

DANIELA DI SABATO*

*Il ruolo delle piattaforme digitali nello svolgimento delle attività economiche in rete***

Sommario: 1. L'attività umana nell'era digitale. - 2. La qualificazione dell'attività degli *Internet service providers*. - 3. La responsabilità degli *Internet service providers*. - 4. Il rilievo del carattere *profit o non profit* dell'attività. - 5. Le piattaforme *market space*.

1. *L'attività umana nell'era digitale*

Nell'ultimo ventennio si è realizzata una rivoluzione tecnologica che ha investito le nostre abitudini quotidiane e che si è andata ad annidare nei semplici gesti della vita quotidiana. I *device* in nostro possesso e capillarmente diffusi nella fetta di modo nel quale viviamo ci consentono l'accesso alla rete che utilizziamo per orientarci in città, per avere notizie in tempo reale sul traffico, per comunicare, per acquistare beni e servizi, per acquisire informazioni, per fare ricerche di ogni tipo, anche scientifiche, per vari usi professionali, ecc. Le procedure per ottenere il soddisfacimento dei nostri bisogni e delle nostre esigenze sono sempre più semplici e immediate e ci consentono di risparmiare tempo, il che le rende sempre più efficaci e insostituibili. In realtà esse, presuppongono sistemi di elaborazione di dati complessi; la complessità del sistema, peraltro, costituisce un sottostante e resta celata, ciò che noi percepiamo è l'estrema semplicità con la quale riusciamo ad ottenere risultati che un tempo si potevano conseguire solo a prezzo di tempi e sacrifici molto maggiori. Si pensi, per fare un esempio, al percorso mentale che richiedeva la consultazione di un orario ferroviario cartaceo e lo si paragoni al minimo sforzo necessario per ottenere la stessa informa-

*Professoressa ordinaria di Diritto privato presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

**Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*.

zione attraverso l'accesso a un sito internet. Si pensi, ancora, all'attività di ricerca dei professionisti del diritto che, prima dell'avvento della rete e delle banche dati, si svolgeva consultando repertori cartacei, che quando venivano pubblicati erano già vecchi. Questi, peraltro, non consentivano alcun collegamento automatico tra le diverse voci, come accade oggi attraverso le parole chiave, quindi i rinvii, i collegamenti, i percorsi di ricerca erano affidati all'intuito del ricercatore; oggi gli algoritmi svolgono per noi questo lavoro e ci propongono informazioni collegate a quelle che stiamo cercando. La rete, inoltre, ci offre l'accesso diretto alle fonti di dottrina e di giurisprudenza che un tempo, in formato cartaceo, era molto più difficoltoso reperire.

Diversamente da altre grandi rivoluzioni tecnologiche, che nel corso del tempo l'uomo ha realizzato, la rivoluzione digitale ha prodotto non solo un accrescimento delle potenzialità dell'uomo, come generalmente si riconosce ai molti ritrovati del progresso scientifico, ma una vera e propria rivoluzione mentale analoga a quella generata da vere e proprie rivoluzioni culturali, come l'Umanesimo o l'Illuminismo. L'invenzione della stampa, ad esempio, ha consentito un potenziamento della diffusione delle idee e ha determinato «una smagliante accelerazione tecnologica, ma non un rilevabile terremoto della postura mentale degli umani». Analoghe considerazioni potrebbero farsi con riferimento alla macchina a vapore.

In definitiva, «molte sono le rivoluzioni che cambiano il mondo e spesso sono tecnologiche; ma poche sono quelle che cambiano gli uomini e lo fanno radicalmente: sarebbe forse il caso di chiamarle rivoluzioni mentali»¹ e questo effetto dirompente va riconosciuto alla rivoluzione digitale, che ha reso semplici operazioni che un tempo erano complesse e richiedevano, da parte dell'uomo, un'attività di elaborazione della complessità.

Fa parte di questa rivoluzione anche il licenziamento di tutti gli *esperti*: conta più il parere di milioni di incompetenti che l'opinione di un sapiente. I siti migliori sono quelli più visitati, i ristoranti migliori quelli più recensiti e così è per gli alberghi, i libri, i film, la musi-

¹ In questo senso A. BARICCO, *The game*, Torino, 2018, il quale si propone poi di ribaltare questa visione e ricostruire la rivoluzione mentale che ha consentito di produrre la rivoluzione tecnologica. Secondo l'A. il cambiamento epocale si basa su «l'elevazione del gioco a schema fondativo di un'intera civiltà». Il prezzo è l'allontanamento dalla complessità, dalla profondità e la predilezione per tutto ciò che è semplice e veloce.

ca, le serie tv, le cure mediche, ecc. La rivoluzione digitale ha consentito di liberarsi della casta dei sapienti e questo è, generalmente, avvertito con un senso di liberazione.

Sicuramente con questo sistema ci perdiamo tante cose e forse commettiamo qualche errore: il pericolo esiste. Senza paventare pericoli più gravi, che sono insiti probabilmente nell'affidare, ad esempio, la valutazione sull'efficacia dei vaccini al pubblico della rete invece che agli scienziati, non possiamo escludere che qualche esperto possa proporci qualcosa di nuovo e inusuale e non suggerito dal pubblico della rete, che, tuttavia, la nostra mente potrebbe imparare ad apprezzare con il tempo. Il gusto può essere guidato e sollecitato dai più illuminati. Nel corso della storia possiamo ricordare diversi movimenti letterari e artistici, che hanno radicalmente cambiato i nostri gusti e che non hanno inizialmente incontrato l'apprezzamento del pubblico.

Occorre prendere atto che la settorializzazione e l'aristocrazia del sapere non sono del nostro tempo e questo significa che la cultura, la scienza, l'accademia non può più permettersi di dialogare con se stessa, perché la comunità non è più disposta a riconoscerle alcuna supremazia e, soprattutto, perché così facendo non rende un servizio utile. Intendere il sapere come un privilegio che esclude chi non sa e confrontarsi solo con colleghi altrettanto illuminati, chiusi in una congrega di scienziati non funziona più. Funziona ancora meno ragionare per compartimenti stagni Scienziati, Tecnici e informatici da un lato e Giurisprudenza dall'altro perché grandi passi in avanti possono farsi solo valorizzando il confronto.

Il licenziamento degli esperti ha investito anche il mercato e si è tradotto nella tendenza alla disintermediazione. Perché rivolgermi all'agente di viaggio per organizzare le vacanze se posso farlo da me, perché acquistare un elettrodomestico da un negoziante che mi consiglia il più adatto alle mie esigenze se posso acquistarlo in rete, scegliendo in base alle recensioni di altri utenti.

L'eliminazione dell'intermediario negli scambi, peraltro, determina un risparmio di spesa e il dilagare degli acquisti in rete è dovuto anche al perdurare della situazione di crisi economica, che induce a una maggiore attenzione ai costi da sopportare per procurarsi la soddisfazione dei bisogni.

A fianco alle transazioni B2C inoltre si sono diffusi gli scambi *peer to peer* e i fenomeni di condivisione di beni e servizi, che consentono la soddisfazione dei bisogni attraverso un accesso temporaneo ai beni e ai servizi senza dover ricorrere all'acquisto. Questa opzione, oltre a rappresentare un'opportunità di risparmio di spesa, costituisce una manifestazione della propensione sempre più diffusa ad un consumo consapevole ed all'utilizzazione efficiente delle risorse, che consenta di gravare in maniera più misurata non solo sul patrimonio individuale bensì anche sul patrimonio comune dell'umanità.

La sfida che deve affrontare il giurista oggi sta quindi anche nella definizione dei ruoli: chi è imprenditore, chi è lavoratore dipendente, chi è lavoratore autonomo, chi è consumatore, chi è inventore, chi è autore, chi è editore, ecc.

