come la creazione e la condivisione di informazioni e contenuti. In queste categorie rientrerebbero invero piattaforme attive in settori totalmente diversi tra loro: Twitter, Airbnb, Uber, Amazon Marketplace. Ma tutte caratterizzate dal ruolo di intermediazione per favorire l'incontro tra domanda e offerta (tra compratori e acquirenti, fornitori e utenti di servizi, creatori di contenuti digitali e visualizzatori) e dall'acquisizione di valore per mezzo della pubblicità o del pagamento di commissioni per le transazioni effettuate. Le seconde, invece, fungono da sistema sul quale sviluppare prodotti e servizi nuovi e complementari alle piattaforme stessa. Gli sviluppatori di tali innovazioni rappresentano pertanto, in questo caso, un lato necessario degli utilizzatori di tali piattaforme. Rientrano in tale categoria i sistemi operativi di computer e *smartphone* come Microsoft Windows, Google Android o Apple iOS, o i servizi di *cloud computing* per l'archiviazione, l'elaborazione o la trasmissione di dati. Tra le due categorie, la possibilità di una terza, ibrida, che combina le rispettive caratteristiche, come nel caso di Google, Amazon, Apple o Facebook (M.A. CUSUMANO, A. GAWER, D.B. YOFFIE, *The Business of Platforms: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power*, Harper Business, New York, 2019, *passim*).

¹⁹ E.I. OBERGFELL, A. THAMER, *(Non-)Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts: Context and Overview of the State of Play*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, n. 5, 2017, p. 436, per cui secondo questa ricostruzione vi verrebbero incluse diverse attività, quali le piattaforme pubblicitarie *online*, le piattaforme di vendita al dettaglio, i motori di ricerca, le piattaforme *social*, i punti vendita di contenuti creative, le piattaforme di distribuzione di applicazioni, i servizi di comunicazione, i sistemi di pagamento e le piattaforme per l'economia collaborativa. Una visione simile sembra riscontrabile in Q. CORDIER, *L'économie de plateforme: description d'un phénomène d'intermédiation*, in J. CLESSE, F. KÉFER (a cura di), *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, Anthemis, Liegi, 2019, p. 10, per cui «*le développement des plateformes désigne un phénomène d'intermédiation où une plateforme numérique accessible en ligne – soit via un navigateur internet, soit via une application (smartphone, tablette, etc.) – permet à des utilisateurs d'interagir entre eux*».

²⁰ A. BERTOLINI, N.A. CHERCIU, F. EPISCOPO, *cit.*, p. 9.

²¹ O. LOBEL, *cit.*, p. 100, rende chiaro come «*[t]hese companies are not selling the thing itself: the service, the product, the content. Rather, they are selling access to the software, the matching algorithms, and a digital system of reputation and trust between their users*».

1.2. Elementi comuni economicamente rilevanti.

Nella natura poliedrica propria delle piattaforme digitali, indipendentemente dal settore di mercato in cui si collocano, è possibile distinguere taluni connotati peculiari, ma comuni, generalmente propri di tali attori del mercato. Caratteristiche che, in sostanza, attengono al loro funzionamento e al loro modo di concepire le relazioni di scambio, di incidere sul mercato e di creare valore. E che, chiaramente, si comprendono in considerazione dell'utilizzo di software e di tecnologie c.d. dell'informazione e della comunicazione con cui trova compimento l'attività di relazione e intermediazione con e tra i diversi gruppi di utilizzatori coinvolti²².

Necessario, dunque, passare in rassegna ciascuno di tali aspetti.

Innanzitutto, la loro capacità di ridurre i c.d. costi di transazione, tipici di un'economia di scambio, individuabili nei costi di ricerca e di acquisizione delle

²² Cfr. E. MURATI, *What Are Digital Platform? An Overview of Definitions, Typologies, Economics, and Legal Challenges Arising from the Platform Economy in EU*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1, 2021, pp. 3 ss. Volendo rintracciare i principali attori di queste relazioni, innanzitutto, le piattaforme digitali, che svolgono prevalentemente una funzione di intermediazione, offrendo lo spazio digitale ove si rende possibile l'incontro tra domanda e offerta e la realizzazione di scambi suscettibili di una valutazione economica. In ciò potendo invero assumere un ruolo particolarmente attivo, ingerente sulle attività e sui contenuti ivi presenti, ovvero non tenere alcun comportamento diretto alla gestione, all'organizzazione o al controllo di tali interazioni e fungere da mero luogo virtuale. Si pensi, nel primo caso, a Uber, considerato un chiaro esempio di c.d. *market maker*, in quanto esercita un'influenza determinante sulle condizioni di prestazione dei servizi da parte dei suoi conducenti, in particolare sul prezzo massimo della corsa, sulla modalità di pagamento dei conducenti, nonché sul loro comportamento e sulla qualità dei veicoli (CGUE, Grande Sezione, sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c Uber Systems Spain SL*, ECLI:EU:C:2017:981, punto 39). E ciò, nonostante nelle proprie condizioni generali di contratto la piattaforma stessa si descrivesse come un semplice intermediario (C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *cit.*, p. 5); nel secondo, alla piattaforma di *car-pooling* BlaBlaCar, che si limita a mettere in contatto potenziali conducenti e passeggeri diretti verso la stessa destinazione. Questa suddivisione non sembra in ogni caso totalmente netta, non essendo evidentemente impossibile che una piattaforma scelga all'occorrenza di cambiare le proprie condizioni in un senso o nell'altro, anche in reazione a fattori del tutto esterni al suo funzionamento (M. INGLESE, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, Cham, 2019, p. 12). Sui diversi modelli di *business* adottati dalle piattaforme, specie sul riferimento all'*agency model*, al *wholesale model* e al *merchant*, si rinvia a M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *cit.*, pp. 45 ss. Vi sono poi, naturalmente, gli utilizzatori della piattaforma, gli utenti, che possono essere soggetti pubblici o privati, professionisti e consumatori, e che danno luogo a diversi tipi di interazione, in via generale: *Business-to-Consumer* (B2C); *Business-to-Business* (B2B); *Peer-to-Peer* (C2C); *Platform-to-Consumer* (P2C); *Platform-to-Business* (P2B); *Business-to-Government* (B2G); *Consumer-to-Government* (C2G). Nonché gli inserzionisti, che usufruiscono dietro corrispettivo delle piattaforme digitali per reperire ed elaborare i dati riferiti ai loro utenti, al fine di carpirne le preferenze commerciali, crearne dei profili virtuali tramite appositi algoritmi e proporre loro pubblicità mirate per il soddisfacimento e la progressiva alimentazione delle relative esigenze – più o meno consapevoli – di consumo (A. BERTOLINI, N.A. CHERCIU, F. EPISCOPO, *cit.*, p. 19).

informazioni relative tanto al soggetto contraente – incluse quelle sulle preferenze e sulle abitudini di consumo dell’acquirente – quanto all’oggetto dello scambio; nei costi di negoziazione, riferiti alle trattative necessarie per la definizione e la conformazione dell’accordo; nei costi legati al controllo della corretta esecuzione del contratto e all’adempimento della prestazione che ne è oggetto²³. La piattaforma è così funzionale alla riduzione di tali costi in quanto l’intero processo, dalla fase di ricerca alla fase successiva all’adempimento, durante la quale avviene comunemente la valutazione della prestazione, si svolge su e per mezzo di essa. Il vantaggio per le parti che ne usufruiscono è evidente: in mancanza della piattaforma, potrebbero anche non incontrarsi mai²⁴.

La diminuzione dei costi genera inoltre delle economie di scala, per cui maggiore è il vantaggio così conseguibile, maggiore è l’attrattività della piattaforma per il pubblico, e dunque il numero di utenti che vorranno profittarne. E l’aumento degli utilizzatori permette a sua volta l’abbassamento dei costi medi per l’impresa.

Si tratta di un fenomeno ampiamente noto, che non rappresenta una novità della digitalizzazione del mercato: nei più diversi settori produttivi e contesti industriali il costo per unità diminuisce all’aumentare della produzione. Tuttavia, nell’economia delle piattaforme questo effetto risulta ancora più marcatamente evidente in quanto l’utilizzo delle tecnologie digitali e la pervasiva connettività che ne caratterizzano il funzionamento creano valore con costi marginali estremamente

²³ Cfr. R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in 3 *Journal of Law and Economics* 1, 1960, p. 15. O. LOBEL, *cit.*, p. 112, spiega come la riduzione dei costi di transazione avvenga specialmente, a favore dei consumatori, attraverso l’offerta di valutazioni, di recensioni e, più in generale, di informazioni idonee a ridurre l’ambito di incertezza che caratterizza i rapporti asimmetrici in cui il soggetto acquirente non ha conoscenza effettiva di ciò che acquista finché non ne ha disponibilità. Soltanto, dunque a transazione avvenuta. In questo modo si intende (e riesce a) rafforzare la fiducia dei consumatori. Al contempo, si assiste alla riduzione dei costi di controllo, in quanto il timore di ricevere punteggi bassi da parte di chi acquista ingenera dall’altro lato un meccanismo di attenzione *ex ante* a rispettare, sempre, tutti i termini dell’accordo. Ciò avviene peraltro in modo ancora più equilibrato nelle piattaforme dell’economia collaborativa in quanto i gruppi di utenti contrapposti si valutano reciprocamente. Dell’importanza di valutazioni e recensioni nel contesto dell’economia digitale si avrà modo di approfondire nel prossimo capitolo.

²⁴ Cfr. P. BUCCIROSSI, *Background note*, in OCSE, *Vertical Restraints for On-line Sales*, Policy Roundtables, 2013, pp. 17-18; E. LIEBER, C. SYVERSON, *Online versus Offline Competition*, in M. PEITZ, J. WALDFOGEL (a cura di), *The Oxford Handbook of the Digital Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 189 ss.; C. CAMBINI, N. MECCHERI, V. SILVESTRI, *Competition, efficiency and market structure in online digital markets. An Overview and Policy Implications*, in *European Review of Industrial Economics and Policy*, 2, 2011.

ridotti, se non addirittura pari o prossimi allo zero²⁵. Si comprende così perché, una volta fissato il costo della produzione, le imprese digitali sono in grado di crescere velocemente diffondendo le loro attività tra nuovi utilizzatori mentre sopportano un costo minimo²⁶.

Diversamente dalle economie di scala, le economie di scopo che si realizzano (anche) nel mercato digitale comportano la diminuzione del costo medio a fronte della differenziazione dei servizi e dei prodotti offerti. Un'attività, questa, particolarmente favorita dal contesto *data driven* in cui si realizza, poiché profitta dell'occasione di accumulare e trattare ingenti quantità di dati, della più diversa natura, riconducibili a diverse categorie di utenti. E le informazioni in tal modo acquisite divengono il logico espediente con cui ottimizzare e personalizzare il servizio e l'esperienza dei propri utenti; ma anche incrementare o adattare la propria offerta sulla base della domanda; oltre che rafforzare, e magari consolidare, la propria posizione di mercato²⁷. I vantaggi in termini di spesa sono peraltro tanto più significativi quanto più ci si avvalga, a livello di *governance* della piattaforma, di sistemi di intelligenza artificiale, in particolare di *machine learning*, il cui funzionamento dipende proprio dall'immissione e dall'elaborazione continua e progressiva di dati²⁸.

Evidentemente, l'implementazione di tali tecnologie richiede investimenti che non sono nella disponibilità di chiunque. In questo senso, a loro volta, le economie di scopo spiegano dunque il motivo per cui soltanto un numero

²⁵ A. GAWER, N. SRNICEK, *Online Platforms: Economic and Societal Effects*, European Parliamentary Research Service, 2021, p. 12.

²⁶ G. PARKER, G. PETROPOULOS, M. VAN ALSTYNE, *Digital Platforms and Antitrust*, Bruegel Working Paper, n. 6, 2020, p. 6.

²⁷ Si pensi per esempio ad Amazon, che da *online marketplace* ha fatto il proprio ingresso nei mercati fisici, con l'acquisizione della società alimentare Whole Foods Market, e nella produzione di film e serie TV come Amazon Prime Video. O a Google, da mero fornitore del sistema operativo Android a produttore di *smartphone*. O, ancora, a Facebook, che ha esteso la propria attività di impresa, inizialmente incentrata sul solo ruolo di *social network*, verso i servizi finanziari e le criptovalute o il più recente interesse per il c.d. metaverso. In considerazione del ruolo rivestito dai dati e dal loro utilizzo nello svolgimento delle attività di qualsiasi piattaforma digitale, si tende a distinguere tra: *data-enabled online platforms*, la cui stessa esistenza è inscindibilmente connessa alla possibilità di accedere a significative quantità di dati da analizzare e processare (in particolare, i *social network*); e *data-enhanced online platforms*, che sfruttano i dati che hanno a disposizione per perfezionare o incrementare le loro attività e i loro prodotti, oltre che per ragioni di efficienza. Ad esempio, per comunicare con i propri utenti, per motivi di sicurezza nella navigazione in rete o per sviluppare nuovi servizi (A. BERTOLINI, N.A. CHERCIU, F. EPISCOPO, *cit.*, p. 20).

²⁸ G. PARKER, G. PETROPOULOS, M. VAN ALSTYNE, *cit.*, p. 6.

relativamente contenuto di piattaforme arriva a detenere un enorme potere di mercato²⁹.

Un ulteriore elemento caratterizzante il modello di *business* delle piattaforme digitali si individua nella produzione di esternalità³⁰, in quanto il valore che ciascun utente ottiene dal loro utilizzo – e dunque il valore del servizio da esse offerto – cresce se, al contempo, aumenta anche il numero complessivo degli utenti che fanno la stessa scelta.

Due le relative modalità. All'interno di un gruppo di utenti autonomamente considerato, la piattaforma risulta sempre più attrattiva man mano che i partecipanti di quello stesso gruppo aumentano: è il caso dei c.d. effetti di rete diretti, tipici del funzionamento dei *social network* (Facebook o LinkedIn) e dei servizi di comunicazione telematica (Whatsapp o Skype). Tra i diversi gruppi di utenti messi in contatto dalla e sulla piattaforma, invece, gli utenti di un gruppo beneficiano dell'utilizzo della piattaforma al crescere del numero di utenti appartenenti ad un altro gruppo: è il caso dei c.d. effetti di rete indiretti, generalmente ravvisabili nelle relazioni tra gli inserzionisti e i consumatori, e si pensi dunque alle piattaforme di intermediazione e facilitazione delle transazioni (Amazon Marketplace o Booking) ovvero a quelle il cui modello di fatturato si fonda sull'inserimento della pubblicità (Youtube)³¹.

Rispetto a questi ultimi effetti, in particolare, la dottrina economica distingue due tipologie di esternalità indirette: le *usage externalities*, per cui due o più gruppi di utenti interagiscono tra loro e traggono reciproca convenienza nel momento di utilizzo della piattaforma: maggiore è il numero di utilizzatori, maggiore è l'utilità che vi si può conseguire; le *membership externalities*, che si realizzano per la sola e semplice adesione alla piattaforma, per cui i benefici per gli agenti economici che vi partecipano crescono all'aumento del numero di utenti di un gruppo opposto al

²⁹ A. GAWER, N. SRNICEK, *cit.*, p. 12.

³⁰ B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Competing Cybermediaries*, in *European Economic Review*, vol. 45, nn. 4-6, 2001, p. 798, evidenziano proprio come l'attività di intermediazione sia per sua stessa natura fonte di esternalità di rete. Necessario il tradizionale rimando al lavoro di M.L. KATZ, C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *The American Economic Review*, vol. 75, n. 3, 1985, pp. 424 ss.

³¹ P. NOOREN, N. VAN GORP, N. VAN EIJK, R. Ó FATHAIGH, *Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options*, in *Policy and Internet*, vol. 10, n. 3, 2018, p. 270.

proprio³². In entrambe, evidentemente, presupposto essenziale è in ogni caso la presenza di (almeno) due gruppi distinti di utenti che interagiscono tra loro tramite la piattaforma³³.

In questo senso, è pertanto possibile introdurre la nozione di mercati a due o più (multi) versanti³⁴.

Tale modello di mercato si instaura, come detto, in presenza di esternalità indirette tra diversi gruppi di utilizzatori, tra loro interdipendenti, e si caratterizza inoltre per la non neutralità della struttura di prezzo³⁵. Ciò significa che se da un

³² Su tutti, J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, in *The RAND Journal of Economics*, vol. 35, n. 3, 2006, pp. 645 ss.

³³ D.S. EVANS, R. SCHMALENSSEE, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, in *Competition Policy International*, vol. 3, n. 1, 2007, p. 152. Gli Autori evidenziano efficacemente come «*the core business of the two-sided platform is to provide a common (real or virtual) meeting place and to facilitate interactions between members of the two distinct customer groups*».

³⁴ Una terminologia, questa, che trova la sua origine nella letteratura economica e che è ormai diffusamente utilizzata anche dalla dottrina giuridica, specie in materia antitrust. Innanzitutto, anche in questo caso, doveroso è il richiamo a J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n. 4, 2003, pp. 990 ss., nonché a D.S. EVANS, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, n. 2, 2003, pp. 325 ss. E ancora, a B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, in *The RAND Journal of Economics*, vol. 34, n. 2, 2003, pp. 309 ss.; M. ARMSTRONG, *Competition in Two-Sided Markets*, in *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, n. 3, 2006, pp. 688 ss.; L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME, *Identifying Two-Sided Markets*, in *World Competition*, vol. 36, n. 1, 2013, pp. 33 ss. Il concetto economico dei mercati a più versanti è peraltro entrato a far parte del linguaggio normativo, potendosi trovare siffatto riferimento nella Sezione 18(3a) del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), la legge tedesca in materia di concorrenza, riformata nel 2017. La disposizione prevede infatti che «*in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of: 1. direct and indirect network effects, 2. the parallel use of several services and the switching costs for users, 3. the undertaking's economies of scale arising in connection with network effects, 4. the undertaking's access to data relevant for competition, 5. competitive pressure driven by innovation*». Ritiene invece preferibile il termine *two-sided strategies*, in considerazione del ruolo decisionale dell'intermediario nella determinazione delle modalità di fissazione del prezzo di un certo prodotto, M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 23, n. 3, 2009, p. 126, il quale riporta l'esempio di Amazon, che per alcuni prodotti segue un modello di mercato c.d. *one-sided* in quanto li acquista a un certo prezzo e li rivende a un altro prezzo che stabilisce da sé; mentre per altri funge da mero portale web per vendite in cui il prezzo è fissato direttamente dal produttore. È infine il caso di evidenziare che si tratta di una terminologia non limitata al contesto digitale, essendo riconducibile anche a quei soggetti che fungono da piattaforme *offline*: tipicamente la televisione o i giornali cartacei, che permettono di creare un contatto, pur anche caratterizzato dalla sussistenza di limiti fisici e geografici insuperabili, tra diversi gruppi di utenti interessati al compimento di transazioni reciprocamente vantaggiose. Per esempio, più alto è il numero di telespettatori o lettori, maggiore sarà la disponibilità a pagare da parte degli inserzionisti, con il conseguente incremento dei ricavi della piattaforma, anche se non digitale (Commission Staff Working Document SWD(2016) 172 fin. "Online Platforms", p. 1).

³⁵ OCSE, *Two-Sided Markets*, Policy Roundtables, 2009, p. 29. Quest'ultimo elemento in particolare concerne la modalità di distribuzione dei prezzi tra i diversi versanti (di utenti) e si riferisce alla possibilità che la piattaforma influenzi il volume complessivo delle transazioni che vi avvengono

lato l'impresa piattaforma è impegnata ad offrire e fornire servizi *ad hoc* ai diversi gruppi di agenti economici coinvolti, dall'altro la loro domanda si distingue per essere reciprocamente, continuamente, condizionata. Si generano così degli effetti di rete indiretti, in questa circostanza internalizzati dalla piattaforma quale luogo e strumento di incontro tra domanda e offerta³⁶. Ma che comunque conducono al c.d. *chicken and egg problem*, tipico dei contesti di intermediazione: per esempio, un intermediario riesce più facilmente ad attrarre nuovi compratori se propone una larga base di venditori, tuttavia, a loro volta, questi ultimi si rivolgono allo stesso intermediario soltanto quando ritengono di poter incontrare in questo modo un numero significativo di potenziali di compratori³⁷. Così, l'intermediario si trova generalmente nella situazione di dover adottare delle particolari strategie di prezzo e di prodotto necessarie a trovare un adeguato equilibrio tra i propri interessi e quelli, contrapposti, dei due (o più) versanti.

Ad esempio, una piattaforma di intermediazione tra consumatori e fornitori a monte, tra i quali albergatori, ristoratori o compagnie aeree, può considerare di richiedere a questi ultimi il pagamento di una *membership fee*, così da abilitarne la presenza sulla piattaforma, oppure di una *usage fee*, da pagare al momento di ogni prenotazione di un prodotto o servizio da parte del consumatore, che, di contro, sostiene invece un costo minimo se non nullo. In questo rapporto di interazione, si realizza peraltro sia una esternalità di appartenenza, in quanto il valore dell'interno sistema per i consumatori è direttamente proporzionale alla varietà di fornitori a cui esso dà accesso; sia una esternalità di utilizzo, poiché la piattaforma è funzionale proprio ad individuare ed attuare una preferenza di consumo³⁸.

Ancora presentando le principali caratteristiche delle piattaforme digitali, si ricorda la loro capacità di creare e dare forma a nuovi mercati, con una portata dirompente su quelli tradizionali³⁹, rispetto ai quali si generano inevitabilmente

imponendo il pagamento di un certo prezzo a un versante per poter ridurre nella stessa entità quello pagato da un altro. Cfr. J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, cit., pp. 645 ss., che evidenziano come, in questo modo, una piattaforma riesca ad avere successo in fase di accreditamento nei confronti di entrambi i gruppi di agenti economici coinvolti.

³⁶ M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, cit., p. 50.

³⁷ B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Chicken and Egg*, cit., pp. 309-310.

³⁸ M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, cit., pp. 51-52.

³⁹ Sul punto, C. TWIGG-FLESNER, *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 21 ss.

delle situazioni di concorrenza. In particolare, sotto due punti di vista: per un verso, in considerazione dell'incidenza che la loro affermazione sul mercato può avere sulle forme di produzione e di organizzazione del lavoro all'interno delle imprese del mondo reale, e cioè *offline*; per l'altro, in quanto impongono al sistema di diritto positivo di far fronte alla loro presenza, tutt'altro che passeggera e, anzi, talvolta piuttosto ingombrante, e magari di intervenire in funzione regolatoria del loro ruolo e delle loro attività, tuttavia ponendosi il dilemma del *trade off* tra la difesa dei modelli di *business* esistenti e l'interesse all'innovazione nella misura in cui sostenere lo sviluppo di nuovi modelli potrebbe rivelarsi una scelta capace di generare benefici per l'intera collettività⁴⁰.

E tale valutazione risulta tanto più importante se si considera, in chiusura di questa rassegna, l'aspetto probabilmente di maggiore rilevanza sotto un profilo strettamente giuridico, ovvero che gran parte delle piattaforme digitali agiscono come regolatori privati del loro spazio virtuale⁴¹. Esse tendono cioè a determinare le regole per l'interazione degli utenti, e in quest'ambito i comportamenti da incoraggiare o meno, come anche i relativi strumenti di controllo e, nel caso, di sanzione. Si pensi poi alle previsioni sull'accesso alla piattaforma e a quelle sull'esclusione dalla stessa; sulle modalità di offerta di prodotti o servizi da parte degli utenti-venditori; sul funzionamento degli strumenti di valutazione degli utenti; sull'accesso ai dati generati e conservati sulla piattaforma; sull'imposizione di prezzi o sul controllo della loro determinazione, come nel caso delle clausole c.d. Most Favoured Nation (MFN).

Si tratta, complessivamente, di disposizioni di *platform governance*⁴². Le quali, quando dipendono esclusivamente dalla volontà e dal controllo delle piattaforme, in assenza di qualsiasi forma di regolazione da parte di un ordinamento

⁴⁰ B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, Institute for Prospective Technological Studies, Digital Economy Working Paper, JRC101501, 5, 2016, p. 3.

⁴¹ G. SMORTO, *cit.*, pp. 261-262.

⁴² A. GAWER, N. SRNICEK, *cit.*, p. 16. Gli Autori fanno notare come questo comportamento delle piattaforme abbia una portata che va ben oltre lo svolgimento di un'attività di impresa, in quanto si tratta di *business* che, per il numero di utenti che raccolgono, per le modalità di fissazione delle regole e per le cifre che gestiscono, sembrano (e si comportano come) dei veri e propri Stati nazionali, evidentemente mancanti, proprio in quanto imprese private, di un processo democratico. Sotto questo profilo, le notizie di attualità, soprattutto politica, e gli spunti di riflessione per il giurista sono all'ordine del giorno. Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2009.

giuridico, tendono a realizzare l'abuso di questo loro potere, l'imposizione delle loro condizioni e la distorsione dei rapporti concorrenziali, generando così situazioni di inefficienza del mercato⁴³.

Ebbene, in questo contesto, il già citato regolamento P2B costituisce proprio la prima forma di intervento organico, ad opera del legislatore europeo, per la tutela di quel gruppo di utenti delle piattaforme digitali composto dai venditori di beni e servizi, inquadrati nella definizione di utenti commerciali (art. 2, n. 1), reg. P2B).

Senza anticipare quanto verrà più approfonditamente descritto nella Sezione II di questo primo capitolo, basti dunque determinare l'oggetto del presente studio proprio nell'ambito di questo specifico rapporto (tra imprese) tipico dell'economia delle piattaforme. Per quanto possibile, si tenderà dunque ad evitare di concentrarsi sul modo in cui le attività di autoregolamentazione delle piattaforme incidono sulla figura del consumatore, privilegiando il punto di vista dell'utente commerciale nella relazione contrattuale con le piattaforme, generalmente caratterizzata da un enorme squilibrio, da un'asimmetria rispetto alla quale si sente la necessità di un approccio, di studio come di regolazione, adeguato alle sfide che la *digital revolution* richiede di affrontare.

2. Il contratto con la piattaforma come contratto d'impresa: le origini di una questione.

Il contesto così presentato richiede a questo punto di essere rapportato a talune considerazioni proprie della riflessione civilistica anche più risalente. Ciò in quanto i rapporti a cui si guarda, in cui emerge la nuova figura della piattaforma digitale nella qualità di parte, si basano, essenzialmente, sul contratto.

Il contratto costituisce infatti lo strumento attraverso il quale le imprese che intervengono nelle dinamiche di mercato che in questa sede interessano, ovvero la piattaforma digitale, da un lato, e ciascuna impresa che su di essa intende proporsi

⁴³ In particolare, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in ID., G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 3 ss. In questo senso, G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2, 2019, pp. 200-201.

nell'offerta di beni e servizi ai consumatori, dall'altro, si vincolano e relazionano tra loro.

È dunque, questo, un contratto tra imprese⁴⁴, le cui parti sono necessariamente imprese, che lo concludono ed eseguono nell'esercizio della loro attività e nell'ambito della loro autonomia⁴⁵. Un contratto riconducibile a quella categoria, per alcuni non esclusivamente descrittiva, generalmente nota come dei “contratti d'impresa”, dalla cui analisi si intende pertanto avviare questo studio, ripercorrendo innanzitutto i passaggi fondamentali di un dibattito tutt'altro che recente⁴⁶.

⁴⁴ F. DI MARZIO, *I contratti tra imprese*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2009, p. 77, li descrive come quei contratti in cui «l'attività contrattuale è funzionale all'attività imprenditoriale di tutti i partecipanti. Tali contratti sono qualificativi dal punto di vista di tutti gli autori. Si discorre, pertanto, anche di ‘contratti bilaterali d'impresa’».

⁴⁵ Per la distinzione dalla generale autonomia negoziale di una diversa autonomia, l'autonomia espressamente d'impresa, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 266 ss.

⁴⁶ La proposta di costruire una categoria di contratti d'impresa è di A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1954. Cfr. anche C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 183 ss.; G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1995, pp. 629 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 33 ss. Sotto il profilo terminologico, G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2004, p. 841, si pone nel senso che «[c]onsiderando i contratti che sono strumento di attività imprenditoriale, i contratti che nascono e operano sul mercato, la dizione «contratti d'impresa» è verosimilmente da preferire ad altre che pure sono state proposte come quelle contratti «commerciali», contratti «aziendali», contratti «dei consumatori»; dizioni che indicano più tipi di contratti d'impresa, non i contratti d'impresa». Inoltre, spiegava efficacemente già V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1995, pp. 10 ss., come la locuzione «contratti d'impresa» abbia sostituito nel linguaggio corrente il ben più risalente riferimento ai «contratti commerciali», discendente da quella terminologia propria del codice di commercio del 1882, superata a seguito dell'entrata in vigore del codice civile del 1942 che ha unificato i codici ed eliminato qualsiasi distinzione tra i contratti civili e i contratti commerciali. Sino a quel momento, infatti, il diritto contrattuale appariva scisso nella sua essenza, venendo attribuito a ciascuna codificazione, rispettivamente, il compito di regolamentare gli scambi civili e gli scambi commerciali. L'unificazione del diritto privato ha comportato una sovrapposizione tra le due discipline tale da riuscire ad innescare «un processo di progressivo assorbimento concettuale del “contratto commerciale” nel “contratto civile commercializzato” e infine nel “contratto” genericamente inteso» (F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, III, Utet, Torino, 2007, pp. 313 ss. e ID. *I contratti d'impresa. Profili generali*, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2007, pp. 1 ss.). Su quella che viene in questo senso descritta come la “commercializzazione del diritto privato”, si veda G. LEVI, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Giuffrè, Milano, 1996; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa, cit.*, pp. 75 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2015, pp. 1 ss. Nei termini di una, contrapposta, “civilizzazione del diritto commerciale”, A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Cedam, Padova, 2009, pp. 154 ss. Quanto ad una loro possibile definizione, A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1998, p. 1, li intende come «contratti caratterizzati non solo dalla partecipazione ad essi dell'imprenditore, ma anche (e più

Tradizionalmente, quanto alla configurabilità di una vera e propria categoria giuridica dei contratti d'impresa, la dottrina maggioritaria tende invero a non riconoscere che ne sussistano i presupposti⁴⁷.

Postularne l'esistenza, si sostiene, implicherebbe infatti ammettere che sussista un insieme di modelli negoziali per i quali l'essere a vario titolo riferiti all'attività di un'impresa costituisce una notazione dal carattere così individualizzante da giustificare una considerazione unitaria all'interno di una vera e propria categoria dogmatica⁴⁸. La quale sarebbe eventualmente caratterizzata

restrittivamente) dal fatto che attraverso essi si esplica e si realizza la specifica e oggettivamente qualificante attività d'impresa»; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore*, cit., p. 18, ritiene che in tale formula vadano inclusi «tutti i rapporti contrattuali [...] attraverso i quali l'impresa agisce sul mercato, incidendo in maniera più o meno intensa nella sfera giuridica di terzi»; F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, pp. 313 ss., convinto della necessità di distinguerli dai contratti *dell'impresa*, ovvero da quei contratti posti in essere dall'imprenditore nell'ambito della specifica realtà organizzata che l'impresa rappresenta (dalla costituzione e organizzazione dell'impresa alla esplicazione e al coordinamento dell'attività d'impresa, e fino ai contratti sulla crisi d'impresa), precisa ulteriormente come nei contratti *d'impresa* «i termini del rapporto tra atto e attività [dell'impresa] si precisano peculiarmente; [rispettivamente], “contratto” e “impresa” si legano infatti in *nesso funzionale*». In questo senso, G. AULETTA, *Contratto e mercato*, in ID., *Scritti giuridici*, VIII, Giuffrè, Milano, 2001, p. 227, precisava che l'autonomia contrattuale «crea il mercato e a sua volta è assicurata dall'esistenza del mercato, secondo uno sviluppo circolare, in cui il contratto rappresenta il meccanismo funzionale alla circolazione del diritto e allo svolgimento dell'impresa»; F. DI MARZIO, *I contratti tra imprese*, cit., pp. 78-79, descrive contratto e impresa come «realtà giuridiche intensamente connesse e molto spesso inscindibili nel diritto contemporaneo delle società di mercato. Infatti, sia il contratto che l'impresa contribuiscono a dare sostanza al concetto stesso di ‘mercato’». Cfr. anche G. FAUCEGLIA, *L'integrazione dei contratti di impresa: profili generali ed introduttivi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2017, pp. 55 ss. Si vuole infine evidenziare come, nella considerazione del rapporto tra contratto e impresa, G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999, pp. 806-807, con la dichiarata intenzione di «riaffermare l'ordine di valori del diritto dei privati», abbia insistito sulla necessità di garantire la posizione di centralità della persona, e non dell'impresa, «alla radice e alla fine dell'ordinamento privato». In questo senso, argomenta, il contratto ne rappresenta un valore primario, «espressione significativa dell'autonomia [privata] riconosciuta nell'area patrimoniale [della persona] dall'ordine giuridico», nonché «situazione giuridica soggettiva istituzionale, costituzionalmente protetta (art. 41 cost.; ma anche artt. 2, 3)».

⁴⁷ In particolare, B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, II, Cedam, Padova, 1978, pp. 309 ss.; F. GALGANO, *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Zanichelli, Bologna, 1980, p. 1; D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori e contratti d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1995, pp. 657 ss.; M. BESSONE, *Gli standards dei contratti d'impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giurisprudenza di merito*, IV, 1984, pp. 982 ss.; A. DI AMATO, *Impresa e nuovi contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.

⁴⁸ A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2005, pp. 1 ss. e ID., *Introduzione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3 ss.

da uno specifico e necessario elemento, ovvero la qualificazione soggettiva di imprenditore di almeno una delle parti del contratto⁴⁹.

Tale considerazione non sembra in effetti possibile già guardando al dato positivo.

Nel codice civile è infatti possibile individuare alcune disposizioni che, a seguito dell'unificazione della disciplina contrattuale, spiccano per riferirsi direttamente all'impresa o all'imprenditore e sono conseguentemente poste al centro delle argomentazioni da parte di chi, in considerazione della loro previsione, intende sostenere l'esistenza di un'apposita categoria⁵⁰.

In tal senso, si guarda innanzitutto all'art. 1330 c.c., che, per l'eventualità della morte o della sopravvenuta incapacità⁵¹ dell'imprenditore prima della conclusione di un contratto, dispone la sopravvivenza della proposta e dell'accettazione espresse nell'esercizio della sua impresa. Una situazione, questa, in cui emerge nitidamente la distinzione, all'interno del fenomeno unitario e globale dell'impresa, tra l'imprenditore e l'attività d'impresa, per cui la posizione contrattuale non viene intaccata dalle vicende soggettive di chi la ricopre, rimanendo ferma perché possa poi subentrarvi il successore dell'imprenditore

⁴⁹ Difatti, si considerano contratti d'impresa tanto quelli con i consumatori (unilateralmente commerciali) quanto quelli con un'altra impresa (bilateralmente commerciali), la cui disciplina segue in entrambi i casi logiche di regolazione del mercato, ma secondo schemi differenti (P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2006, p. 426). L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 16-17, evidenzia come nell'esercizio dell'attività d'impresa la contrattazione rappresenti, in generale per ciascun imprenditore, lo strumento per il governo e il dominio del mercato, storicamente funzionale ad acquisire i fattori della produzione e far circolare i prodotti, nonché, oggi, a gestire la domanda di consumo, ovvero ad «amministrare la domanda dei propri beni e servizi in un contesto di mercato contrassegnato da costi crescenti». Può dunque dirsi che le imprese rinvergono nella tecnica contrattuale, da un lato, uno «strumento di controllo delle ricadute che i flussi in aumento dei costi tendenzialmente assumono sulla curva della domanda»; dall'altro, l'espedito attraverso cui riuscire a sollecitare e orientare le scelte dei consumatori verso l'acquisto di taluni prodotti o servizi (G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 51 ss.). E se nei rapporti tra imprese tali intenzioni sono evidentemente comuni ad entrambi i contraenti, in quelli tra imprese e consumatori occorre d'altra parte tenere a mente che questi ultimi guarderanno ad una determinata offerta di beni o servizi sulla base di un criterio di mera convenienza economica o capacità di soddisfacimento dei propri gusti e/o bisogni.

⁵⁰ Per una critica convinta rispetto a tale possibilità, si rinvia alle argomentazioni di A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006, pp. 7 ss. e in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 95 ss.

⁵¹ F. SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1, 1942, pp. 376 ss., vi equipara qualsiasi ipotesi in cui un imprenditore venga privato della gestione dell'impresa, facendo specifico riferimento al fallimento, subentrando al suo posto l'organo cui l'impresa è affidata.

nell'attività⁵². La *ratio* di tale previsione può pertanto essere individuata nella spersonalizzazione dell'interesse alla conclusione dell'affare che fa compiutamente capo all'impresa, e non all'imprenditore⁵³.

Secondo la medesima impostazione di sistema, può altresì richiamarsi l'art. 2558 c.c., per cui, di regola, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio della stessa, potendo il terzo contraente eventualmente decidere di esercitare il proprio diritto di recesso. Laddove la regola generale di cui all'art. 1406 c.c. richiederebbe invece, come è noto, che questi manifestasse il proprio consenso.

Si pensi poi, in tema di interpretazione del contratto, all'art. 1368 c.c., secondo cui «le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa». Tale disposizione sembrerebbe infatti asserire l'esigenza di un'interpretazione unitaria e uniforme dei contratti d'impresa, nonché attestare la centralità del ruolo del mercato, luogo di realizzazione dell'iniziativa economica, nella determinazione del contenuto del vincolo negoziale⁵⁴.

Ma ancora, e senza indugiare ulteriormente su questo aspetto, l'art. 1329 c.c., sull'efficacia della proposta irrevocabile; gli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c., sulla disciplina a tutela del contraente (economicamente più) debole nell'ambito della contrattazione standardizzata⁵⁵; l'art. 1722 c.c., sull'ultrattività del mandato avente ad oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa; l'art. 1824 c.c., sulla limitazione del conto corrente ai crediti d'impresa; l'art. 2112 c.c., sul

⁵² F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa* (voce), *cit.*, pp. 313 ss. G. OPPO, *I contratti d'impresa*, *cit.*, p. 842, rileva come ciò non valga per il caso in cui l'elemento soggettivo, la persona, abbia prevalenza sull'organizzazione, e dunque laddove si tratti di piccoli imprenditori. Sul punto, G.C.M. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1991, pp. 1 ss. Per l'applicazione dell'art. 1330 c.c. anche all'imprenditore agricolo, e in generale alle imprese non commerciali, G. AULETTA, *Atto di commercio* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 200.

⁵³ L. NONNE, *cit.*, pp. 48 ss., che ricorda come tale disposizione trovi il suo antecedente storico nell'art. 429 del Progetto del 1922 di un nuovo codice di commercio, ispirato a sua volta ai §§ 130 e 153 BGB, che sanciscono la sopravvivenza della proposta alla morte o sopravvenuta incapacità del dichiarante come principio generale.

⁵⁴ C. ANGELICI, *cit.*, pp. 183 ss. Che questa norma non risulti oramai utile per la costruzione di una categoria dei contratti d'impresa, sebbene appaia come la regola codicistica forse più significativa in tal senso, viene efficacemente espresso da A. GENTILI, *cit.*, pp. 19-20, per cui «questa regola ha il difetto di non esistere: infatti laddove il contratto d'impresa che la richiama intercorra tra due imprese, essa è evidentemente inapplicabile di fatto; e dove intercorra tra un'impresa e un consumatore, è ora inapplicabile di diritto» *ex art. 35 cod. cons.*

⁵⁵ Di cui dettagliatamente, *infra*, al successivo § 4.

trasferimento, anche soltanto parziale, dell'azienda; o l'art. 2709 c.c., sull'efficacia probatoria dei libri e delle scritture contabili che fanno prova contro l'imprenditore.

Ebbene tali norme, per quanto nitidamente in raccordo con la realtà di impresa, appaiono indici insufficienti per la costruzione di un'autonoma categoria negoziale, non solo in quanto troppo esigue, ma anche perché non sempre coordinate nella considerazione del ruolo dell'impresa in modo tale da riuscire ad esprimere un significato ordinante all'interno del sistema⁵⁶. E ciò non sembra possibile nemmeno affiancandovi nella lettura le numerose novità introdotte per mezzo della legislazione speciale, che, negli ultimi trent'anni, ha riservato uno spazio considerevole alla materia dei contratti (riferiti all'attività) d'impresa.

In particolare, la legge 10 ottobre 1990, n. 287, sulla tutela della concorrenza e del mercato; la legge 21 febbraio 1991, n. 52, sulla cessione dei crediti d'impresa (c.d. *factoring*); la legge 18 giugno 1998, n. 192, sui contratti di subfornitura; il d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; la legge 6 maggio 2004, n. 129, sul contratto di affiliazione commerciale (c.d. *franchising*); il d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, sui contratti di garanzia finanziaria; ma anche, necessariamente per lo sviluppo del discorso, il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ovvero il codice del consumo.