Si possono commercializzare beni senza essere imprenditori, i consumatori sono divenuti imprenditori di se stessi: vendono beni di consumo, danno in affitto alloggi a scopo turistico, forniscono servizi di trasporto, e così via. L'emergere di figure intermedie, efficacemente definiti *prosumers*, a metà strada tra un professionista e un consumatore, mette inevitabilmente in discussione la sfera di applicazione della disciplina a tutela dei consumatori, che il legislatore ha definito sulla base della qualificazione soggettiva delle parti del rapporto. La stessa preoccupazione emerge con riferimento alla disciplina della concorrenza che è applicabile ai rapporti tra imprenditori mentre oggi non si può escludere che un illecito concorrenziale sia commesso da un *prosumer*, che imprenditore non è².

Anche il modo stesso di concepire l'impresa deve necessariamente essere rivisto alla luce dello stravolgimento derivante dalle nuove tecnologie. Esistono fiorenti realtà imprenditoriali che svolgono la loro attività prevalentemente *on line* e hanno bisogno di scarsissimi mezzi materiali e non si servono di lavoratori inquadrati stabilmente nell'organizzazione. La professionalità dell'attività economica nella nostra epoca non può desumersi più esclusivamente dall'esistenza di un'organizzazione stabile di mezzi, comprensiva di capitale, impianti e lavoratori.

² Cfr. la recente sentenza della Corte giust. 14 febbraio 2019, c. 630/17, Anica Milivojević c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGenin, in *Giur. it.*, 2019, p. 1068, con nota di A. REINSTADLER, che ha negato la qualifica di consumatore a un cliente di una banca che aveva stipulato un mutuo per la ristrutturazione del proprio appartamento da destinare in parte ad abitazione e in parte a locazione a fini turistici. Tuttavia non si può non sottolineare che i nostri giudici nazionali adottano generalmente una nozione di consumatore più ampia rispetto a quella suggerita dalla Corte di Giustizia.

Insomma non resta che prendere atto che la rivoluzione tecnologica rende inadeguate una serie di regole dettate avendo presente tutt'altro contesto ed è doveroso farlo perché questo costituisce il primo passo per fronteggiare l'esigenza di rinnovamento dell'ordinamento.

Tuttavia la prova più impegnativa che deve affrontare in questo nostro tempo il giurista è connessa alla difficoltà di collocazione in un determinato luogo dell'attività umana che si svolge attraverso la rete. La rete consente, infatti, di annullare le distanze tra gli individui e rende difficoltoso stabilire un legame tra l'attività e i rapporti giuridici che in questo ambito prendono forma e il territorio di un determinato Stato. Lo spazio, che per secoli è stato impiegato come criterio di collegamento per individuare lo Stato competente a dettare le regole ed a vigilare sulla loro applicazione, è oggi sconfinato e non costituisce più un valido punto di riferimento per sottoporre una certa attività alla giurisdizione di questo o di quello Stato. Siamo in un'epoca nella quale il diritto deve inseguire l'ovunque³.

La rivoluzione tecnologica non solo modifica radicalmente il modo di relazionarsi, di acquisire conoscenze, di lavorare, di fare un'attività economica, ma disturba le convinzioni consolidate di noi giuristi relative al modo di intendere i confini tra gli Stati, la giurisdizione, l'impresa, i rapporti contrattuali tra utenti e con i lavoratori dipendenti⁴.

³ Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 625 ss.; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 867 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Dir. inf. e inform.*, 2015, p. 683 ss.; G. RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nell'era digitale*, in F. CAGGIA-G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 118.

⁴ Particolarmente rilevanti, anche in considerazione dell'impatto sociale che esse hanno, sono le problematiche connesse alla posizione giuridica dei prestatori d'opera che svolgono le loro attività *on-demand*. È questione complessa e delicata quella di stabilire se la piattaforma costituisca solo il luogo nell'ambito del quale avviene l'incontro *peer to peer* della domanda e dell'offerta del servizio oppure se sia configurabile un rapporto di lavoro subordinato tra la piattaforma e coloro che eseguono, per conto della stessa, la prestazione richiesta in favore degli utenti. Del resto, che questo sia un tema "caldo" è dimostrato dall'insorgere in diversi Paesi dell'occidente di controversie aventi ad oggetto la qualificazione di questi rapporti e i diritti conseguentemente riconoscibili ai lavoratori. La Comunicazione COM 356/2016 della Commissione al Parlamento Europeo, al Comitato economico e Sociale Europeo e al Consiglio delle Regioni del 2 giugno 2016, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>, 13, segnala che «i confini tra lavoratori autonomi e lavoratori subordinati sono sempre più sfumati» e suggerisce che la sussistenza o meno del rapporto di lavoro subordinato debba essere stabilita caso per caso in base a tre criteri essenziali: - l'esistenza di un rapporto; - la natura del lavoro; - la presenza di una retribuzione. Per questo aspetto la proposta di legge n. 3564 del 27 gennaio 2016, *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*, in www.parlamentari.org, elaborata dall'Intergruppo Parlamentare per l'Innovazione Tecnologica, che non è una Commissione Parlamentare ma una libera associazione tra parlamentari, opera una scelta precisa stabilendo che l'economia della condivisione

I problemi di giurisdizione sono stati risolti da sempre utilizzando il territorio come criterio di collegamento: dove si svolge l'attività, dove è stato concluso il contratto, dove si trova il convenuto, quale è la sede dell'impresa, e così via. Oggi tutti questi *dove* sono accompagnati da un enorme punto interrogativo perché la rete impedisce la collocazione di persone e attività in un luogo determinato⁵.

non comprende le ipotesi nelle quali esista tra i gestori e gli utenti un rapporto di lavoro subordinato (art. 2, lett. a). Si veda, inoltre, la disciplina introdotta a tutela dei *riders* con il d.l. 3 settembre, n. 101, convertito nella l. 2 novembre 2019, n. 128, che, pur qualificandoli come lavoratori autonomi, introduce una serie di tutele in loro favore, tra cui soprattutto l'obbligo di sottoscrizione di un contratto in forma scritta, la previsione di un compenso orario minimo in caso di mancata sottoscrizione e l'obbligo di copertura assicurativa contro infortuni e malattie. Altrettanto interessanti sono gli aspetti relativi all'esigenza di sottoporre a tassazione gli eventuali profitti prodotti attraverso l'attività in rete, con particolare riferimento ai ricavi derivanti dalla condivisione di beni e servizi. La Commissione U E, avendo constatato che la maggiore difficoltà consiste nella tracciabilità dell'attività, auspica una cooperazione tra le autorità fiscali degli Stati membri e le piattaforme che già registrano le attività economiche degli utenti. La citata proposta di legge n. 3564 prevede la tassazione del «reddito da attività di economia della condivisione non professionale» applicando una imposta pari al 10% sui redditi fino a 10.000 euro. I redditi superiori a questa soglia si dovrebbero cumulare ai redditi da lavoro dipendente o autonomo ed essere tassati in base all'aliquota corrispondente. I gestori delle piattaforme digitali fungono da sostituti d'imposta degli utenti. I gestori esteri dovrebbero dotarsi di una stabile organizzazione in Italia (art. 5). Una disciplina specifica è stata dettata per la tassazione sugli affitti brevi, c.d. *tassa Airbnb*, che è una ritenuta del 21% applicata dagli intermediari che riscuotono l'affitto e lo versano al locatore persona fisica (d.l. 24 aprile 2017, n. 50 convertito in l. 21 giugno 2017, n. 96, che rinvia ad un successivo decreto di attuazione la definizione dei criteri per definire il carattere non imprenditoriale dell'attività).

⁵ Il problema è all'attenzione della Corte di Giustizia, che, lo ha, ad esempio, affrontato in merito all'applicabilità della normativa europea avente ad oggetto il diritto all'oblio. Di fronte alla richiesta di un cittadino europeo che chiedeva che venissero rimosse dai motori di ricerca alcune notizie sgradevoli che lo riguardavano, giudicate non più attuali e rilevanti, la Corte ha dovuto ammettere che non poteva ordinarne la rimozione in tutto il continente e che il diritto all'oblio e il conseguente obbligo di deindicizzazione debba ritenersi applicabile solo nell'ambito del territorio dell'U.E (Corte giust. 24 settembre 2019 c.507/17, Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=43DD2BDB2ED86E8030D01F72B1262B37?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4735872>. Ne consegue che basterà navigare da un punto del mondo al di fuori del territorio dell'U.E, e per farlo non è neanche necessario fisicamente esserci, perché la tecnologia lo consente, per accedere a quelle notizie. Si veda anche Corte giust., 28 luglio 2016, c. 191/15, Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=182286&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4738456> in tema di legge applicabile a un contratto di consumo stipulato tra un'impresa avente sede in uno Stato membro e consumatori residenti in altri Stati membri; Corte giust., 21 aprile 2016, c. 572/14, Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH c. Amazon EU Sàrl, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0572&from=IT> in tema di giurisdizione sulle controversie relative a illeciti civili. La difficoltà di utilizzare il criterio del collegamento territoriale è, inoltre, particolarmente avvertita ai fini della tassazione dei ricavi provenienti dall'attività dei gestori delle piattaforme informatiche. In questo campo è ormai chiaro che le legislazioni dei singoli Stati e persino quella sovranazionale dettata dall'U E non costituisce una risposta adeguata. L'OCSE si propone quindi di risolvere il problema attraverso un approccio unificato per la definizione dell'allocazione dei profitti, che eviterebbe sia che vi siano profitti che sfuggono a qualsiasi tassazione sia duplicazioni di tassazione. A questo fine sono state avviate consultazioni tra gli Stati Cfr. Public Consultation document: Secretariat Proposal for o «Unified Approach» under Pillar One in <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>;

Nonostante lo stravolgimento, lo sforzo degli studiosi e dei giudici non può che essere diretto all'individuazione di risposte adeguate.

Il problema dell'individuazione delle regole applicabili potrebbe essere risolto in radice se si desse credito all'idea che le uniche soluzioni adottabili in campo informatico siano di carattere squisitamente tecnico e che solo queste ultime condizionano la condotta degli utenti della rete⁶. Le norme giuridiche, oltre ad essere inutili, sarebbero anche destinate a una condizione di perenne inadeguatezza, che è insita nella loro naturale fissità da cui deriva l'inevitabile incapacità a tenere il passo con il progresso della tecnica. Questa impostazione porterebbe alla definizione di una sorta di regime di anarchia in cui si svolgerebbe l'attività in rete che dovrebbe per sua natura sfuggire ad ogni regola che non sia di carattere tecnico. Si tratterebbe di una vera e propria resa inaccettabile da parte degli ordinamenti.

L'idea dell'impenetrabilità delle regole tecniche e dell'autonomia dell'ambiente informatico che potrebbe rispondere esclusivamente a queste deve dunque essere rinnegata.

È indispensabile, però, che gli studiosi del diritto acquisiscano maggiori conoscenze nel settore informatico per ideare regole in grado di operare, tenuto conto delle caratteristiche tecniche dello strumento utilizzato e gli informatici, dal canto loro, devono avere un'adeguata formazione etica che assicuri l'uso benefico delle loro competenze.

Sta di fatto che del diritto non si può fare a meno: gli scambi sono possibili perché a monte vi è un ordinamento che stabilisce che un determinato bene è di chi lo vende e in

Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE) . Pilla Two, in <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf> e si è prospettata la possibilità di fare riferimento al concetto di stabile organizzazione virtuale che deriverebbe dalla circostanza che un significativo numero di contratti sia concluso con clienti fiscalmente residenti in un determinato Stato. Si veda inoltre la proposta di direttiva COM (2018) 148, del 21 marzo 2018, relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali, in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-148-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>, che ha ispirato le modifiche introdotte dalla nostra legge di bilancio 2020 (l. 27 dicembre 2019, n. 160) alle disposizioni già contenute nella legge di bilancio 2019 (l. 30 dicembre 2018, n. 145 art. 1 comma 35–50) e mai entrate in vigore per la mancata emanazione dei decreti attuativi. La tassazione è fissata nella misura del 3%. Le aziende italiane con un fatturato superiore a 750 milioni di euro e che compiono più di 3000 transazioni utilizzando servizi digitali dovranno trattenere il 3% dagli importi dovuti agli ISP per i servizi resi e versarlo al fisco. È previsto, inoltre, espressamente che questa tassazione resterà in vigore fino all'attuazione di disposizioni dirette ad attuare accordi internazionali in materia.

⁶ Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma, 2014, p. 3 ss., secondo il quale l'impostazione che si basa sulla impossibilità, inutilità, illegittimità di qualsiasi regolazione di Internet è «più che ideologica, mitologica». Con specifico riferimento alla capacità delle piattaforme di autoregolamentarsi, cfr. A. QUARTA, *Privati della cooperazione. Beni comuni e Sharing economy*, in *Beni comuni 2.0*, a cura di A. Quarta e M. Spanò, Milano, 2016, p. 91 ss.

caso di violazione della regola, anche di fonte convenzionale, deve esserci un sistema in grado di sanzionare la condotta illecita.

Dell'ordinamento non si può fare certamente a meno, ma di quale ordinamento?

Non si può ignorare che l'ambiente digitale presenta la tendenza a sfuggire alle regole e rende difficoltoso il funzionamento di tradizionali strumenti diretti ad assicurarne il rispetto⁷. La difficoltà, peraltro, non può determinare una rinuncia alla disciplina dell'attività: occorre invece individuare pochi chiari principi ampiamente condivisi⁸. La globalizzazione dell'attività e dei rapporti richiede la globalizzazione delle regole. Su questo terreno appare insostituibile il ruolo degli organismi internazionali in grado di favorire la cooperazione tra gli Stati nell'individuazione di una disciplina, che è anche lo strumento attraverso il quale questi possono riaffermare le proprie prerogative rispetto alla paventata anarchia dell'ambiente informatico⁹.

Le regole da applicare nell'ambiente digitale dovrebbero essere ridotte all'essenziale: è, infatti, più facile raggiungere un elevato grado di condivisione con riferimento a poche ed essenziali prescrizioni. I principi fondanti degli ordinamenti democratici potrebbero costituire un valido punto di partenza. Questi principi dovrebbero comporre il contenuto della "nuova cittadinanza planetaria". La definizione è di Stefano Rodotà, il quale indica, come contenuto essenziale dello *status* di cittadino della rete, la libertà di utilizzazione, il diritto alla conoscenza, il diritto alla privacy¹⁰. A questi diritti fondamentali vanno imprescindibilmente aggiunti quelli funzionali alla sopravvivenza delle strutture democratiche, che sono il presupposto ineliminabile per una vita dignitosa della persona e per l'esercizio attivo della nuova cittadinanza. Principio fondante dell'ordinamento globalizzato deve essere individua-

⁷ Cfr. in tema S. RODOTÀ, *Il mondo della rete*, cit., p. 38, secondo il quale Google e tutto ciò che lo riguarda rappresenta «una nuova versione degli *arcana imperii*».

⁸ In questa materia, nella quale il caso concreto inevitabilmente travalica la soglia delle sovranità nazionali, più che mai occorre utilizzare «i principi fondamentali, lo *ius gentium*, l'innovativo sostanziale apporto delle Convenzioni internazionali e delle Carte Costituzionali». Così, P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Internet e diritto civile*, a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri, Napoli, 2015, p. 417 ss. In tema cfr. dello stesso Autore anche *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, p. 3.

⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il primato della politica*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 284, il quale sottolinea la necessità di evitare che l'economia abbia il sopravvento. Infatti, «il primato dell'economia risponde a sole ragioni mercantili, mentre il primato della politica può anche non rispondere – almeno in parte – a queste ragioni e difendere le posizioni più deboli e più meritevoli».

¹⁰ S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, p. 337 ss. Si veda inoltre la *Carta dei diritti in Internet*, del 14 luglio 2015, elaborata dalla Commissione per i diritti e i doveri in Internet, costituita presso la Camera dei deputati.

to nel rispetto delle prerogative degli Stati, che non possono e non devono mai trovarsi in una condizione di dipendenza rispetto ai grandi poteri economici che gestiscono la rete.