Un *corpus* normativo, per larga parte di derivazione europea, che non appare idoneo a delimitare i confini di una nuova categoria concettuale e dogmatica. Ma la cui incidenza sul diritto comune dei contratti non può nemmeno dirsi irrilevante, avendo non a caso contribuito ad alimentare il confronto nelle pagine e nei discorsi attorno ai rapporti contrattuali tra e con le imprese.

Si scorge infatti un *fil rouge* tra le disposizioni in tema di abuso di dipendenza economica, di ritardi di pagamento e di affiliazione commerciale: il riferimento a contesti contrattuali in cui, tra due imprenditori che si obbligano vicendevolmente, uno si pone in condizione di prevaricare sull'altro, abusando del proprio potere

⁵⁶ L. NONNE, *cit.*, pp. 59 ss.

contrattuale⁵⁷. Una situazione di asimmetria, di squilibrio, di disequaglianza (sostanziale) tra le parti, che richiede(va) di essere indagata ulteriormente⁵⁸.

3. (Segue) Gli sviluppi del dibattito, tra terzo contratto e contratto con asimmetria di potere. Una prospettiva.

È sulla scia di queste «tracce» che viene dunque coniato il riferimento al c.d. terzo contratto, a quella terra di mezzo tra le due «ovvie polarità»: il contratto nobile, da un lato, negoziato da soggetti pienamente consapevoli; il contratto dei consumatori, dall'altro, ai quali sono rivolte apposite norme imperative di sostegno⁵⁹.

⁵⁷ R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 347.

⁵⁸ A voler dimostrare quanto tale prospettiva risultasse totalmente inedita e generasse nuova linfa per la prosecuzione del dibattito in materia, si riportano le parole di V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore*, cit., p. 15, nota 44, che si esprimeva in questi termini: «occorre sinceramente confessare il disagio dell'interprete per la rigidità di una posizione che vede un po' aprioristicamente l'imprenditore sempre nella parte del vessatore, come se, cioè, l'imprenditore potesse solo vessare e non invece essere vessato da un imprenditore più forte di lui».

⁵⁹ R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. XII-XIII. Invero l'Autore ritiene che in tale «area grigia» possano inserirsi non soltanto i rapporti B2B fra operatori non sofisticati, ma anche i rapporti C2C e, in generale, tutti i rapporti non riconducibili ai due modelli estremi. Diversamente, l'impostazione seguita nel volume curato da G. Gitti e G. Villa, nella cui *Introduzione*, si fa riferimento ai soli contratti B2B in cui un imprenditore sia in condizione di dipendenza economica nei confronti dell'altro. E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., pp. 317-318, pone il contratto C2C «al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica», immaginando che possa al più evocare l'ipotesi di un quarto contratto. Sull'eventualità di proseguire nella numerazione apre invero anche C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2008, p. 847, nota 22; P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contraffazione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 293. Per una panoramica generale in argomento, E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *I contratti*, 5, 2009, pp. 493 ss. Opportuno infine un riferimento al rapporto che intercorre tra la disciplina generale del contratto e quella speciale del contratto del consumatore. Si vuole rimandare in questa sede alla ricostruzione di prospettiva di A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, pp. 1479 ss., il quale, interrogandosi sul modo di intendere la specialità del codice di settore rispetto al codice civile, quale particolarità nella connessione da *genus a species* ovvero quale vera e propria alterità, conclude in quest'ultimo senso laddove si segua il tradizionale approccio, esclusivamente funzionale, che guarda al perseguimento di una politica economica di regolazione del mercato, quale quella più tipicamente adottata dal legislatore europeo; nel primo senso se si considera, come viene espressamente suggerito per l'avvenire, una tendenza di carattere sempre più marcatamente sociale, così risultante tanto nella produzione normativa nazionale ed europea quanto nel diritto vivente, che si affianca a una contestuale spinta verso l'esercizio più ampio ed efficiente dell'autonomia privata. Ciò in quanto «la razionalità giuridica tende alla specificità nell'unità». Il percorso argomentativo adottato appare particolarmente suggestivo e giunge ad individuare il fondamento per l'applicazione concreta, e non meramente potenziale, delle

Un sintagma inteso a descrivere quel contratto contraddistinto dalla presenza di un imprenditore per cui si intravede una specifica necessità di tutela rispetto ad una controparte dotata di maggiore potere contrattuale e della forza necessaria ad abusarne⁶⁰. Un contratto tra parti che non si trovano in posizione di parità, ma che procedono a una contrattazione asimmetrica nell'ambito della quale una parte (forte) prevale sull'altra (debole), sebbene sotto il profilo soggettivo siano entrambe imprese⁶¹.

Certo non è, tuttavia, che all'uguaglianza formale corrisponda l'uguaglianza sostanziale.

Infatti, se può dirsi che un imprenditore sia, di regola, fisiologicamente in possesso di tutte le informazioni e le conoscenze utili e necessarie alla conclusione consapevole di un contratto⁶², è pur vero che questa simmetria informativa, anche quando non soltanto presunta, non è sempre sufficiente perché questi possa realmente esercitare la propria libertà contrattuale⁶³. Lo stato di debolezza in cui

regole della disciplina generale al diritto dei consumatori nella sinergia tra le rispettive *rationes*, ovvero tra le politiche del diritto che le ispirano.

⁶⁰ G. GITTI, *Premessa*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 13; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)», in *Rivista di diritto privato*, 2, 2005, pp. 285 ss., che, riferendosi al *professionista* debole, riconosce l'opportunità di un approccio di tutela *ad hoc*. Critico il punto di vista di D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2008, pp. 509 ss. *Amplius*, A. GIANOLA, *Terzo contratto* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, IV, Utet, Torino, 2009, pp. 570 ss.*

⁶¹ In questo senso si spiega la portata di quell'«area grigia» evocata da R. PARDOLESI, *Prefazione*, *cit.*, p. XIII, quale realtà per così dire bifronte, che riunisce gli elementi propri del contratto di diritto comune ad altri tipici dei rapporti di consumo.

⁶² P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2004, p. 810, spiega come nei contratti fra imprenditori, a differenza di quanto accade nei rapporti di consumo, le eventuali asimmetrie informative non sono insuperabili, né necessariamente dannose. Da un lato, infatti, l'imprenditore può acquisire in via progressiva le informazioni utili a valutare la convenienza economica di qualsiasi affare stia portando avanti nello svolgimento della sua attività economica; dall'altro, un eventuale approfittamento della diseguale distribuzione delle informazioni tra i contraenti viene considerato un «incentivo fondamentale per l'iniziativa economica». In ID., *La categoria dei contratti d'impresa*, *cit.*, p. 426, l'Autore sottolinea quindi l'esigenza di frenare il processo di «consumerizzazione» del diritto dei contratti a tutela dell'efficienza del mercato. Nello stesso senso anche il punto di vista di E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contratto e impresa*, 1, 2009, p. 125, per cui la libertà di concorrenza, quale principio fondamentale che fa da sfondo ai rapporti tra imprese, dovrebbe costituire un impedimento insuperabile all'intervento dirigistico.

⁶³ A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2004, p. 555, ricorda sotto questo profilo che «[l]a disciplina dell'informazione contrattuale è espressione della teoria economica marginalista su cui si basa la teoria del contratto. Un'informazione adeguata, per quantità e per qualità, è per essa la condizione per il valido esercizio

può trovarsi nel confronto con una controparte soggettivamente eguale, ma che abusi della propria posizione di forza (economica), può condurlo alla conclusione di contratti squilibrati o non negoziati o, ancora, a subire da parte dell'imprenditore forte l'esercizio di diritti o rimedi contrattuali in modo scorretto o dannoso⁶⁴.

Una forma di asimmetria, dunque, cui fa da perno la componente economica, da ravvisarsi nella comparazione delle posizioni che ciascuna delle parti in gioco ricopre nel contesto di mercato di riferimento e tale da realizzare una distorsione strutturale in virtù della quale la parte debole è posta nell'incapacità di difendere adeguatamente i propri interessi o di manifestare una volontà contrattuale che possa dirsi libera dall'altrui condizionamento economico⁶⁵.

Invero, nell'ambito dei rapporti tra imprese, non è tanto l'asimmetria in sé a rilevare, quella informativa come quella economica, quanto, piuttosto, l'eventuale abuso del proprio potere contrattuale, che trova compimento nell'impossibilità da parte dell'imprenditore debole di trovare alternative sul mercato⁶⁶. È l'abuso da parte del soggetto in posizione di forza ad essere vietato, la produzione in suo favore di un vantaggio eccessivo e irragionevole⁶⁷. Diversamente, la dipendenza economica non costituisce altro che una circostanza fisiologica del mercato, in quanto tale consentita perché non ostacoli il normale svolgimento delle dinamiche concorrenziali in cui a operatori forti se ne contrappongono altri più deboli.

Inevitabile quindi il confronto con la ben più compiutamente delineata disciplina consumeristica⁶⁸.

dell'autonomia privata, perché senza un sufficiente intendere non è possibile volere razionalmente; ed è la volontà razionale che il diritto eleva a strumento di rapporti. Occorre dunque che il contraente prima di determinare le proprie scelte e tradurle in regole possa acquisire le informazioni necessarie alla valutazione dell'utilità marginale che dallo scambio riceverà; è questa infatti nella sua prospettiva la ragione che muove lo scambio, e la ragione che nella prospettiva giuridica ne fonda la rilevanza».

⁶⁴ A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 377.

⁶⁵ *Ibidem*. Si veda anche E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 1, 2008, pp. 8 ss.

⁶⁶ E. NAVARRETTA, *cit.*, p. 319, ricorda che ciò avviene quando l'imprenditore subisce un dominio assoluto, in violazione dei divieti antitrust; quando è vittima di un dominio relativo, costretto in una situazione di c.d. *lock in* da una certa relazione contrattuale; quando si realizza una pratica commerciale scorretta, come può avvenire nell'ipotesi dei ritardi di pagamento.

⁶⁷ A.M. BENEDETTI, *cit.*, p. 379.

⁶⁸ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2005, pp. 552-553, si riferisce alle due materie, quella dei contratti tra imprese e quella dei contratti tra imprese e consumatori, come a materie sorelle, accomunate innanzitutto dall'essere al

Nell'ambito di quello che andrebbe così qualificato nei termini di "secondo contratto"⁶⁹, il quale gode di una sistematicità del tutto estranea alle relazioni commerciali bilaterali, l'asimmetria che spiega l'intervento regolatorio del legislatore sia europeo che, successivamente, nazionale, è notoriamente di tipo informativo⁷⁰. La posizione di svantaggio in cui il consumatore per sua natura si trova di fronte al professionista rappresenta un paradigma di fallimento del mercato che, se non corretto per mano del potere pubblico⁷¹, costituisce un ostacolo per l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico, poiché mina in maniera inevitabile e strutturale l'efficienza allocativa del mercato⁷². Efficienza che passa soltanto dalla libertà di scelta e dalla capacità di influire sulle dinamiche economiche. Tuttavia, perché ciò accada, è necessario che vi sia conoscenza, se non piena almeno sufficiente⁷³. La scelta del legislatore in sostanza non è stata dettata esclusivamente dall'intenzione di tutelare un soggetto debole⁷⁴, quanto dalla

centro di un generale processo di rimeditazione dell'istituto contrattuale da parte della civilistica italiana. Ciò in considerazione sia della progressiva disgregazione della categoria codicistica di contratto sia del grado sempre maggiore di specializzazione del diritto civile nella dimensione europea.

⁶⁹ G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 13, precisa peraltro come «l'immagine via via più nitida di un primo e di un secondo contratto, vagamente (pur se impropriamente) evocativa dell'antico binomio rapporti civili-rapporti commerciali, si riflette dallo specchio della legislazione consumeristica nella consapevolezza dell'interprete europeo». Con riferimento all'esperienza francese, J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2, 1994, pp. 239 ss.; a quella tedesca, H.W. MICKLITZ, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts – Ius commune praeter legem?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, 1998, pp. 257 ss.

⁷⁰ Cfr. G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2003, pp. 241 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova, 2002.

⁷¹ Per un'analisi economica, G. CHIRICHIELLO, *I fondamenti economici dell'ordine giuridico del mercato*, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 141 ss.

⁷² P. SIRENA, *L'integrazione*, cit., p. 810. Cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo. L'attività e il contratto*, III, Cedam, Padova, 2003, pp. 18 ss. Nonché già, G.A. AKERLOF, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3, 1970, pp. 488 ss.

⁷³ A.M. BENEDETTI, cit., pp. 375-376, sottolinea quindi che «per essere capaci di volere occorre poter intendere», rinviando doverosamente ad A. GENTILI, *Informazione contrattuale*, cit., pp. 555 ss.

⁷⁴ Ma si veda anche A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2008, pp. 538-539 e ID., *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., pp. 238-239, che richiama anche la tutela della dignità e del libero sviluppo della persona umana come specifica dei consumatori perché persone fisiche, e in quanto tale necessariamente estranea alla struttura dell'impresa, il cui agire è conformato dai principi della libertà di iniziativa economica e dal regime concorrenziale. In questi termini si pone anche E. RUSSO,

valorizzazione di un obiettivo fondamentale dell'Unione europea a tutela del benessere (economico) collettivo⁷⁵.

Come è noto, il consumatore si trova in una posizione di debolezza in quanto costretto nella sua libertà negoziale, per cui è uso descriverlo come *price conscious but terms inconscious*, proprio in quanto, in mancanza dei correttivi imposti dalla legge, sarebbe portato a impegnarsi in un certo scambio pur con il rischio di non essere pienamente consapevole del contenuto del relativo accordo. E tale considerazione può dirsi valere in ogni caso, anche quando il consumatore è un soggetto particolarmente avveduto o un impegnato conoscitore del settore entro cui si inserisce il contratto che conclude. L'asimmetria informativa è, cioè, sempre astrattamente presunta; laddove quella economica, di posizione di mercato, esige un approccio casistico, una verifica in concreto, affinché possa constatarsi che si sia effettivamente realizzata una forma di abuso⁷⁶.

Il tipo di asimmetria è peraltro solo uno degli elementi di distinzione tra la posizione del consumatore e quella dell'imprenditore debole.

Si consideri che nei contratti dei consumatori l'applicazione della norma trova il suo antecedente nello *status* formale dei contraenti, laddove le norme imperative connesse ai rapporti tra imprese non sono ancorate alla natura soggettiva della parte, in quanto ciò che rileva non è mai l'attività economica in sé o l'individuazione della qualità di imprenditore, bensì l'effettiva struttura organizzativa dell'impresa e il suo concreto posizionamento sul mercato⁷⁷. Inoltre, mentre quelli del consumatore sono comunemente contratti istantanei, i contratti dell'imprenditore debole sono contratti di (lunga) durata (c.d. *relational contracts*⁷⁸), con conseguenti difficoltà di regolamento e gestione del rapporto nel tempo, ad esempio in caso di necessaria rinegoziazione del contenuto del contratto

cit., p. 125. La prospettiva viene invece espressamente contestata da F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, *ivi*, p. 305; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, *cit.*, p. 497.

⁷⁵ F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010, pp. 8 ss.

⁷⁶ G. AMADIO, *Nullità anomale*, *cit.*, p. 303.

⁷⁷ A. ZOPPINI, *cit.*, p. 530.

⁷⁸ In argomento, V. BRIZZOLARI, C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e «contratti relazionali»*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, RomaTrE-Press, Roma, 2018, pp. 433 ss.

in relazione a talune sopravvenienze⁷⁹. Ancora, si prenda in considerazione il disequilibrio tra le parti, che è soprattutto normativo per i consumatori, ovvero misurato su diritti, obblighi, poteri riconosciuti loro dal contratto; anche economico per l'impresa debole. E rispetto al quale si inserisce il tema dei poteri integrativi e correttivi del giudice⁸⁰.

A fronte di una certa, comune, posizione generica di debolezza, numerose e significative sono le differenze sussistenti tra soggetti e dinamiche del secondo e del terzo contratto.

Ed è su tali necessarie distinzioni che la descritta ottica pluralistica induce a costruire tanti paradigmi contrattuali quanti sono i modelli, o, più precisamente, le debolezze cui l'ordinamento accorda specifica protezione, che si discostano da quel disegno di rapporto tra pari che ritrae l'impostazione generale del codice civile.

Ma, a questo punto, il doveroso interrogativo: tali paradigmi possono assurgere realmente a due, se non più, categorie contrattuali, tra loro autonome e distinte?

Ebbene, che la disciplina consumeristica si sia oramai imposta come statuto generale dei rapporti tra consumatori e professionisti è opinione risalente, oltre che

⁷⁹ M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 164, si sofferma sulla gravità di tale distinzione, tutt'altro che insignificante, descrivendo come lo scambio segua a valutazioni di convenienza e a calcoli economici che possono naturalmente condurre a un esito svantaggioso, conseguenza del rischio che si corre ogniqualvolta si eserciti la propria autonomia privata. Diversamente, quando si parla di gestione, di conformazione della struttura organizzativa funzionale al rapporto, la portata del rischio si estende, in quanto si riferisce all'integrità economica dell'impresa, ovvero «al proprio modo di essere imprenditore». C. CAMARDI, *Contratti di consumo*, cit., pp. 557 ss., argomenta inoltre su questo specifico aspetto di distinzione, evidenziando che il rapporto di consumo si realizza con riferimento a un bisogno o interesse tendenzialmente immediato e contingente e si colloca in un mercato altamente concorrenziale, ove il consumatore può scegliere tra diverse alternative di prodotto e di contratto; laddove, in particolare, il contratto di subfornitura configura un modello stabile e durevole per la condivisione o l'utilizzo coordinato di risorse e l'affiliazione commerciale è invece funzionale ad accedere a un certo sistema produttivo e/o distributivo entro il quale coordinarsi e interagire con una pluralità di attori indipendenti.

⁸⁰ A.M. BENEDETTI, cit., p. 387. Cfr. F. VOLPE, *Contratto giusto* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, III, Utet, Torino, 2007, pp. 403-404; A.M. AZZARO, P. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in E. GABRIELLI, E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, 1, Utet, Torino, 2005, pp. 43 ss.

largamente riconosciuta⁸¹; ma lo stesso non sembra potersi dire dei contratti tra imprese⁸².

La categoria del terzo contratto non sembra cioè poter rappresentare uno statuto normativo organico ed autonomo, ma soltanto una formula dal valore fondamentalmente descrittivo ed evocativo⁸³. Non si riesce a riconoscere nel terzo contratto una disciplina unitaria e generale, in quanto si presenta integrato da discipline eterogenee: analoghe per il contesto in cui si collocano, ma troppo diverse nell'approccio alla regolazione dei rapporti che descrivono⁸⁴. Dovrebbero potersi individuare, congiuntamente e in ciascuna delle fattispecie riconducibili al terzo contratto, degli elementi comuni, dei tratti unificanti, che si rivelano però insufficienti a uno scopo tanto ambizioso. Manca, in sostanza, un'apprezzabile organicità tra le discipline⁸⁵.

Ciò non toglie che la concettualizzazione che il riferimento al terzo contratto esprime permette utilmente di ragionare dei problemi di quello che è stato definito

⁸¹ Ancora sul rapporto tra disciplina generale e disciplina di settore, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1993, pp. 57 ss., sottolinea come la creazione della categoria dei contratti con i consumatori richieda (nuovamente: è un *dejà vu* rispetto alla superata distinzione fra contratti civili e contratti commerciali) di individuare la norma applicabile ai rapporti negoziali in base alla qualifica soggettiva del soggetto che vi è parte, in questo modo scardinando il postulato ideologico su cui il diritto privato moderno, dai codici napoleonici in poi, è stato fondato e costruito: l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. E alla disuguaglianza sostanziale che tale categoria presuppone, si dice, corrisponde la disuguaglianza legale, specialmente individuata in una «notevole attenuazione del dogma del consensualismo». G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 43, riassume i principali caratteri idonei a connotare in via organica lo statuto normativo del contratto con i consumatori. In particolare richiama la previsione di diffusi oneri di forma scritta; il riconoscimento al contraente debole del diritto di ripensamento (c.d. *ius poenitendi*); l'imposizione in capo al contraente forte di appositi obblighi di comportamento, in particolar modo di tipo informativo; l'introduzione di un diffuso controllo sul contenuto normativo del regolamento contrattuale; la configurazione di un innovativo sistema rimediabile. La scorporazione della normativa di settore che da quasi vent'anni trova espressione nel codice del consumo segna il culmine di quel processo di perdita di unità del paradigma contrattuale già da tempo riconosciuto da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979. Sull'unità della categoria del contratto, necessario invece il rinvio a G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1991, pp. 659 ss.

⁸² Convintamente, in termini di esiguità e inadeguatezza della base normativa esistente, E. RUSSO, *cit.*, p. 124.

⁸³ G. D'AMICO, *cit.*, p. 41.

⁸⁴ F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa (voce)*, *cit.*, pp. 313 ss.

⁸⁵ E. NAVARRETTA, *cit.*, p. 319, oppone inoltre che la scelta di postulare dei segmenti di disciplina autonomi – secondo, terzo, potenzialmente quarto contratto e così via – costituirebbe un ostacolo per il coordinamento ermeneutico e la condivisione di aspetti di disciplina, minando inevitabilmente al pluralismo con cui dovrebbe declinarsi l'istituto del contratto.

il nuovo diritto dei contratti⁸⁶, in quanto insieme capace di raccogliere tutte quelle regole, eterogenee e non sistematicamente ordinate, che trovano il loro punto di contatto nel generale divieto di abuso di dipendenza economica⁸⁷.

Si consideri adesso l'altra, contrapposta, voce di questo dibattito.

Infatti, *contra* la costruzione del modello dogmatico del terzo contratto si colloca la proposta di seguire una diversa prospettiva, di carattere unitario, intesa a far convergere in un unico e nuovo paradigma contrattuale tutte le figure di contraenti deboli cui l'ordinamento ha man mano ammesso un più intenso livello di protezione rispetto alla disciplina generale, a partire dai consumatori: il contratto con asimmetria di potere⁸⁸.

Secondo questa impostazione, l'asimmetria di potere contrattuale dovrebbe costituire un elemento trasversale, comprendente sia l'asimmetria informativa che quella economica⁸⁹, e strumentale a portare a razionalità tutto quel materiale

⁸⁶ G. VETTORI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Materiali e commenti*, cit., pp. XVII ss.; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2002, pp. 721 ss. e in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1141 ss.; N. LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 513 ss.

⁸⁷ In questo senso, R. PARDOLESI, *Conclusioni*, cit., pp. 348-349, auspica che il terzo contratto riesca ad uscire «dal limbo delle ipotesi di lavoro per transitare a pieno titolo nei ranghi degli strumenti euristici a disposizione dell'interprete», ritenendo che ciò potrà avvenire quando le relative norme riusciranno ad individuare quel contesto di ineguaglianze sistemiche, a carico di imprenditori soggetti a dipendenza economica, entro i cui confini poter dispiegare i necessari correttivi nel segno del riequilibrio tendenziale.

⁸⁸ È, notoriamente, la posizione, su tutti, di V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2001, pp. 769 ss. Invero, nello stesso senso ma nei termini di "tutela di contraente debole", già F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 1999, p. 639. Cfr. anche P. BARCELLONA (a cura di), *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole (Atti della Tavola rotonda, Catania 17-18 maggio 1969)*, Giuffrè, Milano, 1970. Osserva criticamente A. ZOPPINI, cit., p. 525, come già il semplice interrogativo in ordine alla possibilità di dare un ordine sistematico alle norme sulla disparità strutturale nel rapporto contrattuale contrasti con uno dei pilastri della costruzione del contratto secondo l'impostazione liberale: per il sistema di diritto privato – contrariamente alla prospettiva pubblicistica – la diseguale forza economica tra le parti è giuridicamente neutra, non avendo rilevanza ai fini della verifica circa la validità e l'efficacia della regola contrattuale. Il riferimento è dunque a F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlino, 1840, p. 371; J.L. HALPÉRIN, *Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIXe siècle*, in J.F. KERVÉGAN, H. MOHNHAUPT (a cura di), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Francoforte, 1999, pp. 323 ss.

⁸⁹ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Il corriere giuridico*, 2, 2009, pp. 279-280, riunisce le diverse forme di asimmetria in quanto fisiologiche, derivanti cioè dagli inevitabili, e in quanto tali fisiologici, fallimenti del mercato nei sistemi di concorrenza imperfetta, rispetto alla cui esposizione urgono misure di regolazione. Diverse quindi dalle asimmetrie definite invece come patologiche, che

normativo diretto a regolare i contratti del consumatore e i contratti asimmetrici tra imprese. I contratti, cioè, in cui almeno una delle parti è un operatore professionale del mercato.

L'idea di fondo consiste nel ritenere che, in sostanza, la regolazione protettiva dell'area dei rapporti B2C, evidentemente preponderante, possa essere estesa alle altre relazioni asimmetriche di mercato, tra cui quelle B2B⁹⁰, così da dare maggior consistenza alla strategia di intervento contro i fallimenti del mercato e far valere «apprezzabili elementi di giustizia (o almeno *fairness*), razionalità, efficienza»⁹¹. Ma non solo. In termini probabilmente ancora più significativi, in una prospettiva di sistematica normativa, con il fine ultimo di frenare definitivamente quel processo di rottura dell'unità della struttura del diritto dei contratti⁹² innescato dall'affermazione della disciplina consumeristica⁹³.

Le alte intenzioni di questa proposta non hanno tuttavia scongiurato numerose critiche, invero pervenute da più fronti. E in considerazione delle quali anche questa formula, come quella del terzo contratto, sembra finire per rivelarsi meramente descrittiva⁹⁴.

trovano invece spazio di fronte alla presenza di fattori anomali e devianti rispetto alle normali dinamiche delle relazioni sociali, in quanto tali individuali e non determinabili a priori, rispetto ai quali l'ordinamento individua appositi rimedi, come l'annullamento o la rescissione del contratto, a tutela del contraente debole.

⁹⁰ C. CAMARDI, *Contratti di consumo*, cit., pp. 553-554, riepiloga i tratti comuni delle due categorie contrattuali, quali l'imposizione di obblighi di informazione, in forma scritta a pena di nullità; la previsione di tecniche di controllo dell'equilibrio contrattuale; la declinazione della sanzione di inefficacia o nullità secondo le modalità c.d. europee di parzialità e relatività; il richiamo alla clausola di buona fede per tendere a un modello solidale di contratto.

⁹¹ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo*, cit., p. 280.

⁹² *Ivi*, p. 281, ove si apprezza particolarmente il passaggio proposto dall'Autore, che si confessa preoccupato dalla potenziale trasformazione strutturale del diritto dei contratti «non per cieca fedeltà a un vecchio ordine sistematico; non per timore di perdere l'eleganza dogmatica della tradizione; non per nostalgia verso l'unità del diritto, conquistata dalla Pandettistica in parallelo con l'elaborazione della categoria del negozio giuridico e adesso minacciata dalla frammentazione del soggetto secondo le diverse qualificazioni socio-economiche (“consumatore”, “professionista”)». Bensi per «il rischio che questo processo [...] si estenda e si accentui al punto tale da deformare il diritto contrattuale in un coacervo normativo troppo frammentato e incoerente per funzionare come efficace macchina di regolazione e governo dei rapporti sociali».

⁹³ *Ivi*, p. 280, spiega infatti come il contratto del consumatore si sia inserito nella parte generale del contratto, dedicata al contratto in quanto tale, e in quella speciale, dedicata ai singoli tipi contrattuali, rompendo così quest'articolazione binaria che componeva tradizionalmente il sistema dei contratti costruito nel codice del 1942.

⁹⁴ Così, G. AMADIO, *Il terzo contratto*, cit., p. 16. In questo senso già P. PERLINGIERI, *La tutela del “contraente debole” nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 2000, p. 746 e in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2003, p. 319, secondo cui «la categoria generale del contraente debole non ha un proprio rilievo pratico [...] e,] più che possedere una propria valenza

Delle differenze più marcate tra i diversi “cerchi della debolezza”⁹⁵, si è detto nelle pagine precedenti.

Più specificatamente, è stato però anche notato che, posto il riconoscimento tendenzialmente indiscusso di una categoria che ha come paradigma il contratto del consumatore, il passaggio dalla disciplina di quest’ultimo a un generale statuto della debolezza contrattuale dovrebbe garantire la circolazione interna delle regole e dei principi: quanto riferito al consumatore dovrebbe cioè applicarsi all’imprenditore debole, e viceversa⁹⁶.

Tuttavia, nemmeno tale strada sembra realmente percorribile⁹⁷.

Difatti, anche di fronte a disposizioni che appaiono *prima facie* adottare la medesima tecnica di tutela, e di conseguenza giustificare una loro applicazione incrociata e indistinta, un’analisi più approfondita ne palesa l’effettiva natura, che si scopre essere completamente diversa⁹⁸. Lo *ius poenitendi* che nei contratti dei consumatori costituisce indubbiamente una forma di recesso *ad nutum* da un contratto già concluso, nel rapporto tra l’aspirante *franchisor* e l’aspirante *franchisee* è recesso dalle trattative, da motivare pena la soggezione alla

normativa, rappresenta descrittivamente i diversi destinatari di un insieme di tutele aventi, quale comune denominatore, la presunzione (ovviamente, a priori) di uno squilibrio a carico di determinate negoziazioni». Ne riprende e condivide la prospettiva, L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, vol. 65, nn. 2-3, 2014, pp. 229 ss.

⁹⁵ Riferimento così presente in A.M. BENEDETTI, *cit.*, pp. 370 ss.

⁹⁶ Secondo V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, cit.*, pp. 789-790, questa è peraltro una direzione che troverebbe ulteriore conferma sia nei Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali del (1994) che nei Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC), elaborati dalla nota Commissione Lando (1995-1999). In particolare, gli artt., rispettivamente, 3.10 e 4:109-4:110, «hanno un raggio d’incidenza più generale [di quelli tra consumatori e professionisti], che li porta a coprire tutti i contratti, a prescindere dagli specifici status socio-economici delle parti», rilevando piuttosto «la circostanza che fra le parti corra un’asimmetria di potere contrattuale».

⁹⁷ Netto in tal senso il punto di vista di C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2006, pp. 421-422, che nel descrivere il canone metodologico da seguire nei rapporti tra il diritto privato generale, il diritto primo, e i diritti secondi (su cui già, ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 2-3, 1981, pp. 158 ss., questi ultimi intesi come «ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune per assoggettarli a una logica diversa»), ritiene inammissibile in via analogica l’applicazione delle norme previste per una disciplina ad un’altra, entrambe espressione di diritto secondo. Per procedere in questo senso considera essenziale che si verifichi l’inadeguatezza della disciplina di diritto generale ovvero che si sia di fronte ad una lacuna che il legislatore avrebbe evitato se avesse contemplato l’ipotesi che si tratta di regolare. Cfr. anche S. MAZZAMUTO, *Il diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l’unità nel rispetto della diversità*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2005, p. 534, ove afferma che, contro le generalizzazioni indebite, occorre attenersi ai confini dell’analogia (*legis*).

⁹⁸ G. D’AMICO, *cit.*, pp. 74 ss.

responsabilità *ex art. 1337 c.c.*⁹⁹. Oppure, il formalismo negoziale che pervade il secondo come il terzo contratto, ma che segue logiche diverse: di informazione nell'ambito dei mercati finali, ove prevale nettamente la contrattazione standardizzata, in considerazione di una debolezza predicabile a priori e in astratto; di protezione del contraente debole, da accertare a posteriori e in concreto, e facilitazione della conclusione dell'accordo in quello dei mercati intermedi, più confacente al modello della contrattazione individuale proprio del contratto di diritto comune¹⁰⁰. In ciò, i contratti del consumatore e quelli diseguali tra imprese risultano pertanto poggiare su presupposti tanto diversi da impedire qualsiasi tentativo di integrazione delle relative discipline in uno schema unitario¹⁰¹.

Sembra quindi ragionevole escludere che il contratto con asimmetria di potere possa assurgere a categoria dogmatica unificante¹⁰².

Questi, in conclusione, i termini del dibattito "classico".

Si vuole quindi indicare una prospettiva.

La portata del dibattito che, come si è visto, anima da tempo il confronto e lo scontro tra i civilisti risulta essere legata, inevitabilmente, a un modello di mercato tradizionale, tra soggetti che anche al contratto concluso a distanza danno sempre esecuzione nel mondo reale. Prova ne appare, in questo senso, la diffusa concezione secondo cui nei rapporti tra imprese si segue lo schema negoziale più tipico, quello

⁹⁹ Cfr. G. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di «franchising» secondo l'art. 4 della legge 129/2004*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2005, pp. 15 ss.

¹⁰⁰ Sul punto si rinvia in particolare a F. ADDIS, «*Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obbligazioni e contratti*, 1, 2012, pp. 6 ss. Si veda, *amplius*, E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Giuffrè, Milano, 2018. Cfr. anche C. BERTI, B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 53 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2003, p. 91, nota 7, che evidenzia che negli altri Stati europei la subfornitura è un contratto generalmente a forma libera.

¹⁰¹ In questo senso peraltro la posizione espressa dalle Istituzioni europee, che tali discipline hanno storicamente promosso e sostenuto. In particolare, la Relazione della Commissione europea "Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis*" (COM(2005) 456 def.), del 23 settembre 2005, ove si definiva «di cruciale importanza» che vi fosse «un'adeguata distinzione tra i contratti di tipo B2B [...] e quelli di tipo B2C». Nonché la Risoluzione del Parlamento europeo "Risoluzione sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro" (P6_TA (2006)0109), approvata il 23 marzo 2006, con cui si invitava la Commissione «a distinguere, ove necessario, tra le disposizioni giuridiche applicabili alle operazioni tra imprese e quelle applicabili alle operazioni tra imprese e consumatori e a separare sistematicamente i due settori».

¹⁰² Convintamente, E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, *cit.*, p. 496; A. ZOPPINI, *cit.*, p. 536.

scambio tra proposta e accettazione che vede le parti attivamente coinvolte nella formazione dell'accordo e nella regolazione del rapporto. Ovvero, quando emerge una posizione di dominanza dell'uno rispetto all'altro, anche la predisposizione unilaterale del contratto da parte del contraente forte, ma sempre secondo una logica individuale, magari personalizzata all'esito di lunghe e complesse trattative, distante quindi da quella contrattazione di massa e standardizzata considerata propria dei rapporti di consumo¹⁰³.

Diversa la situazione che si tende a realizzare nel sistema economico che si è affermato nell'ultimo decennio.

Nell'ambito del mercato delle piattaforme, il contratto non è individuale, ma di massa, e segue modelli standard, che le piattaforme impongono a tutti gli utenti – imprenditori – che vogliono usufruire dei loro servizi per proporsi a loro volta agli utenti finali, i consumatori. Sono contratti che vengono conclusi ed eseguiti interamente *online*, predisposti unilateralmente da soggetti che hanno un tale potere contrattuale da potersi imporre sul mercato quali uniche alternative possibili per i loro potenziali contraenti. Questo appare il grande punto di rottura, e novità, rispetto al passato¹⁰⁴.

Il modo in cui, da ciò, possano prodursi delle forme di abuso si cercherà di individuarlo e comprenderlo nei capitoli successivi.

In questa sede si vuole però già considerare che questo mutamento della modalità di costruzione dei rapporti contrattuali tra imprese in posizione asimmetrica apre probabilmente a una nuova stagione del dibattito in tema di costruzione di una o più categorie di contratto, da affiancare al tradizionale paradigma di matrice codicistica. Un contratto (che fonda le sue radici nella legislazione) di diritto europeo, incentrato sulla prospettiva di asimmetria, di debolezza sostanziale di una delle parti e per il quale può rendersi necessario un

¹⁰³ A.M. BENEDETTI, *cit.*, p. 387. Cfr. R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, Padova, 2010, pp. 80-81.

¹⁰⁴ In questi termini sembra peraltro una vera e propria intuizione la proposta, sebbene argomentata muovendosi lungo i bordi di una cornice normativa molto diversa da quella attuale, di V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore, cit.*, pp. 38-39, che incentrava il discorso sulla debolezza contrattuale proprio sull'elemento della necessaria adesione a un regolamento contrattuale unilateralmente predisposto, sull'impossibilità di influire sulla predisposizione del testo contrattuale, indipendentemente dalla maggiore (degli imprenditori) o minore (del "consumatore non professionale") coscienza dei pericoli celati nelle condizioni generali di contratto, nei moduli o nei formulari.

controllo normativo. I cui soggetti deboli, nell'attuale contesto di mercato, sembrano essere più vicini, più simili. La posizione di dipendenza in cui l'utente commerciale si trova rispetto ad una piattaforma digitale sembra in sostanza affiancarsi, in termini oggi più marcati rispetto a ieri, a quella in cui si presume che il consumatore in quanto tale si trovi, sempre, di fronte a qualunque professionista.

4. Contratti standard e conformazione del mercato.

Nell'affermazione della standardizzazione e della serialità, proprie di questa nuova fase dei contratti tra imprese, si individua probabilmente l'elemento maggiormente dirompente, più interessante e nuovo, rispetto al passato. Se, si è detto, i contratti di massa hanno storicamente caratterizzato il fenomeno consumeristico¹⁰⁵, in ciò distinguendosi dal contrapposto profilo dei contratti d'impresa bilaterali, (almeno) nel contesto del presente studio tale schema, così nettamente distinto, può dirsi superato.

L'approccio al procedimento negoziale non è più prettamente individuale, tarato sulle peculiarità di ciascun rapporto singolarmente definito, costruito, regolato. Ma «guarda ad una generalità indifferenziata di operazioni destinate a ripetersi sul mercato secondo modalità tendenzialmente uguali tra loro»¹⁰⁶, che quindi non possono che seguire una logica ripetuta, seriale¹⁰⁷.

Il riferimento allo strumento del contratto predisposto unilateralmente e a cui la controparte si limita ad aderire non è certamente nuovo. Già il legislatore del 1942 prendeva infatti atto dell'affermazione e della diffusione della pratica di concludere affari sulla base di condizioni generali di contratto, moduli o formulari, che trovava le proprie origini nelle nuove esigenze della realtà sociale ed economica occidentale che, dall'avvento della prima rivoluzione industriale, si era

¹⁰⁵ Per una ricostruzione del fenomeno, G. ALPA, *Contratti di massa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 403 ss.

¹⁰⁶ A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2018, p. 98 e in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., p. 509.

¹⁰⁷ S. ORLANDO, *Commento all'art. 1341 c.c.*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, Utet, Milano, 2009, pp. 2715 ss. Così anche A.M. PANCALLO, *Funzione del contratto e regolazione del mercato*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Cedam, Padova, 2019, p. 411. Più risalente, ma ancora attuale, G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 278 ss.

progressivamente e radicalmente trasformata¹⁰⁸. Ovvero, propriamente, nella richiesta di strumenti negoziali, da utilizzare nei più diversi settori dell'economia, per fronteggiare il nuovo, irreversibile, flusso della produzione, della distribuzione e dei consumi di massa¹⁰⁹.

A dar conto, per primo, di tale fenomeno come di interesse per la riflessione dei giuristi, il Saleilles. Il quale coniava il riferimento al c.d. contratto di adesione, descritto in termini estremamente chiari e decisi: «*[i]l y a de prétendus contrats qui n'ont de contrat que le nom; il y a prédominance exclusive d'une seule volonté qui dicte sa loi à une collectivité indéterminée et qui s'engage par avance unilatéralement sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat*»¹¹⁰. Si rintraccia invece nell'opera del Raiser, che a sua volta per primo propone la ricostruzione dogmatica e l'esposizione sistematica in tema di *allgemeine geschäftsbedingungen* (AGB)¹¹¹, la nuova considerazione delle c.d. condizioni

¹⁰⁸ W.W. ROSTOW, *The Stages of Economic Growth. A Non-Communist Manifesto*, Cambridge University Press, Cambridge, 1960, pp. 36 ss. colloca temporalmente il periodo di maggiore trasformazione industriale, nel passaggio da una società c.d. tradizionale ad una socialmente e culturalmente avanzata, nel periodo tra il 1785 e il 1802 in Inghilterra, tra il 1830 e il 1860 in Francia e tra il 1850 e il 1873 in Germania.

¹⁰⁹ V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 1 ss. Così anche G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore*, cit., p. 805. Osserva A.M. BENEDETTI, cit., p. 371, «che, in una certa misura, il codice vigente sembra avere anticipato e pre-veduto (soprattutto all'art. 1341)» la dimensione consumeristica del diritto civile, ben prima della comparsa del diritto contrattuale di derivazione europea. Cfr. F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbligazioni e contratti*, 11, 2006, pp. 872 ss.

¹¹⁰ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, Parigi, 1901, pp. 229-230. V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 16, nota 36, ricorda come questa locuzione abbia avuto fortuna ben oltre i confini francesi, in particolare in Italia, dove lo studio dei fenomeni di negoziazione standardizzata antecedente al codice del 1942 si riferiva generalmente al c.d. contratto di adesione; in Spagna e nei Paesi latino-americani, ove si iniziava ad impiegare la formula *contrato de adhesion* o *par adhesion*; negli Stati Uniti, nonostante la diversa tradizione di *common law*, con la diffusione del termine *adhesion contract* o *contract of adhesion*. Sul contratto di adesione nel diritto francese, su tutti, G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1973.