Molto può fare indubbiamente anche l'adozione spontanea di codici di condotta e di *standards* qualitativi, evocata sovente anche dal legislatore comunitario; tuttavia questo genere di produzione normativa non può rappresentare l'unica fonte di regolamentazione e la presenza di regole eteronome appare indispensabile.

2. La qualificazione dell'attività degli Internet service providers

Le numerose e diversificate attività che si svolgono utilizzando la rete hanno in comune l'utilizzazione di piattaforme informatiche che consentono di annullare le distanze tra gli individui e di accedere rapidamente ad una quantità sconfinata di informazioni. I gestori delle piattaforme forniscono un servizio informatico che rende possibile quello che Baricco ha efficacemente definito *The game*¹¹. Ovviamente, le piattaforme non sono tutte uguali e conseguentemente non dovrebbero ricevere il medesimo trattamento giuridico.

Alcune piattaforme si presentano come enormi Agorà, dove le persone si scambiano informazioni, emozioni, opinioni e sono, come abbiamo avuto modo di imparare dall'esperienza, solo apparentemente innocue.

Altre piattaforme costituiscono una sorta di grandi magazzini virtuali all'interno dei quali possono essere acquistati, direttamente dai produttori o dai rivenditori, ogni genere di beni e servizi e, a volte, come nel caso di Amazon, anche beni e servizi offerti direttamente dal gestore della piattaforma.

Altre ancora, consentono la condivisione di risorse private sottoutilizzate (la mia auto, la mia scrivania, la mia musica, la mia casa, la mia bici, le mie conoscenze ecc.).

Molto spesso le diverse tipologie di piattaforme si confondono e le molteplici attività che all'interno delle stesse possono realizzarsi si sovrappongono. Oggi neanche il più ingenuo degli utenti è disposto a credere che *Facebook* sia un *social* al quale sono del tutto estranee fi-

¹¹ A. BARICCO, *The game*, cit., Per una ricostruzione accurata dei diversi centri di interesse coinvolti cfr. A. FACHECHI, *Net neutrality e discriminazioni arbitrarie*, Napoli, 2017, p. 13 ss. Si veda inoltre il Regolamento europeo sul *geo-blocking* e la neutralità, Regolamento (UE) 2018/302, in <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/302/oj>, che ha l'obiettivo di contrastare le pratiche commerciali intraeuropee geograficamente discriminatorie, che differenziano le condizioni di vendita in base alla nazionalità, residenza o luogo di stabilimento del cliente finale consumatore o professionista.

nalità commerciali. Sono anzi proprio i c.d. *social* oggi il veicolo più efficace per la realizzazione di campagne promozionali e pubblicitarie e per l'esecuzione di ricerche di mercato dirette all'individuazione dei gusti delle persone.

L'adesione alla piattaforma può essere a titolo gratuito o oneroso¹², tuttavia tale elemento, ovviamente, non è determinante per stabilire se la gestione della piattaforma sia *profit* o non *profit*. La piattaforma può avere carattere associativo e richiedere un corrispettivo per l'adesione il cui ricavato venga destinato allo scopo che ispira l'attività comune e condivisa¹³. Peraltro, non si può escludere che l'adesione sia a titolo gratuito, ma la piattaforma sia gestita con finalità lucrative; in questo caso gli introiti principali possono derivare dalla pubblicità che viene somministrata agli utenti nel corso della navigazione¹⁴.

D'altro canto le piattaforme dedicate allo scambio di beni e servizi o alla condivisione costituiscono anche il luogo d'incontro e di trasmissione di informazioni, opinioni tra utenti e rappresentano, in ogni caso, un'occasione di socializzazione.

L'atteggiamento del legislatore europeo nei confronti dell'attività di fornitura di servizi informatici, ovviamente, è sempre stato ispirato alla considerazione dell'opportunità di incoraggiare e promuovere lo sviluppo tecnologico e l'attività in rete che determina un incremento dell'attività economica e un miglioramento della qualità di vita delle persone. I fornitori di servizi informatici sono dunque da sempre stati piuttosto coccolati¹⁵.

¹² Per una ricostruzione della natura degli accordi tra gli utenti e i gestori della piattaforma, cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, p. 66 ss.; ID., *Gli accordi tra siti di social network e gli utenti*, in *Internet e diritto civile*, cit., p. 210 ss., la quale rileva che il binomio onerosità-gratuità è insufficiente per la qualificazione della fattispecie, che realizza uno scambio tra beni in senso giuridico. Il fenomeno, infatti, implica un atto di disposizione avente ad oggetto la *privacy* da parte degli utenti in funzione dell'utilizzo della piattaforma. Sul contenuto dei contratti di accesso, cfr. A.M. GAMBINO, *I contratti di accesso*, in *Internet e diritto civile*, 2015, p. 191 ss. In tema cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, p. 27, il quale evidenzia che oggi i dati sono nuovi preziosissimi beni; «da qui nasce l'invocazione di un *habeas data*, sviluppo di quell'*habeas corpus* dal quale si è storicamente sviluppata la libertà personale».

¹³ Sulla opportunità di non confondere l'adesione ad un *social network* con l'adesione ad un ente senza scopo di lucro, cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, cit., p. 54 ss.

¹⁴ Sul ruolo della pubblicità, la regolamentazione della stessa ed in particolare sul provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali in tema di *cookies* (provvedimento dell'8 maggio 2014, n. 229 in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884>), cfr. ancora C. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 70 ss.

¹⁵ Fermo restando l'intento di realizzare una tutela adeguata dei consumatori, nell'UE vi è la consapevolezza del rilievo che assumono le transazioni realizzate in rete ed è avvertita l'esigenza di promuovere il commercio elettronico attraverso l'uniformazione delle regole applicabili. In questo senso si muovono le Direttive del 20 maggio 2019, (UE) 2019/770; (UE) 2019/771. In particolare, nella Direttiva (UE) 2019/770, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, si legge che «il potenziale di crescita del commercio elettronico nell'Unione non è ancora stato sfruttato pienamente. La Strategia per il

Gli *Internet Service Providers* sono tendenzialmente considerati, con un'espressione che è allo stesso tempo riduttiva e accrescitiva, degli abilitatori: *riduttiva*, perché si limiterebbero ad abilitare gli utenti allo svolgimento della propria attività in rete di cui questi sarebbero gli unici responsabili e *accrescitiva*, perché aumentano indubbiamente le opportunità per utenti rispetto a quelle che essi hanno a propria disposizione senza i loro servizi¹⁶.

Questo atteggiamento protettivo verso gli ISP ha avuto il suo apice nella direttiva n. 2000/31, attuata con d.lg. 9 aprile 2003, n. 70, che richiama il principio della libera circolazione e prevede che gli Stati non possano limitare lo svolgimento dell'attività di fornitura di servizi informatici se non per attuare finalità preminenti. Le eventuali limitazioni, previste dalle legislazioni nazionali, inoltre devono essere quelle strettamente necessarie ad attuare le suddette finalità preminenti.

La direttiva, inoltre, distingue: il mero prestatore di servizi informatici, c.d. *mere conduit* che non fa altro che garantire la comunicazione tra gli stessi, al pari del gestore di una linea telefonica; il c.d. *caching*, il quale fornisce un servizio ulteriore consistente nella possibilità per gli utenti di memorizzazione delle informazioni al solo scopo del successivo inoltrare; e *hosting*, che fornisce specificamente un servizio di memorizzazione delle informazioni allo scopo di renderle successivamente accessibili.

Gli Stati devono astenersi dal prevedere a carico dei gestori un obbligo generale di sorveglianza sull'attività svolta dagli utenti, grazie ai servizi informatici forniti dai *providers*. La *ratio* di questa prescrizione è duplice. Innanzitutto i gestori del servizio hanno spesso sostenuto che la sorveglianza sarebbe tecnicamente impossibile da eseguire, data la mole di dati che essi sarebbero costretti a controllare, e, in considerazione di ciò, la prescrizione di

mercato unico digitale in Europa affronta in modo olistico i principali ostacoli allo sviluppo del commercio elettronico transfrontaliero nell'Unione al fine di liberare tale potenziale», e nella Direttiva (UE) 2019/771, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, si legge che «al fine di restare competitiva sui mercati mondiali, l'Unione deve migliorare il funzionamento del mercato interno e riuscire a rispondere alle molteplici sfide poste oggi da un'economia sempre più guidata dalla tecnologia. La strategia per il mercato unico digitale stabilisce un quadro completo per agevolare l'integrazione della dimensione digitale nel mercato interno».

¹⁶ Sulla responsabilità degli ISP vi sono diversi contributi della dottrina. Si rinvia, per una ricostruzione del dibattito a F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; ID., *La responsabilità civile in internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 548 ss.; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile dell'hosting provider. La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP*, nota a Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, in *Giur. it.*, 2019, p. 2604 ss.; ID., *La responsabilità civile in rete*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. VALENTINO, III ed., Napoli, 2016, p. 539 ss., ove altri riferimenti.

un obbligo di questo tipo si tradurrebbe nella sopportazione di costi eccessivi, che costituirebbe un ostacolo al progresso tecnologico. Sotto diverso profilo la prescrizione di un generico obbligo di sorveglianza, stante la presunta impossibilità di attuare un controllo effettivo e a costi ragionevoli, si tradurrebbe nell'attribuzione a carico del gestore di una responsabilità oggettiva per gli illeciti commessi in rete dagli utenti¹⁷.

Pur volendo mettere da parte questo genere di obiezioni – che, peraltro, come vedremo in seguito, sono nel corso del tempo sollevate con sempre minore determinazione dagli addetti ai lavori, alcuni dei quali si sono anche spontaneamente dotati di sistemi di sorveglianza – resta da valutare il rischio connesso all'assegnazione a centri di potere economico, che, diversamente dalle pubbliche autorità, non sono certo ispirati dal perseguimento dell'interesse generale, di un compito di sorveglianza sull'attività svolta da privati. Una simile opzione mette inevitabilmente in pericolo la libertà dei soggetti che utilizzano i servizi informatici per scopi leciti e che inevitabilmente subirebbero violazioni gravi ed ingiustificate della propria sfera personale¹⁸.

Si riconosce, invece, che i gestori, che vengano a conoscenza di illeciti commessi mediante l'utilizzazione dei servizi da essi forniti, debbano provvedere a rimuovere le informazioni postate dagli utenti e disabilitare l'accesso alle stesse e debbano, altresì, dare comunicazione dell'accaduto all'autorità competente¹⁹.

L'evoluzione successiva della giurisprudenza nazionale e sovranazionale ha consentito di precisare che, ferma la figura del mero fornitore di servizi informatici di comunicazione, occorre distinguere il *content provider*, che è colui che immette su una piattaforma con-

¹⁷ Le disposizioni della direttiva sono state inizialmente interpretate in modo restrittivo. Cfr. Corte giust., 24 novembre 2011, c. 70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-70/10>; Corte giust., 16 febbraio 2012, c. 369/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-369/10&language=IT> e in *Nuova giur.civ.comm.*, 2012, p. 571 ss. Cfr. per la giurisprudenza nazionale, App. Milano 27 febbraio 2013, n. 8611, in *Giur.it*, 2013, p. 2633 ss. che si è adeguata all'orientamento della Corte di giustizia.

¹⁸ La possibilità di assegnare ai gestori delle piattaforme un ruolo attivo nella prevenzione degli illeciti in rete emerge con riferimento all'esigenza di assicurare la tutela dei diritti fondamentali degli utenti nella Raccomandazione CM/Rec(2018)2 del Comitato dei Ministri degli Stati sul ruolo degli intermediari del 7 marzo 2018, in <https://rm.coe.int/1680790e14>.

¹⁹ Vedi artt. 12, 13 e 14 della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») e artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 «Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico».

tenuti propri o di terzi, dal c.d. *hosting* attivo, che, a differenza del primo, non riveste una posizione di neutralità, ma è in grado di gestire i contenuti della piattaforma e quindi anche di rimuoverli.

Scendendo più nel dettaglio ed esaminando la giurisprudenza nazionale in tema, emerge che lo svolgimento di un'attività di gestione dei contenuti degli utenti e l'esistenza di un'organizzazione a ciò finalizzata che consenta, ad esempio, la catalogazione degli stessi con la conseguente possibilità di renderli più agevolmente reperibili e il monitoraggio degli accessi diretta a suggerire all'utente contenuti analoghi a quelli ricercati sono considerati elementi rilevanti per definire il ruolo assolto dal *provider*²⁰. Rileva inoltre la circostanza che il *provider* fornisca servizi aggiuntivi agli utenti consistenti ad esempio nell'attività promozionale di determinati contenuti degli inserzionisti. Non priva di rilievo appare inoltre la circostanza che il *provider* basi il proprio *business* sulla vendita di pubblicità somministrata attraverso la piattaforma²¹.

È stata, più in generale, oggetto di considerazione la circostanza che il *provider* intratenga rapporti contrattuali con gli utenti e ricavi un profitto dai servizi aggiuntivi offerti. Non rileva di per sé l'esistenza di un profitto, tuttavia questa circostanza è presa in considerazione per definire le modalità di svolgimento dell'attività e per desumerne l'esistenza di un'organizzazione stabilmente diretta alla realizzazione del *business*²².

La dottrina e della giurisprudenza hanno contribuito a precisare che, il c.d. *hosting* attivo non riveste una posizione di neutralità, in quanto è in grado di gestire i contenuti della piattaforma e quindi anche di rimuoverli. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, nel quale peraltro, generalmente il gestore svolge la propria attività con carattere imprenditoriale potendo contare sui ricavi derivanti dalla pubblicità somministrata agli utenti, si tende ad escludere che il gestore possa farsi carico di un obbligo di filtraggio delle informazioni e che gli possa essere addossata una qualche responsabilità per omessa vigilanza sulla condotta degli

²⁰ Cfr. Trib. Roma 15 febbraio 2019, in *Riv. dir. dei Media*, 2019; Trib. Milano, 13 giugno 2017, in *Dir. ind.*, 2018, p. 258 ss.; Trib. Roma 27 aprile 2016, *ivi*, 2017, p. 455 ss.; Trib. Milano 9 settembre 2011, *ivi*, 2011, p. 559 ss.; Trib. Milano 20 gennaio 2011, *ivi*, 2012, p. 243 ss.; Trib. Roma 22 marzo 2011, in *Danno resp.*, 2011, p. 847 ss. che considerano rilevante ai fini della qualificazione dell'*hosting* come attivo la circostanza che lo stesso svolga un'attività di organizzazione e selezione del materiale, finalizzata a renderlo successivamente accessibile agli utenti.

²¹ Considerano rilevante la circostanza che la piattaforma basi il proprio *business* sulla pubblicità Trib. Roma 27 aprile 2016, cit.; Trib. Milano 9 settembre 2011, cit.

²² Così, Trib. Roma 27 aprile 2016, cit., Trib. Milano 9 settembre 2011, cit.

utenti. Unico responsabile dell'illecito commesso utilizzando la piattaforma è quindi l'utente che effettua l'*uploader*²³.

3. *La responsabilità degli Internet service providers*

Stando così le cose, si potrebbe supporre che il gestore della piattaforma conservi questo ruolo di spettatore neutro delle vicende che ivi si svolgono. Questa posizione di neutralità permarrebbe anche nel caso in cui la piattaforma venga utilizzata per il perfezionamento di scambi di beni e servizi a diverso titolo²⁴.

La materia è stata oggetto di esame con riferimento ai siti di vendita attraverso i quali operatori professionali propongono al pubblico della rete l'acquisto di ogni genere di prodotto o servizio.