¹¹¹ L. RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Amburgo, 1935. Bisogna però ricordare che un limite alla libertà delle imprese di predisporre condizioni generali di contratto a sé vantaggiose era stato già disposto, con riferimento al settore del trasporto ferroviario, nel codice di commercio tedesco del 1861 (J. BASEDOW, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contratto e impresa*, 2, 1985, p. 441). Per il riconoscimento normativo delle condizioni generali di contratto in Germania bisognerà tuttavia attendere l'entrata in vigore, il 1° aprile 1977, del Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, l'AGB-Gesetz, su cui V. FRANCESCHELLI, M. LEHMANN, *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Il Foro Italiano*, V, 1978, pp. 35 ss. Particolarmente interessante la ricostruzione dell'esperienza legislativa tedesca in parallelo con quella italiana elaborata da E. FERRANTE, R. KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione*

generali di contratto, la cui terminologia verrà mutuata dal legislatore italiano nella redazione degli artt. 1341 e 1342 del nuovo codice civile¹¹².

La tecnica di contrattazione, come codicisticamente disciplinata, si poggia su due presupposti: la predisposizione unilaterale di clausole e la loro destinazione a un numero indefinito di contratti futuri. Tendenzialmente da parte, sebbene nel testo della norma non sia espressamente indicato, di un'impresa¹¹³. Invero, non sono nemmeno prescritti dei requisiti di accesso a tale forma di contrattazione, potendosi così desumere che il suo utilizzo sia legittimato dal semplice essere considerato come il più adeguato, per l'impresa predisponente, ad implementare la propria

e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2011, pp. 695 ss.

¹¹² Il codice civile italiano del 1942 rappresenta il primo esempio normativo di soluzione sistemica del problema della regolamentazione della contrattazione di massa. Sul dibattito dottrinale che ne ha preceduto l'emanazione, si veda R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti per adesione e l'art. 1341 del codice civile*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1, 1954, pp. 776 ss. Si guardi in particolare a V. SALANDRA, *I contratti di adesione*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 10-11, 1928, pp. 507 ss.; P. DI PACE, *Il negozio di adesione nel diritto privato*, ivi, 1, 1941, pp. 34 ss.; D. BARBERO, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 1935. Tali norme, altresì combinandovi la regola interpretativa ex art. 1370 c.c., costituiscono un insieme specificamente funzionale ad esprimere e favorire gli interessi sottesi alle attività d'impresa, su tutti la razionalizzazione della produzione e della distribuzione. In argomento, G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1974, p. 553.

¹¹³ E. BARGELLI, *Art. 1341 – Condizioni generali di contratto*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 544. Cfr. sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 905, per cui «non è escluso che il predisponente sia un non imprenditore: si pensi al locatore che offre all'adesione del conduttore un testo standard predisposto da un'associazione di proprietari edilizi». Così anche F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa* (voce), *cit.*, pp. 313 ss., non dubita che di tali tecniche si avvalgano anche i non imprenditori, pur riconoscendo che tali disposizioni servano fondamentalmente a regolare i fenomeni della contrattazione d'impresa. La mancata esclusività del riferimento risulta tuttavia utile ad escludere che attorno alle norme qui richiamate possa assistersi all'edificazione della categoria dei contratti d'impresa, come già in prima battuta ricordato, *infra*, al § 2. Con riferimento, invece, al soggetto destinatario della relativa tutela, sia esso un consumatore ovvero un'altra impresa, C. CASTRONOVO, *cit.*, pp. 414 ss., elogia la scelta del legislatore del 1942 di non identificare l'aderente al contratto predisposto in una particolare categoria sociale: il contraente debole è senza qualità. D'altra parte, ricorda, l'art. 4:109 PDEC va addirittura oltre nella disciplina della situazione di dipendenza o bisogno di una, generica e non ulteriormente qualificata, parte, laddove riconosce il potere del giudice di modificare il contratto «in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». In ciò l'Autore intende evidenziare come l'attenzione storicamente profusa da parte del legislatore europeo attorno alla figura del consumatore sia stata addirittura fuorviante nel farlo apparire quale unica parte debole possibile nell'ambito dei rapporti economici, relegando erroneamente l'impresa contrattualmente debole nei termini del concetto di inefficienza. Sul punto si rinvia a O. LANDO, *Should Business Enterprises Benefit from Consumer Protection?*, in I. SCHWENZER, G. HAGER (a cura di), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2003, pp. 577 ss.

strategia di mercato¹¹⁴; e ciò, può dirsi, sulla base delle caratteristiche del mercato stesso, in base alle quali valutare volta per volta tutte quelle ragioni di convenienza che sostengono un approccio individualizzato ovvero standardizzato¹¹⁵.

La predisposizione unilaterale del contratto implica inoltre l'assenza di trattative¹¹⁶. La controparte si limita quindi a dichiarare se intende o meno aderire alle condizioni così previste¹¹⁷, siano esse esterne, contenute cioè in altri regolamenti cui il contratto rinvia, ovvero all'interno di moduli o formulari¹¹⁸. Proprio questa insuperabile mancata partecipazione alla determinazione del regolamento negoziale qualifica l'atto di adesione utile alla formazione dell'accordo, sicché il contratto si conclude nel momento in cui l'oblato-aderente fa propri i termini dettati dal predisponente¹¹⁹.

¹¹⁴ In questo senso, A. NERVI, *cit.*, p. 97, descrive infatti la tecnica della stesura unilaterale del contenuto contrattuale quale strumento con cui «il predisponente presenta al mercato la propria visione del mondo o, più modestamente, presidia le proprie esigenze ed i propri interessi». Sottolinea questo aspetto, in contrapposizione alla diversa natura del c.d. contratto-tipo, E. BATTELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Jovene, Napoli, 2017, p. 43.

¹¹⁵ P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, p. 407.

¹¹⁶ In particolare, A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000. Inevitabile il rinvio alle belle pagine di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1998, pp. 347 ss.

¹¹⁷ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Cedam, Padova, 1996, p. 171, sottolinea come il potere di rifiutare le clausole predisposte, chiaramente innegabile, è di fatto soltanto illusorio: non esistono alternative alla mancata adesione all'accordo.

¹¹⁸ U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, III, Utet, Torino, 1988, pp. 334 ss.

¹¹⁹ M. MAGGIOLO, *cit.*, p. 173, descrive l'adesione come «l'atto con cui l'aderente lascia entrare nella propria sfera giuridica un complesso di effetti che corrispondono alla disciplina negoziale predisposta». A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 146, ritiene condivisibilmente che il concetto di adesione non sia in ciò diverso o meno significativo rispetto all'accettazione, in quanto non sempre quest'ultima segue a delle vere e proprie trattative tra le parti. La specificità dell'adesione rispetto all'accettazione andrebbe individuato soltanto nella sua conseguente e sottintesa esigenza di protezione dell'aderente in quanto parte debole del rapporto, la cui volontà, pur non potendo incidere nella costruzione del contenuto contrattuale, è indubbiamente fondamentale rispetto all'*an* della contrattazione stessa. Sulla necessità di concentrare l'attenzione sull'effettiva garanzia di libertà di scegliere se concludere un contratto anche G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, Padova, 1994, p. 281. Sul punto, A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Cedam, Padova, 1992, p. 26, osserva inoltre che «[l]a novità della pratica moderna degli affari è [...] che l'impegno [...] diventa spesso soltanto adesione; resta però vero che, almeno in via di massima, mentre il contenuto può dipendere anche solo indirettamente dalla volontà dei contraenti, l'impegno, collegato al vincolo, è da vedere strettamente in dipendenza dei soggetti del rapporto». Cfr. anche M. BARELA, *Accordo, consenso e assenso (brevi note nella prospettiva della crisi del contratto)*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2018, pp. 225 ss.

A fronte di tale squilibrio si cerca però una forma di bilanciamento¹²⁰. Da un lato, nell'imposizione di uno speciale onere di forma, quale la specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie¹²¹; dall'altro, nel requisito di conoscenza o, almeno, di conoscibilità delle condizioni generali di contratto, comprese le clausole vessatorie¹²². Pena, in entrambi i casi, l'inefficacia¹²³. Un compromesso, questo,

¹²⁰ Cfr. M. ZACCHEO, *Le "Tuileries" del diritto privato*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1-3, 2004, pp. 33 ss.

¹²¹ In argomento, senza pretesa di esaustività e in considerazione della, al giorno d'oggi, inevitabile intersezione del tema generale con la disciplina consumeristica, A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1996, pp. 519 ss.; A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003, pp. 313 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2005, pp. 625 ss. e in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 321 ss.; A. GENOVESE, *La crisi della disciplina*, cit., pp. 1156 ss.; A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2013, pp. 669 ss.; R. PARDOLESI, *Clausole abusive e «terzo contratto»*, in *Il Foro Italiano*, 5, 2020, pp. 197 ss.; Specificamente, sui contratti del commercio elettronico, A.M. GAMBINO, *Clausole vessatorie e internet*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., pp. 183 ss.; F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2014, pp. 651 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Specifiche approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2018, pp. 404 ss.

¹²² A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 168, evidenzia condivisibilmente come, in effetti, non possa mai aversi certezza della reale conoscenza che una parte abbia del contenuto di un contratto che ha concluso. Con riferimento al requisito di conoscibilità, la semplificazione dell'accordo non deve quindi tradursi in un'occasione per il predisponente di definire un insieme di regole di cui l'oblato, pur volendo, non sarebbe in grado di comprendere il contenuto. Se effettivamente conoscibili, e quindi comprensibili, accessibili, intellegibili, invece, nulla osta all'efficacia del vincolo. A. GENOVESE, *L'interpretazione*, cit., p. 14, precisa quanto al momento di valutazione del profilo della conoscibilità che esso coincide con quello di conclusione del contratto. Per la relativa verifica, l'art. 2.20 dei Principi Unidroit prevede ad esempio che sia «priva di effetto una disposizione contenuta in clausole standard che presenti un carattere tale che l'altra parte non avrebbe ragionevolmente potuto attendersela, salvo che quella parte l'abbia espressamente accettata. Nel determinare se una clausola abbia tale carattere si dovrà tenere conto del suo contenuto, della sua formulazione, linguistica e presentazione grafica». La regola legale tuttavia sembra collidere con quel principio generale per cui il consenso deve cadere su tutto il contenuto del contratto, (anche) con ciò trovando manifestazione il superamento della dimensione volontaristica del contratto, ovvero di quella considerazione del contratto, propria della nostra tradizione giuridica, quale «incontro di volontà di soggetti liberi ed autonomi, volto alla regolazione di un determinato affare» (A. NERVI, cit., p. 96). Su questo aspetto, in particolare, E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43, 2014, pp. 590 ss. U. MORELLO, cit., pp. 334 ss., evoca inoltre sotto questo profilo il principio di autoreponsabilità, osservando che non ci si può sottrarre ad un vincolo contrattuale invocando la propria negligenza quando le condizioni generali per cui è stato manifestato il consenso erano conoscibili usando l'ordinaria diligenza.

¹²³ S. ORLANDO, cit., pp. 2715 ss., con riferimento alla regola sulla conoscenza o conoscibilità delle condizioni generali, ricorda che essa inerisce al procedimento di formazione dell'accordo negoziale, non venendosi perciò ad integrare un'ipotesi di nullità in quanto le clausole non conosciute né conoscibili non entrano proprio a far parte del contenuto del contratto. Rispetto alle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., vengono invece considerati due diversi indirizzi: da un lato, si sostiene che la specifica approvazione scritta di tali clausole costituisce un requisito di forma *ad substantiam*, la cui inosservanza non può che importarne la nullità; dall'altro, che anche in questo caso la mancata specifica approvazione si inquadra in quanto fase necessaria alla loro

che non riesce invero a celare il netto *favor* per l'impresa di cui tale disciplina è espressione¹²⁴, e che non sempre si traduce nell'auspicata tutela dell'aderente dal rischio che il predisponente ponga in essere comportamenti abusivi¹²⁵.

Ebbene, volendo ricondurre gli elementi di questa ricostruzione della disciplina nazionale sul contratto standard all'interno del contesto che in questa sede si esamina, ciò che colpisce in termini di novità è, primariamente, l'aspetto concernente i soggetti.

Non siamo infatti di fronte a un "ordinario" contratto tra imprese. Ma a un contratto di cui è parte una piattaforma digitale, che, tipicamente, svolge attività di intermediazione. In ciò appare essenzialmente inevitabile che essa propenda per la strada della predisposizione unilaterale e proposta – *rectius*, imposizione¹²⁶ – di un

formazione, per cui trattasi di un'ipotesi di inefficacia dovuta alla mancata conclusione dell'accordo secondo i modi previsti dalla legge: la clausola vessatoria non entra proprio a far parte del contenuto del contratto. In quest'ultimo senso, per tutti, G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1-2, 1977, pp. 16 ss. Per ampie considerazioni di coerenza di sistema, C. SCOGNAMIGLIO, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e tutela del "contraente debole"*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 9-12, 1987, pp. 418 ss. Per la tesi della nullità, cfr. le più risalenti posizioni di A. DE MARTINI, *Contratti per adesione e approvazione specifica delle clausole vessatorie*, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, III, 1948, pp. 1073 ss.; M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Utet, Torino, 1959, pp. 1112 ss.; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 1976, pp. 481 ss.

¹²⁴ G. OPPO, *I contratti d'impresa*, cit., pp. 843-844. C. DALIA, *A proposito di abuso di autonomia contrattuale di impresa*, in *Comparazione e diritto civile*, 2017, p. 7, si riferisce al favore per le necessità dell'impresa in sacrificio dell'autonomia dell'aderente come cristallizzato nel principio di uguaglianza formale dei contraenti.

¹²⁵ Al § 612 della relazione al codice civile, p. 132, si esprime infatti nettamente che lo scopo degli artt. 1341 e 1342 c.c. è quello di «ovviare ad ogni abuso». Ciò in quanto veniva considerato che «la pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengono clausole che mettono i clienti alla mercè dell'imprenditore. La giurisprudenza ha reagito come ha potuto contro detti abusi, allargando talora il concetto di illiceità e altre volte affermando la mancanza di consenso su alcuni patti onerosi, per il riflesso che questi dovettero sfuggire all'attenzione dell'aderente essendo stampati in caratteri microscopici». D'altra parte, anche V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Il c.d. contratto per adesione e gli artt. 1341 e 1342 cod. civile*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1949, p. 35, sottolineava che «non deve dimenticarsi poi che la formazione cosiddetta a *prendere o lasciare* non implica di per sé, sempre e necessariamente, una limitazione della libertà, ben essendo configurabili casi non patologici, di accettazione pienamente consapevole ed assolutamente spontanea d'una proposta, ancorchè rigida». U. MORELLO, cit., p. 388, considera così principio generale di ordine pubblico che le imprese non debbano trarre dei vantaggi eccessivi, ovvero non supportati da apprezzabili e oggettivi interessi nell'economia dell'affare, approfittando in quanto predisponenti delle condizioni generali di contratto del loro potere economico, della scarsa trasparenza della trattativa, della disinformazione dell'altro contraente (debole). Cfr. anche A.M. AZZARO, *Abusi nell'attività economica e tecniche di tutela del contraente debole*, in ID. (a cura di), *Contratto e mercato. Atti del convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 7-8 novembre 2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 11 ss.

¹²⁶ M. MAGGIOLO, cit., p. 127.

certo, il proprio, regolamento negoziale. Ciò, innanzitutto, per quelli che sono gli indubbi fattori di opportunità che contraddistinguono la contrattazione standard, rivolta a una pluralità indefinita di soggetti dalla medesima qualificazione soggettiva: la riduzione dei tempi per la conclusione dell'accordo; l'abbattimento dei costi di negoziazione; l'applicazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, per cui qualsiasi controparte, attuale o potenziale, aderisce alle medesime condizioni generali di contratto¹²⁷. Ma anche, e forse soprattutto, per quanto la disciplina uniforme di tali rapporti può rappresentare: la regolazione della propria posizione sul mercato, ovvero la conformazione dell'assetto del proprio mercato di riferimento¹²⁸.

In quest'ottica sembra quindi potersi condividere che la pratica dei contratti standard «asseconda la naturale vocazione monopolistica delle imprese», poiché funzionale a disciplinare i rapporti secondo la logica del soddisfacimento dei propri interessi in quanto soggetti economicamente più forti¹²⁹.

Ciò è tanto più vero in considerazione di un'altra tendenza generalmente considerata effetto della standardizzazione dei rapporti contrattuali, ovvero una sostanziale uniformità di disciplina di tutti i rapporti intrecciati e da intrecciare nell'ambito di un certo mercato, nella sua interezza. Il ricorso a questa tecnica esprime cioè una *vis expansiva* per cui non incide sulla sola conformità dei rapporti facenti capo ad una singola impresa, ma sul contenuto delle condizioni contrattuali offerte da tutte le imprese di quello specifico settore, che, nel lungo periodo, tenderà ad essere sempre più coincidente¹³⁰.

¹²⁷ A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 6.

¹²⁸ A. NERVI, *cit.*, p. 98.

¹²⁹ P. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 413-414. Sotto questo profilo, V. ROPPO, *Contratti standard, cit.*, p. 12, ricorda come la diffusione delle condizioni contrattuali uniformi e la conseguente standardizzazione dei rapporti giuridici di mercato abbiano trovato nel consolidamento dei processi di concentrazione monopolistica nell'economia occidentale negli anni a cavallo tra il XIX e il XX secolo un fattore cruciale. L'utilizzo di contratti normativi, contratti tipo e condizioni generali concordate tra le imprese di un certo settore è cioè servito a regolare la concorrenza ed è per questo motivo che vengono considerate espressione del "capitalismo monopolistico". Cfr. P. BARCELLONA, D. HART, U. MÜCKENBERGER, *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, De Donato, Bari, 1973. Sulla posizione di forza presupposta da questa modalità di disposizione del regolamento contrattuale, tale da poter imporre un certo assetto di interessi a una generalità diffusa ed indefinita di interlocutori, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 69.

¹³⁰ V. ROPPO, *Contratti standard, cit.*, p. 63.

Direzione che, per un verso, si può considerare in senso positivo. In termini di maggiore efficienza del mercato, è innegabile che in questo modo si assiste a una significativa riduzione dei costi di transazione, dovuta alla semplificazione dell'operazione di confronto tra i diversi termini contrattuali adoperati nello stesso mercato, in fase di prima scelta del contraente come di successivo scambio, quando possibile; nonché in sede di controllo giudiziale, essendo verosimilmente più probabile che anche la loro interpretazione segua uno schema uniforme. Per l'altro, tuttavia, altrettanto evidenti sono i limiti, o meglio i rischi, che possono al tempo stesso impattare sulla stessa efficienza del sistema. L'uniformazione porta con sé una ridotta libertà di scelta tra, se presenti, le imprese in competizione tra loro; e può ragionevolmente tradursi in una vera e propria barriera all'ingresso per le nuove imprese che intendano accedere a quel medesimo settore di mercato¹³¹.

Ad ogni modo, auspicabile o meno che sia, la concretizzazione degli effetti della contrattazione standard non rappresenta il contenuto di un ragionamento soltanto astratto. Piuttosto, di un dato di fatto che può dirsi pienamente acquisito, incontestabile. Sono infatti noti i limiti della disciplina dettata dall'art. 1341 c.c., non sempre realmente efficace nella repressione degli abusi celati tra le righe di testi predisposti unilateralmente¹³².

Con riferimento alla tutela contro le clausole vessatorie si rileva per esempio che un aderente può essere disposto a sottoscriverle specificamente pur di poter conseguire il risultato desiderato, non necessariamente declinando con intenzione la forma di garanzia espressamente prevista per legge¹³³. Nulla può inoltre la norma

¹³¹ M.R. PATTERSON, *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*, in *William and Mary Law Review*, vol. 52, n. 2, 2010, pp. 343-344. Il discorso è generalmente circoscritto ai rapporti B2C, descrivendosi l'incidenza di tali fattori sulla maggiore o minore libertà dei consumatori rispetto alla scelta di prodotti e servizi da valutare sul piano del prezzo e della qualità. Ci sembra tuttavia che le medesime dinamiche possano interessare anche i rapporti tra l'impresa forte e l'impresa debole, quest'ultima soggetta, come il consumatore, all'imposizione di contratti standard sostanzialmente presentati secondo le stesse modalità e portatori degli stessi rischi.

¹³² A. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contratto e impresa*, 3, 2019, pp. 1159 ss.

¹³³ A. GENOVESE, *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e contratti*, 3, 2005, p. 213, che considera in senso stretto la tassatività dell'elenco di cui al capoverso dell'art. 1341 c.c., tale da lasciare ampio margine per clausole effettivamente onerose per l'aderente ma pienamente valide ed efficaci anche in mancanza di una specifica approvazione per iscritto in quanto non riconducibili a nessuna di quelle indicate dalla disposizione di legge. Sotto questo profilo, particolarmente significativo il rilievo di E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *I contratti*, 2, 2010, p. 197, che, con specifico riferimento alle

in quelle situazioni in cui l'impresa sia tanto forte da operare in regime di monopolio, o quasi. Ancora, si è fatto addirittura riferimento a «una sorta di transfert psicologico» tra ciascun aderente e i suoi pari, quelli che hanno già approvato quel testo e coloro che senz'altro lo faranno in futuro, tale da risolvere il dilemma in questione in senso di definitivo assoggettamento alla volontà del predisponente¹³⁴.

Infine, sempre secondo un'impostazione di favore per le ragioni dell'impresa (forte) nei rapporti con i clienti, si pensi a quei contratti alla cui stipulazione è in pratica impossibile sottrarsi, ovvero a quei contratti di massa imposti *ex lege* – talune assicurazioni – o dal mercato – i contratti bancari¹³⁵.

Il rapporto tra il predisponente e l'aderente è, in sostanza, rappresentazione di uno squilibrio di potere¹³⁶. La posizione di debolezza contrattuale in cui il secondo inevitabilmente si trova non appare realmente superabile, riconducibile a una situazione di parità, nemmeno con il soccorso di quelle regole informative disciplinate dal codice del consumo e dalla normativa sul commercio elettronico, oltre che dalla più recente legislazione europea sui rapporti tra piattaforme e utenti commerciali¹³⁷.

Efficacemente, riassumendo, è stato quindi constatato come di frequente «l'aderente, di fronte alla formula che richiama le clausole onerose, firmi meccanicamente senza leggerle e valutarle. Anche ammesso che le legga, le valuti e le contesti, ben difficilmente ne otterrà la modifica dal predisponente: se è molto tenace e orgoglioso, potrà rinunciare al contratto e rivolgersi a un altro fornitore,

clausole di limitazione della garanzia per i vizi della cosa venduta, non esclude che la loro validità debba essere messa in dubbio non soltanto quando l'acquirente è un consumatore, ma anche rispetto alla contrattazione B2B.

¹³⁴ Così, A. GENOVESE, *La crisi della disciplina*, cit., p. 1160.

¹³⁵ P. BARCELLONA, *Diritto privato*, cit., pp. 408-409.

¹³⁶ In questo senso, *ivi*, p. 405, l'Autore rileva lucidamente che il legislatore «sul presupposto delle distorsioni create dalla presenza sul mercato di un soggetto forte, capace di alterare gli ordinari meccanismi della connessione contrattuale, non pone rimedi volti ad eliminare tali distorsioni e la causa che le produce; quanto piuttosto a «ridimensionare» lo squilibrio prodotto attraverso misure di compensazione minima che tendono a contenere gli svantaggi ed i costi addossati dal contraente forte al contraente debole. Una sorta di razionalizzazione dello strapotere dell'impresa [...] che ne legittima l'esistenza e l'espansione, ponendo nuove regole del gioco contrattuale, ma senza minimamente toccare la logica di dominio del mercato che ad esso presiede».

¹³⁷ Su cui, dettagliatamente, nella Sezione II a seguire.

ma è facile che ovunque vada, egli s'imbatta nelle stesse condizioni standard, di fatto non modificabili»¹³⁸.

Ebbene, tali considerazioni, sviluppate ragionando di un sistema di mercato tradizionale, oltre che principalmente sul regime dei rapporti B2C, appaiono perfettamente riferibili a un mercato, quale quello delle piattaforme digitali, in cui poche grandi imprese detengono un incalcolabile potere di mercato. E in forza del quale rivestono il ruolo di contraente predisponente, forte, alle cui condizioni non solo i consumatori ma anche le altre imprese ritengono conveniente adeguarsi.

Si tende così verso una condizione di *platform dependency*, specie per la produzione degli effetti di rete da cui le piattaforme traggono utilità, nell'ambito della quale i consumatori, da un lato, sono portati a preferire quei mercati che risultano più conosciuti e utilizzati, indipendentemente dalle regole di accesso o condotta che impongono; i venditori, dall'altro, ne diventano di riflesso dipendenti nel momento in cui esse divengono uno strumento fondamentale di conclusione dei propri affari¹³⁹.

Tuttavia, a fronte di una, si è detto, compiuta e articolata disciplina in materia di contratti dei consumatori, che tiene anche conto della dimensione digitale in cui tali rapporti solitamente si instaurano¹⁴⁰, la posizione dei soggetti di *business* era in effetti rimasta estranea, ancora negli ultimi anni, alle attenzioni del regolatore del mercato unico¹⁴¹.

¹³⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 910.

¹³⁹ B. MARTENS, cit., p. 10.

¹⁴⁰ Si vedano, in particolare, V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 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 *Rassegna di diritto civile*, 4, 2014, pp. 1035 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2016.

¹⁴¹ È noto che la materia sia storicamente oggetto della particolare attenzione, innanzitutto, del legislatore europeo, nella duplice prospettiva di innovazione e ravvicinamento del diritto privato degli Stati membri. 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

La recente adozione del regolamento P2B rappresenta in ciò un vero e proprio punto di svolta nell'approccio del legislatore europeo nella regolazione del mercato, proprio in quanto concentra l'attenzione sulla (nuova) figura di utente commerciale. La quale, costituendo la parte debole di un rapporto inevitabilmente asimmetrico, sopporta costantemente il rischio che la piattaforma ponga in essere comportamenti unilaterali, imprevedibili, iniqui, rispetto ai quali si è constatata la mancanza di strumenti di tutela adeguatamente efficaci¹⁴².

La nuova disciplina, di seguito analizzata nel dettaglio, presenta un carattere fortemente innovativo, che mira alla creazione di un sistema degli scambi commerciali fondato su criteri di equità, prevedibilità, sostenibilità e sicurezza. Con il fine ultimo di garantire il corretto ed efficiente funzionamento del mercato interno nel suo complesso¹⁴³, evidentemente anche a tutela dei destinatari finali delle offerte di consumo¹⁴⁴; nonché di impedire un'eventuale frammentazione normativa tra gli Stati membri nella disciplina del settore.

funzione di politica del diritto ed epistemologica, sostiene convintamente l'opportunità di tendere ad una disciplina uniforme.

¹⁴² Si rinvia per un approfondimento al documento redatto nel 2017 da Ecorys per la Commissione europea "Business-to-Business relations in the online platform environment".

¹⁴³ Allo stesso modo della disciplina a tutela del consumatore. Cfr. sul punto, A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2011, pp. 77 ss., che afferma 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.

¹⁴⁴ 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).

Sezione II

La disciplina di riferimento: il regolamento *Platform-to-Business*

1. L'ambito di applicazione.

Con una Sezione apposita si intende adesso riconoscere autonoma rilevanza e opportuna centralità al regolamento *Platform-to-Business*, che, per i motivi ormai noti, costituisce probabilmente il presupposto fondamentale di questo studio¹⁴⁵.

L'art. 1, par. 2, reg. P2B permette innanzitutto di circoscrivere l'ambito di operatività della nuova disciplina, rivolta ai c.d. servizi di intermediazione *online* e ai motori di ricerca *online*.

Per questi ultimi, dei quali invero non ci si intende occupare in questa sede, si intendono tutti quei servizi digitali che consentono agli utenti di formulare domande al fine di effettuare ricerche (Google o Bing)¹⁴⁶, in particolare su siti web o applicazioni di offerta di beni e servizi ai consumatori.

Il riferimento ai servizi di intermediazione appare 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»¹⁴⁷, che faciliti gli utenti commerciali nell'offerta di beni e servizi ai consumatori e che costituisca l'oggetto del contratto da questi concluso con il fornitore dei servizi di rete. Un contratto da ritenere del tutto distinto e indipendente da quello che invece intercorre tra la piattaforma e i consumatori-utenti che tramite e su di essa profittano dell'offerta proposta dagli utenti commerciali.

¹⁴⁵ Per una descrizione accurata, su tutti, 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, pp. 57 ss.

¹⁴⁶ 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 strumenti di fruizione dei servizi di intermediazione sempre più innovativi. 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, anch'esse da ricondurre all'ampia categoria individuata dal regolamento.

¹⁴⁷ Art. 1, par. 1, lett. b), della direttiva (UE) 2015/1535.

Si tratta di servizi messi a disposizione da generalmente detti “fornitori”¹⁴⁸, che il regolamento individua innanzitutto nei mercati del commercio elettronico¹⁴⁹, i c.d. *online marketplace*, di cui Amazon costituisce l’esempio probabilmente più noto. Ma anche nei portali di prenotazione alberghiera o di vendita di pacchetti turistici, come Booking o Expedia; negli *store* di applicazioni digitali, quali, 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)¹⁵⁰.

¹⁴⁸ In questa Sezione si tenderà a preferire questo termine rispetto a quello, da considerarsi ai fini di questo discorso quale sinonimo, di piattaforma, in quanto introdotto dal legislatore europeo proprio con il regolamento oggetto di approfondimento.

¹⁴⁹ G. PICA, *Commercio telematico* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, 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». Con riferimento agli scambi del commercio elettronico, si rinvia in particolare a 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*, 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.

¹⁵⁰ Non si tratta di un’elencazione definitiva. Occorre però precisare che per la loro individuazione non rileva l’eventualità che le transazioni tra utenti commerciali e consumatori avvengano in denaro o tramite altre forme di pagamento, né che, anche solo parzialmente, vengano concluse *offline*. In applicazione del principio di neutralità della rete, è altresì irrilevante il tipo di tecnologia impiegata per la fornitura dei servizi di intermediazione. In ogni caso, non vi rientrano i servizi di pagamento *online* (es. Paypal), da considerarsi al più quali servizi ausiliari per la fornitura di beni e servizi; né 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» (art. 1, par. 3, reg. P2B); né i servizi rivolti alle sole relazioni tra imprese, alla luce del mancato coinvolgimento finale dei consumatori; né, di regola, le piattaforme digitali di intermediazione tra pari, c.d. *peer-to-peer*. Con riferimento a quest’ultimo riferimento, tuttavia, si ritiene sia il caso di considerare che applicare tale esclusione in modo generalizzato e acritico possa non costituire la strada preferibile, occorrendo tenere a mente che molte piattaforme *peer-to-peer* appaiono invero riconducibili alla nozione di intermediario descritta dal regolamento. Si pensi in questo senso ad Airbnb, che costituisce un esempio di piattaforma che, seppur proponendosi quale mero strumento di intermediazione tra pari, di frequente si presta a funzionare in presenza di situazioni di asimmetria tra 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 *Europa e diritto privato*, 2, 2017, pp. 667 ss. Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a F. RUGGERI, *Not Always So Peer. New Perspectives on the Potential Application of the P2B Regulation in the Digital*

Tenendo presente tali definizioni, l'efficacia del regolamento presenta ad ogni modo una portata sostanzialmente globale, non assumendo alcuna rilevanza il luogo di stabilimento o di residenza del fornitore dei servizi di intermediazione o dei motori di ricerca *online*, né il diritto altrimenti applicabile, purché (i) i relativi utenti (commerciali) 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 europea¹⁵¹. Condizioni, queste ultime, da intendersi in senso cumulativo e in virtù delle quali l'applicazione della normativa europea si estende ben 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.

2. Predisposizione e modifica unilaterale di termini e condizioni.

L'art. 3 reg. P2B definisce i requisiti di trasparenza sulla cui base un fornitore di servizi di intermediazione *online* è tenuto a determinare i termini e le condizioni dello schema contrattuale cui gli utenti commerciali interessati si limiteranno ad aderire. Si è detto, infatti, come nei rapporti con le piattaforme quali imprese-contrattenti forti siano esse ad occuparsi di predefinirne unilateralmente la struttura e il contenuto.

La norma richiede innanzitutto che i termini e le condizioni vengano redatti in un linguaggio semplice e comprensibile, dovendosi in ogni caso evitare l'utilizzo di frasi o parole fuorvianti, vaghe e non dettagliate¹⁵², nonché che siano facilmente reperibili dagli utenti commerciali già nel corso della fase precontrattuale¹⁵³. Tale

Collaborative Economy, in E. BARGELLI, V. CALDERAI (a cura di), *A Contract Law for the Age of Digital Platforms?*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, pp. 111 ss.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² Si noti però la mancanza di un'apposita indicazione nella norma rispetto 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, par. 2, lett. c), reg. P2B*.

¹⁵³ 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 *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 11-12, 1997, pp. 947 ss.; A. GENOVESE, *L'interpretazione*, *cit.*, pp. 157 ss.

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 consumeristica¹⁵⁴.

Si impone poi di specificare in modo chiaro ed *ex ante* tutte le ragioni giustificative dell'eventuale decisione da parte del fornitore di sospendere, cessare o limitare, anche solo parzialmente, la prestazione dei servizi di intermediazione. Ancora, devono essere indicati i canali aggiuntivi di distribuzione e i programmi affiliati di cui il fornitore può avvalersi per commercializzare i beni e i servizi offerti dagli utenti commerciali¹⁵⁵. Da ultimo, si richiede che il testo negoziale includa 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.

Termini e condizioni non conformi a questi nuovi requisiti generali sono sanzionati con la previsione della nullità, anche solamente parziale, disposta *ex art.* 3, par. 3, reg. P2B¹⁵⁶.

A questi primi requisiti generali di trasparenza si aggiungono 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

¹⁵⁴ In tema, si rinvia *ex multis* a E. BATTELLI, Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale, in *Contratto e impresa*, 1, 2017, pp. 194 ss.

¹⁵⁵ Da intendersi in modo neutro da un punto di vista tecnologico e che possono includere altri siti *web* o altre applicazioni digitali da cui i consumatori possano acquistare i beni o i servizi offerti dagli utenti commerciali.

¹⁵⁶ Il considerando 20 del regolamento precisa sul punto 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».

regolamentare ovvero laddove attribuiscono un vantaggio agli utenti commerciali. Nonché che vengano indicate le informazioni necessarie a conoscere delle condizioni di risoluzione del contratto, che debbono risultare proporzionate e non indebitamente difficili da attuare, e dei contenuti di carattere informativo, forniti o generati da un utente commerciale nell'utilizzo dei servizi di intermediazione *online*, che il fornitore intenda conservare, anche per continuare ad avervi accesso, una volta cessato il rapporto contrattuale.

Diversamente dal terzo paragrafo del precedente art. 3, rispetto a tali previsioni, comunque vincolanti per la piattaforma predisponente, la disciplina del regolamento non si esprime nel senso della nullità. Proprio l'assenza di un riferimento in tal senso, lascia almeno per ora aperta la risposta sulla reale volontà del legislatore europeo di incidere sulla validità del contratto¹⁵⁷.

D'altra parte, lo stesso art. 3, par. 3, reg. P2B, estende invece la sanzione della nullità alle modifiche dei termini e delle condizioni che non intervengano in conformità a quanto previsto dal secondo paragrafo dello stesso articolo.

Coerentemente all'obbligo di assicurare che il contratto sia facilmente reperibile in ogni fase della relazione negoziale, la norma richiede innanzitutto che qualsiasi variazione della lettera del contratto che non sia meramente redazionale, ma che ne alteri il contenuto o il significato, debba essere previamente notificata agli utenti commerciali tramite un supporto durevole e con un preavviso di non meno di quindici giorni¹⁵⁸. A meno che, in tal caso non trovando applicazione alcun

¹⁵⁷ In argomento, *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.

¹⁵⁸ Sul punto, la norma prevede che il preavviso deve corrispondere a un termine ragionevole e proporzionato alle circostanze del caso concreto, rispetto alla cui valutazione occorre considerare la natura e la portata delle modifiche al contratto, nonché la loro effettiva incidenza sull'andamento dell'attività economica degli utenti commerciali. In quest'ottica, la concessione di un tempo superiore a quindici giorni si intende dunque indispensabile laddove le modifiche proposte dai fornitori dei servizi di intermediazione *online* impongano 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. In tal senso si comprende peraltro 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. In generale, a tale termine gli utenti commerciali possono anche decidere di rinunciare, sia in modo espresso, mediante una dichiarazione scritta, che implicitamente, attraverso un comportamento inequivocabile, quale ad esempio la pubblicazione sulla vetrina virtuale della piattaforma di nuovi beni o servizi diretti ai consumatori. Quando il termine eccede i quindici giorni, tuttavia, si presume che il compimento di

termine di preavviso, la piattaforma di intermediazione sia improvvisamente tenuta, 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, par. 4, lett. b), reg. P2B).

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

Ha suscitato una particolare preoccupazione del legislatore europeo la prassi, alquanto diffusa nei contratti con le piattaforme digitali e comprensibilmente contestata dagli utenti commerciali¹⁵⁹, di limitare, sospendere ovvero cessare definitivamente la fornitura dei servizi di intermediazione *online*.

Se già si è detto del relativo obbligo di trasparenza, l'art. 4 reg. P2B determina dunque alcuni ulteriori requisiti, stavolta di tipo procedurale, che conducono a una più compiuta regolazione di tali specifiche vicende di tali relazioni contrattuali.

La norma pone in capo alla piattaforma un nuovo dovere di motivazione della decisione di limitare¹⁶⁰, sospendere o cessare la prestazione dei propri servizi, da trasmettere all'utente commerciale interessato mediante un adeguato supporto durevole. A tal fine il fornitore è chiamato a fare apposito riferimento ai fatti o alle circostanze su cui la propria decisione si fonda, nonché, per verificarne la coerenza, alle ragioni descritte nel contratto ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. c), reg. P2B.

In questo modo, non si vuole negare che il fornitore possa vantare motivi ragionevoli a fondamento del proprio provvedimento, provvisorio o definitivo che sia. Tuttavia, risulta al contempo cruciale tutelare l'interesse dell'utente

una qualsiasi azione positiva di fruizione dei servizi di intermediazione sia meramente funzionale ad evitare un'interruzione eccessivamente prolungata dell'attività commerciale svolta sul *marketplace* e, in quanto tale, di per sé non idonea a configurare una forma di rinuncia tacita al preavviso.

¹⁵⁹ Il rinvio è ancora al documento “Business-to-Business relations in the online platform environment” (*supra*, nota 142).

¹⁶⁰ Ad esempio attraverso forme di oscuramento o di retrocessione nel posizionamento dei beni o dei servizi offerti da un utente commerciale.

commerciale quale parte debole del rapporto a non essere arbitrariamente estromesso dall'utilizzo della piattaforma, dunque a garanzia della necessaria prevedibilità dell'agire della controparte. E ciò soprattutto in considerazione delle conseguenze potenzialmente negative che da tale scelta possono discendere in ordine all'esercizio della propria attività commerciale.

In virtù di quanto disposto dal terzo paragrafo dell'art. 4, la comunicazione di tali motivazioni costituirebbe inoltre il presupposto per l'avvio del procedimento interno di gestione dei reclami di cui all'art. 11 reg. P2B, 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 sulla base della severità della sanzione. La decisione di limitare 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, par. 1, reg. P2B); mentre quella relativa alla completa cessazione dalla prestazione dei servizi di intermediazione *online*, cui consegue la soppressione dei dati forniti per l'utilizzo degli stessi da parte dell'utente commerciale coinvolto, richiede espressamente un preavviso di almeno trenta giorni. Un margine di tempo minimo e certo, da rispettarsi necessariamente prima che la decisione del fornitore possa effettivamente spiegare i suoi effetti. 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 degli utenti commerciali di esercitare i diritti complessivamente riconosciuti loro dal regolamento¹⁶¹.

Da ciò si evince come la cessazione completa della fornitura dei servizi di intermediazione rappresenti la misura più severa che la piattaforma possa adottare nei confronti dell'utente commerciale, in ciò ritenendosi opportuno che tale scelta entri in gioco soltanto laddove non appaia utile intervenire tramite provvedimenti meno rigorosi, in applicazione del principio di proporzionalità¹⁶². In tal senso, dovrebbe pertanto procedersi secondo un progressivo inasprimento delle scelte praticate 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, par. 2, reg. P2B 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; tuttavia, quanto all'utente commerciale è ancora necessario individuare adeguati strumenti di tutela.

¹⁶¹ La norma prevede anche talune ipotesi senza termine: 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 contrattuali. 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».

¹⁶² 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.