In particolare, è venuto all'attenzione della Corte di Giustizia²⁵ il caso di un'impresa titolare di un marchio che aveva subito atti di concorrenza sleale perpetrati attraverso la vendita illegittima di prodotti su una piattaforma *on line*. Questa vicenda è stata l'occasione per riflettere sul ruolo svolto dal *provider* all'interno del mercato virtuale e sulla possibilità di considerarlo responsabile per le transazioni illegittime svolte tra gli utenti all'interno della piattaforma dallo stesso gestita.

²³ Cfr. Con riferimento all'esigenza di tutela della libertà di espressione ed a quella di tutela dei diritti minacciati dagli illeciti commessi attraverso le piattaforme, tra gli altri, R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in *Internet e diritto civile*, cit., p. 117 ss.

²⁴ In tema di responsabilità dell'*hosting provider*, v. App. Milano, 7 gennaio 2015; Trib. Roma, 16 dicembre 2009; Trib. Lucca, 20 agosto 2007; Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Pluris online*, nonché App. Milano, 27 febbraio 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 2632; Trib. Roma, 9 luglio 2014, in *Danno resp.*, 2014, p. 1196; Trib. Milano, 20 gennaio 2011, in *Internet nuove tec.*, 2012, p. 243; Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Danno resp.*, 2011, p. 847; Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Dir. ind.*, 2011, p. 559. Nel medesimo senso in cui si è espressa la giurisprudenza italiana vedi App. Francia Parigi, 9 novembre 2007, in *Dir. internet*, 2008, p. 83; Trib. Grande Istanza di Francia Parigi, 29 ottobre 2007, in *Danno resp.*, 2009, p. 145 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 571. V., inoltre, Corte giust., 16 febbraio 2012, c. 360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV, in *Foro it.*, 2012, p. 296; Corte giust., 12 luglio 2011, c. 329/09, L'Oréal SA, Lancome parfums et beauté & Cie snc, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd c. eBay International AG et altri, in www.curia.europa.eu. Per un esame critico dell'impostazione adottata dalla giurisprudenza in materia v. A. FACHECHI, *Net neutrality e discriminazioni arbitrarie*, cit., p. 30 ss.

²⁵ Sentenza della Corte giust., 12 luglio 2011, c. 324/09, cit. In particolare la condotta contestata a eBay è consistita nell'utilizzazione del servizio di posizionamento *AdWord* di Google per far comparire, ogni volta che vi era una concordanza tra la parola contenuta nella richiesta di ricerca digitata dall'utente e le parole chiave corrispondenti ai marchi della L'Oréal, un *link* pubblicitario che rinviava al sito www.ebay.co.uk sul quale i prodotti erano venduti senza imballaggio originale. In tema cfr. A. DI AMATO, *Uber and Sharing Economy*, in *Ital.L.J.*, II, 1, p. 185 ss.

Senza entrare nel merito della controversia, quel che qui preme sottolineare è che, dalla motivazione elaborata dalla Corte di Giustizia emerge la considerazione che la piattaforma costituisce il luogo e/o la modalità di conclusione delle transazioni che possono assumere contenuto diverso e produrre effetti vari, così come normalmente accade nel mercato tradizionale. In tale contesto il *provider* può svolgere un ruolo molto diverso a seconda delle circostanze del caso concreto.

In linea generale, infatti, si ribadisce l'obbligo del *provider* di collaborare alla rimozione dei dati dalla cui permanenza può derivare la produzione di un danno ingiusto, ove gliene venga fatta espressa richiesta o sia, in ogni caso, a conoscenza dell'illecito. Peraltro, l'attività del gestore della piattaforma all'interno della quale è concluso l'acquisto viene considerata al pari di quella di un inserzionista che «fa comparire link e messaggi che costituiscono (...) pubblicità». Deve essere, pertanto, «chiaramente identificabile la persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata una comunicazione commerciale». In tale contesto, l'uso illegittimo dei segni distintivi altrui costituisce attività imputabile esclusivamente all'utilizzatore del servizio che elabora la comunicazione commerciale e la diffonde tramite la piattaforma non al gestore della stessa.

Tuttavia, a giudizio della Corte, non si può escludere che, come sarebbe accaduto nel caso specifico in considerazione dell'attività svolta dalla piattaforma *eBay*, il gestore non si limiti alla fornitura di un servizio consistente nella gestione tecnica ed automatica dei dati, ma svolga un ruolo attivo, consistente nel prestare assistenza nell'ottimizzazione della presentazione delle offerte e nel promuovere le vendite. In questo caso, non sarebbe invocabile l'esonero dalla responsabilità che l'art. 14 n. 1 della direttiva n. 2000/31 generalmente riconosce ai meri fornitori di servizi informatici.

In definitiva, al pari di ciò che accade nel mercato tradizionale, i rapporti che si instaurano tra le parti possono assumere il contenuto più vario ed è questione di fatto stabilire se vi è stata o meno un'attività di intermediazione da parte del gestore della piattaforma diretta a promuovere l'accordo tra venditore e compratore.

Peraltro, la Corte di Giustizia lucidamente evidenzia che attraverso la rete si perfezionano anche transazioni tra privati che sfuggono all'applicazione delle regole che governano il mercato e che hanno ad oggetto rapporti tra imprese. Nei confronti del privato il ti-

tolare del marchio non può far valere il proprio diritto all'uso esclusivo perché la sua attività non costituisce attività commerciale e non rappresenta una violazione della concorrenza. La Corte, tuttavia, non esclude che l'eventualità che le vendite realizzate dall'utente non professionale «superino, per il loro volume, la loro frequenza o altre caratteristiche, la sfera dell'attività privata»; in tal caso «il venditore si colloca nell'ambito del “commercio”».

Quindi, pur ribadendo la necessità di un accertamento del contenuto effettivo dei rapporti che le parti hanno inteso in concreto instaurare, si dovrebbe generalmente riconoscere che il gestore della piattaforma, salvo dimostrazione del contrario, svolga il ruolo di mero inserzionista, nella misura in cui contribuisce alla diffusione delle informazioni che gli utenti immettono in rete per addivenire alla conclusione dell'accordo, ma non assume un ruolo attivo nella promozione delle vendite e nell'ottimizzazione della presentazione delle offerte e nella gestione dei dati immessi nella piattaforma.

In caso di transazioni *peer to peer*, inoltre, sembrerebbe improbabile che l'attività del gestore possa essere qualificata come una mediazione: il *provider*, infatti, non “mette in relazione” le parti e non ha un contatto con i singoli utenti finalizzato a prospettare l'affare e ad incoraggiare la conclusione dell'accordo, che, nel caso di specie, si conclude in modo diretto tra i contraenti in rete. Sembra quindi doversi escludere che il gestore possa ritenersi obbligato a comunicare alle parti circostanze a lui note che siano determinanti per la valutazione dell'affare, secondo quanto previsto dall'art. 1759 c.c.

Peraltro, elemento determinante per escludere la possibilità di qualificare l'attività del gestore della piattaforma come una mediazione, è rappresentata dalla circostanza che tale soluzione non terrebbe conto di quella che è l'effettiva volontà delle parti che sono attratte dalla conclusione di contratti *peer to peer* proprio in considerazione dell'assenza dell'intermediazione di un professionista.

Il ruolo generalmente assolto dalla piattaforma sembrerebbe quindi essere quello di veicolare le dichiarazioni negoziali delle parti al pari di un gestore di una linea telefonica attraverso la quale le parti comunicano. Questa impostazione sembra, invero, sminuire molto la funzione nella realtà svolta dagli ISP. Appare forse più aderente alla realtà considerare la piattaforma come una sorta di area fieristica virtuale (*e-market space*), dove ogni utente prende in locazione uno *stand* nel quale espone la propria merce e illustra le proprie condizioni

contrattuali. Analogamente a quel che si prevede nei contratti di locazione di spazi fieristici, dunque, dovrebbe escludersi che il gestore sia parte dell'accordo contrattuale o che la sua attività possa consistere nel mettere in relazione le parti tra le quali viene concluso l'affare. In tali circostanze non sembra che si possa addossare al *provider* una responsabilità per i danni che gli operatori professionali e gli utenti non professionali producono nello svolgimento della loro attività in rete.