4. 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.

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*.

È infatti noto come, in genere, gli utenti della rete tendano a preferire, a parità di caratteristiche, i prodotti o i siti che trovano per primi, più in alto, più evidenti¹⁶³.

Ne discende quindi il forte interesse degli utenti commerciali ad evitare che tale aspetto del rapporto contrattuale con le piattaforme digitali sia soggetto all'applicazione di criteri arbitrari, in quanto tali del tutto imprevedibili o incomprensibili. Incontrando tuttavia un limite nella necessaria considerazione del funzionamento degli algoritmi che comunemente regolano il posizionamento delle offerte degli utenti commerciali, plausibilmente oggetto di un segreto commerciale che il fornitore dei servizi di intermediazione non può che voler mantenere tale.

Si spiega quindi come nella formulazione dell'art. 5 reg. P2B, in materia di *ranking* dei prodotti e dei siti web, sia stato necessario seguire 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 delle piattaforme digitali; 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 economico¹⁶⁴.

¹⁶³ Commission Staff Working Document SWD(2018) 138 fin. "Impact Assessment", p. 13.

¹⁶⁴ Si tratta dei requisiti costitutivi dei segreti commerciali, indicati nel nostro ordinamento dall'art. 98 c.p.i. come da ultimo riformato dal d. lgs. 11 maggio 2018, n. 63, in recepimento della direttiva *Trade Secrets*. In argomento, C. GALLI, *L'attuazione italiana della Direttiva europea sui Trade Secrets tra continuità nella disciplina sostanziale e deviazioni rispetto al testo della Direttiva*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2018, pp. 25 ss., nonché, specialmente, 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.

Così, la norma 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 quindi taluni fattori, quali le caratteristiche dei beni o dei servizi offerti ai consumatori, ovvero la loro presentazione nelle immagini e nelle parole.

Nello stesso senso, ai fornitori viene altresì richiesto di informare circa l'eventuale possibilità per gli utenti commerciali di influire sul risultato relativo al proprio posizionamento attraverso un corrispettivo. La cui corresponsione può trovare compimento sia con il pagamento di un prezzo per il solo o principale scopo di migliorare la propria posizione; sia in forma indiretta, ad esempio accettando di sottostare a vincoli ulteriori come l'utilizzo di particolari servizi accessori proposti dal fornitore.

D'altra parte, a garanzia dei fornitori, la pretesa chiarezza espositiva rispetto all'adempimento di tali prescrizioni non si estende, 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. Il proposito di assicurare un certo grado di prevedibilità dei comportamenti dei fornitori incontra infatti un limite insuperabile proprio nella corrispondente tutela dei loro interessi commerciali. Si ritiene pertanto idonea al rispetto delle previsioni dell'art. 5 reg. P2B una descrizione generale dei parametri di posizionamento tale da consentire agli utenti commerciali di comprendere i meccanismi di formazione del *ranking* e di confrontare le pratiche seguite dai diversi fornitori di servizi di intermediazione sul web. E lo strumento attraverso cui operare tale bilanciamento viene dunque espressamente individuato nella disciplina relativa alla tutela del segreto industriale, ormai armonizzata nell'intera Unione europea attraverso la

direttiva (UE) 2016/943¹⁶⁵, nonché alla luce degli orientamenti espressi dalla Commissione europea all'interno delle apposite linee guida cui si farà approfondito riferimento nel capitolo successivo¹⁶⁶.

5. Il duplice ruolo delle piattaforme: dall'intermediazione alla concorrenza.

Nel contesto in esame può accadere che le piattaforme non si limitino ad eseguire la solita attività di intermediazione, ma si pongano, direttamente o tramite imprese collegate, in concorrenza con gli stessi utenti commerciali che “ospitano”. Rivolgendosi, dunque, allo stesso gruppo di destinatari finali.

In considerazione delle evidenti distorsioni che tale comportamento può ragionevolmente realizzare nel sistema della (leale) concorrenza tra i soggetti del mercato, l'intenzione di ricoprire al contempo il duplice ruolo di prestatori di servizi e venditori richiede oggi di essere espressamente dichiarata.

L'art. 7 reg. P2B interviene pertanto a tutela non solo degli utenti commerciali che ne verrebbero coinvolti, ma del funzionamento del mercato nel suo complesso¹⁶⁷. Al fornitore dei servizi di intermediazione *online* si impone infatti di

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ Si consideri quanto tale modalità operativa possa compromettere la libertà di scelta dei consumatori nella ricerca e nell'acquisto di beni e servizi. Le piattaforme sono in grado di esercitare un notevole potere di controllo dell'utenza, in particolare grazie all'attività di raccolta e di elaborazione dei dati che permettono di 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. In questo senso non appare affatto 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 degli utenti commerciali che controlla, grazie a determinati vantaggi tecnici o economici per l'offerta di beni e servizi di contro negati agli utenti concorrenti. Sul punto, si rinvia 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. Preme infine evidenziare anche in questo passaggio come il regolamento P2B possa complessivamente rappresentare 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

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.

Connessa alla (potenziale) duplice veste delle piattaforme di intermediazione è anche la previsione di cui all'art. 6 reg. P2B, 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 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 turista¹⁶⁸.

Da tale disciplina resterebbero in sostanza esclusi 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 complementarietà.

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*, cit., pp. 59-60.

¹⁶⁸ 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 *Le nuove leggi civili commentate*, 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.

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.

6. L'accesso ai dati.

Notoriamente, il valore dei dati nell'economia delle piattaforme si individua in particolare nella conoscenza delle preferenze e dei consumi degli utenti della rete, così rappresentando probabilmente la più importante fonte e il principale strumento per essere competitivi sul mercato¹⁶⁹.

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 reg. P2B richiede che le piattaforme digitali forniscano agli utenti commerciali una chiara descrizione circa la portata, la natura e le condizioni di accesso ai dati generati tramite e su di esse, nonché del loro utilizzo anche da parte di terzi¹⁷⁰. 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 complessivamente intesa. 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.

¹⁶⁹ 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 *Concorrenza e mercato*, 1, 2016, pp. 29 ss.

¹⁷⁰ Anche questa norma fissa un requisito di trasparenza contrattuale imposto alla piattaforma, non arrivando a riconoscere in capo agli utenti commerciali un più generale diritto di accesso ai dati. Cfr. C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency*, cit., p. 70.

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 commerciale, come si avrà modo di approfondire nel prossimo capitolo. Ma anche i loro contatti, quali indirizzo di posta elettronica o numero telefonico, indispensabili per instaurare un rapporto diretto, che non necessita 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 lampante 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.

La previsione di apposite misure di trasparenza a regolare un aspetto tanto delicato della relazione tra la piattaforma e i suoi utenti commerciali pare perciò essenziale, anche nell'ottica di sostenere una maggiore condivisione dei dati, che può risultare funzionale all'innovazione e alla crescita del mercato nel suo complesso. Tutto ciò, chiaramente, in considerazione e nel rispetto dell'intero quadro normativo europeo in materia di protezione dei dati, nel quale rientrano il regolamento (UE) 2016/679¹⁷¹, la direttiva (UE) 2016/680¹⁷² e la direttiva 2002/58/CE¹⁷³, per questo opportunamente richiamati dallo stesso art. 9 reg. P2B.

¹⁷¹ 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).

¹⁷² 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.

¹⁷³ 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).

7. Le c.d. *parity clauses*.

Ai sensi dell'art. 10 reg. P2B, 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 concorrenti¹⁷⁴. 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 rilevante¹⁷⁵.

Tuttavia il regolamento P2B, 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

¹⁷⁴ A tal fine, si considerano “soggetti concorrenti” sia gli altri *marketplace* presenti sulla rete che il sito *web* privato del singolo utente commerciale.

¹⁷⁵ Sul punto si veda M. COLANGELO, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 1, 2017, pp. 3 ss.

un vero e proprio divieto di tali clausole, come peraltro già previsto da alcuni provvedimenti di carattere nazionale all'interno dell'Unione europea¹⁷⁶. 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.

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

Il legislatore europeo completa il quadro delle nuove 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 tutelava la posizione degli utenti commerciali, in assenza di adeguati meccanismi di gestione dei reclami ovvero di soggetti specializzati a dirimere questioni sorte nell'ambito di questo specifico rapporto contrattuale. Ciò, peraltro, con la garanzia in ogni momento – prima, durante e anche a conclusione del procedimento stragiudiziale – di poter preferire, e adire, l'autorità giudiziaria competente.

L'art. 11 reg. P2B impone alle piattaforme di strutturare dei sistemi interni¹⁷⁷ di gestione dei reclami per garantire agli utenti commerciali, anche quando destinatari dei provvedimenti di limitazione, sospensione o cessazione dei servizi (*supra* § 3 di questa Sezione), un accesso gratuito e (facilmente) praticabile a possibilità di ricorso immediate, idonee ed efficaci al conseguimento di un accordo. Da conseguire peraltro entro «un lasso di tempo ragionevole», naturalmente da considerare in base all'importanza e alla complessità di ogni singolo reclamo.

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ Il considerando 39 del regolamento precisa che l'utilizzo di tale termine non sia da intendersi 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.

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) i 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 che l'utente commerciale intenzionato a proporre reclamo ne abbia anche 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. Nonché 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 deve essere data conoscenza diffusa tramite la pubblicazione, con verifica e aggiornamento a cadenza almeno annuale, di informazioni rilevanti, quali 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, specie 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 intermediazione¹⁷⁸.

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 comprendendovi quei reclami che non sia stato possibile risolvere ai sensi del precedente art. 11. Trova così significativo consolidamento il quadro delle tutele irrinunciabili che l'ordinamento europeo pone a disposizione dei soggetti del mercato.

A tal fine, l'art. 12 reg. P2B esige che il fornitore indichi nel contratto i nominativi di almeno due mediatori con cui sia disposto ad impegnarsi in caso di necessità¹⁷⁹. 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 agevolarne il processo, il cui avvio rimane in ogni caso vincolato alla comune volontà delle parti interessate e, come detto, non impedisce di procedere in via giudiziale. Anche in tal senso, le piattaforme devono sempre 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

¹⁷⁸ C. BUSCH, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "Procedural Turn" in EU Platform Regulation?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2020, p. 134.

¹⁷⁹ 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.

aumentare le probabilità di successo, in quanto tale rapido e soddisfacente, di questi meccanismi di giustizia alternativa.

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. Si intende così 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/CE¹⁸⁰. Con ciò restando naturalmente impregiudicato 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 rivolgersi al giudice nazionale competente, il regolamento introduce all'art. 14 un'innovativa legittimazione ad agire in capo ad organizzazioni, associazioni o persone giuridiche pubbliche

¹⁸⁰ 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.

rappresentative di utenti commerciali¹⁸¹. 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 utenti¹⁸².

9. Una prima conclusione.

Come evidenziato a più riprese, il regolamento *Platform-to-Business* 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 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 tutela.

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

¹⁸¹ 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, parr. 3-5, reg. P2B).

¹⁸² C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency*, cit., p. 73.

modeste dimensioni¹⁸³. 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 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 consumatori¹⁸⁴, 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 dall'Osservatorio sull'economia delle piattaforme *online*, che sottoporrà pareri e relazioni alla

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ 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).

Commissione europea come previsto dall'art. 18 reg. P2B¹⁸⁵; 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 agire da regolatori¹⁸⁶. Perciò apparendo, in sostanza, che il Regolamento costituisca uno strumento di regolazione di regolatori privati¹⁸⁷.

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 consumatori¹⁸⁸.

In questo contesto, ormai ampiamente delineato, occorre pertanto progredire nell'indagine per comprendere, innanzitutto, le fattispecie più controverse che le dinamiche dell'economia delle piattaforme presentano, nonché, successivamente, le effettive modalità di tutela delle imprese.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ Ad esempio attraverso l'elaborazione di codici di condotta come previsto dall'art. 17 reg. P2B, 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.

¹⁸⁷ Cfr. F. CAFAGGI, *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2006, pp. 9 ss.

¹⁸⁸ C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO, H. MICKLITZ (a cura di), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standard, Contracts and Codes*, Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 115 ss.

Capitolo II

Fattispecie tipiche del contesto digitale: i comportamenti abusivi

SOMMARIO: 1. Prima fase: l'analisi del *factum*. – 2. Le regole di posizionamento. – 2.1. Pratiche di *self-preferencing* e primi esempi di una casistica nuova. – 3. I provvedimenti escludenti, temporanei o definitivi. – 4. La reputazione di imprese e professionisti. – 4.1. Funzioni e rischi dei sistemi reputazionali digitali. – 5. La portabilità dei dati: per uno schema generale.

1. Prima fase: l'analisi del *factum*.

Lo studio di un fenomeno nuovo richiede all'interprete di riconoscere e comprendere le forme, le ragioni e le caratteristiche con cui esso si manifesta ai suoi occhi. Quello delle piattaforme digitali e del loro potere contrattuale nei confronti degli utenti commerciali, che il discorso sino ad ora presentato ha tentato di descrivere e contestualizzare il più compiutamente possibile, non è estraneo a questa esigenza.

L'indagine sul fatto, o meglio sui fatti, che trova spazio in questa sede è pertanto prodromica a procedere nel ragionamento con la ricerca delle regole di diritto applicabili a taluni comportamenti che non sempre costituiscono oggetto di completa e puntuale considerazione da parte del legislatore¹. Un'attività, questa, di individuazione del "caso del diritto", per cui si intende «l'impossessarsi dei fatti, il prenderli dentro la norma per conferire ad essi un significato che altrimenti non

¹ N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, pp. 55 ss. e in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 5 ss., spiega che il fatto è tale in quanto elaborato dal pensiero: «il fatto non pensato è un nulla [...] il fatto non è concepibile al di fuori della scelta, compiuta dal pensiero. Fatto significa fatto scelto, isolato dall'uomo nello spazio e nel tempo». Sul significato di "fatto", già le definizioni di F. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1943, pp. 23-24, per cui «fare è l'espressione attiva del divenire, si dice fatto per denotare qualcosa che si fa e pertanto diviene. La nozione del fatto è, come quella dell'oggetto, relativa in quanto dipende [...] non solo dai limiti che l'osservatore deve, ma da quelli altresì che vuole imporre alla sua osservazione», o di G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 11-12, 1951, p. 410, che lo intende come segue: «il "fatto" è un concetto che la nostra mente costruisce, isolando, per così dire, nel moto continuo del divenire, in cui tutto è evento o serie di eventi e quindi di conseguenze, una parte degli eventi stessi e unificandoli».

avrebbero»² e che si presenta parimenti composto da due elementi complementari e necessari: *factum* e *ius*³.

È solo attraverso il processo di giuridicizzazione del fatto⁴, di adeguamento, può dirsi, della fattispecie concreta alla fattispecie astratta⁵, che questo diventa rilevante per il diritto, acconsentendo all'applicazione di una norma e di un relativo effetto. Altrimenti restando per l'ordinamento giuridico un evento «privo di forma e di significato»⁶.

Sotto il profilo metodologico, l'intento è pertanto quello di proporre e analizzare una serie di comportamenti tipici, ricorrenti e pertinenti nell'ambito dei rapporti tra imprese dell'economia digitale, di cui poter individuare, in seconda battuta, la disciplina eventualmente applicabile. In particolare, delle fattispecie potenzialmente abusive che trovano compimento nelle relazioni P2B, la cui esemplificazione è già iniziata ad emergere nella spiegazione della normativa europea di riferimento, e che si vuole qui approfondire secondo uno schema più articolato.

2. Le regole di posizionamento.

Nel capitolo precedente è stato già anticipato che il posizionamento di un bene o di un servizio consiste nella rilevanza relativa ad esso attribuita dalla piattaforma

² N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, p. 152.

³ Il rinvio è già a G.W. VON LEIBNIZ, *De casibus perplexis in iure*, 1666, in C.M. DE IULIIS (traduzione italiana a cura di), *I casi perplessi in diritto*, Giuffrè, Milano, 2014.

⁴ È giuridico quel fatto storico che sia conforme a una fattispecie normativa, ovvero al modo, alla forma, con cui esso è contemplato dal diritto in quanto possibile, e di conseguenza riconoscibile e classificabile. Il concetto e il nome di fattispecie si incontra origine nella definizione di norma data da E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova, 1928, p. 35, quale «precetto ipotetico, ossia condizionato, il quale consta di una previsione (condizione) e di una corrispondente disposizione o statuizione. In essa, vale a dire, a) si prevede in astratto e in generale una data ipotesi di fatto o fattispecie; b) si dispone un correlativo trattamento giuridico: si statuisce cioè che ogni volta che si verifichi tale fattispecie, debba aver luogo un corrispondente determinato effetto».

⁵ M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 30-31.

⁶ Così, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2014, pp. 36 ss. Cfr. anche G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, pp. 7 ss., che descrive a sua volta, nello stesso senso, come il fatto sia di per sé «grezzo e informe», divenendo “caso” soltanto quando ordinato secondo gli schemi del diritto.

digitale su cui è «illustrato, organizzato o comunicato [...] a prescindere dai mezzi tecnologici usati» (art. 2, n. 8, reg. P2B)⁷.

Determinato per mezzo dell'elaborazione algoritmica di dati, il modo in cui un certo bene o servizio proposto al pubblico si posiziona all'interno di una vetrina virtuale, ovvero il punto in cui si colloca tra le pagine del catalogo di vendita della piattaforma, ha un impatto fondamentale sulle scelte dei consumatori. Dunque, di riflesso, sul successo commerciale dell'utente che si impegna nella sua offerta sul mercato virtuale⁸.

In questo senso, si comprende come la *ratio* dell'art. 5 reg. P2B debba essere individuata nella necessità di aumentare, in favore degli utenti commerciali, il grado di prevedibilità dei metodi di determinazione dei *ranking* da parte delle piattaforme; così da poter anche, eventualmente, ottimizzare la visualizzazione di quanto sia oggetto della propria proposta commerciale. Occorre infatti assicurare gli utenti dalle decisioni arbitrarie, improvvisate o ingiustificate, dei fornitori dei servizi di intermediazione in rete, il cui potere può tendere sotto questo profilo a situazioni di abuso⁹.

Le piattaforme sono perciò tenute a spiegare in modo significativo – ossia tenendo conto «della natura, della capacità tecnica e delle esigenze degli utenti «medi» di un determinato servizio» – i loro meccanismi di posizionamento nonché, soprattutto, i principali parametri utilizzati a tal fine, da descrivere in un linguaggio semplice e comprensibile, che faccia ricorso a formule tecniche o particolarmente dettagliate soltanto quando si può presumere che sia il loro stesso destinatario a pretenderle ovvero, in ogni caso, che sia in grado di capirne il contenuto¹⁰.

L'individuazione dei parametri maggiormente rilevanti è utile per conoscere, tra i tanti astrattamente impiegabili, quelli che possono avere un maggior impatto sul posizionamento, invero difficilmente definitivo, di ciascun bene o servizio¹¹.

⁷ In ciò si esprime il principio di neutralità tecnologica, con la conseguenza che non interessa rilevare quale specifica tecnologia sia stata concretamente utilizzata in un processo di posizionamento per poter verificare il modo in cui sia stato determinato il *ranking* di una piattaforma.

⁸ Commission Staff Working Document SWD(2018) 138 fin., “Impact Assessment”, p. 13.

⁹ 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, p. 4.

¹⁰ *Ivi*, pp. 16-17.

¹¹ Il riferimento ai “principali parametri” di *ranking* determinati da sistemi algoritmici si ritrova anche nell'art. 29 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a

Può dipendere da fattori diversi, ad esempio l'intenzione di permettere ai consumatori di trovare ciò che vogliono in base alla posizione, al prezzo o alla qualità del prodotto, specie quando viene lasciata loro la possibilità di applicare determinati filtri di ricerca.

E può riferirsi alla personalizzazione delle offerte, per cui vengono in rilievo fattori quali i profili personali dei consumatori, i loro interessi, comportamenti o orari di ricerca, la loro ubicazione, l'utilizzo di blocchi di *cookie* o qualsiasi altra fonte di informazione, conseguendone che ciascun consumatore visualizzerà il

un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE (COM(2020) 825 def.), c.d. Digital Services Act o DSA. Tale norma impone alle «piattaforme online di dimensioni molto grandi» di specificare «in modo chiaro, accessibile e facilmente comprensibile» i principali parametri (eventualmente) utilizzati in un c.d. sistema di raccomandazione, che l'art. 2, lett. o), della stessa proposta DSA definisce come «un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire ai destinatari del servizio informazioni specifiche tramite la propria interfaccia online, anche in base ad una ricerca avviata dal destinatario o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate». Nel considerando 62 della proposta di regolamento si spiega infatti come un elemento essenziale dell'attività delle piattaforme digitali sia individuabile nel modo in cui le informazioni vengono messe in ordine di priorità e, dunque, presentate, raccomandate, al destinatario di un servizio. In ciò si spiega come tali sistemi possano quindi incidere sulla capacità di un soggetto di reperire una certa informazione, nonché interagire con essa non solo nel contesto della singola piattaforma. C. BUSCH, V. MAK, *Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2021, p. 114, evidenziano come questa definizione sia idonea a coprire anche il posizionamento automatico di cui all'art. 5 reg. P2B, con la conseguente sovrapposizione delle rispettive discipline di imposizione di obblighi di trasparenza. Le quali, da un lato, appaiono effettivamente simili; dall'altro, potrebbero tendere verso finalità di regolazione non del tutto congruenti, in quanto, affermano i due Autori, mentre il regolamento P2B promuove l'equità e la trasparenza delle relazioni tra piattaforme e utenti commerciali, i requisiti della proposta DSA si sovrappongono al contempo con la disciplina più strettamente consumeristica, in particolare con l'art. 7, par. 4 *bis*, della direttiva 2005/29/CE (c.d. Unfair Commercial Practices Directive o UCPD), nonché con il punto 11 *bis* dell'Allegato I alla stessa direttiva, e con l'art. 6 *bis*, par. 1, lett. a), della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, che costituiscono aggiunte realizzate dalla direttiva (UE) 2019/2161 (c.d. Modernisation Directive), a tutela dei consumatori da *ranking* ingannevoli. In argomento, cfr. R. MONTINARO, *Online Platforms: New Vulnerabilities to Be Addressed in the European Legal Framework. Platform to Consumer Relations*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2, 2020, pp. 53 ss.; A.R. LODDER, J. MORAIS CARVALHO, *Online Platforms: Towards an Information Tsunami with New Requirements on Moderation, Ranking, and Traceability*, in *European Business Law Review*, vol. 33, n. 4, 2022, pp. 537 ss. Tra queste, tuttavia, non sembrerebbe chiaro verso quale direzione intenda andare il regolamento DSA, sorgendo il dubbio di come inquadrarlo sotto il profilo regolatorio. Da questo punto di vista sembra però doversi ricordare che, in entrambi i casi, il fine ultimo del legislatore europeo è come noto rappresentato dalla garanzia di efficienza del mercato e, in ogni caso, da ultimo, di tutela degli utenti finali, con ciò ritenendosi che si possa evitare che l'aumento del numero di regole dedicate alla trasparenza algoritmica, almeno finché tendenzialmente coerenti tra loro, possa creare eccessiva confusione e, di riflesso, problemi applicativi. Cfr. la Comunicazione della Commissione (2021/C 526/01) "Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno", pp. 90 ss.

“proprio” *ranking* sulla base del risultato, personalizzato, dell’applicazione di tali fattori. Ma può altresì imputarsi alla presenza di (un numero o punteggio minimo di) recensioni, anche su piattaforme diverse; al c.d. *multi-homing*, ovvero alla presenza di un utente commerciale su più piattaforme, che può essere inteso come indice di particolare qualità o importanza dello stesso¹²; alla randomizzazione, cioè alla parziale organizzazione della rilevanza relativa di beni e servizi in modo casuale; a criteri determinati, come il successo di un’offerta nell’arco di un certo periodo di tempo, sulla cui quantificazione decidere se eventualmente arretrarne il posizionamento; o ancora al caso in cui vengano utilizzati dei servizi accessori del fornitore, ad esempio nell’ipotesi in cui la velocità di consegna rappresenti un parametro principale di determinazione del posizionamento e la piattaforma offra un servizio di evasione dell’ordine più rapido rispetto ai tradizionali corrieri o servizi postali¹³.

Nonché, obbligatoriamente, alla possibilità di influire sul posizionamento a fronte di un corrispettivo, diretto o indiretto, ovvero, come chiarisce il considerando 25 reg. P2B, se si riferisce rispettivamente «ai pagamenti effettuati allo scopo principale o unico di migliorare il posizionamento [...] o] sotto forma di accettazione, da parte di un utente commerciale, di obblighi aggiuntivi di qualsiasi genere che possono avere questo come effetto pratico». Tra i primi, i pagamenti di commissioni per aumentare la rilevanza relativa o quelli, *una tantum* o regolari, per mettere in evidenza un prodotto; tra i secondi, opportunità come la partecipazione a programmi premio o di fidelizzazione organizzati dalla piattaforma, l’offerta di acquisti in-app, la conclusione di accordi di esclusiva o la concessione di un accesso o utilizzo più ampio dei dati generati dall’utilizzo dei servizi di intermediazione¹⁴.

Di ciascuno di tali fattori occorre pertanto illustrare, ed eventualmente aggiornare costantemente, modalità applicativa e impatto sul *ranking*. Sempre: i fornitori non possono in nessun caso rifiutarsi di indicare i parametri attraverso cui

¹² In particolare, sul punto, si veda lo studio della Commissione “Support to the Observatory for the Online Platform Economy”, 2021, pp. 38 ss.

¹³ Comunicazione (2020/C 424/01), pp. 9 ss. Un elenco esaustivo ma non tassativo di parametri di posizionamento è contenuto nell’Allegato I alla stessa Comunicazione, pp. 21 ss.

¹⁴ Allegato II alla Comunicazione (2020/C 424/01), pp. 25-26.

viene determinato il posizionamento, ad esempio perché considerati informazioni sensibili sotto il profilo commerciale.

Sotto questo profilo, la tutela prestata dalla disciplina armonizzata in materia di segreto industriale incontra infatti un limite nella necessità di garantire la trasparenza dei criteri utilizzati per il funzionamento del relativo algoritmo, sebbene non venga al contempo richiesto di divulgare nel dettaglio gli aspetti più tecnicamente propri del modo in cui l'algoritmo svolge la sua funzione¹⁵. Ciò, si ritiene, (anche) in quanto, come tipicamente accade e si afferma con riferimento agli strumenti di tutela della proprietà intellettuale, in mancanza di tale garanzia la piattaforma rischierebbe di perdere il vantaggio competitivo rappresentato dalla conoscenza esclusiva e riservata della tecnologia a disposizione. E, così, l'incentivo a continuare a investire nello sviluppo di tali sistemi, la cui riuscita innesca quella reazione a catena che permette la maggiore soddisfazione tanto del consumatore, quanto dell'utente commerciale.

Ancora una volta, il successo della piattaforma è il successo dei suoi, diversi, gruppi di utenti.

Alla luce di quanto ricordato, appare dunque comprensibile il motivo per cui gli utenti commerciali abbiano interesse e bisogno di rapportarsi a piattaforme che ne permettano e supportino le attività di ottimizzazione del *ranking*, in particolare condividendo informazioni e metodi utili a migliorare la propria posizione in classifica. D'altra parte, la realtà fotografa termini e condizioni dal contenuto generalmente opaco e vago; parametri incerti, specie con riferimento ai pagamenti per un posizionamento più elevato o più visibile, e soggetti a modifiche improvvise e imprevedibili; forti timori di venire declassati o oscurati nelle ricerche dei consumatori. In sostanza, un rischio concreto e significativo di non riuscire a prevedere in alcun modo il comportamento della piattaforma¹⁶.

¹⁵ Lo stesso approccio si individua, specularmente, al considerando 23 della Modernisation Directive.

¹⁶ Commission Staff Working Document SWD(2018) 138 fin. "Impact Assessment", p. 14.

La quale, in uno scenario tanto incerto, potrebbe invero tenere delle condotte abusive, tali da ripercuotersi negativamente sull'andamento commerciale del soggetto coinvolto¹⁷.

Occorre evidenziare quali.

Innanzitutto, la modifica arbitraria del *ranking*. Si pensi al caso in cui dalla mancanza di trasparenza dei parametri, specie se principali, discenda l'impossibilità per l'utente commerciale di comprendere come migliorare il proprio posizionamento, quindi quali decisioni o strategie adottare nello svolgimento della propria attività di impresa. In particolare, quando il proprio sforzo si concentra sul criterio probabilmente più significativo: il pagamento di un prezzo. Con il rischio che all'attività compiuta dall'utente commerciale corrisponda un comportamento della piattaforma non riconducibile al (non) contenuto del contratto: tanto più vago e opaco il linguaggio utilizzato – a maggior ragione in assenza di appositi requisiti imposti per legge –, quanto più difficile accertare che l'eventuale arretramento o cancellazione da una vetrina virtuale non sia dipeso dall'inadeguatezza dell'agire dell'utente ma dall'esercizio sleale di un potere da parte del fornitore. Oppure, al contrario, che non sia stato riconosciuto un incremento di posizione che il rispetto di taluni parametri avrebbe dovuto realizzare¹⁸.

Lo squilibrio di potere a vantaggio della piattaforma rende in sostanza astrattamente possibile che gli utenti perdano del tutto il controllo delle modalità di presentazione dei loro beni e servizi al pubblico.

In secondo luogo, pur poggiando sul medesimo presupposto, il trattamento differenziato tra le offerte¹⁹, la discriminazione dei risultati di posizionamento per

¹⁷ A. MUNDT, *Algorithms and Competition in a Digitalized World*, in *CPI Antitrust Chronicle*, July 2020, pp. 2 ss.

¹⁸ *Ivi*, p. 81, ove si riporta la prospettiva degli utenti commerciali, ovvero l'urgenza della fissazione di criteri di trasparenza «*to make informed and substantiated complaints towards the platforms*».

¹⁹ L'art. 102, lett. c), TFUE lo definisce in termini di abuso in quanto vengano applicate «nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza». Cfr. CGUE, sentenza del 17 luglio 1963, causa C-13/63, *Repubblica italiana c Commissione della Comunità economica europea*, ECLI:EU:C:1963:20. I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, vol. 38, n. 1, 2019, pp. 457-458, nota tuttavia che la diversità di trattamento tra gli utenti è in un certo senso connaturata al funzionamento dei *ranking* e alle modalità di determinazione degli stessi, dovendosi considerare tutti i molteplici interessi – specie nelle piattaforme a più versanti – in gioco. Difatti, mentre un utente commerciale vorrà vedersi collocato nel punto più visibile di una vetrina virtuale, la piattaforma dovrà necessariamente assicurarsi che questa opzione risponda alle richieste e ai bisogni

mezzo dell' algoritmo. In particolare, si pensi a quella situazione di abuso che si concreta nell' adozione di pratiche di trattamento preferenziale o *self-preferencing* ovvero di favore verso terzi che appartengono alla stessa impresa-piattaforma²⁰.

2.1. Pratiche di *self-preferencing* e primi esempi di una casistica nuova.

L' ipotesi che una piattaforma digitale, oltre che come regolatore, si comporti al contempo da concorrente delle imprese operanti in un certo mercato, potendo in questa duplice veste favorire senza eccessive difficoltà tecniche la propria offerta di acquisto ai consumatori, costituisce una forma di c.d. *leveraging*, cioè di espansione del potere di mercato già detenuto rispetto a un determinato bene o servizio verso un altro mercato più o meno contiguo. Nello specifico, si considera un' integrazione di tipo verticale, sicché la piattaforma che detiene una posizione dominante nel mercato a monte (di intermediazione) può agevolmente estendere o insinuare questo stesso potere nel mercato a valle (di vendita)²¹.

È innanzitutto il caso di specificare che non si tratta di un comportamento necessariamente contrario alle regole della libera concorrenza²². Una strategia di *self-preferencing* viene infatti considerata abusiva soltanto in quanto produca effetti

dei consumatori. Appare dunque sostanzialmente impossibile richiedere che sotto questo profilo una piattaforma possa essere *fair*, ovvero che il posizionamento possa essere descritto come un' attività neutrale, imparziale o oggettiva.

²⁰ L' attenzione a questo profilo si riscontra ulteriormente, in continuità con le previsioni del regolamento P2B, nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali) (COM(2020) 842 def.), c.d. Digital Markets Act o DMA. L' art. 6, par. 1, lett. d), della proposta dispone il divieto per il c.d. *gatekeeper* di trattare in modo più favorevole in termini di posizionamento i servizi e i prodotti che egli stesso offre, nonché quelli di soggetti che appartengono alla stessa impresa, rispetto a servizi e prodotti analoghi offerti da terzi; nonché l' obbligo di realizzare il posizionamento applicando condizioni eque e non discriminatorie. Come puntualizzato da M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell' utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impresa*, 3, 2021, pp. 941-942, la ratio di tale disposizione si individua nell' intenzione di «assicurare che l' impresa-piattaforma non possa in alcun modo esercitare il proprio potere regolatorio per accaparrarsi un vantaggio che trascende ogni valutazione in termini di *competition on the merits*».

²¹ J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era. Final Report*, DG Concorrenza della Commissione europea, 2019, pp. 65 ss. Si consideri peraltro come l' ingresso nel mercato a valle da parte dell' impresa forte nel mercato a monte rappresenti una forma di *free-riding* in quanto essa non svolge alcun ruolo, né sopporta i relativi rischi, nella produzione di effetti di rete.

²² Cfr. Trib. UE, Grande Sezione, sentenza del 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2007:289.

escludenti di taluni soggetti o prodotti dal mercato²³, la cui prova sarebbe peraltro a carico della piattaforma, per rafforzare ulteriormente la propria posizione di forza nei diversi mercati interessati. Ciò, specialmente in relazione alla percezione del suo ruolo da parte dei consumatori, ai cui occhi l'impresa dominante può apparire come l'unico soggetto a cui rivolgersi²⁴. Oppure, si è detto, quando viene messa in pratica da un *gatekeeper*²⁵.

In genere, secondo la prospettiva economica, un fornitore di servizi di intermediazione *online* può essere portato ad adottare queste tecniche di trattamento preferenziale soprattutto in quanto tendenzialmente in grado di controllare l'accesso alle informazioni e/o il flusso delle stesse, ovvero il capitale informativo che tale ruolo notoriamente gli garantisce. A costo, tuttavia, di compromettere il grado di partecipazione degli utenti commerciali alla produzione di valore per la piattaforma stessa: questi, svantaggiati dalla perdita e di profitto e di fiducia, verrebbero infatti disincentivati a svolgervi la propria attività di vendita, potendo così provocare una riduzione, più o meno significativa, del traffico di utenti attivi sulla piattaforma; nonché, di riflesso, della sua capacità attrattiva sul mercato. D'altra parte, si segnala anche come tale rischio, per quanto astrattamente concreto, non susciti reale preoccupazione alla *governance* di quelle piattaforme digitali che godono di una posizione di forza, in particolare sull'assunto che perché siffatte conseguenze prendano forma occorre (troppo) tempo²⁶.

Innanzitutto, lo stato di asimmetria informativa a vantaggio della piattaforma può infatti ostacolare il riconoscimento da parte degli utenti del mercato a valle della messa in atto di strategie di *self-preferencing*. In secondo luogo, anche quando

²³ R. MORO VISCONTI, *Danno antitrust e piattaforme digitali*, in *Il diritto industriale*, 1, 2021, p. 9, sottolinea come la realizzazione di abusi escludenti incida negativamente sul benessere collettivo in quanto impedisce l'ingresso nel mercato ovvero lo sviluppo di soggetti (potenziali o attuali) rivali dell'impresa – la piattaforma – dominante. In questo senso, anche I. GRAEF, *cit.*, p. 463, precisa che «*exclusionary behaviour indirectly harms consumers through the foreclosure of rivals from the market thereby diminishing competition on parameters such as price, quality, and innovation*».

²⁴ A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2021, p. 422.

²⁵ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, proposta DMA, una piattaforma è designata come *gatekeeper* se: «a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività [...]».

²⁶ P. BOUGETTE, O. BUDZINSKI, F. MARTY, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 67, n. 2, 2022, p. 7.

effettivamente ravvisabili, e a maggior ragione secondo una prospettiva di breve periodo, tende a prevalere lo stato di dipendenza economica, in virtù del quale «*staying on the marketplace may still be better than leaving*»²⁷. Le ragioni sono varie, quali la presenza di costi di transizione proibitivi, l'impedimento dell'interoperabilità tra servizi alternativi o le clausole contrattuali di esclusiva utili a generare effetti di *lock-in*²⁸.

3. I provvedimenti escludenti, temporanei o definitivi.

Il potere di una piattaforma di condizionare, in maniera più o meno incisiva, l'attività degli utenti commerciali nella presentazione di prodotti o servizi ai consumatori non si limita alla determinazione dei criteri di posizionamento, poi materialmente affidato alla decisione algoritmica, ma si estende alla possibilità di sospendere o limitare temporaneamente ovvero cancellare definitivamente un certo utente o l'oggetto della sua offerta.

Con il rischio, non a caso preso in debita considerazione del legislatore europeo agli artt. 3, par. 1, lett. c) e 4 reg. P2B, che ciò possa avvenire abusando di questo potere.

Ebbene, i descritti obblighi di trasparenza e motivazione rappresentano un primo significativo passo a maggiore garanzia dei soggetti deboli di tali relazioni. Tuttavia, in applicazione del principio di proporzionalità, che già guida la scelta della misura, in ordine progressivo di gravità, dall'esclusione temporanea a quella definitiva, che costituirà la risposta a quei comportamenti dell'utente commerciale che ne giustificano l'adozione in base alla previsione contrattualmente regolata, sembra potersi evidenziare un'importante, ulteriore, necessità. Ovvero che tali provvedimenti non debbono poter rappresentare dei meccanismi utili all'impresa-piattaforma per perseguire in modo assolutamente arbitrario scopi di estromissione o limitazione dell'attività degli utenti commerciali, in tal modo rappresentando,

²⁷ *Ivi*, p. 8.

²⁸ Cfr. F.M. SCOTT MORTON, G.S. CRAWFORD, J. CRÉMER, D. DINIELLI, A. FLETCHER, P. HEIDHUES, M. SCHNITZER, K. SEIM, *Equitable Interoperability: The "Super Tool" of Digital Platform Governance*, in *Digital Regulation Project of the Tobin Center for Economic Policy at Yale*, Policy Discussion Paper n. 4, 2021, pp. 1 ss.

piuttosto, il presupposto, eventualmente anche rispettoso della disciplina *Platform-to-Business*, di una forma di distorsione del mercato a violazione delle regole della concorrenza.

In questo senso, può dunque ritenersi ravvisabile una situazione di abuso del potere contrattuale in tutte quelle decisioni della piattaforma che presentano un effetto escludente, che non siano supportate da un effettivo disallineamento tra la cattiva condotta dell'utente commerciale coinvolto, da un lato, e lo scopo di crescita e di buon funzionamento del sistema economico-imprenditoriale da essa proposto e gestito, dall'altro²⁹.

4. La reputazione di imprese e professionisti.

Le valutazioni (*rating*) e le recensioni (*review*) pubblicate sulle piattaforme digitali, e così reperibili da chiunque vi faccia accesso, compongono il capitale reputazionale non solo delle piattaforme stesse, ma anche e soprattutto dei loro utenti, di chi le realizza come di coloro a cui si riferiscono.

Le prime si caratterizzano per l'indicazione di un punteggio sulla base della determinata scala (espressa dall'utilizzo di cifre o simboli, solitamente stelle) proposta da ciascuna piattaforma; le seconde per la messa a disposizione di una casella di testo ove elaborare un commento indirizzato a un determinato utente. Alle valutazioni e recensioni autonomamente formulate e pubblicate da un singolo utente si affiancano le c.d. valutazioni aggregate o consolidate, effettuate dalle piattaforme, che di esse ritraggono una considerazione d'insieme mostrando un punteggio comprendente tutti gli aspetti più rilevanti di un certo prodotto o servizio. Così, per un verso, conferendo maggior valore all'informazione finale, specie utilizzando informazioni esclusivamente in proprio possesso come specifiche statistiche riferite all'attività che ogni utente svolge sulla piattaforma; per l'altro, mitigando l'*overload* informativo di un utente che si trovi di fronte a un numero (potenzialmente) indefinito (e in quanto tale frequentemente confusionario o contraddittorio) di valutazioni e recensioni altrui³⁰.

²⁹ M.W. MONTEROSSO, *cit.*, pp. 949-950.

³⁰ 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*

Nelle piattaforme dell'economia collaborativa³¹, in cui di regola l'incontro tra domanda e offerta di beni e servizi interessa soggetti in posizione di parità (*peer-to-peer*)³², le parti di ciascun rapporto sono chiamate a commentare reciprocamente l'altrui prestazione. Così, nel tempo, contribuendo alla costituzione e al progressivo aggiornamento del rispettivo profilo-utente, quale prodotto dell'insieme di informazioni che li riguardano all'interno di un determinato mercato virtuale. Si pensi in particolare all'interazione che coinvolge conducenti e passeggeri (Uber) o *host* e viaggiatori (Airbnb), ai quali la piattaforma chiede – ma non impone – di valutarsi a vicenda una volta che sia compiuta la corsa o terminato il soggiorno.

Nelle piattaforme specificamente rivolte alla sola pubblicazione di recensioni riferite a imprese ricettive (alberghi, motel, bed and breakfast), attività di ristorazione (ristoranti, bar) o professionisti (medici, dentisti, architetti), è il soggetto che del relativo servizio ha usufruito a pubblicare un proprio giudizio, salva la tendenziale possibilità del controinteressato di rispondere, specie per contestarlo, al commento ricevuto. In questo contesto, dunque, la bilancia risulta pendere sensibilmente verso il lato della domanda, il cui gruppo di utenti è in grado di definire la proposta di un offerente, in modo spesso più incisivo di quanto questo possa fare da sé. Il riferimento è in particolare a siti come Tripadvisor o Yelp, sui quali chiunque può liberamente accedere per lasciare un commento.

and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 223 ss., che sottolinea d'altra parte come possano in tal modo influenzare le scelte dei consumatori e che «[t]he use of consolidated ratings thus takes into consideration the problems of bounded attention and bounded rationality and increases the salience (i.e. the cognitive accessibility) of the most important information».

³¹ La letteratura in argomento è ormai vastissima. Per un inquadramento, tra i tanti, si segnalano, G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2015, pp. 245 ss.; S. RANCHORDÁS, *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy*, in 16 *Minnesota Journal of Law Science & Technology* 1, 2015; G.M. ECKHARDT, F. BARDHI, *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, in *Harvard Business Review*, 2015; D. DI SABATO, *La prassi contrattuale nella sharing economy*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 3, 2016, pp. 451; V. MAK, *Private Law Perspectives on Platform Services. Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, pp. 19 ss.; R. CALO, A. ROSENBLAT, *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, in 117 *Columbia Law Review* 1623, 2017; V. HATZOPOULOS, S. ROMA, *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, n. 1, 2017, pp. 81 ss.; M. INGLESE, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, Cham, 2019.

³² Da intendersi nel senso indicato da A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2017, p. 668, nota 4, che descrive la parità «come assenza di gerarchia e orizzontalità».

Da ultimo, anche nelle piattaforme di *e-commerce* per l'acquisto di beni e servizi il consumatore ha la possibilità di rendere pubblica la propria opinione su quanto acquistato, oltre che dei servizi accessori, ad esempio la consegna di un prodotto, spesso offerti in proprio dall'intermediario, che diventa così a sua volta oggetto del giudizio. Come per le piattaforme di recensione, anche in questo caso il ruolo del gruppo di utenti qui rappresentato dai consumatori è decisivo nel determinare la capacità e la qualità della presentazione al pubblico degli utenti commerciali, soprattutto se non già o altrimenti noti; ma anche, eventualmente, della piattaforma stessa³³. Si ricordano soprattutto Amazon Marketplace o Booking, che, eseguita una consegna o concluso un soggiorno, si rivolgono – ma anche in queste sedi tale passaggio non è previsto come obbligatorio – al cliente per ottenere un *feedback*.

Si tratta, dunque, di un fenomeno che caratterizza l'intera economia delle piattaforme, pur non nascendo con essa³⁴.

Il ruolo di recensioni e valutazioni nella costruzione della reputazione di un determinato soggetto corrisponde infatti a quanto nel mondo reale avviene tramite il passaparola.

Nell'ambito dell'esercizio di attività commerciali, la reputazione, da considerarsi quale stima, considerazione, benevolenza sociale di cui un soggetto

³³ Completamente diversa la circostanza in cui il portale di acquisto di un prodotto o un servizio sia il sito web dello stesso utente commerciale offerente, laddove per la pubblicazione di commenti ci si avvalga invece di un profilo appositamente creato su un *social network*, in particolare Facebook, Instagram o Twitter. In questi casi, scelta che si riscontra diffusamente tra le compagnie aeree, la piattaforma funge soltanto da luogo e strumento di interazione con i consumatori acquirenti, più che altro secondo una logica di vicinanza, disponibilità e immediatezza rispetto ai *feedback* – specie lamenti e rimostranze – che hanno la possibilità di pubblicare. Una sorta di *customer care* in tempo reale da proporre al pubblico anche in un'ottica di autopromozione pubblicitaria. Cfr. A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the "Lemons Problem"*, in *University of Miami Law Review*, vol. 70, n. 3, 2016, p. 865, che evidenziano ad esempio come «*Twitter has proven to be a particularly powerful tool for consumers to complain about services and get prompt responses because of the public nature of these posts and because such complaints are readily searchable and sharable on the Internet. These feedback mechanisms also help bolster the quality of service through intense competition and constant innovation*».

³⁴ P. AUTERI, *La tutela della reputazione economica*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, G. CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983, p. 94, impiegava già il concetto di reputazione economica quale «reputazione che riguarda l'attività economica, e cioè l'attività di produzione o commercio di beni o servizi e più precisamente la considerazione o rappresentazione che il pubblico ha della capacità del soggetto di conseguire risultati positivi soprattutto in termini di bontà dei prodotti o dei servizi e di guadagno (profitto)».

gode all'interno di una certa comunità, e perciò elemento oggettivo ma variabile³⁵, rappresenta un fattore estremamente rilevante per l'andamento dei propri affari perché direttamente incidente sulla propria capacità di presentarsi e proporsi sul mercato³⁶. È, di conseguenza, un aspetto da controllare e gestire con attenzione, indipendentemente dal contesto reale o virtuale in cui rileva, interessando sempre tanto la reputazione del prodotto o del servizio, come interesse a carattere patrimoniale, quanto la reputazione dell'imprenditore o del professionista, quale diritto della personalità³⁷.

4.1. Funzioni e rischi dei sistemi reputazionali digitali.

La consistenza del fenomeno nei mercati *online* presenta tuttavia peculiarità tali da richiedere alcune valutazioni autonome³⁸.

La proliferazione dei sistemi reputazionali sulle piattaforme digitali (anche detti sistemi di *rating and review*, R&R) è strettamente connessa alla riduzione dei costi di transazione e controllo, di cui essi costituiscono al contempo una causa e un effetto, in particolare in considerazione dell'estensione della base dei soggetti coinvolti, ineguagliabile in un corrispondente contesto *offline*³⁹. Tecnicamente, consistono in strutture informative di aggregazione e diffusione di dati relativi alla reputazione individuale di un soggetto all'interno di un determinato contesto di mercato, così offrendo indicazioni utili alla conclusione di affari⁴⁰.

³⁵ V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, XIII, Utet, Torino, 1995, p. 91.

³⁶ A. RICCI, *Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 6, 2010, pp. 1297 ss., spec. p. 1308, ove sottolinea che «vantare una buona reputazione nel settore economico cui si rivolge la propria attività significa godere di una posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti ed investire in reputazione – attraverso azioni mirate al consolidamento della fama e del credito di cui si gode presso gli operatori del mercato – equivale a compiere un'operazione finalizzata alla crescita del valore sociale».

³⁷ A. FUSARO, *Informazioni inesatte e danno alla "reputazione" d'impresa: le variabili della responsabilità*, in *La responsabilità civile*, 4, 2009, p. 358.

³⁸ Cfr. Cass. civ., ordinanza del 25 maggio 2021, n. 14381.

³⁹ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2016, p. 201.

⁴⁰ C. DELLAROCAS, *Designing Reputations Systems for the Social Web*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011, pp. 3 ss.

Tali sistemi svolgono infatti una funzione informativa e disciplinare⁴¹.

Sotto il primo profilo, essi contribuiscono a ridurre l'asimmetria informativa tipica dei rapporti di consumo e, in generale, a promuoverne la trasparenza. In questo senso, ne rileva l'estrema utilità, specialmente esatta nelle dinamiche di contrattazione a distanza, per la composizione di un clima di fiducia nei soggetti e nelle transazioni. E fondamentale per un migliore funzionamento del mercato: alla diminuzione dell'incertezza sui comportamenti altrui corrisponde l'aumento della propensione all'accettazione del rischio, nel convincimento che la controparte non potrà in essere comportamenti opportunistici e che, in caso di necessità, si renderà disponibile alla rinegoziazione dell'accordo⁴².

Evidentemente, ne consegue che perché il fattore fiducia possa imporsi in un dato contesto di relazioni, la (buona) reputazione dei soggetti che vi partecipano, tra di loro inizialmente estranei e dunque mancanti di un'informazione completa, costituisce un presupposto tutt'altro che secondario.

D'altra parte, a fare da sfondo alle dinamiche della rete è la quantità indefinita di dati che ivi vengono continuamente generati e fatti circolare. Dati grazie ai quali è ormai agevolmente possibile disporre di un quadro informativo articolato riferito a qualsiasi utente del web, specie quando è già lo stesso a proporre i contenuti ovvero ad incrementarne l'estensione associando tra loro diverse fonti di informazioni. Si pensi, ad esempio, all'uso comune di collegare i propri profili di diverse piattaforme, in particolare *social network*⁴³. Con l'effetto, inevitabile, di

⁴¹ R. DUCATO, *Scritto nelle stelle. Un'analisi giuridica dei sistemi di rating nella piattaforma Uber alla luce della normativa sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Special Issue, 2020, pp. 81 ss.

⁴² G. SMORTO, *op. ult. cit.*, p. 203. Ciò in quanto, se di questa parte sono noti i comportamenti tenuti in passato nell'ambito di un certo contesto, si presume, a parità di condizioni, di poterne ragionevolmente prevedere quelli futuri e così ricavare un sostenuto indice di affidabilità. Cfr. R. FARMER, *Web Reputation System and the Real World*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society*, cit., pp. 13 ss.; E. GOLDMAN, *Regulating Reputation*, *ivi*, pp. 51 ss.

⁴³ A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, cit., p. 867, rilevano che «*any information that confirms a person's identity strengthens the trust and reputational ties between parties. That is why many sharing services prefer people to sign up using their Facebook account, as it is linked to their real identity. Lyft had originally allowed riders to sign up only with a Facebook account (but now also allows a valid cellphone number). The European ride-sharing platform BlaBlaCar will also verify a driver's phone number, email, and Facebook account along with real photos and names*». Quanto al rapporto tra informazioni ricavabili dai *social network* e credibilità della persona, S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *Critical Analysis of Law*, vol. 5, n. 1, 2018, p. 135, ricorda che è dimostrato che gli utenti potenziali ospiti di Airbnb tendono a fidarsi o meno di un *host* in considerazione del profilo *social* da questi collegato alla piattaforma e in particolare delle sue fotografie.

definire i tratti di un'identità, non esclusivamente digitale⁴⁴, che coincide ampiamente con la reputazione di cui si gode, con la garanzia di credibilità e affidabilità che si trasmette all'esterno e soprattutto a coloro che sono ancora dei perfetti sconosciuti. Nella stessa prospettiva, l'attribuzione di punteggi riferiti al modo in cui si viene percepiti dai soggetti partecipanti a una certa comunità concorre ulteriormente alla costruzione del profilo commerciale degli stessi utenti, peraltro coerentemente con quanto avviene anche nei contesti della vita reale⁴⁵, ma senza che i relativi giudizi vengano come scolpiti nella roccia⁴⁶.

È la divulgazione delle informazioni che, in conclusione, crea i presupposti per creare il giusto sistema di fiducia. La loro considerazione diffusa permette che questo si mantenga e, magari, rafforzi nel tempo, inducendo sempre più utenti a partecipare alla stessa comunità e facilitandone le relazioni. Sicché può dirsi che un sistema reputazionale incide sul funzionamento del mercato nel momento in cui gli utenti compiono delle scelte commerciali che riflettono le informazioni ricevute.

La funzione disciplinare dei sistemi di R&R si considera invece sotto una duplice prospettiva: da un lato, nelle piattaforme in cui gli utenti si valutano a vicenda, tale bi-direzionalità ha l'effetto di spingere entrambe le parti a rispettare tanto le regole imposte dalla piattaforma in cui si incontrano, quanto la normativa vigente sullo specifico rapporto in essere, così da assicurarsi – entrambe – un commento positivo e, di conseguenza, il mantenimento di una buona reputazione all'interno della comunità, la piattaforma, di appartenenza; dall'altro, in generale,

⁴⁴ Si rileva peraltro come vi siano tentazioni e tentativi di elaborare sistemi di valutazione universale (c.d. *meta-ranking*), da trasferire da un contesto ad un altro, basato sulle attività che un utente svolge sia in rete che nel mondo reale. Si parla al riguardo di sistemi di *social scoring* o *social credit system* (SCS), oggetto di necessaria attenzione con riferimento all'utilizzo di *big data*, algoritmi e strumenti di intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni, per l'attribuzione di punteggi alla cittadinanza. In argomento, G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2021, pp. 317 ss.; A. SORO, *La protezione dei dati personali nell'era digitale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2019, pp. 343 ss.

⁴⁵ Cfr. L.J. STRAHILEVITZ, *Reputation Nation: Law in an Era of Ubiquitous Personal Information*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 102, n. 4, 2008, pp. 1667 ss.

⁴⁶ A. RICCI, *cit.*, p. 1309, ricorda come questa, in particolare, rappresenti una peculiare caratteristica – e forse il maggiore rischio – del fenomeno della pubblicazione di un'informazione in rete rispetto al mondo reale, pur ritenendo con ottimismo che in quanto tale sia anche più facilmente cancellabile. Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 64, che si riferisce ad Internet come a un luogo in cui nulla può essere perso o dimenticato; P. SAMMARCO, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2006, p. 633, che lo descrive come un luogo in cui il passato non passa mai.

le piattaforme, intese non solo come luogo virtuale di incontro tra gli opposti gruppi di utenti, ma soprattutto in quanto soggetti di governo e controllo di questo stesso ambiente, hanno di fatto il potere di stabilire ed attuare una sanzione per un utente, il cui profilo può essere sospeso o disattivato⁴⁷.

In quest'ultimo senso, in particolare, la sanzione che una piattaforma può così decidere di imporre ad un determinato utente realizza un effetto deterrente di comportamenti *lato sensu* scorretti, permettendo di creare e mantenere un contesto di mercato attrattivo e sicuro, ancora nell'ottica di contribuire ad aumentare la fiducia generale degli utenti potenziali come di quelli attuali.

Questo eventuale intervento diretto da parte della piattaforma permette tuttavia di riscontrare il particolare rischio che in questa sede si vuole far emergere, riconducibile al fatto che i meccanismi di *online reputational feedback* presentano talune criticità tra loro strettamente connesse.

Innanzitutto, sebbene le opinioni espresse dagli utenti rappresentino delle considerazioni, in quanto tali, soggettive, la loro espressione in forma di valutazione, ad esempio, su Uber, con il simbolo della stella, nonché la loro presentazione in forma aggregata ad opera della piattaforma, è di fatto in grado di generare un ingannevole senso di oggettività. Laddove, d'altra parte, in quei casi in cui venga richiesta una valutazione onnicomprensiva di un certo servizio, magari strutturato in più momenti o elementi, la discrezionalità con cui ciascun utente determinerà tale attribuzione comporta il rischio di una semplificazione o distorsione della valutazione, a scapito di chi ad essa farà riferimento per compiere delle scelte di consumo ovvero per offrirsi al pubblico⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. E. MARIQUE, Y. MARIQUE, *Sanctions on Digital Platforms: Beyond the Public-Private divide*, in *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2019, pp. 258 ss. R. DUCATO, *cit.*, p. 87, nell'ambito di un'analisi approfondita del sistema reputazionale della piattaforma Uber, evidenzia che quella disciplinare rappresenta invero la funzione addirittura esclusiva del relativo meccanismo di R&R, in quanto ne individua il principale effetto nella disattivazione dei profili, sia dei conducenti che dei passeggeri, il cui punteggio non superi «una valutazione media minima». Valore, questo, che non viene tuttavia in alcun modo precisato nelle *community guidelines* della piattaforma stessa. L'Autrice ne deduce che «la disattivazione dell'account comporta la risoluzione unilaterale e a discrezione di Uber del contratto tra l'utente e la piattaforma, lasciando pochi dubbi circa la vessatorietà di una simile previsione nel contesto consumeristico». A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, *cit.*, pp. 542-543, ritengono che il timore di una «sanzione reputazionale» sia probabilmente più avvertito e capace di modificare in meglio i comportamenti individuali degli utenti rispetto alla minaccia del diritto. In ciò, E. GOLDMAN, *cit.*, p. 53, individua una *secondary invisible hand* che garantisce e favorisce l'efficienza del mercato.

⁴⁸ R. DUCATO, *cit.*, p. 88.

In secondo luogo, la partecipazione a un sistema di R&R da parte di un utente avviene generalmente su base volontaria⁴⁹, per cui un'eventuale valutazione consolidata non potrà che essere calcolata sul totale delle prestazioni oggetto di *feedback* e non su quello delle prestazioni effettivamente effettuate, che darebbe un risultato chiaramente più aderente alla realtà. La parzialità del giudizio è dunque difficilmente evitabile. E ciò a maggior ragione se si considera la tendenza alla polarizzazione dei giudizi: si conviene che gli utenti sono generalmente portati ad esprimersi su una certa esperienza soltanto quando questa sia stata particolarmente positiva o, al contrario, negativa⁵⁰.

Da ultimo, la concreta possibilità che valutazioni e recensioni di alcuni, più rapidi o persuasivi nell'attribuzione di un giudizio, diventino uno strumento utile a porre in essere comportamenti scorretti o *bias* cognitivi di ancoraggio (fondati sulle prime informazioni con cui si entra in contatto) o di conferma (fondati su proprie, radicate, convinzioni)⁵¹.

Senza considerare il rischio concreto, connesso a ciascuno degli aspetti appena considerati, della falsità dei commenti, in particolare sulle piattaforme di mera recensione la cui massima libertà di accesso permette a chiunque di esprimere

⁴⁹ G. SMORTO, *Reputazione, cit.*, p. 209, ricorda gli interrogativi sul perché di tali comportamenti, considerato che «agevolano solo il destinatario mentre chi fornisce le notizie sostiene un costo senza ricevere alcun beneficio (in questa prospettiva, le informazioni relative alla reputazione individuale possono essere considerate “*public goods*”). Gli studi sul tema, frutto di esperimenti di laboratori e di analisi empiriche, hanno offerto diversi modelli di spiegazione, i quali sottolineano la dimensione di reciprocità che connota la collaborazione in rete, il senso di appartenenza ad una comunità di chi contribuisce, la percezione del proprio apporto come un dovere civico (come per il voto in occasione delle elezioni) e l'esistenza di regole di cortesia, secondo cui siamo disposti a fare qualcosa per gli altri a patto di sacrifici contenuti».

⁵⁰ C. DELLAROCAS, R. NARAYAN, *A Statistical Measure of a Population's Propensity to Engage in Post-Purchase Online Word-of-Mouth*, in *Statistical Science*, vol. 21, n. 2, 2006, pp. 277 ss. S. RANCHORDÁS, *Online Reputation, cit.*, p. 134, ricorda peraltro studi dedicati al fenomeno da cui è emerso che tali commenti sono principalmente positivi poiché «*consumers leave “five-star reviews” due to feelings of guilt. [...] But [...] when everything gets a five, nothing gets a five, and the ability of ratings and reviews to influence behavior gets lost*». Questa conseguenza discenderebbe dal fatto che i relativi giudizi non solo sono di parte, ma provengono da individui che non hanno una specifica competenza da “critici”, pubblicando la propria valutazione o recensione senza alcun impegno.

⁵¹ G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica, cit.*, pp. 267-268. Tali rischi derivano in particolare dalla percezione che quando un altro utente, tendenzialmente un proprio pari, fornisce una determinata indicazione, soggettiva ma anche libera, non ha un interesse di tipo economico da difendere ed è pertanto sincero, e dunque credibile. Non sembra dunque impossibile immaginare che in una certa informazione un altro, successivo, utente possa individuarvi ben più di una semplice opinione, di un avvertimento, quasi si trovi di fronte a un precetto da seguire necessariamente; ovvero ciò che nella relativa lettura si vuole, anche inconsciamente, riconoscere, a sostegno di quanto si sia già convinti.

la propria valutazione o recensione, senza che sia possibile determinare se la relativa esperienza di acquisto sia realmente avvenuta ovvero se sia avvenuta nelle modalità descritte⁵².

In relazione a ciascuno di questi profili, oltre all'effetto di (dis)orientare il giudizio degli utenti potenziali e così condizionare l'andamento dell'attività dell'impresa o del professionista oggetto della valutazione o recensione, si pone il problema di quando sia la piattaforma stessa a tenere comportamenti, abusivi, idonei ad incidere sulla capacità del soggetto coinvolto a restare competitivo sul mercato: attraverso una valutazione aggregata, soprattutto laddove non sia noto il funzionamento del relativo algoritmo; eliminando taluni commenti; disattivando il profilo dell'utente ovvero impedendone l'accesso alla piattaforma⁵³.

5. La portabilità dei dati: per uno schema generale.

In materia di dati, si è detto come già il citato art. 9 reg. P2B dedichi spazio all'esigenza di trasparenza in materia di accesso ai dati raccolti e trattati dalle piattaforme digitali rispetto al rapporto intercorrente con gli utenti commerciali. In questa sede si ritiene dunque opportuno procedere con un approfondimento circa una specifica ipotesi di richiesta delle informazioni che circolano in quest'ambito della *data driven economy*.

Al fine di creare le migliori condizioni per lo sviluppo e il controllo delle dinamiche dell'economia digitale, il regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali (c.d. General Data Protection Regulation o GDPR)⁵⁴ ha infatti

⁵² S. RANCHORDÁS, *Online Reputation*, cit., p. 135. Per alcune precisazioni nella prospettiva di tutela dei consumatori, si veda la Comunicazione (2021/C 526/01), pp. 93 ss.

⁵³ Si rinvia ad esempio al saggio di A.S.Y. CHEUNG, W. SCHULZ, *Reputation Protection on Online Rating Sites*, in *Stanford Technology Law Review*, vol. 21, n. 2, 2018, pp. 325 ss., i quali richiamano i casi analoghi *Reit v. Yelp, Inc.* (2010 N.Y. Slip Op. 20362) e *Braverman v. Yelp, Inc.* (2015 N.Y. Slip Op. 04394), in cui due dentisti assistevano all'eliminazione di tutti i commenti positivi pubblicati sul proprio profilo della piattaforma Yelp a fronte di, rispettivamente, uno e due commenti negativi, rilasciati peraltro da utenti anonimi. O ancora a R. DUCATO, cit., pp. 87-88, la quale rileva criticamente come la soglia minima di valutazione sotto la quale Uber procede alla disattivazione dei profili dei conducenti si riferisce a punteggi, diversi per ogni città, non pubblici sulla piattaforma né resi noti (almeno) agli interessati al momento della conclusione del contratto, che nel 2018 risultavano corrispondere a 4,6/5 a San Francisco e a 4,5/5 a Bruxelles.

⁵⁴ 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

posto le basi per la costituzione di uno statuto della portabilità dei dati quale nuovo e fondamentale diritto a tutela della persona⁵⁵.

Si tratta in sostanza del diritto alla trasmissione, senza impedimenti e in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da un dispositivo automatico, dei dati, da un certo titolare del trattamento ad un altro⁵⁶; nonché al loro accesso, ricevimento, mantenimento e riutilizzo, ancora senza ostacolarne in alcun modo la realizzazione. In ciò, la portabilità realizza un'intenzione e un espediente della più recente disciplina *privacy* a supporto della libera circolazione dei dati nel mercato europeo e in favore della concorrenza fra i titolari⁵⁷.

Complessivamente, nell'ottica di bilanciare l'asimmetria (informativa) che coinvolge gli interessati e i titolari di qualsivoglia trattamento di dati personali, aumentando il grado e la capacità di controllo da parte dei primi⁵⁸; e al contempo rafforzando un intero contesto strutturato in modo tale da consentire e stimolare non soltanto la partecipazione, ma specialmente la crescita dei secondi, le piattaforme, proprio tramite un'incontrastata movimentazione degli utenti commerciali, resa

circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁵⁵ V. FALCE, sub *art. 20 GDPR – Commento*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 350 ss. Sulla progressiva affermazione, negli ultimi anni, del nuovo diritto alla portabilità, cfr. P. DE HERT, V. PAKONSTANTINO, G. MALGIERI, L. BESLAY, I. SANCHEZ, *The Right to Data Portability in the GDPR: Towards User-Centric Interoperability of Digital Services*, in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017, pp. 2 ss., ove si evidenziano le potenzialità pro-concorrenziali della riduzione degli *switching cost* nei passaggi tra diversi fornitori di servizi digitali. *Amplius*, M. BORGHI, *Portabilità dei dati e regolazione dei mercati digitali*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2018, pp. 223 ss.

⁵⁶ Nel rapporto in tal senso richiesto ai diversi titolari, il considerando 68 GDPR riporta un accorto riferimento alla c.d. interoperabilità. L'art. 2 della decisione 922/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, sulle soluzioni di interoperabilità per le pubbliche amministrazioni europee (ISA), definiva tale termine come «la capacità di organizzazioni diverse e disparate di interagire in vista di obiettivi comuni concordati e reciprocamente vantaggiosi, ricorrendo alla condivisione di conoscenze e informazioni tra le organizzazioni, per mezzo dei processi aziendali che su di esse si basano, tramite lo scambio di dati fra i rispettivi sistemi TIC». Lo standard ISO/IEC 2382-01 propone invece un concetto di interoperabilità quale «capacità di comunicare, eseguire programmi o trasferire dati fra diverse unità funzionali in una modalità che richiede all'utente conoscenza minime o nulle delle caratteristiche peculiari di tali unità». Ancora, J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era. Final Report*, DG Concorrenza della Commissione europea, 2019, p. 58, illustrano il concetto di «*data interoperability*» come «*roughly equivalent to data portability but with a continuous, potentially real-time, access to personal or machine user data*».

⁵⁷ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida sul diritto alla portabilità dei dati*, WP 242 rev.01, 2017, pp. 3 ss.

⁵⁸ V. FALCE, *cit.*, p. 357.

sempre più facile e vantaggiosa dalla contestuale circolazione degli *asset* informativi di cui dispongono⁵⁹.

L'art. 20, par. 1, GDPR, in particolare, ne ammette l'esercizio quando il trattamento dei dati avvenga con mezzi automatizzati e si basi sul consenso prestato dall'interessato ovvero su un contratto che questi abbia stipulato⁶⁰.

Peraltro, ad essere soggetti a portabilità non sarebbero tutti i dati astrattamente richiedibili, bensì, tra tutti i dati che lo riguardano⁶¹, soltanto quelli che l'utente abbia fornito su richiesta del (primo) titolare, ad esempio nel momento della compilazione di un modulo di registrazione, e che potrebbero peraltro eventualmente riguardare anche persone terze⁶², come nel caso della trasmissione di una rubrica telefonica o di un elenco di contatti di posta elettronica; nonché, secondo una condivisibile interpretazione estensiva proposta dal Gruppo di lavoro articolo 29⁶³, ma anche in considerazione della previsione di cui al considerando 68 GDPR per cui il diritto alla portabilità dei dati svolge la funzione di rafforzare la capacità di controllo degli stessi una volta prestato il consenso o concluso un contratto⁶⁴, quei dati generati per tramite delle attività che compie, quali quelli

⁵⁹ M.W. MONTEROSSO, *cit.*, p. 941. Così, anche P. NOOREN, N. VAN GORP, N. VAN EIJK, R. Ó FATHAIGH, *Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options*, in *Policy and Internet*, vol. 10, n. 3, 2018, pp. 294-295.

⁶⁰ Come esempi di dati personali trattati nell'ambito dell'esecuzione di un contratto si pensi all'elenco dei titoli di libri acquistati da un fornitore *online* oppure alla lista dei brani musicali ascoltati su una piattaforma di *streaming*.

⁶¹ Con ciò si intende che devono essere ricondotti ad una persona identificabile, restandone pertanto esclusi i dati resi anonimi e quelli oggetto di esercizio del diritto all'oblio *ex art.* 17 GDPR, in quanto tali non più a disposizione del titolare.

⁶² P. DE HERT, V. PAKONSTANTINO, G. MALGIERI, L. BESLAY, I. SANCHEZ, *cit.*, p. 6, sottolineano infatti come il limite riconoscibile *ex art.* 20, par. 4, GDPR, per cui l'esercizio del diritto alla portabilità «non deve ledere i diritti e le libertà altrui», sia riferito agli effetti svantaggiosi o dannosi eventualmente provocati a soggetti terzi, da valutarsi necessariamente secondo un approccio casistico, in particolare tenendo conto di fattori quali le modalità di impiego dei dati ad essi riferiti, l'esistenza di una ragionevole aspettativa circa il loro utilizzo, la relazione tra i soggetti coinvolti, eventuali misure appositamente adottate a loro tutela. D'altra parte, R. JANAL, *Data Portability under the GDPR: A Blueprint for Access Rights?*, in GERMAN FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION, MAX PLANCK INSTITUTE FOR INNOVATION AND COMPETITION (a cura di), *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 335-336, aggiunge quanto sia incerta la definizione del controllo che il titolare del trattamento, il vecchio come il nuovo, deve effettuare rispetto ad una domanda di portabilità, per ciò che vada oltre la verifica dell'identità del richiedente, ovvero di chi ha a monte concluso il contratto o prestato il consenso.

⁶³ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *cit.*, p. 11.

⁶⁴ Si ritiene peraltro di evidenziare come, in particolare attraverso la lettura del testo inglese del considerando 68 GDPR: «*[t]o further strengthen the control over his or her own data*», emerga una concezione dominicale dei dati, che si riscontra anche nel considerando 7 GDPR: «*[n]atural persons should have control of their own personal data*»; laddove più comunemente il legislatore europeo,

riferiti alla navigazione, cioè i *cookie*, alla cronologia delle ricerche, allo stato di salute o alla localizzazione⁶⁵.

Non vi rientrano – la differenza rispetto a questi ultimi è invero estremamente sottile – i dati che risultano invece dall’analisi, ad opera del titolare, di quelli così ricevuti o raccolti dall’interessato (dati c.d. inferenziali, se rappresentano il risultato di processi analitici basati sul calcolo delle probabilità, e derivati, quando, al contrario, non discendono da un ragionamento probabilistico⁶⁶), poiché derivanti da una sua attività autonoma di personalizzazione di un processo o di profilazione di un utente, esterna alla sfera del rapporto che lega il titolare e l’interessato⁶⁷ e in mancanza della quale non avrebbe modo di disporne⁶⁸.

In ogni caso, anche, comprensibilmente, alla luce di quanto appena evidenziato, purché non vengano lesi i diritti dei terzi che potrebbero non aver acconsentito alla trasmissione di informazioni che li riguardano, ovvero soggette a diritti di proprietà intellettuale o coperte da segreto industriale, e subire piuttosto delle limitazioni dei diritti e delle libertà riconducibili al controllo della propria *privacy*⁶⁹.

L’esigenza di garantire in concreto l’esercizio della portabilità, e specie di impedire la formazione di fenomeni di *lock-in* tenendo sostanzialmente l’interessato costretto e bloccato all’interno di in un certo servizio⁷⁰, impone

già nella direttiva 95/46/CE e poi nello stesso GDPR, ad esempio, ma non solo, ai considerando 32, 58 e 61 o agli artt. 4, nn. 1 e 11, e 13, preferisca utilizzare l’espressione «*data relating to him or her*» o «*to the data subject*» secondo un’impostazione personalistica dei dati in questo senso riferiti o riconducibili ad una persona fisica. Cfr. I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law*, in *German Law Journal*, vol. 19, n. 6, 2018, pp. 1366 ss.

⁶⁵ Sul punto, P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, G. MALGIERI, L. BESLAY, I. SANCHEZ, *cit.*, p. 7, precisano che «*personal data [...] can be received, observed, inferred, or predicted by companies*».

⁶⁶ OCSE, *Summary of the OECD Privacy Expert Roundtable on Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking*, 2014, p. 5.

⁶⁷ V. FALCE, *cit.*, pp. 355-356, la quale, condividendo questa distinzione, sottolinea tuttavia quanto una lettura in senso ampio dell’art. 20 GDPR possa risultare critica e di difficile applicazione in sede di individuazione, tra i dati “generati”, quelli concretamente trasferibili. Delle tipologie di dati portabili e delle modalità della loro trasmissione occorre in ogni caso dare adeguata informazione, ad effettiva garanzia del potere e della libertà di controllo da parte degli interessati.

⁶⁸ Cfr. G. MALGIERI, *Property and (Intellectual) Ownership of Consumer’s Information: A New Taxonomy for Personal Data*, in *Privacy in Germany*, 4, 2016, pp. 133 ss.

⁶⁹ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *cit.*, pp. 12-13, ove si sottolinea che tali dati resteranno nella disponibilità esclusiva dell’utente che ha chiesto la portabilità e non potranno essere utilizzati dal nuovo titolare del trattamento per finalità proprie, ad esempio per proporre offerte di *marketing* o per attività di profilazione, ad insaputa e senza l’apposito consenso del terzo interessato.

⁷⁰ V. FALCE, *cit.*, p. 354.

peraltro il rispetto di tempi certi e rapidi, sicché di regola le informazioni richieste devono essere trasmesse senza ingiustificato ritardo e comunque non oltre un mese dal ricevimento della relativa domanda (art. 12, par. 3, GDPR): lo *switch* tra titolari costituisce così, evidentemente, una forma di manifestazione del controllo sui propri dati personali⁷¹.

Il diritto alla portabilità dei dati così descritto si riferisce tuttavia ai soli dati personali, come inevitabilmente previsto proprio dal GDPR: le informazioni che non rientrano in tale categoria dovrebbero dunque intendersi al di fuori del suo perimetro di applicazione.

Occorre pertanto contestualizzare il senso di questa descrizione nel corso di una riflessione sui rapporti B2B e, in particolare, P2B.

Ebbene, se la portabilità dei dati, indipendentemente dal loro inquadramento in quanto personali o non personali, non viene prevista o consentita nell'ambito di una relazione tra imprese, si è di fronte a un comportamento idoneo ad assumere i tratti di un abuso di potere che va oltre la lesione del corretto trattamento dei dati personali di un individuo⁷².

In questo senso, un diritto che è stato pensato e adattato intorno alla necessità di riconoscere nuovi strumenti di tutela dell'individuo estende la propria portata a tutte quelle situazioni in cui il suo esercizio può garantire il corretto funzionamento del sistema delle attività produttive e di scambio: dalla persona al mercato. E viceversa, nella misura in cui la tutela del mercato si spiega come è noto nell'ottica di proteggerne gli attori, e dunque, in ultima istanza, proprio i consumatori.

Ne appare conferma la più recente adozione a livello europeo di una normativa specificamente rivolta alla circolazione dei dati non personali⁷³. In particolare, l'art. 6, par. 1, lett. a), reg. 2018/1807, laddove impegna la Commissione a promuovere una concezione aperta di scambio dei dati, si colloca pienamente nel solco della logica e dell'impostazione del GDPR, che si (im)pone

⁷¹ I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *cit.*, p. 1365.

⁷² *Ivi*, pp. 1388-1389.

⁷³ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea. Per una riflessione di carattere più generale, cfr. A. VIGORITO, *I dati non personali: modelli di attribuzione e circolazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3, 2020, pp. 369 ss.

quale modello per lo sviluppo di una disciplina generale della portabilità di qualsiasi tipologia di dati⁷⁴.

Per comprenderne la necessaria considerazione, si osservi ad esempio che sugli stessi è prevista l'applicazione automatica del regime di portabilità descritto dal GDPR in tutti i casi in cui le diverse tipologie di dati risultino «indissolubilmente legat[e]»⁷⁵. Ma si pensi altresì, nell'ordine, alla proposta – sotto questo profilo non confermata dal testo definitivamente adottato da legislatore europeo, ma utile a comprenderne la tendenza – di direttiva sulla fornitura di contenuti digitali⁷⁶; al regolamento in materia di portabilità transfrontaliera dei

⁷⁴ I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *cit.*, p. 1396. Tuttavia, sul punto, viene opportunamente precisato da M.L. MONTAGNANI, *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2019, pp. 303 ss., che, diversamente dal GDPR, il legislatore europeo non ha definito un obbligo di portabilità dei dati non personali, avendo preferito optare per un provvedimento di *soft law* di incoraggiamento delle imprese all'adozione di codici di condotta contenenti delle linee guida per l'esercizio, nel caso concreto, di tale diritto. In questo modo, si vorrebbero eliminare gli effetti di *vendor lock-in* causati dalla presenza nel settore privato di aspetti tecnici, giuridici e contrattuali di intralcio alla circolazione dei dati (cfr. considerando 5 e 6 del regolamento 2018/1807), in particolare incrementando il livello di trasparenza sulle possibilità e sulle modalità di realizzare la portabilità, ed incentivare lo sviluppo di un mercato competitivo dei servizi di trattamento dei dati e *cloud*. Tuttavia, l'autoregolamentazione, per quanto incentivata, non è riuscita e non sembra riuscire, almeno in questo ambito, gli obiettivi – non abbastanza efficacemente – perseguiti. D'altra parte, l'Autrice riconosce al contempo come la nozione di dato personale recepita dal GDPR sia talmente estesa che, se da un lato genera una vera e propria *summa divisio* tra due categorie, dall'altro non consente di definire quale sia il reale confine tra loro: i dati non personali sono infatti definiti per esclusione, in via residuale rispetto a quelli personali. Sotto questo profilo, cfr. N. PURTOVA, *The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 10, n. 1, 2018, pp. 40 ss. In giurisprudenza, si guardi a CGUE, sentenza del 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Patrick Breyer c Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2016:779; CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/16, *Peter Nowak c Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2017:994.

⁷⁵ Art. 2, par. 2, reg. 2018/1807. Tale concetto è descritto dalla Comunicazione COM(2019) 250 fin., “Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union”, p. 10, come «una situazione in cui un insieme di dati contiene sia dati personali che dati non personali e separarli sarebbe impossibile o ritenuto dal titolare del trattamento economicamente inefficiente o non tecnicamente realizzabile».

⁷⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM(2015) 634 fin.), in particolare agli artt. 13, par. 2, lett. c), sulla risoluzione del contratto, e 16, par. 4, lett. b), sull'esercizio del diritto di recesso, dalla cui lettura si riconosce nuovamente una prospettiva proprietaria della gestione dei dati da parte del consumatore, in senso ancora più ampio rispetto al GDPR, in quanto il diritto alla portabilità sorgerebbe soltanto dal momento della cessazione del rapporto contrattuale per volontà del consumatore. Per una riflessione sul rapporto tra le citate norme della proposta di direttiva e l'art. 20 GDPR, si veda R. JANAL, *Data Portability – A Tale of Two Concepts*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 1, 2017, pp. 59 ss.

dati⁷⁷; alla proposta DMA⁷⁸; alla proposta del c.d. Data Act⁷⁹. Una serie, progressivamente integrata, di provvedimenti tra loro complementari che non si riferiscono a una sola categoria di dati e che sembrano muoversi proprio nella direzione, recuperando unità nel rispetto dei principi comuni di trasparenza, interoperabilità e proporzionalità.

In ciò, l'art. 20 GDPR, pur non potendosi ergere a soluzione definitiva alle esigenze delle imprese, rappresenta il riferimento cardine della portabilità di tutti quei dati il cui trattamento trovi origine nel contratto⁸⁰. Specificamente, nei contratti che suppongono o prevedono il trasferimento di dati in quanto riferiti a contenuti o servizi digitali⁸¹ e rispetto ad obblighi che sorgono in ragione della cessazione del vincolo negoziale⁸².

Di conseguenza, e – per ora – in conclusione, si conviene che l'imposizione di limiti o complicazioni, in termini di fattibilità come di tempistiche necessarie⁸³, alla trasmissione dei dati nella disponibilità degli utenti commerciali da una piattaforma all'altra costituisce un'ulteriore fattispecie di abuso di potere contrattuale.

⁷⁷ Regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti *online* nel mercato interno.

⁷⁸ Art. 6, par. 1, lett. h).

⁷⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati) (COM(2022) 68 fin.).

⁸⁰ R. JANAL, *Data Portability under the GDPR*, cit., pp. 340 ss. Descritta nei termini di una scelta di efficienza, tale conclusione risulta implicitamente considerata anche da T. TOMBAL, *Economic Dependence and Data Access*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, n. 1, 2020, pp. 70 ss.

⁸¹ R. JANAL, *Data Portability under the GDPR*, cit., pp. 330-331.

⁸² Per un'indagine approfondita ed originale degli interessi successivi ed autonomi rispetto al contratto, ma ad esso naturalmente collegati, si rinvia ad A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, Il Mulino, Bologna, 2019.