La tendenza a negare l'esistenza di un obbligo preventivo di controllo e di filtraggio dei contenuti caricati dall'utente e a considerare, quale unico responsabile dell'illecito commesso utilizzando la piattaforma, colui che effettua l'*uploader* emerge anche con riferimento alle violazioni del diritto d'autore per utilizzazione illecita di contenuti coperti da *copyright*²⁶.

La tecnologia digitale facilita notevolmente l'accesso a contenuti fotografici, video, audio protetti dal diritto d'autore e la diffusione della pratica di utilizzarli in violazione dei diritti di privativa ha determinato il legislatore europeo ad intervenire con una direttiva dedicata al *copyright*.

Al di là del contenuto specifico della stessa, preme sottolineare che la direttiva sul *copyright* sollecita gli operatori ad adottare "misure appropriate e proporzionate per garantire la protezione" del diritto d'autore "tramite l'uso di tecnologie efficaci"²⁷.

Tralasciando la questione, già evidenziata, relativa all'opportunità di assegnare a poteri economici privati il compito di controllo sull'attività altrui, si è, dunque, in poco tempo passati dalla considerazione dell'impossibilità tecnica di controllo, all'invito ad adottare misure tecniche appropriate e proporzionate.

²⁶ In questo senso si è espressa anche la Corte giust., 24 novembre 2011, C 70/10, cit. a proposito di una controversia avente ad oggetto lo scambio di opere musicali attraverso un *software peer to peer*. È emersa, infatti, da un lato, la difficoltà di monitorare tutte le comunicazioni tra gli utenti e, dall'altro, l'illegittimità di una simile attività che realizzerebbe una violazione della *privacy* degli utenti non colpevoli di alcun illecito. Il controllo preventivo generalizzato inoltre potrebbe rappresentare una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero. Vedi in tema di violazione del diritto d'autore Corte giust., 16 marzo 2017, c. 138/16, in *Giur. it.*, 2017, p. 1615; Corte giust., 8 settembre 2016, c. 160/15, in *Giust. civ.*, 2017, p. 2133; Corte giust., 27 marzo 2014, c. 314/12, in *Giur. it.*, 2014, p. 2754; Corte giust., 13 febbraio 2014, c. 466/12, *ivi*, 2014, p. 2201; Corte giust., 21 ottobre 2014, c. 348/13, in *Annali it. dir. autore*, 2016, con nota di A. COGO. In senso conforme si sono espressi i giudici nazionali.

²⁷ Direttiva (UE) 2019/790, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=ES>.

Questo invito rivolto agli ISP si inserisce nella tendenza che si sta affermando a regolamentare l'attività in rete con il sistema dell'*accountability*, che consiste nell'incoraggiare gli stessi *providers* ad individuare dei codici di autodisciplina e ad adottare spontaneamente adeguati sistemi di controllo per scongiurare l'attività illecita in rete²⁸.

Quanto all'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti, l'evoluzione della giurisprudenza è stata nel senso di ritenere doveroso che ISP si attivi anche prima di ricevere un provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa: l'obbligo di rimuovere i contenuti illeciti, infatti, scatterebbe al momento in cui il *provider* viene comunque a conoscenza dell'illecito, quindi anche alla ricezione di una semplice diffida dell'interessato. Da questo momento sarebbe, infatti, riscontrabile una colposa responsabilità in caso di omessa rimozione del contenuto²⁹. Vi è di più: la diffida non deve contenere un'indicazione precisa dei contenuti da rimuovere. La comunicazione inviata dal danneggiato, anche se generica, fa insorgere l'obbligo dell'ISP di attivarsi per individuare i contenuti illecitamente caricati, utilizzando gli stessi strumenti di ricerca messi a disposizione degli utenti per reperirli³⁰.

Fin qui si è prospettata la possibilità di addossare all'ISP una responsabilità per fatto altrui, per omessa vigilanza o inerzia nella rimozione dei contenuti illeciti di cui sia comunque venuto a conoscenza. In una diversa prospettiva è stata poi presa in considerazione la possibilità di accertare una responsabilità diretta dell'ISP negli illeciti da contraffazione di marchi. Le piattaforme, come si è detto, possono fornire diversi servizi accessori, tra i quali sono particolarmente redditizi quelli pubblicitari.

È stata, quindi, presa in considerazione la possibilità di considerare Google direttamente responsabile per gli illeciti da contraffazione commessi da terzi mediante l'utilizzazione dei propri servizi pubblicitari. In particolare, Google fornisce un servizio di posizionamento delle parole chiave denominato *AdWords* che consente, verso il pagamento di un corrispettivo, agli inserzionisti di inviare agli utenti messaggi pubblicitari e di indiriz-

²⁸ V. *Codice di buone pratiche sulla disinformazione, un anno dopo: le piattaforme on line presentano le loro relazioni di autovalutazione*, Commissione europea, Bruxelles, 29 ottobre 2019, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019>.

²⁹ Cfr. in tema Trib. Milano, 9 settembre 2011, cit., che accerta una responsabilità per omessa rimozione di contenuti illeciti quanto meno dalla ricezione della diffida e della segnalazione dell'interessato.

³⁰ In questo senso Trib. Milano, 20 gennaio 2011, cit. Si riconosce inoltre la legittimità di provvedimenti inibitori che impongano al *provider* di bloccare l'accesso ai contenuti illeciti, anche mediante l'impiego dell'intelligenza artificiale c.d. *dynamic injunction*. In questo senso si è espressa la Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1340 ss.

zarli verso i *link* del proprio sito. Supponiamo, ma la supposizione è fondata, come si già visto, su fatti realmente accaduti, che l'utente, che effettua una ricerca utilizzando come parola chiave un marchio, venga indirizzato su un *link* di un sito che vende prodotti contraffatti. Ferma restando la responsabilità dell'utente, su cui ci siamo già soffermati, è stata prospettata alla Corte di Giustizia la possibilità di considerare che attraverso la fornitura del servizio Google avesse fatto un *uso diretto ed illecito* del marchio oggetto di contraffazione.

Tra i presupposti per l'accertamento dell'illecito da contraffazione, previsti dalla disciplina dei marchi, come è noto, si prevede, infatti, che sia stato fatto un uso commerciale del marchio e indubbiamente l'attività pubblicitaria svolta da Google può essere qualificata come un'attività commerciale. Tuttavia, secondo la Corte di Giustizia, Google, attraverso il servizio di posizionamento, si limiterebbe a consentire «ai propri clienti di usare segni identici o simili a marchi, senza fare egli stesso uso *diretto* di detti segni»³¹.

Un altro aspetto di non secondario rilievo consiste nel definire il ruolo svolto dalle piattaforme rispetto agli innumerevoli negozi che si perfezionano al loro interno. Senza entrare nel merito delle diverse controversie che sono state poste all'attenzione dei giudici, sia la Corte di Giustizia sia i giudici nazionali, sulla base del dato normativo, sono orientati a considerare la piattaforma come un luogo virtuale all'interno del quale si instaurano rapporti contrattuali di diversa natura di cui l'ISP non è parte.

Le recenti direttive 2019/770 e 2019/771 confermano la tendenza a porre generalmente i gestori delle piattaforme all'interno delle quali si perfezionano i negozi tra operatori professionali e consumatori in una posizione di neutralità³².

L'attività del gestore della piattaforma viene qualificata come una fornitura di un servizio di comunicazione in favore dell'inserzionista, il quale, ove sia chiaramente identificabile, è considerato l'unico responsabile del contenuto trasmesso tramite la piattaforma.

La funzione dell'ISP sembra quindi essere esclusivamente quella di trasmissione delle dichiarazioni negoziali delle parti. La piattaforma come una sorta di area fieristica virtuale (*e-market space*) dove ogni utente prende in locazione uno *stand* nel quale espone la propria

³¹ Corte giust., 23 marzo 2010, c.236/08, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08&language=it>.