⁸³ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, cit., p. 17, si esprime nel senso di «ostacoli di natura giuridica, tecnica o finanziaria con cui il titolare evita o rallenta» l'evasione della richiesta ricevuta dall'interessato. A titolo di esempio, si afferma che «potrebbe trattarsi della richiesta di un corrispettivo per fornire i dati richiesti, dell'indisponibilità di formati interoperabili o dell'accesso a un'API [*Application Programming Interface*, per cui occorre precisare che si intendono le interfacce di applicazioni o i servizi web che i titolari rendono disponibili per permettere a sistemi o applicazioni di terzi di collegarsi ed interagire con i propri] o al formato in cui i dati vengono forniti, dell'eccessiva complessità insita nel recupero della totalità dei dati richiesta o dell'eccessiva lunghezza del periodo necessario a tale scopo, dell'offuscamento deliberato dei dati in oggetto, o di vincoli settoriali specifici e ingiustificati o eccessivi in termini di standard o accreditamenti richiesti».

Capitolo III

Qualificazione giuridica degli abusi e profili rimediali

SOMMARIO: 1. Seconda fase: il procedimento di sussunzione. – 2. Abuso del diritto e contratti tra imprese. – 3. L’abuso di dipendenza economica. – 3.1. Condotte abusive e nuove prospettive nella *platform economy*. – 4. L’abuso di posizione dominante. – 4.1. Il mercato rilevante: profili consolidati e adeguamenti necessari. – 4.2. Categorie e ipotesi di abuso. – 4.2.1. Primi esempi di casistica in materia di *self-preferencing*. – 4.2.2. Portabilità dei dati e rifiuto a contrarre. – 5. Considerazioni conclusive e tendenze di prospettiva.

1. Seconda fase: il procedimento di sussunzione.

La rassegna delle fattispecie maggiormente diffuse e rilevanti nel contesto della *platform economy* consente finalmente il passaggio al livello c.d. strutturale del ragionamento: la sussunzione del caso concreto in una regola legale, ovvero la riconduzione di un fatto alla disposizione che ne contiene la fattispecie. Soltanto previo accertamento della corrispondenza tra quanto concretamente verificatosi e quanto astrattamente previsto potrà infatti avere luogo l’applicazione del relativo effetto giuridico¹.

Secondo questo schema di applicazione della regola, dunque, compito dell’interprete è, innanzitutto, selezionare i dati rilevanti di un evento della realtà, eventualmente anche attraverso la formulazione di giudizi valutativi e, con un passaggio successivo, (ri)costruire il fatto per stabilirne la coincidenza con la fattispecie già configurata dal legislatore².

¹ A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2012, pp. 317-318 e in ID., *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 447-448. Già I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, in G. GENTILE, G. LOMBARDO RADICE (traduzione italiana a cura di), *Critica della ragion pura*, Laterza, Bari, 1924, p. 156, descriveva «la facoltà di sussumere sotto regole» nel senso «di distinguere se qualche cosa sia o no sotto una regola data (*casus datae legis*)».

² G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giustizia civile*, 2, 2015, pp. 257-258, insiste sulla necessaria preesistenza e indipendenza della *regula iuris* al caso concreto a cui deve essere applicata. La fase, così intesa, di costruzione del fatto sembra peraltro riconducibile alla descrizione di G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in G. MARINI (traduzione italiana a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 180, per cui «il caso dev’esser stato preparato per la possibilità della sussunzione, cioè innalzato, traendolo fuori dalle sue apparenti caratteristiche empiriche, a fatto riconosciuto e a qualificazione universale». Cfr. A. GENTILI, *cit.*, p. 318, che distingue i due livelli

O anche, in termini decisamente più suggestivi, quello di «spogliare il fatto e innalzarlo al rispecchiamento nella norma e della norma»³.

È pertanto in quest'ottica che si procederà, nel corso di questo capitolo, alla giuridicizzazione dei fatti già analizzati attraverso l'approfondimento di diverse fattispecie ad essi applicabili, nella duplice dimensione nazionale ed europea. Di discipline, in particolare, riferite a taluni squilibri nell'esercizio della libertà e del potere contrattuale di imprese – e nello specifico piattaforme – forti, nel mercato *tout court* ovvero nell'ambito di uno specifico rapporto negoziale, nei confronti di imprese-utenti commerciali deboli.

2. Abuso del diritto e contratti tra imprese.

Storicamente, l'esercizio dell'attività contrattuale di impresa non si considera destinatario di limitazioni aprioristicamente rivolte a stabilire i confini del suo agire, pur venendo posto, al contempo, al centro di un controllo dedicato a verificarne o valorizzarne l'utilizzo che ne viene fatto in concreto⁴.

Di regola, il diritto positivo tende cioè a non restringere la capacità negoziale delle imprese, nemmeno di quelle che risultano più forti sul mercato, poiché è proprio nella contrattazione che esso si sviluppa e rafforza. D'altra parte, si assicura, eventualmente intervenendo, pure che l'esercizio della sua libertà non riesca ad annichilire quella delle controparti più deboli.

Il valore della libertà trova pertanto un limite, una forma di contrasto, soltanto nella misura in cui esprima un disvalore: la lesione della libertà altrui. E dunque quando l'uso di un potere giuridico, da intendersi in un'accezione lata

di applicazione della legge: quello strutturale della sussunzione nella fattispecie e quello funzionale della valutazione secondo la *ratio legis*, ovvero secondo i principi. Nella sua ricostruzione, è soltanto alla luce di quest'ultimo passaggio che è possibile individuare l'elusione del dettato normativo che distolgono il comportamento oggetto dell'analisi dalla fattispecie permissiva verso una norma diversa, di natura repressiva. In questo senso, anche U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, p. 82.

³ N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, p. 150.

⁴ F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 40, spiega dunque che «il divieto legale è misurato non sulla astratta inseribilità di [una] clausola [abusiva] in un ipotetico contratto (secondo il criterio della norma imperativa proibitiva), ma sull'uso della clausola nello specifico regolamento dato (secondo il criterio dell'abuso)».

comprendente tutti i comportamenti generalmente permessi, assume una valenza negativa: l'abuso⁵.

Se, in termini generali, il riferimento è allora all'abuso del diritto⁶, nel contesto oggetto di studio, scendendo nel particolare, esso trova esplicazione nella forma dell'abuso del potere di autonomia⁷.

Dove c'è libertà, infatti, tutto ciò che non è vietato è permesso. È soltanto in base alle circostanze del caso concreto che è possibile individuare se si sia o meno di fronte a una deviazione dal perimetro del consentito, in direzione dell'abuso.

E tanto appare verificabile in considerazione degli elementi costitutivi della figura dell'abuso del diritto, costantemente presenti in ogni sua manifestazione, quali la titolarità di un diritto soggettivo o di un potere; la varietà degli schemi astrattamente possibili per il loro esercizio; il concreto esercizio, soltanto formalmente rispettoso della cornice legale in cui si inserisce; l'ingiustificata sproporzione tra il beneficio così ottenuto dal loro titolare e il sacrificio che la controparte si trova di contro tenuta a sopportare⁸.

⁵ A. GENTILI, *cit.*, p. 314.

⁶ La letteratura in argomento è vastissima, nonché particolarmente costante nel corso del tempo. Senza pretesa di completezza, oltre alle altre citazioni, si segnalano in particolare M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 15, 1923, pp. 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 12, 1958, pp. 18 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto (diritto civile)* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, pp. 1 ss.; D. MESSINETTI, *L'abuso del diritto* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento II, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 1 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 5, 2010, pp. 834 ss.; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2014, pp. 467 ss.; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2016, pp. 33 ss.

⁷ *Contra* P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 58, per cui l'esistenza di un accordo esclude la possibilità di realizzare un abuso, poiché in un contratto, «al quale è connaturale l'idea dell'accordo, e quindi dell'accettazione (che ciascun contraente compie) dell'altrui esercizio dell'autonomia, può aversi «abuso della situazione economica» nel senso che il contraente economicamente più forte può dettare all'altra parte condizioni inique; non ricorrerà «abuso del diritto» nel senso proprio dell'espressione». Cfr. anche G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2005, pp. 296 ss.; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, *ivi*, 4, 2005, pp. 743 ss.

⁸ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2004, p. 30. Cfr. anche ID., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 115 ss. Questa stessa ricostruzione si ritrova peraltro nel ragionamento della giurisprudenza della Suprema Corte, e in particolare nella nota Cass. civ., sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106, il c.d. caso Renault. Tra i numerosissimi commenti alla sentenza, F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Il corriere giuridico*, 12, 2009, pp. 1577 ss.; G. D'AMICO,

Si spiega dunque perché ad esserne oggetto in questa sede sia la libertà contrattuale esercitata in condizioni di squilibrio e riguardante l'*an*, ad esempio rispetto alla scelta sul rinnovo o sulla prosecuzione del rapporto, o il *quomodo*, e dunque il contenuto, di una certa relazione negoziale⁹. In questo senso, la reazione all'abuso si presenta individuabile nel riequilibrio della posizione intercorrente fra soggetti già agenti con un grado di potere del tutto differente, in posizione di asimmetria; e trova compimento per mezzo di rimedi in effetti idonei a comprimere proprio l'autonomia privata del contraente forte, precedentemente incontrastata: l'obbligo a contrarre, la nullità di protezione, la correzione, oltre al risarcimento del danno¹⁰.

In ciò, la formula del divieto dell'abuso, nella legislazione di settore analizzata nel prosieguo del discorso, costituisce pertanto lo strumento funzionale alla regolazione della contrattazione asimmetrica. Imponendo dei limiti, pur non impedendo il contratto.

3. L'abuso di dipendenza economica.

La disparità di potere economico e contrattuale acquista ovvio rilievo innanzitutto con riferimento al divieto di abuso di dipendenza economica, del quale occorre verificare l'idoneità all'applicazione nel contesto delle relazioni P2B, qualificate da un'inevitabile asimmetria ma non anche – per quanto di fatto generalmente presente – da una contestuale e necessaria dipendenza.

L'origine di questa regola è storicamente riconducibile all'estensione del divieto di abuso di posizione dominante, di cui condivide l'intenzione di limitare il potere di mercato delle imprese che possono agire in modo indipendente dai comportamenti dei concorrenti e dei fornitori¹¹. E rispetto al quale si distingue in

Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, in *I Contratti*, 1, 2010, pp. 5 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Il Foro Italiano*, I, 2010, pp. 85 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2, 2011, pp. 311 ss.; F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbligazioni e contratti*, 4, 2012, pp. 245 ss.

⁹ E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2011*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 95.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sul principio dell'indipendenza di comportamento, CGUE, sentenza del 14 febbraio 1978, Causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c Commissione delle Comunità*

quanto posizione dominante non assoluta ma relativa, incidente su una individuata controparte contrattuale e non necessariamente sull'intero mercato rilevante¹².

Due le condizioni utili a caratterizzarla: lo stato di dipendenza economica in cui versa un'impresa (debole) nei confronti di un'altra impresa (forte) e l'abuso di tale situazione da parte di quest'ultima¹³.

In Italia, l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, riferimento normativo in materia¹⁴, definisce la dipendenza economica come «la situazione in cui una

europée, ECLI:EU:C:1978:22, con nota di R. PARDOLESI, *Art. 86 Trattato CEE: il prezzo del "decollo"*, in *Il Foro Italiano*, 12, IV, 1978, pp. 536 ss.

¹² La Germania fu il primo paese del continente europeo a dotarsi, già nel 1957, di una compiuta normativa a tutela della concorrenza, c.d. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), nonché ad introdurvi, con la riforma del 1973 (II novella), la nozione di dipendenza economica e di potere di mercato relativo. Ne ripercorre attentamente il processo M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 23 ss. Il fondamento comune dei due divieti ha aperto a un acceso dibattito sulla riconduzione di quello di abuso di dipendenza economica al diritto della concorrenza o al diritto dei contratti, ovvero se in tale scenario venga leso il solo interesse dell'impresa dipendente o anche quello generale di tutte le imprese che operano nello stesso mercato. Per una ricostruzione – e critica – delle diverse tesi, in particolare, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 7 ss.

¹³ S. SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2022, pp. 119-120, rileva come si tratti delle condizioni che, nonostante le divergenze strutturali tra le diverse normative, si riscontrano in diversi Stati membri dell'Unione europea, cui si aggiunge, negli ordinamenti che inquadrano tale abuso nell'ambito del diritto della concorrenza, il requisito «[del]l'impatto della condotta (concreto o potenziale) sul funzionamento o sulla struttura del mercato». Sotto il profilo della frammentazione normativa in materia si consideri peraltro che il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 92 del trattato, lascia ancora ad oggi impregiudicata la possibilità di adottare e applicare a livello nazionale delle norme sulla concorrenza più severe rispetto a quelle europee e che vietino o sanzionino comportamenti unilaterali delle imprese, anche «nei confronti di imprese economicamente dipendenti» (considerando 8). A livello europeo manca in sostanza una disciplina uniforme o (anche soltanto) armonizzata sull'abuso di dipendenza economica. Su questa possibile prospettiva, in ottica comparatistica, EAD., *Economic Dependence in Digital Markets: EU Remedies and Tools*, in *Market Competition Law Review*, vol. 5, n. 1, 2021, pp. 81 ss.

¹⁴ La letteratura dedicata all'argomento, già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge sulla subfornitura nelle attività produttive, è stata vastissima. In particolare, tra i tanti, e oltre alle citazioni già riportate, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1998, pp. 297 ss.; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 1998, pp. 712 ss.; R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1-2, 1998, pp. 268 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e diritto privato*, 4, 1999, pp. 1181 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 1999, pp. 639 ss.; A. GEMMA, *Abuse of Economic Dependence Between Competition Law and Contract Law*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2000, pp. 357 ss.; T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2000, pp. 345 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2000, pp. 389 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna,

impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»¹⁵. Nonché, quale ulteriore – se non unico vero e proprio¹⁶ – criterio di valutazione indicato dalla norma, in cui manchi una «reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti». Tali circostanze, di per se stesse legittime, non devono in sostanza rappresentare il presupposto su cui perpetrare un abuso, da riconoscersi di volta in volta attivando i rispettivi filtri di indagine.

In particolare, è possibile verificare l'assenza di alternative soddisfacenti, come si osserva anche nella corrispondente esperienza tedesca o francese, quando impossibili da reperire ovvero quando, seppur esistenti, irragionevolmente onerose¹⁷. L'accertamento di questo presupposto dello stato di dipendenza consta pertanto di due fasi distinte: in primo luogo, la ricerca sul mercato (rilevante¹⁸) di alternative oggettivamente esistenti; in secondo luogo, sotto un profilo soggettivo, individuale, il controllo della loro reperibilità e attrattività in concreto da parte di un'impresa, quest'ultima da intendersi quale elevata probabilità per la stessa di

2003; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004.

¹⁵ La formulazione del primo periodo dell'art. 9, comma 1, ricorda immediatamente quella dell'art. 33 cod. cons., che definisce le clausole vessatorie in quanto «determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». L'elemento comune, lo squilibrio, che in un caso è «significativo», nell'altro «eccessivo», rileva tuttavia sotto profili diversi: di nullità della clausola abusiva nel contratto del consumatore; di presupposto per considerare (eventualmente) abusive le condotte dell'impresa dominante nei confronti di quella dipendente nel contratto tra imprese. Valutazione di abusività del contratto stipulato con un soggetto istituzionalmente debole, nel primo caso, definizione del potere dell'impresa, nel secondo. Sul punto, per un parallelismo nello stesso senso, già con riferimento al vecchio art. 1469 *bis* c.c., si veda V. PINTO, *cit.*, p. 394.

¹⁶ Nettamente, in questo senso, V. BACHELET, *Il divieto di abuso di dipendenza economica*, in A. D'ADDA, V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici del consumatore e d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 169. *Contra*, P. FABBIO, *cit.*, pp. 123-124, spec. nota 80, che considera la mancanza di alternative sul mercato come criterio compreso, in quanto sua specificazione, in quello dell'eccessivo squilibrio. Per la totale alternatività tra i due criteri, M.R. MAUGERI, *cit.*, p. 139; ma anche G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2000, p. 31.

¹⁷ M. BAKHOUM, *Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and Its Interface with Abuse of Dominance*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper Series*, 15-15, vol. 7, n. 4, 2015, pp. 11 ss. e in F. DI PORTO, R. PODSZUN (a cura di), *Abusive Practices in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 157 ss.

¹⁸ P. FABBIO, *cit.*, pp. 131-132, insiste sulla definizione del mercato secondo i criteri antitrust, da cui discenderebbe tanto la possibilità che la dipendenza sia circoscritta ad un singolo prodotto o servizio, eventualmente senza nemmeno mettere a rischio la sopravvivenza stessa dell'impresa, quanto il contestuale accertamento di una posizione dominante.

restare competitiva sul mercato anche una volta portata avanti una scelta, appunto, alternativa¹⁹.

Così individuato lo stato di dipendenza, la norma impone all'impresa non dipendente di non abusarne.

Il divieto persegue in ciò degli scopi inevitabilmente connessi tra loro, ma formalmente distinguibili. A seconda che si consideri come espressione del diritto della concorrenza o dei contratti, l'art. 9 in questione può infatti intendersi, rispettivamente, come diretto a tutelare il processo concorrenziale ovvero gli investimenti specifici di un'impresa per l'esecuzione di un certo contratto²⁰. Oppure, in una condivisibile prospettiva di *law and economics*, a proteggere ciascuno di questi interessi, secondo una considerazione della norma quale strumento di riconduzione ad efficienza a fronte di quel fallimento del mercato rappresentato dalla sussistenza dell'asimmetria²¹.

¹⁹ V. BACHELET, *cit.*, p. 169, sottolinea di conseguenza come la tutela *ex art. 9* della suddetta legge sia improntata al principio di autoresponsabilità, per cui «ciascuno sopporta le conseguenze negative delle condotte che gli sono imputabili», non potendo pertanto essere invocata da chi non abbia, laddove possibile, evitato l'abuso rivolgendosi, per avviare o proseguire una certa attività, ad altri interlocutori commerciali. Quanto alla dipendenza di tipo soggettivo, P. FABBIO, *cit.*, pp. 132-133, riporta alcuni esempi sintomatici, quali: la convertibilità e l'ammortamento degli investimenti effettuati in funzione dei rapporti con l'impresa dominante; la durata di questi rapporti; il grado di identificazione dell'impresa dipendente con l'immagine commerciale del fornitore; l'importanza del fatturato realizzato con l'impresa dominante; l'impossibilità di cambiare metodo di fabbricazione; l'irragionevolezza delle offerte di altre imprese; l'esistenza di specifici vincoli contrattuali. Cfr. la delibera dell'AGCM, del 24 luglio 2013, IC43 – Settore della grande distribuzione organizzata.

²⁰ Convintamente per la prospettiva civilistica, R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, Giuffrè, Milano, 2014, p. 380. Fortemente sfavorevole alla riconduzione delle ipotesi di dominanza relativa sotto la lente antitrust, il parere dell'AGCM, reso il 20 giugno 1995, ai sensi dell'art. 22 delle legge sulla tutela della concorrenza e del mercato, che si è posto in evidente contrasto con le iniziali intenzioni del legislatore italiano che, sulla scia delle scelte compiute in Germania e in Francia, voleva introdurre «un ulteriore elemento costitutivo di un efficiente funzionamento del mercato» modificando proprio la disciplina antitrust. Per la tutela esclusiva dell'impresa dipendente, A. ALBANESE, *cit.*, pp. 1181 ss.; V. PINTO, *cit.*, p. 39. Per la connessione, o anche complementarità, tra questa disciplina e quella consumeristica, L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6, 1998, p. 842. Critico, invece, P. FABBIO, *cit.*, pp. 26 ss., che, anche in considerazione della sua rilevanza costituzionale, considera la tutela della concorrenza un principio ordinante dell'intera materia dei rapporti economici, cui ricondurre anche le dinamiche dei rapporti commerciali in stato di dipendenza. In generale, sul ruolo dell'antitrust, diviso tra compiti di protezione sociale e fine, unico, di efficienza, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 107.

²¹ In questo senso, G. COLANGELO, *cit.*, pp. 13 ss., sostiene che il diritto della concorrenza, così come quello dei contratti quando interessi gli operatori commerciali, sia indubbiamente ispirato al perseguimento dell'efficienza della negoziazione e dello scambio, rispetto al quale il comune esito delle due discipline non può che essere la condanna di qualsiasi abuso del potere economico. Anche F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, ESI, Napoli, 2002,

In ogni caso, indipendentemente da quale funzione si intenda riconoscere e privilegiare, è opinione convincente e condivisa che la norma non sia rivolta ai soli rapporti di subfornitura, potendo generalmente realizzarsi un abuso di dipendenza economica nei più diversi contesti dei rapporti tra imprese, dai contratti della distribuzione commerciale a quelli della filiera agroalimentare²².

La tesi maggiormente sostenuta dalla dottrina, e ormai anche dalla giurisprudenza²³, considera infatti che, nonostante la collocazione, il divieto presenti una portata generale in quanto norma a «vocazione allargata»²⁴, la quale, comprendendo finalmente tutti i presupposti necessari ad integrare la fattispecie normativa, trova applicazione in tutte le ipotesi di abuso di uno stato di dipendenza economica integrato nell'ambito di qualsiasi relazione di natura commerciale tra imprese, purché destinata a protrarsi nel tempo e implicante il compimento di investimenti specifici²⁵.

pp. 131 ss., riconoscendo una «doppia anima o, se si preferisce, un'anima complessa» alla dipendenza economica, considera «entrambe le traiettorie, assunte singolarmente [...] inadeguate a fornire una chiave interpretativa completa», approdando di conseguenza all'intenzione di seguire un approccio giuseconomico.

²² R. NATOLI, *cit.*, pp. 380 ss., avvalorata la sostenibilità di questa interpretazione estensiva dell'art. 9 con il dato positivo, che sembra, dalla legge sulla subfornitura in poi, essersi orientato verso la tutela degli investimenti specifici, specie in materia di affiliazione commerciale, di approvvigionamento e affidamento degli impianti di distribuzione di carburanti o di ritardo di pagamento.

²³ Cass. civ., SS.UU., ordinanza del 25 novembre 2011, n. 24906, ha affermato che l'abuso di dipendenza economica «configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura». Nei primi anni di applicazione della norma la giurisprudenza si mostrava infatti orientata nel senso della tesi restrittiva, che ammetteva l'applicazione del divieto ai soli rapporti di subfornitura. Per una ricostruzione, M. RUVOLO, *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *Il corriere giuridico*, 5, 2010, pp. 599 ss. Cfr. anche Trib. Bari, 2 luglio 2002, con nota di R. NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica contrattuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 4, 2003, pp. 724 ss.; Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, in *Il Foro Italiano*, I, 2004, pp. 262 ss.; Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *Il Foro Italiano*, I, 2004, pp. 262 ss.; Trib. Roma, 29 luglio 2004, in *AIDA*, 2005, pp. 533 ss.; Trib. Roma, 17 marzo 2010, con nota di G. COLANGELO, *L'ambito di applicazione dell'abuso di dipendenza economica: il caso Logista Italia*, in *Danno e responsabilità*, 12, 2010, pp. 1175 ss.

²⁴ G. COLANGELO, *cit.*, p. 76.

²⁵ Tale conclusione appare supportata anche dalla lettera dell'art. 9, che a differenza delle altre norme della legge in cui è contenuta, non si riferisce all'impresa subfornitrice nei rapporti con la committente, bensì all'impresa cliente – termine che soltanto in questa sede sostituisce quello di committente –, che acquista un bene o un servizio da quella dominante, o fornitrice, che le cede beni o servizi in forza di uno schema non riconducibile al contratto di subfornitura. M.R. MAUGERI, *cit.*, p. 133, a sostegno, considera anche il dato comparatistico, rilevando come nell'ordinamento tedesco la figura della dipendenza economica non sia circoscritta ai soli rapporti di subfornitura. D'altra parte, occorre però ricordare che in Germania il divieto è contenuto nella legge sulla concorrenza e non in altra legge speciale. Contrario, in dottrina, A. MUSSO, *cit.*, p. 484, sostenendo l'insostenibilità dell'orientamento maggioritario proprio in considerazione dell'argomento sistematico, criticandolo

Quanto all'ambito di applicazione della norma, se si assume che la definizione di "impresa" che viene in rilievo in questa sede è ben più ampia di quella ricavabile *ex art.* 2082 c.c., comprendendo infatti ogni persona fisica o giuridica che offre beni o servizi sul mercato²⁶, meno ovvia appare invece la possibilità di applicarla ai rapporti della *platform economy*, e più in generale nel contesto dei mercati digitali²⁷.

3.1. Condotte abusive e nuove prospettive nella *platform economy*.

Procedendo dunque all'analisi di questo profilo, occorre innanzitutto riconoscere, ancora una volta, il ruolo di precursore ricoperto dal legislatore tedesco.

In occasione dell'implementazione della direttiva (UE) 2019/1²⁸, infatti, è stata espressamente innovata la disciplina del GWB estendendo la portata del divieto di abuso di potere di mercato assoluto o relativo a situazioni proprie delle relazioni P2B, o più precisamente tra imprese che operano come intermediari nei mercati a più versanti e imprese che da esse dipendono. È in questa sede che viene ad esempio tipizzata la fattispecie del rifiuto alla condivisione dei dati di cui un'impresa abbia il controllo e un'altra impresa abbia bisogno per eseguire le sue attività (sez. 20, par. 1a, GWB).

In questa stessa direzione sembra procedersi anche in Italia.

Su segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)²⁹, nel 2021 il Governo ha presentato un disegno di legge annuale per il

in quanto aderente alla *ratio* originaria dell'istituto smentita però proprio dalla scelta del suo mantenimento all'interno di una legge speciale e non della generale legislazione antitrust.

²⁶ V. BACHELET, *cit.*, pp. 149-150. Cfr. CGUE, sentenza del 23 aprile 1991, causa-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser c Macroton GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

²⁷ Tra le prime decisioni in tal senso, Trib. Milano, 17 giugno 2016, ha condannato Google per l'abuso di dipendenza economica nei confronti di una società di sviluppo e gestione di siti internet, prima imponendole delle condizioni gravose, poi interrompendo arbitrariamente le relazioni contrattuali pendenti e senza corrispondere gli importi ancora dovuti. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che siffatte condotte avevano impedito all'impresa dipendente di «reperire sul mercato in tempi utili delle alternative soddisfacenti».

²⁸ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

²⁹ Segnalazione dell'AGCM, del 22 marzo 2021, AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021.

mercato e la concorrenza (c.d. d.d.l. concorrenza)³⁰, che, tra le altre cose, si propone proprio di adeguare la lettera dell'art. 9 della legge sulla subfornitura alle dinamiche P2B. Specificamente, con l'aggiunta di un nuovo comma 1 *bis* alla norma diretto all'introduzione della presunzione *iuris tantum* dello stato di dipendenza economica di «un'impresa che utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati» (art. 29 d.d.l. concorrenza).

In questo senso, il divieto dell'art. 9 verrebbe ulteriormente associato a delle ipotesi presunte, stavolta in via assoluta, di abuso di dipendenza economica, quali quella del comma 3 *bis*, aggiunto dalla legge 11 novembre 2011, n. 180, per cui la violazione diffusa e reiterata della disciplina in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, posta in essere in danno delle imprese creditrici, configura un abuso a prescindere dall'accertamento dello stato di dipendenza economica; o dell'art. 17, comma 3, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. decreto liberalizzazioni), dedicato ai rapporti fra i gestori di impianti di distribuzione di carburante e le grandi imprese che ne sono titolari o fornitrici, per cui i comportamenti posti in essere da questi ultimi «allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore integrano abuso di dipendenza economica».

La scelta di ricorrere ad una presunzione³¹, per di più relativa, potrebbe invero rappresentare un incentivo all'adozione di comportamenti virtuosi da parte delle

³⁰ Annunciato nella seduta del Consiglio dei Ministri n. 386 del 14 dicembre 2021. Già approvato dal Senato, al momento in cui si scrive risulta ancora pendente all'esame della Camera.

³¹ Sul punto, in senso dichiaratamente contrario il punto di vista di S. SCALZINI, *Abuso, cit.*, pp. 146-147, che ritiene inopportuno ragionare per presunzioni in sede di accertamento di uno stato di dipendenza economica, nella fase di valutazione oggettiva come in quella soggettiva, in quanto non verrebbe adeguatamente verificata la «intrusione opportunistica dell'impresa forte nelle scelte di autonomia dell'impresa debole, erodendone uno dei momenti fondamentali e tipici dell'attività d'impresa», con effetti disfunzionali «nel sistema dei rimedi ai comportamenti abusivi». L'opinione dell'Autrice non appare tuttavia suffragata dalla descritta tendenza del legislatore in questo senso, che si spiega – peraltro, almeno fino ad ora, rispetto a delle presunzioni che non ammettono prova contraria – nell'ottica di individuare situazioni in cui, all'opposto, sarebbe eccessivamente gravoso per l'impresa dipendente dimostrare di essere tale. Anche il confronto (pp. 147-148), critico, con la definizione di *gatekeeper* contenuta nella proposta DMA, che non necessariamente coincide con la piattaforma cui fa riferimento la proposta di riforma nazionale, non appare costituire un aspetto effettivamente centrato, in quanto per la violazione del divieto di abuso di dipendenza economica è sufficiente l'individuazione di un potere di mercato relativo, non assoluto, in ciò non rilevando il riferimento al «ruolo determinante» da essa assunto, in generale, sul mercato, dovendosi intendere, in virtù di un visione d'insieme, sistematica, della disciplina sull'abuso in questione, comunque riferito al rapporto intercorrente con l'impresa (presuntivamente) in stato di dipendenza.

piattaforme digitali, secondo il principio dell'*accountability*, nel solco delle più recenti riforme e proposte europee in tema di dati e mercati digitali. Perché se, da un lato, bisogna ammettere che le stesse difficilmente riusciranno a superare la presunzione e a dimostrare l'effettiva assenza di uno stato di dipendenza, specie quando detengono un significativo potere di mercato – stavolta in senso assoluto, oltre che relativo; dall'altro, il divieto dell'abuso così concretizzato non potrebbe comunque considerarsi violato laddove la condotta della piattaforma rispettasse i criteri imposti dalla normativa nazionale e comunitaria³².

Ancora, il comma 2, che contiene un'elencazione non tassativa di fattispecie abusive, verrebbe integrato, sul modello della riforma tedesca, con un riferimento alla fornitura di «informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito»; ma anche all'applicazione «di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti»³³ e alla richiesta «di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta» (art. 29 d.d.l. concorrenza)³⁴.

Tale disposizione, infatti, allo stato considera soltanto tre ipotesi di condotte abusive, quali l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie³⁵ (anche retroattive, in caso di riforma dell'art. 9), l'interruzione

³² Fortemente critico invece il punto di vista di G. Colangelo, espresso nella relazione presentata in sede di esame del d.d.l. concorrenza 2021, presso la X Commissione del Senato, in data 16 febbraio 2022, laddove ritiene, in particolare, che l'introduzione di questa presunzione realizzi una discriminazione del tutto ingiustificata, oltre che unica nel panorama normativo europeo, tra operatori dei mercati digitali e non, nonché che l'onere probatorio così posto in capo alla piattaforma sia eccessivamente difficile da superare.

³³ Si noti come questa previsione ricalchi quasi interamente la disposizione di cui all'art. 102, par. 2, lett. c), TFUE, per cui tra le pratiche di sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato unico rientra l'applicazione nei rapporti commerciali di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, a svantaggio della concorrenza.

³⁴ Dell'elenco proposto dall'AGCM in sede di segnalazione, spec. p. 56, per quanto anch'esso indicato a titolo soltanto esemplificativo, il Governo ha accolto soltanto quelle più generiche, come quelle riportate nel corpo del testo, laddove l'Autorità manifestava l'opportunità di una maggiore concretezza nella descrizione delle condotte vietate nell'ottica privilegiare «il profilo della certezza giuridica» e agevolare l'adeguamento delle piattaforme entro un perimetro di liceità.

³⁵ Lo squilibrio così ingenerato è frutto di quell'asimmetria di tipo economico di cui si è ampiamente discusso nella prima parte di questo lavoro, che distingue il c.d. terzo contratto da quello del consumatore, ove la subordinazione del soggetto debole al professionista si parametra sulla base del diverso patrimonio informativo a disposizione delle due parti del rapporto. Mentre allora la tutela dell'impresa dipendente si estende a quelle condizioni contrattuali che riguardano anche il contenuto economico del contratto; quella del consumatore è limitata al solo contenuto normativo del contratto, in quanto ex art. 34, comma 2, cod. cons. la valutazione del carattere vessatorio di una clausola si estende alla determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, soltanto nel caso in cui tali elementi non siano stati individuati in modo chiaro e

arbitraria delle relazioni commerciali in atto³⁶ e il rifiuto di contrarre³⁷, caratterizzate – forse potendosi così spiegare la scelta del Governo di procedere nello stesso senso anche con il d.d.l. concorrenza 2021 – da una genericità tale da attribuire all’interprete un notevole margine di intervento, cui è peraltro lasciato, al contempo, il compito di individuare eventuali ulteriori modalità di realizzazione di comportamenti abusivi (art. 9, comma 2: «[l]’abuso può anche consistere [...]»).

Ecco dunque il quadro complessivo che, allo stato, descrive il funzionamento del divieto di abuso di dipendenza economica.

Occorre dunque procedere a verificare se e come possano esservi ricondotte le fattispecie in astratto già considerate, sia quando lo stato di dipendenza economica tra un’impresa-piattaforma digitale e un’impresa-utente commerciale costituisca l’oggetto di un apposito procedimento di accertamento, sia quando venga presunto, e non adeguatamente contestato.

Quanto al primo caso, basti dire che nell’ambito dei rapporti della *platform economy* lo stato di dipendenza si concretizza comunemente in considerazione di quanto sia effettivamente complessa per gli utenti commerciali la ricerca, prima, e l’individuazione, poi, di valide alternative sul mercato – specie sotto il profilo dei costi – per la vendita di beni e servizi ai consumatori. E ciò è vero anche quando

comprensibile. Peraltro, a ulteriore distinzione, se l’art. 33, comma 2, cod. cons. presenta un elenco di clausole il cui carattere di abusività è presunto, fino a prova contraria, in quanto determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi che discendono dal contratto, il corrispondente parametro contenuto a titolo esemplificativo dall’art. 9, comma 2, in commento chiede al giudice di valutare autonomamente e in concreto che una certa condizione contrattuale sia ingiustificatamente gravosa o discriminatoria. Sul punto, sebbene la recente proposta dell’AGCM di riforma dell’art. 9, comma 2, in ciò evidentemente non condivisa dal Governo, mantenesse carattere esemplificativo, sembra che la direzione auspicata dall’Autorità fosse proprio quella di tipizzare quante più fattispecie possibili, similmente all’approccio adottato alle relazioni B2C, probabilmente anche in considerazione della sempre maggiore standardizzazione dei rapporti contrattuali tra le imprese dell’economia digitale.

³⁶ Il termine interruzione viene qui in rilievo in quanto cessazione di fatto, e può qualificarsi, a seconda delle circostanze, come disdetta di un contratto a termine non rinnovabile; come mancato rinnovo; come recesso da un contratto a tempo indeterminato, anche quando viene rispettato il termine di preavviso previsto o la clausola prevede la possibilità di recedere *ad nutum* (M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2019, p. 963). Naturalmente, perché un comportamento – a differenza delle condotte di cui sopra, che sono espresse in una clausola negoziale, qui difficilmente l’abuso potrà essere riconosciuto all’interno della disposizione contrattuale, dovendosi piuttosto guardare al concreto agire dell’impresa – interruttivo di un rapporto possa essere considerato abusivo è richiesto necessariamente l’intervento del giudice, chiamato a valutare secondo le circostanze del caso concreto.

³⁷ V. BACHELET, *cit.*, p. 153, precisa come anche questa condotta tipica, sebbene non sia specificato espressamente, debba presentare il carattere dell’arbitrarietà.

non si tratta delle piattaforme più diffusamente conosciute e utilizzate dal grande pubblico, in quanto tali tendenzialmente capaci di godere di un potere di mercato assoluto, sicché, in generale, tutti i fornitori di servizi di intermediazione il cui potere rilevi nel semplice rapporto bilaterale con un utente commerciale – potendo peraltro essere, questo, il preludio del consolidamento di un più ampio potere – sembrano soggetti all’applicazione della disciplina in discorso³⁸.

Può dunque avere luogo l’approfondimento delle fattispecie di interesse.

Innanzitutto, alla luce di quanto rappresentato, si ritiene che una condotta consistente nella modifica arbitraria del *ranking* da parte di una piattaforma digitale possa integrare le nuove fattispecie dell’applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti o dell’insufficienza delle informazioni rese note relativamente al servizio (di intermediazione) fornito. Ovvero, in caso di mancata adozione della riforma, quella già esistente relativa all’imposizione di condizioni contrattuali gravose o discriminatorie in assenza di alcuna giustificazione. Infine, potrebbe essere considerata abusiva in sede di interpretazione, in quanto condotta comunque idonea ad incidere negativamente sull’esercizio dell’attività d’impresa.

In questo caso, l’elemento dell’arbitrarietà, necessario alla qualificazione dell’abuso, verrebbe riconosciuto nel comportamento tenuto nell’inosservanza o in violazione dei criteri di posizionamento che la normativa europea impone di determinare ed indicare a fini di trasparenza (art. 5 reg. P2B). Specificamente, nella misura in cui lo spostamento di un’offerta commerciale da una posizione all’altra, dall’alto verso il basso o viceversa, sia avvenuto senza che fosse chiaro il criterio utilizzato – a maggior ragione se principale –, nonché le modalità con cui ne sia stato fatto ricorso.

L’area grigia che si genera attorno alla necessità di bilanciare il relativo obbligo informativo con la tutela dell’(eventuale) segreto industriale concernente il funzionamento dello strumento, tendenzialmente algoritmico, di determinazione del *ranking*, permette infatti alla piattaforma di far apparire il suo comportamento

³⁸ Ciò, si ritiene, in quanto, come efficacemente descritto da R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Diritto pubblico*, 3, 2021, p. 958, «annidarsi stabilmente nella piattaforma è, per l’utente commerciale, strategia vitale per propiziare il successo (o, almeno, la sopravvivenza) sul mercato digitale, quello che ormai conta davvero, perché, se non vi si atterra radicandosi in modo consistente, è come se non si esistesse».

in linea con i criteri di posizionamento adottati, in quanto la modifica non è abusiva *per se*. Allo stesso tempo, però, impedisce all'utente commerciale coinvolto di prevenire e scongiurare un esito svantaggioso in termini di visibilità, ovvero di adoperarsi adeguatamente al fine di migliorare la propria condizione o, ancora, di valutare, laddove esistenti, altre opportunità commerciali che potrebbero risultare più favorevoli.

In sostanza, l'abuso sembra annidarsi in questa rischiosa incertezza sul funzionamento di strumenti qualificanti i rapporti P2B. In totale contrasto con un intervento normativo che si pone invece nell'ottica di riequilibrare il più possibile quell'asimmetria informativa che, come si è detto a più riprese, li caratterizza similmente a quanto viene descritto dalla disciplina consumeristica.

Le stesse fattispecie sembrano potersi peraltro applicare in relazione all'abuso perpetrato nella formazione del posizionamento mediante pratiche di *self-preferencing*, realizzato in senso escludente di un prodotto o soggetto dal mercato. In particolare, nella situazione in cui l'utente commerciale subisca l'applicazione di condizioni contrattuali diverse, specie in senso peggiorativo, rispetto a quelle che la piattaforma applica per sé nell'offerta agli utenti finali di propri beni o servizi, con la conseguenza, evidentemente lesiva, che la proposta di vendita dell'impresa dipendente subisce l'estromissione, in parte o per intero, dalla vetrina virtuale utilizzata.

Anche qui, l'ambiguità è accentuata, e altrimenti difficilmente superata, proprio dal ruolo dell'algorithmo quale esecutore materiale del *ranking*, che, sulla base degli *input* in esso inseriti o anche in funzione dell'apprendimento automatico (c.d. *machine learning*), è capace di determinare delle ingiustificate differenze di trattamento e la discriminazione dei risultati.

Il rimedio individuabile per queste forme di abuso appare dunque quello della nullità delle condizioni gravose o discriminatorie previste senza giustificazione nel contratto; ovvero, quando l'abuso si riscontri nel solo comportamento dell'impresa forte, dell'inibitoria, un provvedimento del giudice che, accertata l'antigiuridicità della condotta, impone all'autore della stessa di astenersi dal compiere ulteriori violazioni. Oltre, evidentemente, alla possibilità di procedere in via risarcitoria.

Quanto ai provvedimenti di limitazione, sospensione o cessazione, essi possono dirsi immediatamente suscettibili nella fattispecie dell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Gli utenti commerciali non possono vantare alcun diritto a rimanere illimitatamente su una piattaforma, come viene evidentemente confermato anche dalla previsione in materia *ex art. 4 reg. P2B*. Tuttavia, come già accennato, è necessario prestare idonea tutela a fronte della lesione del loro affidamento al prosieguo del rapporto.

Pertanto, per le ipotesi in cui manchi il relativo supporto motivazionale ovvero non vengano rispettate le tempistiche richieste, si ritiene che l'interruzione arbitraria, temporanea o definitiva che sia, del rapporto faccia sorgere in capo alla parte lesa il diritto ad essere risarcita proprio per la perdita dell'affidamento in ciò ragionevolmente riposto. La circostanza appare inoltre tale da ammettere l'intervento della tutela inibitoria, ad opera del giudice, diretta alternativamente alla cessazione dell'abuso (inibitoria negativa) oppure al prolungamento del rapporto (inibitoria positiva)³⁹.

Se, invece, la cessazione del rapporto opera in quanto applicazione delle apposite previsioni imposte dal regolamento negoziale, sembra potersi applicare loro la sanzione della nullità nella misura in cui si impongano in tal modo delle condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie⁴⁰. Pure in questo caso, ricorrendone i presupposti, appare possibile agire anche per una tutela di tipo risarcitorio.

Secondo la stessa bipartizione sembra potersi procedere in tema di abusi rivolti alla reputazione di un utente commerciale ovvero di un professionista, ad

³⁹ M.R. MAUGERI, *ult. op. cit.*, p. 967, la quale considera come la valutazione sull'affidamento riposto dalla parte debole alla prosecuzione del rapporto richieda al giudice di «interrogarsi sul tempo astrattamente necessario all'impresa dipendente per ricollocarsi sul mercato», tenendo conto «della durata dei rapporti pregressi, del numero di contratti intercorsi fra le parti, degli usi, degli atteggiamenti dell'impresa forte, insomma di tutto ciò che razionalmente induce a porre affidamento nella prosecuzione del rapporto».

⁴⁰ A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Cedam, Padova, 2018, pp. 50 ss., le cui considerazioni riferite al recesso sembrano estendibili anche al caso in esame, laddove ritiene che il giudice possa sottoporlo «a un controllo di razionalità materiale, ossia a un controllo equitativo», nonché, in relazione alle circostanze del caso concreto e in particolare rispetto ai costi di riconversione degli investimenti idiosincratici, impedirne l'efficacia e riconoscere «un'indennità in relazione alle spese sostenute».

esempio attraverso l'eliminazione di recensioni positive o il trattamento aggregato, incontrollato e imprevedibile, dei dati ad esso riferiti.

Ciò in quanto la tutela inibitoria può intervenire in considerazione della necessaria imposizione di un obbligo di *facere* o *non facere* per reintegrare l'immagine, in senso ampio, del soggetto leso all'interno della piattaforma, ad esempio ripubblicando i commenti positivi cancellati o ricalcolando il punteggio, espresso in cifre o simboli, risultante da tutti i voti degli utenti. Mentre quella invalidatoria potrebbe proporsi quale strumento funzionale a caducare il regolamento negoziale intercorrente tra le parti da quelle previsioni che, ingiustificatamente, impongono condizioni gravose o discriminatorie: dalle regole di funzionamento dei sistemi di *rating and review*, potenzialmente contenuto di un segreto industriale, alle conseguenze della presenza di recensioni negative sul profilo dell'utente commerciale o professionista, la piattaforma è in grado, con la predisposizione unilaterale e non negoziabile delle regole di esercizio dell'intermediazione, di determinarne il destino ben oltre l'eventuale termine del rapporto che li lega.

A prescindere dalle considerazioni, comunque necessarie, sulle possibilità dell'utente commerciale o del professionista di perseguire altre vie, rivolgendosi ad altra piattaforma commerciale o utilizzando esclusivamente canali propri, ovvero ancora abbandonando definitivamente la dimensione digitale per proporsi ai propri utenti o per cercarne di nuovi, non può non tenersi conto delle ripercussioni che il fattore reputazionale può avere, in senso negativo e definitivo, sulla sua capacità di restare competitivo sul mercato. Di continuare, proprio in termini generali, lo svolgimento della propria attività d'impresa.

In questo senso, appaiono altresì individuabili i presupposti per agire, in via esclusiva ovvero in aggiunta alle precedenti soluzioni, per il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione della propria reputazione⁴¹.

Infine, per ciò che concerne il tema della portabilità dei dati, la forma di abuso che si realizza nella formazione di fenomeni di *lock-in* all'interno di una piattaforma, potrebbe considerarsi riconducibile agli scopi manifestati dal Governo

⁴¹ Sulla risarcibilità del danno patrimoniale per la diminuzione delle opportunità di intrattenere nuovi rapporti commerciali o sviluppare quelli esistenti, già, in senso generale, V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, p. 307.

nel citato d.d.l. concorrenza 2021, in particolare con l'inserimento all'interno della disciplina dell'abuso di dipendenza economica della fattispecie della «richiesta di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta». Ciò, nella misura in cui, si è detto, l'imposizione di limiti o complicazioni alla trasmissione dei dati da un titolare a un altro, che certamente si riferisce anche alla determinazione di un corrispettivo ingiustificato per procedere a questo specifico adempimento, sia in grado di impedire la mobilità degli utenti commerciali sul mercato ovvero di arrecare loro un danno.

Il relativo rimedio potrebbe allora consistere in un provvedimento del giudice interno contenente un apposito obbligo di *facere*, che sbrighi il trasferimento da inutili difficoltà, e/o nel risarcimento del danno eventualmente patito a fronte degli ostacoli posti dalla loro imposizione da parte del primo titolare.

4. L'abuso di posizione dominante.

Ampliando l'orizzonte dell'analisi nella prospettiva più generale della tutela del mercato, in successione ai profili discussi sinora, occorre volgere l'attenzione al diverso ma congiunto divieto di abuso di posizione dominante, che, specialmente negli ultimi dieci anni, ha costituito un importante strumento di contenimento del potere delle grandi imprese del digitale all'interno del mercato unico e nazionale⁴².

La materia, infatti, a differenza di quanto ricordato relativamente al divieto di abuso di dipendenza economica, è contestualmente regolata da normativa e interna e comunitaria, seppur con norme quasi del tutto coincidenti: a) l'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287; e b) l'art. 102, par. 1, TFUE; laddove il primo vieta «l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante» e il secondo dichiara «incompatibile con il mercato interno e vietato [...] lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale

⁴² In termini economici, il concetto di potere di mercato viene definito dalla Commissione europea nella Comunicazione 2004/C 101/08 “Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato” come «la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore a quello competitivo per un periodo significativo o di mantenere la produzione, in termini di quantitativi prodotti, di qualità e varietà dei prodotti o di innovazione, ad un livello inferiore a quello competitivo».

di questo». Accanto all'abuso in senso generale, in entrambi i casi vengono inoltre specificate quattro ipotesi tipiche di comportamenti vietati, riferite all'imposizione di prezzi o condizioni a) ingiustificatamente gravose o b) non eque; alla limitazione alla produzione, agli sbocchi o a) agli accessi al mercato, allo sviluppo tecnico o a) al progresso tecnologico, a danno dei consumatori; all'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; alla necessaria accettazione per la conclusione di un contratto di prestazioni supplementari che, per loro natura o per gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dello stesso: le c.d. pratiche leganti.

Queste condotte non sono tuttavia vietate *per se*⁴³, ma esprimono una forma di abuso rilevante per la disciplina antitrust soltanto nella misura in cui vengano poste in essere da un'impresa che detiene una quota di mercato tale da permetterle di influire sul funzionamento complessivo del mercato tenendo un comportamento relativamente indipendente⁴⁴. Così ostacolando la libera concorrenza, a svantaggio di tutti gli operatori del mercato: dai concorrenti ai consumatori.

Lo scopo della disciplina antitrust, in questo senso, è impedire l'abuso e lo sfruttamento illegittimo di una posizione dominante, non le possibilità di ambirvi ed ottenerla⁴⁵.

Proprio perché rivolto espressamente ed esclusivamente a tali soggetti, il divieto di questo abuso si dice attribuire loro una speciale responsabilità di garantire il mantenimento di una concorrenza effettiva nel mercato in cui operano, che si traduce in particolare nell'attribuzione di obblighi di trasparenza, di equità e di non discriminazione, la cui violazione realizzerebbe il superamento del limite massimo

⁴³ G. D'IPPOLITO, *L'abuso di posizione dominante*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Milano, 2018, p. 551, introduce infatti il proprio discorso evidenziando che l'acquisizione, anche progressiva, di potere di mercato «può essere considerata come il motore fisiologico del processo concorrenziale, idoneo a contribuire all'efficienza del mercato».

⁴⁴ CGUE, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c Commissione delle Comunità europee*, cit.

⁴⁵ A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Utet, Milano, 2018, pp. 456 ss., considera a tal riguardo la funzione essenzialmente repressiva e non preventiva della normativa in oggetto. Da ciò consegue peraltro che certi comportamenti vengono considerati abusivi solo perché tenuti da un'impresa dominante, laddove se tenuti da un soggetto diverso sarebbero invece considerati legittimi (cfr. CGUE, sentenza del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA, Dafra-Lines A/S c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2000:132).

di tolleranza, o meglio il perimetro dell'agire lecito, oltre il quale il restringimento della concorrenza nelle dinamiche del libero mercato non viene più considerato ammissibile⁴⁶.

Ai fini dell'individuazione di una posizione dominante è dunque necessario dare sostanza alla generica indicazione circa la sussistenza di una quota di mercato particolarmente elevata, in mancanza di istruzioni da parte del legislatore, attraverso taluni fattori elaborati dalle autorità di settore e dalla giurisprudenza, a livello sia comunitario che nazionale, tra cui la distanza rispetto al titolare della seconda quota di mercato e la c.d. polverizzazione delle altre; l'esistenza di barriere all'ingresso, tipicamente finanziarie, tecniche e commerciali, nonché, nei casi di interesse in questa sede, tecnologiche; l'offerta particolarmente vasta di una certa gamma di prodotti o servizi; l'esistenza di una forte integrazione verticale. Su queste basi, la posizione dominante viene considerata sempre esistente quando risulta una quota di mercato superiore al 70%, nonché relativamente presunta se compresa tra il 50% ed il 70%, lasciando in questo caso all'impresa interessata l'onere di dimostrare l'esistenza di una concorrenza effettiva⁴⁷.

⁴⁶ M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2018, p. 7, ricorda come la formula della "speciale responsabilità", elaborata dalla giurisprudenza europea degli anni Settanta e Ottanta, oggetto di critiche per il suo apparente moralismo, sia ormai indicata quale carattere essenziale dell'abuso di posizione dominante, utilizzata in quanto tale nei documenti della Commissione europea (es. Comunicazione 2009/C 45/02 "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti", p. 7, che già nell'introduzione richiama la «responsabilità speciale [dell'impresa in posizione dominante] di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente priva di distorsioni nel mercato comune») e nelle pronunce della Corte di giustizia (*ex multis*, più di recente, CGUE, Grande Sezione, sentenza del 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. c Commissione europea*, ECLI:EU:C:2017:632, spec. par. 135, ove si afferma che «all'impresa che detiene una posizione dominante incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno»).

⁴⁷ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 623-624. Cfr. CGUE, sentenza del 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1979:36; CGUE, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1996:436. Cfr. A. CONTALDO, F. PELUSO, *L'abuso di posizione dominante in internet*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, cit.*, pp. 589-590.

4.1. Il mercato rilevante: profili consolidati e adeguamenti necessari.

Perché la ricerca di tali indicatori abbia un significato per l'interprete, occorre che essa sia contestualizzata alla luce del mercato in cui una certa impresa è attiva e dei suoi concorrenti. Ed è, questa, la definizione del c.d. mercato rilevante.

Essa costituisce «condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale»⁴⁸, costituendo, nell'ambito dell'analisi concorrenziale, la fase funzionale per delimitare il contesto in cui determinate imprese sono in concorrenza tra loro e individuare le pressioni concorrenziali a cui sono sottoposte. A tal fine, si ricorre così alla verifica circa la sostituibilità della domanda e la sostituibilità dell'offerta, da eseguire nella duplice dimensione merceologica (c.d. mercato del prodotto) e geografica (c.d. mercato geografico)⁴⁹.

Considerando il lato della domanda, l'indagine richiede di interrogarsi sulla possibilità che i consumatori intendano sostituirlo con un altro, rispetto ad esso fungibile in ragione delle caratteristiche, del prezzo e dell'uso a cui è destinato; e/o, rivolgersi ad operatori attivi in una zona diversa, ma le cui condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee. Quanto al lato dell'offerta, invece, il quesito concerne la possibilità per produttori e distributori di riconvertire, rispettivamente, la produzione e il sistema di distribuzione per far fronte, in tempi ragionevolmente rapidi e senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi, all'aumento o al mutamento della richiesta di un certo prodotto o servizio, eventualmente anche se proveniente da un'area geografica diversa da quella di stabilimento⁵⁰.

In entrambi i casi, il controllo richiede l'applicazione di un particolare strumento econometrico, il c.d. SSNIP (*small but significant non transitory increase in price*) test, per cui si analizza il comportamento, per un verso, dei consumatori, per l'altro, delle imprese, tenuto in presenza di una ipotetica piccola

⁴⁸ Trib. UE, sentenza del 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen AG c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2000:180, par. 230.

⁴⁹ C. OSTI, *L'abuso di posizione dominante* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-4.

⁵⁰ Comunicazione della Commissione 97/C 372/03 "Sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza".

variazione – un aumento tendenzialmente tra il 5 e il 10% – non transitoria del prezzo di un certo prodotto o servizio in una determinata area, per verificare la loro propensione alla sostituibilità merceologica o geografica.

In sostanza, sono le condizioni di realizzazione della domanda ovvero dell'offerta a permettere di individuare il mercato rilevante del prodotto e/o geografico sulla base del grado di sostituibilità in quale modo approvato, del pari, da parte dei consumatori o delle imprese: fino a che l'incremento permanente dei prezzi non diventi redditizio, ovvero non permetta di bilanciare le perdite dovute al corrispondente calo provocato nelle vendite, il prodotto o la zona sia sostituibile che fungibile appartiene allo stesso mercato rilevante; risultando altrimenti, sarà invece possibile assistere alla formazione di due, o più, mercati rilevanti distinti⁵¹.

Questo strumento, così concepito, inevitabilmente, attorno alle dinamiche dei mercati tradizionali, non è automaticamente estendibile a quelli digitali. Il suo funzionamento nel contesto dell'economia delle piattaforme *tout court* è, cioè, tutt'altro che scontato. E ciò in quanto se, da un lato, le imprese che ne costituiscono gli attori ben possono comportarsi alla stregua di un loro corrispettivo *offline*, attraverso l'esecuzione di uno scambio economico in senso stretto; dall'altro, molti tra gli intermediari più noti si distinguono per un'interazione con gli utenti fondata esclusivamente sullo scambio di dati personali, fattore apparentemente attinente al mero funzionamento della piattaforma e non anche al suo accesso a fronte di un corrispettivo⁵².

Per quanto questa ultima considerazione appaia ormai generalmente superata, diffusa una considerazione economica anche dei dati personali⁵³, vero e proprio

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Così, agli esordi di questi studi si considerava certamente estranea alle caratteristiche degli scambi commerciali la trasmissione, in vece di un corrispettivo tradizionale, di dati personali. Ad esempio, I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition*, vol. 38, n. 4, 2015, p. 490, rilevava che «[c]ontrary to usual economic transactions, users as suppliers of data cannot determine the amount and type of information they want to supply and do not have any influence on what they will get in return. Instead, the providers of the online services unilaterally decide what type and which amount of data will be retrieved and impose their practices on users as a take-it-or-leave-it offer».

⁵³ Per uno studio iniziale, già BKARTA, B6-113, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, giugno 2016, pp. 36 ss. Nella dottrina italiana, cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2017, pp. 418 ss.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2018, pp. 411 ss.; G. RESTA, *I dati personali*

prezzo, seppure da un punto di vista monetario risulti pari a zero, per ottenere una determinata controprestazione, la distinzione tra i due modelli sembra fondarsi principalmente sulla tipologia di partecipanti, professionisti (in senso ampio) o consumatori, dei diversi gruppi di utenti attivi sulle piattaforme digitali. E in questa sede ci si intende limitare ad osservare il primo profilo, giacché nell'ambito del rapporto strettamente P2B, gli utenti commerciali retribuiscono la piattaforma tendenzialmente con il pagamento di un prezzo e, solo indirettamente, attraverso la produzione di valore tramite la circolazione di dati, personali e non.

Ebbene, l'analisi antitrust relativa all'individuazione del mercato rilevante di interesse per le imprese-piattaforme richiede un passaggio necessario, relativo a una delle loro specificità più significative, quale l'essere mercati a più versanti. Tale struttura, caratterizzata notoriamente dalla produzione di esternalità di rete, è infatti già di per sé idonea a sottintendere una posizione di subalternità degli utenti commerciali, sicché i rischi per la tenuta del gioco concorrenziale appaiono particolarmente elevati⁵⁴.

oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), Anuario del contratto 2018, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 125 ss.; V. RICCIUTO, La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), I dati personali nel diritto europeo, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23 ss.; R. SENIGAGLIA, La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali, in Contratto e impresa, 2, 2020, pp. 760 ss.; C. SOLINAS, Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette, in Giurisprudenza italiana, 2, 2021, pp. 321 ss.; E. BATTELLI, I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono "gratuiti", in I contratti, 2, 2022, pp. 355 ss.

⁵⁴ Cfr. M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impresa*, 3, 2021, pp. 925 ss., che precisa come, su questi presupposti, si stimoli significativamente l'estensione progressiva del bacino di nuovi utenti, serviti a costi marginali prossimi se non pari allo zero, con la conseguente acquisizione da parte di un intermediario-piattaforma di un potere di mercato costantemente crescente. In questo senso, la ricostruzione di M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 57-58, per cui attraverso la circolazione e il trattamento di dati si determina «un doppio circolo virtuoso (*positive feedback effect*) a favore delle piattaforme che peraltro rafforza l'effetto di network indiretto. Da un versante, infatti, migliorando la loro offerta di pubblicità comportamentale, le piattaforme vedono aumentare gli inserzionisti determinati a comprare spazi pubblicitari a fronte di sempre più denari. Dall'altro versante, perfezionando i propri servizi offerti a prezzo nullo, le piattaforme accrescono il numero di utenti interessati a utilizzarle i quali non solo, in ragione del già menzionato effetto di rete indiretto, attraggono sempre più inserzionisti, ma altresì mettono a disposizione delle piattaforme sempre più dati, consentendo che il ciclo ricominci».

La presenza di un mercato multiversante pone di fronte a un bivio: o definire dei mercati distinti per ciascun versante della piattaforma; o definire un unico mercato comprensivo di tutti i versanti coinvolti.

Per comprendere come procedere, occorre valersi ancora una volta della più attenta letteratura economica, per cui si considera la possibilità di riconoscere un unico mercato rilevante soltanto nelle ipotesi di mercati multiversanti *transaction*, caratterizzati dalla visibile esecuzione di una transazione tra i gruppi di utenti della piattaforma (es. nei mercati delle carte di pagamento); laddove la definizione di due mercati correlati interesserebbe i mercati multiversanti *non-transaction*, in cui tale transazione, anche se presente, non risulta osservabile, ad esempio perché si realizza in una fase e in un contesto che esula dalla sfera di controllo dell'intermediario (es. nei mercati delle inserzioni pubblicitarie)⁵⁵.

A seconda dell'esito di questa valutazione – ma tenendo in considerazione che anche in quest'ultimo caso, di regola, risulta preferibile tenere in considerazione entrambi i mercati⁵⁶ – è dunque possibile inoltrarsi nella successiva analisi delle diverse pressioni concorrenziali, dal lato della domanda e dell'offerta, ed individuare finalmente la sussistenza della posizione dominante⁵⁷.

⁵⁵ L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME, P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, in *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 10, n. 2, 2014, pp. 293 ss.

⁵⁶ A. MINUTO RIZZO, *I profili antitrust del nuovo web e della nuova economia digitale*, in *Il diritto industriale*, 2, 2019, p. 115.

⁵⁷ Cfr. la decisione della Commissione del 3 ottobre 2014 nel caso COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp. G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2016, p. 441, puntualizza che, nell'analisi di un *two-sided transaction market*, il ricorso allo SSNIP test richiede un adattamento, dovendosi tenere conto dei cambiamenti nei profitti su tutti i versanti della piattaforma e degli effetti di rete indiretti tra loro. Peculiare peraltro osservare che, nel caso in cui la definizione del mercato rilevante riguardasse una piattaforma in cui beni e servizi vengono offerti gratuitamente, mancherebbe l'elemento centrale della sua applicazione: la presenza di un prezzo monetario da aumentare. Si ritiene infatti che una diversa richiesta dei dati chiesti in cambio all'utilizzo della piattaforma non sia infatti totalmente equiparabile, seppure abbia valore di scambio economico. Pertanto, ne è stata proposta (cfr. D.S. EVANS, *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, n. 753, 2016, pp. 1 ss.) una versione che non valuta la piccola, ma significativa, e permanente variazione verso l'alto del prezzo, bensì verso il basso della qualità: il c.d. SSNDQ (*small but significant non transitory decrease in quality*) test, ad esempio utilizzabile per verificare se un peggioramento – frequenti difficoltà di accesso, interruzioni improvvise, diffusa sottrazione di informazioni – della qualità del servizio di un *social network*, spinga i suoi utenti a utilizzarne un altro. Sulla sua applicazione cfr. la decisione della Commissione del 7 ottobre 2011 nel caso COMP/M. 6281 – Microsoft/Skype; nonché, in commento alla Corte Suprema cinese nel relativo caso, D.S. EVANS, V.Y. ZHANG, *Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by the Supreme Court*, in *CPI Asia Column*, 21 ottobre 2014.

4.2. Categorie e ipotesi di abuso.

Tra le diverse ipotesi di condotte abusive rilevanti in questo discorso, è possibile preliminarmente distinguere due diverse categorie, utili a comprendere meglio il tipo di effetti che, nell'incidenza sul corretto funzionamento del mercato, possono produrre. In particolare, il riferimento è agli abusi di sfruttamento e agli abusi escludenti⁵⁸.

Rispetto ai primi, trattasi di un genere che include le ipotesi di iniquo sfruttamento da parte di un'impresa del proprio potere di mercato al fine di ricavare dei profitti sovra competitivi, abusive a prescindere dall'impatto che possono avere sulla struttura concorrenziale del mercato. Quanto ai secondi, si intendono abusive perché escludenti tutte quelle condotte realizzate allo scopo di ridurre o eliminare la capacità competitiva delle imprese concorrenti per poter, di contro, (tendere a) monopolizzare il mercato e godere dei profitti che tale posizione consente di ottenere⁵⁹.

Proprio queste ultime risultano invero maggiormente diffuse, richiedendo più comunemente l'intervento antitrust, non tanto a tutela del singolo concorrente leso quanto dell'intero sistema concorrenziale, in considerazione della realizzata deviazione dalla «concorrenza basata sui meriti»⁶⁰. Se, da un lato, all'impresa dominante non è infatti vietato competere sul mercato, dall'altro, occorre assicurarsi che il suo comportamento non pregiudichi la normale partecipazione allo stesso di altri soggetti, verificata in misura al loro apprezzamento, in termini di prezzi, scelte, qualità e innovazione, da parte dei consumatori⁶¹. Nel corso di tale

⁵⁸ Categorie individuate in primo luogo nell'ambito del dibattito dottrinale. In Europa cfr., sugli abusi di sfruttamento, R. JOLIET, *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1970; e sugli abusi di impedimento, E.J. MESTMÄCKER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, C.H. Beck, Monaco, 1974. Nonché, per una terza categoria c.d. degli abusi di ritorsione, R.A. O'DONOGHUE, A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 174 ss. Negli Stati Uniti, cfr. R.A. POSNER, *Exclusionary Practices and the Antitrust Laws*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 41, n. 3, 1974, pp. 506 ss.

⁵⁹ G. D'IPPOLITO, *cit.*, p. 560.

⁶⁰ Comunicazione 2009/C 45/02, pp. 7 ss., che propone dunque una nozione di abuso escludente che poggia su due attività: precludere l'ingresso dei concorrenti, attuali o potenziali, alle forniture o ai mercati e, come conseguenza, riuscire – in ciò riscontrandosi l'impatto anticoncorrenziale della condotta – ad aumentare i prezzi o peggiorare le condizioni di offerta a danno dei clienti.

⁶¹ *Ibidem*.

controllo non risulta peraltro determinante l'eventuale sussistenza, anche quando dimostrata, di un effettivo intento escludente da parte dell'impresa dominante attraverso: l'attribuzione dell'abuso non passa in sostanza dalla valutazione dell'elemento soggettivo⁶².

A fronte della concreta difficoltà di distinguere tra i comportamenti che rientrano nel regolare andamento del processo concorrenziale e quelli che invece sono oggetto del divieto di abuso, l'indagine sugli abusi di sfruttamento presenta il rischio di far apparire preferibile una generalizzata regolazione dei mercati, in considerazione del quale si spiega perché la Commissione sia particolarmente cauta a procedere in questa direzione. Non di meno per la difficoltà di accertare lo sfruttamento abusivo, che richiede di considerare un certo standard di comportamento, ad esempio l'individuazione di un prezzo da considerare equo in relazione al rapporto costi-benefici, e raffrontarlo a quello tenuto in concreto dall'impresa dominante; laddove, d'altra parte, in queste situazioni è spesso il mercato stesso a risolvere l'eventuale abuso posto in essere, ad esempio in risposta all'applicazione di prezzi eccessivamente onerosi inducendo l'ingresso di nuovi concorrenti e l'offerta di prodotti alternativi⁶³.

4.2.1. Primi esempi di casistica in materia di *self-preferencing*.

Tra le condotte analizzate come potenzialmente abusive, quelle riferite al tema del posizionamento, e in particolare quelle concernenti il favore per se stessi, sono probabilmente quelle, ad oggi, più discusse, o comunque oggetto di un più diffuso dibattito.

In materia, non si è invero sviluppata una casistica ampia, evidentemente anche per via delle specifiche condizioni che devono essere soddisfatte nel contesto

⁶² Cfr., da ultimo, CGUE, sentenza del 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA, ENEL SpA, Enel Energia SpA c Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2022:379.

⁶³ G. BRUZZONE, *L'abuso di posizione dominante*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 101 ss., spec. pp. 108-109.

digitale, ovvero essere un'impresa verticalmente integrata e ricoprire un ruolo da regolatore del mercato⁶⁴.

Un *landmark case* si riconosce tuttavia nel caso Google Shopping⁶⁵, con cui la Commissione europea ha considerato abusivo il comportamento di *self-preferencing* tenuto da Google e identificabile nel trattamento di favore assicurato, nelle pagine del motore di ricerca, al posizionamento e alla visualizzazione del proprio servizio di acquisti comparativi rispetto a quelli, dello stesso genere, offerti dagli operatori concorrenti⁶⁶. In particolare, in un punto immediatamente visibile della pagina di ricerca e con elementi grafici facilmente distinguibili, comprensivi di immagini e informazioni dinamiche⁶⁷; nonché, quanto al profilo più strettamente tecnico, attraverso l'impiego di algoritmi programmati in modo tale da non far mai retrocedere i propri servizi, riuscendo così ad indirizzare a proprio vantaggio il traffico degli utenti⁶⁸.

Così, secondo l'impostazione della Commissione, riuscendo a generare effetti anticompetitivi: con il rischio, per un verso, di far aumentare i costi per gli esercenti commerciali e i prezzi per i consumatori; per l'altro, di incidere negativamente sulla capacità di ricerca e innovazione delle imprese e ridurre le alternative di ricerca e comparazione per i consumatori⁶⁹. Considerazioni, queste, che sono state confermate, in sede di ricorso avverso la decisione, anche dal Tribunale dell'Unione

⁶⁴ A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2021, pp. 407-408.

⁶⁵ Caso AT.39740 – Google Search (Shopping), concluso con la decisione della Commissione del 27 giugno 2017 (C(2017) 4444 fin.).

⁶⁶ Per una ricostruzione, A. LICASTRO, *cit.*, pp. 409 ss. Per un'analisi critica della decisione, P. AKMAN, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law*, in *Journal of Law, Technology & Policy*, 2, 2017, pp. 301 ss. Si segnala peraltro che, più recentemente, nello stesso senso della Commissione europea si è posta l'*Autorité de la concurrence*, il Garante francese, con la decisione 21-D-11 del 7 giugno 2021, ancora nei confronti di Google per abuso di posizione dominante nel mercato degli annunci pubblicitari su siti web o app.

⁶⁷ Cfr. F. BUFFA, *The dark side of Google nella sentenza della Corte dell'Unione del 10 novembre 2021, in causa T-612/17, Google c. Commissione*, in *Questione giustizia*, 1, 2022.

⁶⁸ A. BUTTÀ, *Google Search (Shopping): An Overview of the European Commission's Antitrust Case*, in *Rivista italiana di antitrust*, 1, 2018, p. 53, ricorda i motivi per cui la conseguente diminuzione del traffico di rete relativo ai servizi offerti dagli altri operatori leda la capacità di questi ultimi di competere sul mercato, ovvero: il minore scambio – e dunque possibilità di sfruttamento – di dati; il minore profitto da investire nel miglioramento dell'offerta; la minore interazione e partecipazione degli utenti finali.

⁶⁹ M. MAGGIOLINO, M. COLANGELO, *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 2019, p. 183.

europea, che ha riconosciuto la sussistenza di un abuso di posizione dominante da parte di Google in violazione delle regole concorrenziali⁷⁰.

Ancora più recentemente, in Italia, l'AGCM ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di Amazon⁷¹, in quanto, nella sua duplice veste di *online marketplace* e venditore di prodotti e servizi, si supponeva avesse conferito «unicamente ai *seller* che aderiscono al servizio di logistica offerto da Amazon stessa (“Logistica di Amazon” o, anche, “*Fulfillment by Amazon*” [FBA]) vantaggi in termini di visibilità della propria offerta e di miglioramento delle proprie vendite su *marketplace Amazon.com*, rispetto ai venditori che non sono clienti di Logistica di Amazon»⁷². E dunque tenuto una condotta potenzialmente di *self-preferencing*, con cui poteva restringere la concorrenza sia nel mercato dei servizi di logistica che in quello dei servizi d'intermediazione su *marketplace*, sfruttando indebitamente la propria posizione dominante.

In effetti, l'indagine portata avanti dall'Autorità si è conclusa proprio con l'accertamento di quanto sin da subito contestato⁷³, ovvero il riscontro di un trattamento differenziato a proprio vantaggio consistente nell'imposizione di talune soluzioni tecnologiche e commerciali – l'uso del sistema di logistica FBA – per il conseguimento di vantaggi, quali: la disapplicazione delle metriche di valutazione da parte di Amazon, cioè degli standard che di regola pretende che vengano rispettati dagli utenti commerciali della sua rete; l'integrazione dei prodotti con l'etichetta *Prime*, associata all'omonimo programma di fidelizzazione dedicato ai consumatori; l'accesso alla c.d. *Buy Box*, ovvero al riquadro per l'acquisto diretto posto accanto alla scheda-prodotto; la partecipazione ad eventi, note occasioni di offerte e promozioni speciali, quali i c.d. *Black Friday* o *Cyber Monday*; l'idoneità

⁷⁰ Trib. UE, sentenza del 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google LLC c Commissione europea*, ECLI:EU:T:2021:763, impugnata da Google e pendente dinanzi alla Corte di giustizia (C-48/22 P).

⁷¹ Si noti come il procedimento dell'Autorità nazionale sia anteriore rispetto a quello avviato dalla Commissione europea (AT.40462 del 17 luglio 2019, *Amazon Marketplace*, successivamente seguito dal connesso procedimento AT.40703 del 10 novembre 2020, *Amazon – Buy Box*) che ha pertanto scelto di escludere l'Italia dall'ambito della propria indagine, con ciò provocando la reazione di Amazon che ha lamentato la violazione delle regole procedurali, come notato da M. BARBANO, *Verso un antitrust italiano 4.0? I GAFAM e i big data all'esame dell'AGCM*, in *Rivista del commercio internazionale*, 4, 2021, pp. 979-980.

⁷² AGCM, caso A528 – FBA Amazon, provvedimento del 10 aprile 2019, n. 27623.

⁷³ AGCM, caso A528 – FBA Amazon, provvedimento del 30 novembre 2021, n. 29925.

ad ottenere i servizi di spedizione gratuita; addirittura, la cancellazione di eventuali recensioni negative⁷⁴.

Un comportamento con cui Amazon avrebbe dunque fatto leva (*to leverage*)⁷⁵ sulla propria posizione dominante nel mercato italiano delle piattaforme di commercio elettronico provocando un pregiudizio non soltanto a qualsiasi altro potenziale o attuale fornitore di servizi di logistica, non giustificato da ragioni di efficienza oggettive, dimostrate e non perseguibili altrimenti; ma anche ai *marketplace* concorrenti, nella misura in cui gli utenti commerciali che hanno adottato il servizio FBA erano stati scoraggiati dall'ingresso o dall'utilizzo di altre piattaforme di vendita per l'offerta dei propri prodotti, che avrebbe richiesto di sopportare una duplicazione dei costi connessi all'integrazione di altri magazzini e corrieri.

Tale condotta, anche sulla scia della sentenza Google Shopping, è stata pertanto considerata abusiva perché, si sostiene al par. 849 della decisione, «unitaria, complessa e articolata strategia con finalità escludente in violazione dell'art. 102 TFUE».

In questo senso, il favore per se stessi appare astrattamente riconducibile alla teoria del danno da pratiche leganti (*c.d. tying practice*)⁷⁶.

Rientrano in questa categoria, *ex art. 102, lett. d), TFUE*, tutte quelle condotte che consistono «nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi», così di fatto impedendo la possibilità di ottenere il prodotto o servizio che si intende acquistare se non congiuntamente ad un altro prodotto o servizio rispetto al quale potrebbe anche mancare una qualsiasi forma di interesse o necessità.

L'assenza di una ragione tecnica, di efficienza economica o legata agli usi commerciali vigenti, che giustifichi il collegamento tra i due prodotti o servizi; lo scopo di un'impresa forte di creare o rafforzare una situazione di dipendenza economica nei confronti di altre imprese contraenti ovvero di estendere la propria

⁷⁴ Cfr. B. CAROTTI, *La sanzione dell'AGCM ad Amazon: uno squarcio nel velo*, in *Osservatorio sullo Stato digitale*, 10 febbraio 2022. Anche A. LICASTRO, *cit.*, p. 426.

⁷⁵ *Supra*, cap. II, par. 2.1.

⁷⁶ OCSE, *Abuse of Dominance in Digital Markets*, 2020, p. 54.

influenza verso un mercato collegato a quello già dominato; nonché l'effetto coercitivo della strategia di vendita gemellata, per cui i clienti sono forzati all'acquisto combinato o per un rifiuto totale a vendere altrimenti o a fronte della paventata perdita di benefici come sconti o premi, rappresentano così i presupposti per l'individuazione di una pratica legante per come prevista – e vietata – dal diritto della concorrenza⁷⁷.

Tale descrizione appare in effetti particolarmente vicina a quella, esaminata, di *self-preferencing*, specie in considerazione delle citate decisioni sia a livello nazionale che europeo⁷⁸. Un comportamento abusivo della piattaforma verrebbe così individuato nell'adozione di tali pratiche in sede di determinazione del posizionamento: un'eventuale retrocessione costituirebbe cioè una forma di coercizione idonea ad integrare la previsione dell'art. 102, lett. d), TFUE soltanto laddove il mancato adeguamento alla previsione della piattaforma condizionasse irreparabilmente la capacità dell'utente commerciale di competere⁷⁹.

Sebbene questa risulti essere la conclusione ritenuta maggiormente coerente e convincente rispetto alla disciplina vigente, non ci si può esimere dal constatare come il *tying* si contraddistingua per una forma di imposizione della prestazione, per obbligo contrattuale o integrazione tecnica, che non trova necessariamente consistenza nell'attuazione delle pratiche di favore per se stessi⁸⁰; ma anche come, dalle linee guida sulla trasparenza del posizionamento che hanno fatto seguito all'applicazione del regolamento P2B, emergano elementi contrari di cui si ritiene necessario tenere debitamente conto.

In tale ultima sede, infatti, è presente un significativo riferimento ai “servizi accessori” come esempio di corrispettivo indiretto per la determinazione del

⁷⁷ G. D'IPPOLITO, *cit.*, pp. 580-581.

⁷⁸ Cfr. F. MARTY, J. PILLOT, *Cooperation, Dependence, and Eviction: How Platform-to-Business Competition Relationships Should Be Addressed in Mobile Telephony Ecosystems*, in D. BOSCO, M.S. GAL (a cura di), *Challenges to Assumptions in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 2 ss.

⁷⁹ I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, vol. 38, n. 1, 2019, pp. 470-471, che richiama proprio il caso Amazon all'attenzione dell'Autorità nazionale italiana.

⁸⁰ I. GRAEF, *Hybrid Differentiation and Competition Beyond Markets*, in *CPI Antitrust Chronicle*, June 2020, p. 6.

ranking, tra i quali vengono peraltro indicati quei servizi di logistica al centro delle più recenti indagini nei confronti di Amazon⁸¹.

Ebbene, non convince che un certo criterio di posizionamento possa costituire e uno strumento a tal fine espressamente riconosciuto, per quanto a titolo meramente esemplificativo e senza il valore di vincolo giuridico⁸², da parte della stessa Commissione cui è demandato garantire il rispetto della disciplina antitrust nel mercato unico, e un indice della sua violazione. A maggior ragione se si osserva che le piattaforme che detengono una posizione dominante e che sono per ciò soltanto destinatarie della responsabilità di non abusare di questo loro – di per sé non illegittimo – potere, sono le stesse a cui si rivolge tanto, principalmente, il regolamento P2B, quanto, con un esplicito riferimento ai *gatekeeper*, la proposta DMA, secondo un indirizzo di totale continuità e complementarietà di questi interventi del legislatore europeo nell’ottica della costruzione di una disciplina generale dei rapporti tra le imprese del digitale⁸³.

In questo senso, si ritiene che la scelta di ricondurre le pratiche di favore per se stessi nel perimetro di quelle c.d. leganti, come avvenuto nelle decisioni riportate, possa generare delle contraddizioni a scapito, pur non potendo effettivamente scalfire la loro posizione di vantaggio, delle imprese forti per il solo fatto di essere tali. Una situazione di eccessiva incertezza rispetto alla quale, allo stato, questo genere di conclusioni appare forzato e non sufficientemente giustificato.

4.2.2. Portabilità dei dati e rifiuto a contrarre.

Un profilo particolarmente interessante riguarda poi l’eventuale condotta abusiva che concerne la portabilità dei dati.

Il GDPR, che all’art. 20 ne riconosce espressamente il diritto, si riferisce come è noto ai soli dati personali, trasmissibili soltanto se oggetto di un trattamento

⁸¹ Allegato II alla 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”, p. 25.

⁸² Comunicazione (2020/C 424/01), p. 4.

⁸³ Cfr. M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2, 2021, pp. 111 ss.

basato sul consenso o su un contratto ed effettuato con mezzi automatizzati. L'ambito di applicazione della normativa è dunque evidentemente ristretto.

In questo contesto, la possibilità di valersi della disciplina antitrust si presenta in effetti funzionale ad estenderne la portata quale ben più generico diritto alla portabilità dei dati, entro cui ricondurre anche le informazioni che non sono qualificabili quali dati personali e alla cui osservanza vigilerebbero le *competition Authorities*, chiamate in causa di fronte a un qualsiasi comportamento anticoncorrenziale configurabile come abuso di posizione dominante *ex art. 102 TFUE*.

In questo senso, la portabilità dei dati assurge a diritto da tutelare non solo perché *species* del diritto di ogni persona fisica al corretto trattamento dei propri dati personali, ma anche in quanto essenziale al funzionamento del mercato, nazionale o unico a seconda del livello dell'indagine, nella misura in cui la sua violazione implica dei danni al sistema concorrenziale, al benessere dei consumatori e alla libertà d'impresa⁸⁴.

Che la connessione tra circolazione, in senso ampio, dei dati e mercato abbia propria rilevanza in tema di politiche e controllo antitrust non è peraltro una novità, trattandosi di una considerazione che precede di diversi anni il GDPR⁸⁵.

Occorre tuttavia comprendere in che modo la fattispecie di abuso che trova compimento rientra nel quadro della normativa di settore, a livello nazionale come europeo.

Ebbene, si ritiene che l'eventuale rifiuto alla richiesta di trasmissione dei dati, opposto da parte di un'impresa-piattaforma in posizione dominante, rappresenti una

⁸⁴ I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law*, in *German Law Journal*, vol. 19, n. 6, 2018, p. 1389. Si consideri da ultimo l'avvio dell'istruttoria nei confronti di Google per «ostacoli alla portabilità dei dati» da parte dell'AGCM (Caso A552, provvedimento del 5 luglio 2022, n. 30215).

⁸⁵ *Ibidem*, ove, nella prospettiva che possa assumere i tratti di un abuso funzionale a una limitazione della concorrenza, si riporta che già «before the GDPR was adopted, former Competition Commissioner Almunia made clear in a speech that the [right to data portability] “goes to the heart of competition policy”, and that “portability of data is important for those markets where effective competition requires that customers can switch by taking their own data with them”». Il tema è stato peraltro oggetto della decisione della Commissione del 3 ottobre 2014 nel caso COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, nel corso della cui investigazione veniva considerato, ma non ritenuto tale, se misure restrittive della portabilità dei dati potessero costituire una barriera per i consumatori al cambiamento di fornitore di servizi digitali (nel caso di specie di diverse app di messaggistica e comunicazione).

forma di rifiuto a contrarre, comportamento ritenuto abusivo quando manchi di una giustificazione oggettiva, ovvero quando non risulti alcun contemperamento tra i contrapposti interessi all'esercizio dell'autonomia privata e alla tutela del mercato⁸⁶.

Tale rifiuto acquista particolare rilievo quando trattasi di una c.d. *essential facility*, la cui nozione è comprensiva di tutte quelle infrastrutture – porti, aeroporti, ferrovie, reti di comunicazione – e in generale risorse, materiali o immateriali, legittimamente detenute da un'impresa, tendenzialmente monopolista, e non replicabili da un'altra per ragioni giuridiche, perché ad esempio sono coperte da una concessione in esclusiva, o economiche, se il costo dell'intera operazione è del tutto insostenibile⁸⁷. Ma che, al contempo, sono necessarie, essenziali appunto, per qualsiasi altra impresa che debba utilizzarle per lo svolgimento della propria attività economica, sia sul mercato a valle che, eventualmente, su quello a monte, in concorrenza con l'impresa detentrici della *facility*.

Secondo l'*essential facility doctrine* (EFD)⁸⁸, quest'ultima è pertanto tenuta a darvi accesso ai terzi, anche dietro un compenso, a condizioni eque e non discriminatorie, in tutti i casi in cui non sia reso impossibile da questioni tecniche, da ragioni di sicurezza, dalla sussistenza di diritti di proprietà intellettuale o da rischi per la *privacy* tali da giustificare oggettivamente il rifiuto o l'imposizione di condizioni particolarmente onerose⁸⁹.

⁸⁶ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 182.

⁸⁷ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *cit.*, pp. 633-634.

⁸⁸ G. COLANGELO, *cit.*, pp. 445-446, ricorda come tale dottrina sia emersa nel corso del XX secolo nell'ottica di favorire il processo di liberalizzazione dei mercati, ma sia anche stata storicamente al centro di un confronto acceso tra chi ne esalta la capacità di abbattere le barriere all'entrata per nuovi potenziali concorrenti e chi insiste sulla contrapposta compressione del diritto proprietario, venendo di fatto impedita la facoltà di escludere gli altri dal godimento di un proprio bene. Così, la previsione di un *compulsory access* avrebbe anzi l'effetto, tutt'altro che auspicabile per il diritto della concorrenza, di disincentivare gli investimenti e l'innovazione da parte sia del monopolista che delle altre imprese, favorendo d'altra parte comportamenti di *free riding*. In senso contrario all'EFD, negli Stati Uniti, la decisione della Corte Suprema nel caso *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

⁸⁹ Nella giurisprudenza europea, cfr. CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd (ITP) c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1995:98; CGUE, sentenza del 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1998:569; CGUE, sentenza del 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:257.

La sua applicazione riferita ai dati come risorsa richiede pertanto di verificare se essi, in particolar modo *big data*, possano essere effettivamente considerati strumenti di lavoro indispensabili, nel senso che la loro negazione sia idonea ad impedire del tutto ad altri operatori nello stesso mercato rilevante in cui è attiva la piattaforma di parteciparvi o di introdurvi proposte nuove di beni e servizi, a scapito, di conseguenza, dell'intero ed efficiente funzionamento del mercato⁹⁰. Al contempo, non può tuttavia non rilevarsi che contro il carattere essenziale dei dati vengono opposti diversi non trascurabili fattori: la loro natura non esclusiva e non rivale; la facilità e l'economicità della loro raccolta nei contesti digitali; la loro titolarità ampiamente diffusa tra diversi *provider*; la loro rapida obsolescenza⁹¹. Anche se, si ribatte, è più il momento dell'estrazione di informazioni utili da un grande volume o da una certa varietà di dati a rappresentare un problema concorrenziale, che non quello della trasmissione ai titolari del trattamento⁹².

In ogni caso, anche se non in quanto risorsa essenziale e non altrimenti replicabile, il rifiuto oggettivamente ingiustificato di trasmettere dati tecnicamente portabili appare certamente rilevante sotto il profilo antitrust, pertanto potendosi valere l'utente commerciale della tutela risarcitoria, rimedio di *private enforcement* per riparare il danno antitrust⁹³.

⁹⁰ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 249 ss.

⁹¹ G. COLANGELO, *cit.*, p. 448.

⁹² OCSE, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, Background note by the Secretariat, 2016, p. 22.

⁹³ E. CAMILLERI, *Conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, *cit.*, p. 296. Sulla riforma ad opera della direttiva (UE) 2014/104 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, implementa con d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, si vedano ID., *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2018, pp. 143 ss.; V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, *ivi*, pp. ss.; G. VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Il corriere giuridico*, 4, 2017, pp. 441 ss.; nonché già G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contratto e impresa*, 6, 2015, pp. 1227 ss., spec. p. 1238.

5. Considerazioni conclusive e tendenze di prospettiva.

Lo studio effettuato rileva che le dinamiche della *platform economy*, e specie dei rapporti P2B, si muovono lungo binari tesi, almeno di regola, a restare distinti, su delle rette parallele ideali: quello della regolazione del mercato, dell'intervento *ex ante*, che corregge preventivamente l'asimmetria intercorrente tra soggetti in posizioni diverse, che propone il raggiungimento dell'ottimo, quando si rischia di seguire la strada opposta; e quello dell'*enforcement*, dell'intervento *ex post*, che riequilibra condizioni di abuso di un potere economico assoluto o relativo, che riconduce ad efficienza un determinato fallimento di mercato, quando la deviazione è già avvenuta.

D'altra parte, le più recenti attenzioni e del legislatore e della giurisprudenza – a livello europeo e nazionale, non soltanto in Italia – risultano dirette verso una maggiore contaminazione, per la specifica dei mercati digitali, tra strumenti di regolazione del mercato e rimedi di diritto della concorrenza (ivi compresa, ai fini di queste osservazioni, la disciplina sulla dominanza relativa). In particolare, in considerazione della constatata inadeguatezza di questi ultimi, da soli, a garantire appropriata tutela agli utenti commerciali, i contraenti deboli dei rapporti qui esaminati⁹⁴.

L'intervento delle Autorità di settore, infatti, difficilmente riesce negli obiettivi di rapidità ed efficacia verso cui dovrebbe tendere l'azione antitrust: la dinamicità di questi mercati, in continua evoluzione, destinatari delle più varie e sviluppate innovazioni tecnologiche di utilizzo dei dati, impatta in effetti sull'idoneità della disciplina di loro competenza a rispondere tempestivamente, oltre che utilmente, al perpetrato abuso⁹⁵. Richiede indagini lunghe, personalizzate e complesse, in particolare rispetto alla posizione dominante, dalla definizione del mercato rilevante all'individuazione dell'abuso del caso concreto, dalla prova della posizione dominante a quella dei suoi effetti sul mercato. La cui conclusione tardiva rischia in sostanza di compromettere l'efficacia del provvedimento sanzionatorio.

⁹⁴ M. LIBERTINI, *Digital Markets and Competition Policy. Some Remarks on the Suitability of the Antitrust Toolkit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, fascicolo speciale, 2021, p. 357.

⁹⁵ M.W. MONTEROSSO, *cit.*, p. 928.

L'implementazione di strumenti di regolazione dei rapporti P2B *ex ante*, che interessa tutte le imprese-piattaforme che rispondano a requisiti predeterminati, che impone obblighi mirati di comportamento e che trova applicazione a prescindere dalla realizzazione di effetti di natura anticoncorrenziale, sembra pertanto idonea a compensare i limiti insiti nell'attività di controllo successivo.

Più che per correggere un fallimento del mercato, per supplire al fallimento dell'*enforcement*⁹⁶.

La regolazione dell'economia delle piattaforme intrapresa ad opera delle istituzioni europee, dal regolamento P2B alla più recente proposta del c.d. *Data Act*⁹⁷, e passando in particolare dalla proposta DMA, ruota attorno alla definizione di un contesto di mercato che mira alla trasparenza⁹⁸ e alla *fairness*, che ostacola la formazione di barriere all'ingresso o alla crescita, che stimola e incentiva l'innovazione e la concorrenza⁹⁹.

In questo senso, il diritto privato regolatorio (europeo) genera un effetto di contenimento della forza dei privati nell'ambito di una politica del diritto protesa verso l'integrazione economica e la rimozione di disparità e asimmetrie¹⁰⁰, laddove l'autoregolazione dimostra di non essere una scelta sufficientemente affidabile. Così realizzando il perseguimento di obiettivi di rilievo anche pubblicistico, e non soltanto di interesse per i soggetti interessati da ciascuna, singola, operazione economica¹⁰¹.

Rispetto, nello specifico, al potere delle piattaforme digitali, che si colloca ben al di là delle mere, per quanto significative, dinamiche dei rapporti di mercato,

⁹⁶ M. CAPPAL, G. COLANGELO, *Taming Digital Gatekeepers: The 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law*, in *41 Computer Law & Security Review* 1, 2021, p. 13.

⁹⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati) (COM(2022) 68 fin.).

⁹⁸ La centralità del principio di trasparenza nel contesto dell'economia dei dati è peraltro evidente dalla simile, da questo punto di vista, regolazione degli algoritmi, per cui, ricorda G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2, 2019, p. 235, si assiste all'emersione del diritto a conoscere dell'utilizzo di trattamenti automatizzati, della logica del loro funzionamento, dell'influenza che hanno avuto sull'esito di una decisione che coinvolge la sfera del singolo.

⁹⁹ G. COLANGELO, *The European Digital Markets Act and Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse*, in *European Law Review*, in corso di pubblicazione.

¹⁰⁰ Cfr. P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 335 ss.

¹⁰¹ F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, p. 511.

ciò è tanto più vero che l'orientamento diffuso è notoriamente quello di regolare, anche con atti di *soft law*, l'attività, l'incidenza, il ruolo, di questi soggetti del diritto pure nella prospettiva decisamente più ampia di tutela del corretto funzionamento dei sistemi democratici.

In conclusione, dunque, tanto i meccanismi di prevenzione quanto quelli di repressione degli abusi che le imprese-piattaforme possono perpetrare sfruttando, specie attraverso il modello del contratto predisposto unilateralmente, la propria posizione di forza sul mercato, confluiscono nel perseguimento del generale obiettivo di organizzazione e di equilibrio dei rapporti sia economici che sociali. A definitiva protezione, nell'ambito di un processo di integrazione europea *lato sensu*, di interessi al contempo di rilevanza pubblica e privata.

Bibliografia

ADDIS F., «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbligazioni e contratti*, 1, 2012;

ADDIS F., *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbligazioni e contratti*, 4, 2012;

ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e diritto privato*, 4, 1999;

ALBANESE A., *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2013;

ALPA G., *Contratti di massa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Giuffrè, Milano, 1997;

ALPA G., *Postfazione*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2002;

ALPA G., *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contratto e impresa*, 6, 2015;

AKERLOF G.A., *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3, 1970;

AKMAN P., *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law*, in *Journal of Law, Technology & Policy*, 2, 2017;

AMADIO G., *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2005;

AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;

AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998;

ANGELICI C., *La contrattazione d'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985;

ARMSTRONG M., *Competition in Two-Sided Markets*, in *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, n. 3, 2006;

AULETTA G., *Atto di commercio* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959;

AULETTA G., *Contratto e mercato*, in ID., *Scritti giuridici*, VIII, Giuffrè, Milano, 2001;

AUTERI P., *La tutela della reputazione economica*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, G. CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983;

AZZARO A.M., *I contratti non negoziati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000;

AZZARO A.M., *Abusi nell'attività economica e tecniche di tutela del contraente debole*, in ID. (a cura di), *Contratto e mercato. Atti del convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 7-8 novembre 2003*, Giappichelli, Torino, 2004;

AZZARO A.M., SIRENA P., *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in E. GABRIELLI, E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, 1, Utet, Torino, 2005;

BACHELET V., *Il divieto di abuso di dipendenza economica*, in A. D'ADDA, V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici del consumatore e d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2020;

BAKHOUM M., *Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and Its Interface with Abuse of Dominance*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper Series*, 15-15, vol. 7, n. 4, 2015 e in F. DI PORTO, R. PODSZUN (a cura di), *Abusive Practices in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2018;

BARBA A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1998;

BARBA A., *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Cedam, Padova, 2018;

BARBANO M., *Verso un antitrust italiano 4.0? I GAFAM e i big data all'esame dell'AGCM*, in *Rivista del commercio internazionale*, 4, 2021;

BARBERO D., *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 1935;

BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2014;

BARCELLONA P. (a cura di), *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole (Atti della Tavola rotonda, Catania 17-18 maggio 1969)*, Giuffrè, Milano, 1970;

BARCELLONA P., HART D., MÜCKENBERGER U., *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, De Donato, Bari, 1973;

- BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996;
- BARELA M., *Accordo, consenso e assenso (brevi note nella prospettiva della crisi del contratto)*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2018;
- BARENGHI A., *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003;
- BARGELLI E., *Art. 1341 – Condizioni generali di contratto*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2011;
- BASEDOW J., *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contratto e impresa*, 2, 1985;
- BATTELLI E., *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *I contratti*, 2, 2010;
- BATTELLI E., *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 2014;
- BATTELLI E., *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Jovene, Napoli, 2017;
- BATTELLI E., *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1, 2017;
- BATTELLI E., *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono "gratuiti"*, in *I contratti*, 2, 2022;
- BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002;
- BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012;
- BENEDETTI G., *La categoria generale del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1991;
- BENEDETTI G., *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene, Napoli, 1997;
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999;

BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1973;

BERTI C., GRAZZINI B., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2005;

BERTOLINI A., *Il postcontratto*, Il Mulino, Bologna, 2019;

BERTOLINI A., CHERCIU N.A., EPISCOPO F., *Liability of Online Platforms*, European Parliamentary Research Service, 2021;

BESSONE M., *Gli standards dei contratti d'impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giurisprudenza di merito*, IV, 1984;

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova, 1928;

BIANCA C.M., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977;

BIANCA C.M., *I contratti digitali*, in *Studium Iuris*, 1998;

BKARTA, B6-113, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, giugno 2016;

BORGHINI M., *Portabilità dei dati e regolazione dei mercati digitali*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2018;

BOSTOEN F., *Online Platforms and Vertical Integration: The Return of Margin Squeeze?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 6, n. 3, 2018;

BOUGETTE P., BUDZINSKI O., MARTY F., *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 67, n. 2, 2022;

BRAVO F., *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contratto e impresa*, 6, 2016;

BRAVO F., GAMBINO A.M., TOZZI F., *I contratti telematici e il commercio elettronico*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2009;

BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998;

BRIZZOLARI V., CERSOSIMO C., *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, RomaTrE-Press, Roma, 2018;

BRUZZONE G., *L'abuso di posizione dominante*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013;

BUCCIROSSI P., *Background note*, in OCSE, *Vertical Restraints for On-line Sales*, Policy Roundtables, 2013;

BUFFA F., *The dark side of Google nella sentenza della Corte dell'Unione del 10 novembre 2021, in causa T-612/17, Google c. Commissione*, in *Questione giustizia*, 1, 2022;

BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1995;

BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000;

BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006;

BUSCH C., *Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in DE FRANCESCHI A. (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016;

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

BUSCH C., *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;

BUSCH C., *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "Procedural Turn" in EU Platform Regulation?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2020;

BUSCH C., DANNEMANN G., SCHULTE-NÖLKE H., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA A., ZOLL F., *The ELI Model Rules on Online Platforms*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, 2020;

BUSCH C., MAK V., *Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2021;

BUSCH C., SCHULTE-NÖLKE H., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA A., ZOLL F., *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016;

BUTTÀ A., *Google Search (Shopping): An Overview of the European Commission's Antitrust Case*, in *Rivista italiana di antitrust*, 1, 2018;

CAFAGGI F., *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2006;

CAFAGGI F., *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;

CAILLAUD B., JULLIEN B., *Competing Cybermediaries*, in *European Economic Review*, vol. 45, nn. 4-6, 2001;

CAILLAUD B., JULLIEN B., *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, in *The RAND Journal of Economics*, vol. 34, n. 2, 2003;

CALAIS-AULOY J., *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2, 1994;

CALO R., ROSENBLAT A., *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, in *117 Columbia Law Review* 1623, 2017;

CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2005;

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2008;

CAMBINI C., MECCHERI N., SILVESTRI V., *Competition, efficiency and market structure in online digital markets. An Overview and Policy Implications*, in *European Review of Industrial Economics and Policy*, 2, 2011;

CAMILLERI E., *Conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013;

CAMILLERI E., *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2018;

CANTERO GAMITO M., *Regulation.com. Self-Regulation and Contract Governance in the Platform Economy: A Research Agenda*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 2, 2017;

CAPALDO G., *Armonizzazione della disciplina del contratto e attività della Commissione europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007;

CAPALDO G., *Commento sub artt. 82-84*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007;

CAPO G., *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2001;

CAPPALÀ M., COLANGELO G., *Taming Digital Gatekeepers: The 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law*, in *41 Computer Law & Security Review* 1, 2021;

CARNELUTTI F., *Introduzione allo studio del diritto*, Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1943;

CAROTTI B., *La sanzione dell'AGCM ad Amazon: uno squarcio nel velo*, in *Osservatorio sullo Stato digitale*, 10 febbraio 2022;

CASO R., *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1-2, 1998;

CASO R., PARDOLESI R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 1998;

CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 2-3, 1981;

CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2006;

CAUFFMAN C., *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;

CERDONIO CHIAROMONTE G., *Specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2018;

CHEUNG A.S.Y., SCHULZ W., *Reputation Protection on Online Rating Sites*, in *Stanford Technology Law Review*, vol. 21, n. 2, 2018;

CHIRICHIELLO G., *I fondamenti economici dell'ordine giuridico del mercato*, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1999;
COASE R.H., *The Problem of Social Cost*, in *3 Journal of Law and Economics* 1, 1960;

CIAN G., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1974;

CLARIZIA R., *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985;

COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004;

COLANGELO G., *L'ambito di applicazione dell'abuso di dipendenza economica: il caso Logista Italia*, in *Danno e responsabilità*, 12, 2010;

COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2016;

COLANGELO G., *The European Digital Markets Act and Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse*, in *European Law Review*, in corso di pubblicazione;

COLANGELO M., *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 1, 2017;

COLANGELO M., ZENO-ZENCOVICH V., *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2015;

CONTALDO A., PELUSO F., *L'abuso di posizione dominante in internet*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Milano, 2018;

CORDIER Q., *L'économie de plateforme: description d'un phénomène d'intermédiation*, in J. CLESSE, F. KÉFER (a cura di), *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, Anthemis, Liegi, 2019;

CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.A., SCHWEITZER H., *Competition Policy for the Digital Era. Final Report*, DG Concorrenza della Commissione europea, 2019;

CUSUMANO M.A., GAWER A., YOFFIE D.B., *The Business of Platforms: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power*, Harper Business, New York, 2019;

D'AMICO G., *Il procedimento di formazione del contratto di «franchising» secondo l'art. 4 della legge 129/2004*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2005;

D'AMICO G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2005 e in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006;

D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;

D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 1, 2010;

D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giustizia civile*, 2, 2015;

D'IPPOLITO G., *L'abuso di posizione dominante*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Milano, 2018;

DE HERT P., PAPAKONSTANTINO V., MALGIERI G., BESLAY L., SANCHEZ I., *The Right to Data Portability in the GDPR: Towards User-Centric Interoperability of Digital Services*, in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017;

DE MARTINI A., *Contratti per adesione e approvazione specifica delle clausole vessatorie*, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, III, 1948;

DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 1976;

DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova, 2002;

DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6, 1998;

DELLI PRISCOLI L., *Abuso del diritto e mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 5, 2010;

DI AMATO A., *Impresa e nuovi contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998;

DI BONA L., *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, vol. 65, nn. 2-3, 2014;

DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2002 e in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Giuffrè, Milano, 2004;

DI MARZIO F., *Contratti d'impresa* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, III, Utet, Torino, 2007;

DI MARZIO F., *I contratti d'impresa. Profili generali*, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2007;

DI MARZIO F., *I contratti tra imprese*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2009;

DI MARZIO F., *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010;

DI PACE P., *Il negozio di adesione nel diritto privato*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 1941;

DI SABATO D., *Contratti dei consumatori e contratti d'impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1995;

DI SABATO D., *La prassi contrattuale nella sharing economy*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 3, 2016;

DALIA C., *A proposito di abuso di autonomia contrattuale di impresa*, in *Comparazione e diritto civile*, 2017;

DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1954;

DALMARTELLO A., *Contratti d'impresa* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1998;

DELFINI F., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002;

DELLAROCAS C., *Designing Reputations Systems for the Social Web*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011;

DELLAROCAS C., NARAYAN R., *A Statistical Measure of a Population's Propensity to Engage in Post-Purchase Online Word-of-Mouth*, in *Statistical Science*, vol. 21, n. 2, 2006;

DOSSETTO M., *Condizioni generali di contratto*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Utet, Torino, 1959;

DUCATO R., *Scritto nelle stelle. Un'analisi giuridica dei sistemi di rating nella piattaforma Uber alla luce della normativa sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Special Issue, 2020;

ECKHARDT G.M., BARDHI F., *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, in *Harvard Business Review*, 2015;

EVANS D.S., *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, n. 2, 2003;

EVANS D.S., *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, n. 753, 2016;

EVANS D.S., SCHMALENSEE R., *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, in *Competition Policy International*, vol. 3, n. 1, 2007;

EVANS D.S., ZHANG V.Y., *Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by the Supreme Court*, in *CPI Asia Column*, ottobre 2014;

FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006;

FALCE V., sub art. 20 GDPR – *Commento*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021;

FALZEA A., *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2005;

FALZEA A., *Introduzione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006;

FARMER R., *Web Reputation System and the Real World*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011;

FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010;

FAUCEGLIA G., *L'integrazione dei contratti di impresa: profili generali ed introduttivi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2017;

FEMIA P., *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contraffazione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;

FERRANTE E., KOCH R., *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2011;

FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000;

FERRI G.B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1-2, 1977;

FERRI G.B., *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, Padova, 1994;

FILISTRUCCHI L., GERADIN D., VAN DAMME E., *Identifying Two-Sided Markets*, in *World Competition*, vol. 36, n. 1, 2013;

FILISTRUCCHI L., GERADIN D., VAN DAMME E., AFFELDT P., *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, in *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 10, n. 2, 2014;

FINESSI A., *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 6, 2018;

FINOCCHIARO G., *I contratti informatici*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1997;

FLORIDI L., *The Fourth Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford University Press, Oxford, 2014;

FRANCESCHELLI V., LEHMANN M., *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Il Foro Italiano*, V, 1978;

FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, Padova, 2010;

FUSARO A., *Informazioni inesatte e danno alla "reputazione" d'impresa: le variabili della responsabilità*, in *La responsabilità civile*, 4, 2009;

GALGANO F., *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Zanichelli, Bologna, 1980;

GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2009;

GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2, 2011;

GALLI C., *L'attuazione italiana della Direttiva europea sui Trade Secrets tra continuità nella disciplina sostanziale e deviazioni rispetto al testo della Direttiva*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2018;

GAMBINO A.M., *Clausole vessatorie e internet*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2002;

GAWER A., SRNICEK N., *Online Platforms: Economic and Societal Effects*, European Parliamentary Research Service, 2021;

GEMMA A., *Abuse of Economic Dependence Between Competition Law and Contract Law*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2000;

GENOVESE A., *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e contratti*, 3, 2005;

GENOVESE A., *L'interpretazione del contratto standard*, Giuffrè, Milano, 2008;

GENOVESE A., *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contratto e impresa*, 3, 2019;

GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2004;

GENTILI A., *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006 e in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006;

GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2012 e in ID., *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013;

GENTILI A., *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016;

GENTILI A., 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;

GIANNONE CODIGLIONE G., *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione della privacy"*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2017;

GIANOLA A., *Terzo contratto* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, IV, Utet, Torino, 2009;

GITTI G., *Premessa*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2009;

GITTI G., VILLA G., *Introduzione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;

GOLDMAN E., *Regulating Reputation*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011;

GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 11-12, 1951;

GRAEF I., *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition*, vol. 38, n. 4, 2015;

GRAEF I., *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016;

GRAEF I., *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, vol. 38, n. 1, 2019;

GRAEF I., *Hybrid Differentiation and Competition Beyond Markets*, in *CPI Antitrust Chronicle*, giugno 2020;

GRAEF I., HUSOVEC M., PURTOVA N., *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law*, in *German Law Journal*, vol. 19, n. 6, 2018;

GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida sul diritto alla portabilità dei dati*, WP 242 rev.01, 2017;

HALPÉRIN J.L., *Le fondement de l'obligation contractuelle chez le civilistes français du XIXe siècle*, in J.F. KERVÉGAN, H. MOHNHAUPT (a cura di), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Francoforte, 1999;

HATZOPOULOS V., ROMA S., *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, n. 1, 2017;

HEGEL G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in G. MARINI (traduzione italiana a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004;

IAIA V., *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Cammino diritto*, 9, 2020;

INGLESE M., *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, Cham, 2019;

INZITARI B., *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, II, Cedam, Padova, 1978;

IRTI N., *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967 e in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984;

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979;

IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1998;

IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2002;

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004;

IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2014;

IRTI N., *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019;

JANAL R., *Data Portability – A Tale of Two Concepts*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 1, 2017;

JANAL R., *Data Portability under the GDPR: A Blueprint for Access Rights?*, in GERMAN FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION, MAX PLANCK INSTITUTE FOR INNOVATION AND COMPETITION (a cura di), *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, Nomos, Baden-Baden, 2021;

JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo. L'attività e il contratto*, III, Cedam, Padova, 2003;

JOLIET R., *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1970;

KANT I., *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, in G. GENTILE, G. LOMBARDO RADICE (traduzione italiana a cura di), *Critica della ragion pura*, Laterza, Bari, 1924;

KATZ M.L., SHAPIRO C., *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *The American Economic Review*, vol. 75, n. 3, 1985;

LANDO O., *Should Business Enterprises Benefit from Consumer Protection?*, in I. SCHWENZER, G. HAGER (a cura di), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003;

LIBERTINI M., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna, 2012;

LIBERTINI M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2015;

LIBERTINI M., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2018;

LIBERTINI M., *Digital Markets and Competition Policy. Some Remarks on the Suitability of the Antitrust Toolkit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, fascicolo speciale, 2021;

LICASTRO A., *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2021;

LIEBER E., SYVERSON C., *Online versus Offline Competition*, in M. PEITZ, J. WALDFOGEL (a cura di), *The Oxford Handbook of the Digital Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2012;

LIPARI N., *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2004;

LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2016;

LEVI G., *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Giuffrè, Milano, 1996;

LOBEL O., *The Law of the Platform*, in 101 *Minnesota Law Review* 87, 2016;

LODDER A.R., MORAIS CARVALHO J., *Online Platforms: Towards an Information Tsunami with New Requirements on Moderation, Ranking, and Traceability*, in *European Business Law Review*, vol. 33, n. 4, 2022;

LONGU T., *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2000;

MACARIO F., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, ESI, Napoli, 2002;

MACARIO F., *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbligazioni e contratti*, 11, 2006;

MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Il corriere giuridico*, 12, 2009;

MAGGIOLINO M., *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Il Mulino, Bologna, 2017;

MAGGIOLINO M., *EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 27, 2018;

MAGGIOLINO M., COLANGELO M., *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 2019;

MAGGIOLO M., *Il contratto predisposto*, Cedam, Padova, 1996;

MAK V., *Private Law Perspectives on Platform Services. Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016;

MALGIERI G., *Property and (Intellectual) Ownership of Consumer's Information: A New Taxonomy for Personal Data*, in *Privacy in Germany*, 4, 2016;

MARIQUE E., MARIQUE Y., *Sanctions on Digital Platforms: Beyond the Public-Private divide*, in *Cambridge International Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2019;

MARTENS B., *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, Institute for Prospective Technological Studies, Digital Economy Working Paper, JRC101501, 5, 2016;

MARTINELLI F., GADREY J., *L'economia dei servizi*, Il Mulino, Bologna, 2000;

MARTY F., PILLOT J., *Cooperation, Dependence, and Eviction: How Platform-to-Business Competition Relationships Should Be Addressed in Mobile Telephony Ecosystems*, in D. BOSCO, M.S. GAL (a cura di), *Challenges to Assumptions in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2021;

MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003;

MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2019;

MAZZAMUTO S., *Il diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2005;

MELI V., *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2018;

MESSINETTI D., *L'abuso del diritto* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento II, Giuffrè, Milano, 1998;

MESTMÄCKER E.J., *Europäisches Wettbewerbsrecht*, C.H. Beck, Monaco, 1974;

MEZZANOTTE F., *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3, 2018;

- MICKLITZ H.W., *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts – Ius commune praeter legem?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, 1998;
- MIDIRI M., *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2021;
- MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 1, 2008;
- MINERVINI E., *Il «terzo contratto»*, in *I contratti*, 5, 2009;
- MINUTO RIZZO A., *I profili antitrust del nuovo web e della nuova economia digitale*, in *Il diritto industriale*, 2, 2019;
- MONTAGNANI M.L., *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2019;
- MONTEROSSO M.W., *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impresa*, 3, 2021;
- MONTINARO R., *Online Platforms: New Vulnerabilities to Be Addressed in the European Legal Framework. Platform to Consumer Relations*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2, 2020;
- MORELLO U., *Condizioni generali di contratto* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, III, Utet, Torino, 1988;
- MORO VISCONTI R., *Danno antitrust e piattaforme digitali*, in *Il diritto industriale*, 1, 2021;
- MUNDT A., *Algorithms and Competition in a Digitalized World*, in *CPI Antitrust Chronicle*, luglio 2020;
- MURATI E., *What Are Digital Platform? An Overview of Definitions, Typologies, Economics, and Legal Challenges Arising from the Platform Economy in EU*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1, 2021;
- MUSSO A., *La subfornitura*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2003;
- NATOLI R., *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica contrattuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 4, 2003;
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, Giuffrè, Milano, 2014;

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 12, 1958;

NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2011*, Giappichelli, Torino, 2012;

NAVARRETTA E., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43, 2014;

NERVI A., *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2018 e in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, RomaTrE-Press, Roma, 2018;

NONNE L., *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2013;

NOOREN P., VAN GORP N., VAN EIJK N., Ó FATHAIGH R., *Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options*, in *Policy and Internet*, vol. 10, n. 3, 2018;

O'DONOGHUE R.A., PADILLA A.J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, 2006;

OBERGFELL E.I., THAMER A., *(Non-)Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts: Context and Overview of the State of Play*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, n. 5, 2017;

OCSE, *Two-Sided Markets*, Policy Roundtables, 2009;

OCSE, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, 2010;

OCSE, *Summary of the OECD Privacy Expert Roundtable on Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking*, 2014;

OCSE, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, Background note by the Secretariat, 2016;

OPPO G., *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1995;

OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2004;

ORESTANO A., *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1996;

- ORLANDI M., *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- ORLANDI M., *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021;
- ORLANDO S., *Commento all'art. 1341 c.c.*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, Utet, Milano, 2009;
- OSTI C., *L'abuso di posizione dominante (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012;
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Il Foro Italiano*, I, 2010;
- PANCALLO A.M., *Funzione del contratto e regolazione del mercato*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Cedam, Padova, 2019;
- PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Utet, Milano, 2018;
- PARDOLESI R., *Art. 86 Trattato CEE: il prezzo del "decollo"*, in *Il Foro Italiano*, 12, IV, 1978;
- PARDOLESI R., *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004;
- PARDOLESI R., *Conclusioni*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- PARDOLESI R., *Clausole abusive e «terzo contratto»*, in *Il Foro Italiano*, 5, 2020;
- PARDOLESI R., *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Diritto pubblico*, 3, 2021;
- PARKER G., PETROPOULOS G., VAN ALSTYNE M., *Digital Platforms and Antitrust*, Bruegel Working Paper, n. 6, 2020;
- PATTERSON M.R., *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*, in *William and Mary Law Review*, vol. 52, n. 2, 2010;
- PERLINGIERI P., *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 2000 e in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2003;

- PICA G., *Commercio telematico* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, II, Utet, Torino, 2003;
- PIGNALOSA M.P., *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2016;
- PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2004;
- PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006;
- PINTO V., *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2000;
- PIZZETTI F.G., *Nell'era della Rete*, Giappichelli, Torino, 2000;
- POSNER R.A., *Exclusionary Practices and the Antitrust Laws*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 41, n. 3, 1974;
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 1999;
- PURTOVA N., *The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 10, n. 1, 2018;
- QUARTA A., *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2017;
- QUARTA A., *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Europa diritto privato*, 2, 2017;
- RAISER L., *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Amburgo, 1935;
- RANCHORDÁS S., *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy*, in *16 Minnesota Journal of Law Science & Technology* 1, 2015;
- RANCHORDÁS S., *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *Critical Analysis of Law*, vol. 5, n. 1, 2018;
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998;

RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2016;

RESTA G., *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, in *MediaLaws*, 1, 2018;

RESTA G., *Digital Platforms under Italian Law*, in (a cura di) U. BLAUROCK, M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER, *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträge*, Nomos, Baden-Baden, 2018;

RESTA G., *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2, 2019;

RESTA G., *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, Torino, 2019;

RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V., *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2018;

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007;

RICCI F., *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2014;

RICCIO G.M., *Social networks e responsabilità civile*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6, 2010;

RICCIUTO V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019;

RIVOLTA G.C.M., *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1991;

ROCHET J.C., TIROLE J., *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n. 4, 2003;

ROCHET J.C., TIROLE J., *Two-Sided Markets: A Progress Report*, in *The RAND Journal of Economics*, vol. 35, n. 3, 2006;

RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006;

RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Seconda edizione a cura di G. ALPA, M.R. MARELLA, G. MARINI, G. RESTA, Il Mulino, Bologna, 2021;

ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975;

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2001;

ROPPO V., *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001;

ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Il corriere giuridico*, 2, 2009;

ROSTOW W.W., *The Stages of Economic Growth. A Non-Communist Manifesto*, Cambridge University Press, Cambridge, 1960;

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 15, 1923;

RUGGERI F., *Not Always So Peer. New Perspectives on the Potential Application of the P2B Regulation in the Digital Collaborative Economy*, in E. BARGELLI, V. CALDERAI (a cura di), *A Contract Law for the Age of Digital Platforms?*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022;

RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contratto e impresa*, 1, 2009;

RUVOLO M., *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *Il corriere giuridico*, 5, 2010;

RYSMAN M., *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 23, n. 3, 2009;

SALANDRA V., *I contratti di adesione*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 10-11, 1928;

SALEILLES R., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, Parigi, 1901;

SALVI C., *Abuso del diritto (diritto civile) (voce)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988;

SAMMARCO P., *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2006;

SANTINI G., *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988;

SANTORO PASSARELLI F., *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1, 1942;

SCAGLIONE F., *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010;

SCALZINI S., *Economic Dependence in Digital Markets: EU Remedies and Tools*, in *Market Competition Law Review*, vol. 5, n. 1, 2021;

SCALZINI S., *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2022;

SCIASCIA G., *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2021;

SCOGNAMIGLIO C., *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e tutela del "contraente debole"*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 9-12, 1987;

SCOGNAMIGLIO C., *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 11-12, 1997;

SCOGNAMIGLIO R., *I contratti per adesione e l'art. 1341 del codice civile*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1, 1954;

SCOTT MORTON F.M., CRAWFORD G.S., CRÉMER J., DINIELLI D., FLETCHER A., HEIDHUES P., SCHNITZER M., SEIM K., *Equitable Interoperability: The "Super Tool" of Digital Platform Governance*, in *Digital Regulation Project of the Tobin Center for Economic Policy at Yale*, Policy Discussion Paper n. 4, 2021;

SÉNÉCHAL J., *The Diversity of the Services Provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-Performance of these Services – A Double Challenge for European and National Contract Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016;

SENIGAGLIA R., *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2, 2020;

SICA S., PARISI A.G., *La tutela del consumatore nel contratto online*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2011;

SIMONCELLI SCIALOJA V., *Il c.d. contratto per adesione e gli art. 1341 e 1342 cod. civile*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1949;

SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2004;

SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2006;

SIRENA P., *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016;

SMORTO G., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2015;

SMORTO G., *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2016;

SOLINAS C., *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2021;

SORO A., *La protezione dei dati personali nell'era digitale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2019;

STRAHILEVITZ L.J., *Reputation Nation: Law in an Era of Ubiquitous Personal Information*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 102, n. 4, 2008;

STROWEL A., VERGOTE W., *Digital Platforms: To Regulate or not to Regulate?*, in B. DEVOLDER (a cura di), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Intersentia, Cambridge, 2018;

THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON A., KUIPER C., *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the "Lemons Problem"*, in *University of Miami Law Review*, vol. 70, n. 3, 2016;

TOMBAL T., *Economic Dependence and Data Access*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, n. 1, 2020;

TOSI E., *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Giuffrè, Milano, 2005;

TOSI E., *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Giuffrè, Milano, 2018;

TOSI E., *Diritto privato delle nuove tecnologie. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, Giuffrè, Milano, 2021;

TRABUCCHI A., *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in AA. Vv., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Cedam, Padova, 1992;

TWIGG-FLESNER C., *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016;

VALENTINO D., *Il contratto «incompleto»*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2008;

VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2018;

VETTORI G., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999;

VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2000;

VETTORI G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2003;

VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2005;

VIGORITO A., *I dati non personali: modelli di attribuzione e circolazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3, 2020;

VILLA G., *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Il corriere giuridico*, 4, 2017;

VOLPE F., *Contratto giusto* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, III, Utet, Torino, 2007;

VON LEIBNIZ G.W., *De casibus perplexis in iure*, 1666, in C.M. DE IULIIS (traduzione italiana a cura di), *I casi perplessi in diritto*, Giuffrè, Milano, 2014;

VON SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlino, 1840;

WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA A., *Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?*, Briefing (PE 607.323), 2017;

ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019;

ZACCHEO M., *Le “Tuileries” del diritto privato*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1-3, 2004;

ZENO-ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985;

ZENO-ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1993;

ZENO-ZENCOVICH V., *Onore e reputazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, XIII, Utet, Torino, 1995;

ZENO-ZENCOVICH V., *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2000;

ZENO-ZENCOVICH V., GIANNONE CODIGLIONE G., *Ten Legal Perspectives on the “Big Data Revolution”*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2016;

ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in ID., G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008;

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2008;

ZOPPINI A., *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Giurisprudenza

Italia

Cass. civ., sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106;

Cass. civ., SS.UU., ordinanza del 25 novembre 2011, n. 24906;

Cass. civ., ordinanza del 25 maggio 2021, n. 14381;

Trib. Bari, 2 luglio 2002;

Trib. Taranto, 22 dicembre 2003;

Trib. Catania, 5 gennaio 2004;

Trib. Roma, 29 luglio 2004;

Trib. Roma, 17 marzo 2010;

Trib. Milano, 17 giugno 2016.

Unione europea

CGUE, sentenza del 17 luglio 1963, causa C-13/63, *Repubblica italiana c Commissione della Comunità economica europea*, ECLI:EU:C:1963:20;

CGUE, sentenza del 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1979:36;

CGUE, sentenza del 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1978:22;

CGUE, sentenza del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser c Macroton GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161;

CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd (ITP) c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1995:98;

CGUE, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1996:436;

CGUE, sentenza del 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*,

Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, ECLI:EU:C:1998:569;

CGUE, sentenza del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA, Dafra-Lines A/S c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2000:132;

CGUE, sentenza del 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:257;

CGUE, sentenza del 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Patrick Breyer c Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2016:779;

CGUE, Grande Sezione, sentenza del 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. c Commissione europea*, ECLI:EU:C:2017:632;

CGUE, Grande Sezione, sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c Uber Systems Spain SL*, ECLI:EU:C:2017:981;

CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/16, *Peter Nowak c Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2017:994;

CGUE, sentenza del 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA, ENEL SpA, Enel Energia SpA c Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2022:379;

Trib. UE, sentenza del 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen AG c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2000:180;

Trib. UE, Grande Sezione, sentenza del 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2007:289;

Trib. UE, sentenza del 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google LLC c Commissione europea*, ECLI:EU:T:2021:763.

USA

Braverman v. Yelp, Inc., N.Y. Slip Op. 04394 (2015);

Reit v. Yelp, Inc., N.Y. Slip Op. 20362 (2010);

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).