³² Vedi considerando n. 18 della Direttiva (U E) 2019/770, cit. ove si legge che «Platform providers could be considered to be traders under this Directive if they act for purposes relating to their own business and as the direct contractual partner of the consumer for the supply of digital content or a digital service» che si riporta nella versione inglese, in considerazione della poco fedele traduzione in italiano.

merce e illustra le proprie condizioni contrattuali. Analogamente a quel che si prevede nei contratti di locazione di spazi fieristici, dunque, dovrebbe escludersi che il gestore sia parte dell'accordo contrattuale. Il *provider* è un mero fornitore del sito di commercio elettronico, facilita le transazioni che intercorrono sul sito, ma non è parte del contratto di vendita che si conclude tra l'acquirente e il venditore. Quest'ultimo dunque è l'unico responsabile della buona esecuzione del contratto e della qualità dei prodotti offerti ed è l'unico interlocutore dell'utente in caso di contestazioni.

Sembra anche improbabile che l'attività del gestore, in caso di transazioni, possa essere qualificata come una mediazione: il *provider* che gestisce la piattaforma non "mette in relazione" le parti, egli, in realtà non ha un contatto con i singoli utenti, diretto a prospettare l'affare e ad incoraggiare la conclusione dell'accordo, che, nel caso di specie si conclude in modo diretto tra i contraenti in rete. Il gestore non sarebbe quindi obbligato a comunicare alle parti circostanze a lui note che siano determinanti per la valutazione dell'affare, secondo quanto previsto dall'art. 1759 c.c. in tema di mediazione.

Peraltro, elemento determinante per escludere la possibilità di qualificare l'attività del gestore della piattaforma come una mediazione, è rappresentata dalla circostanza che tale soluzione non terrebbe conto di quella che è l'effettiva volontà delle parti: la caratteristica di questa nuova forma di scambio è costituita, infatti, proprio dalla disintermediazione: i consumatori sono attratti dalla possibilità, attraverso la rete, di concludere transazioni direttamente con il venditore senza la mediazione di altri operatori professionali.

Quindi il gestore della piattaforma può anche assumere un ruolo attivo nella promozione delle vendite, nell'ottimizzazione della presentazione delle offerte e nella gestione dei dati immessi nella piattaforma, tuttavia difficilmente verrà considerato parte del rapporto contrattuale che si perfeziona tra utente e operatore professionale.

Questo non esclude che il gestore della piattaforma possa mettere in vendita anche propri prodotti e concludere direttamente transazioni commerciali. È quel che accade nel caso di Amazon, che è nata come una piattaforma per la collocazione diretta dei propri prodotti ed oggi propone, oltre a questi, prodotti di altri rivenditori. Questa commistione tra la vendita di prodotti propri e di altri, accoppiata alla gestione di un numero considerevole di dati che consentono ad Amazon la proliferazione degli utenti in base alla loro pro-

pensione al consumo e alle loro preferenze fa, peraltro, pone Amazon in una posizione privilegiata e fa sorgere il sospetto di una concorrenza sleale rispetto agli altri rivenditori³³. La piattaforma, infatti, è in condizione di scegliere a quali prodotti riservare maggiore visibilità sul sito ed è in possesso di informazioni, che non sono alla portata degli altri rivenditori, sulla base delle quali può scegliere quali prodotti offrire e a chi.

4. Il rilievo del carattere profit o non profit dell'attività

Non sfuggono, inoltre, alla qualificazione di meri fornitori di servizi informatici anche le piattaforme di *sharing economy*³⁴, che favoriscono gli scambi *peer to peer* tra utenti non professionali e la «condivisione, ossia l'utilizzo comune di una risorsa in modo differente dalle forme tradizionali di scambio». Queste sono generalmente considerate come luoghi d'incontro virtuale tra gli utenti che stabiliscono rapporti contrattuali diretti, cui il *provider* resta estraneo.

Sta di fatto che sotto l'etichetta della *sharing economy* sono sovente accomunate fattispecie affatto diverse e il carattere lucrativo o non lucrativo dell'attività del *provider* e degli utenti che si servono dei suoi servizi non può essere indifferente ai fini della determinazione del trattamento giuridico.

Probabilmente proprio la considerazione dello scopo dell'attività svolta ha condizionato le decisioni dei giudici nelle controversie in cui è stata coinvolta *Wikipedia*. I contenuti di *Wikipedia*, che è la più grande enciclopedia *on line*, sono, infatti, creati dagli stessi utenti, che possono modificarli direttamente e accedervi gratuitamente. Queste modalità di fornitura del servizio, dunque, hanno determinato l'esclusione della responsabilità della piatta-

³³ La commistione tra l'attività di collocazione diretta dei propri prodotti e di prodotti di terzi, di fornitura di servizi accessori di logistica e la gestione del *market place* pone Amazon in condizione privilegiata. Questa situazione ha indotto l'AGCOM ad avviare una procedura di accertamento di abuso di posizione dominante. Si veda il provvedimento di avvio dell'istruttoria del 10 aprile 2019, (A 528), in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_avvio.pdf.

³⁴ Nella Comunicazione COM 2016/356, cit., parafrasando la prescrizione dedicata ai fornitori di servizi informatici, sottolinea che i requisiti di accesso al mercato, eventualmente prescritti, dagli Stati membri, nel rispetto dei principi generali che governano il mercato comune, non devono essere discriminatori e devono essere proporzionati all'obiettivo di interesse generale perseguito: «un elemento importante per valutare se un requisito è necessario, giustificato e proporzionato può essere quello di stabilire se i servizi sono offerti da professionisti o da privati a titolo occasionale».

forma per i contenuti pubblicati, fermo restando l'obbligo di tempestiva rimozione degli stessi su richiesta degli interessati³⁵.

Di fatto alcune piattaforme sono effettivamente gestite senza alcuno scopo di lucro e possono essere considerate come uno spazio che favorisce l'incontro tra soggetti che decidono di condividere beni, servizi, attività, ecc. Queste realtà possono essere configurate come espressione dell'economia della condivisione, nella quale gli utenti si scambiano risorse a fini di mutuo soccorso, senza intermediazione di denaro e in assenza di profitti. A questo modello si ispira sicuramente *Wikipedia* e anche fenomeni di dimensioni più contenute e maggiormente legate al territorio, come i gruppi di acquisto, piattaforme che si occupano di ritirare scorte invendute di alimenti, medicinali, ecc. per distribuirle ai bisognosi, che garantiscono soccorso e assistenza domiciliare, che si occupano di soccorrere e assistere animali randagi, che, più in generale, mettono a disposizione degli altri tempo e competenze, che favoriscono la diffusione di opere artistiche, che consentono lo scambio di libri, dvd, giocattoli, vestiti, le banche del tempo, ecc.³⁶.

Esistono poi realtà imprenditoriali che utilizzano piattaforme di condivisione per allocare più efficacemente beni e servizi e per trarre profitto dalla commercializzazione dei medesimi. Queste imprese rispondono ad una logica economica estrattiva, che nulla ha a che vedere con l'intento solidaristico, e sono collocabili nell'ambito di un mercato, tipico della nostra epoca, che è stato efficacemente definito come *net capitalism*, nel quale, non conta tanto la proprietà dei mezzi di produzione o dei capitali, quanto il controllo della rete che favorisce i contatti tra gli individui. In questi casi si assiste ad una sorta di mercificazione della *sharing economy*; l'idea della condivisione, l'illusione di operare al di fuori delle logiche del mercato, la conclusione dell'accordo *peer to peer*, costituiscono, in realtà, espedienti

³⁵ Cfr. Trib Roma 9 luglio 2014, cit.; Trib Grand Instance Paris 29 ottobre 2007, cit.; Trib Milano 9 settembre 2011, cit.; App. Milano 27 febbraio 2013, cit.

³⁶ È un esempio autentico di condivisione quella che viene facilitata da *Xtribe*, un'*app made in Italy*, che grazie alla localizzazione rende possibile barattare capi di abbigliamento e altri prodotti con altri utenti che si trovano nelle vicinanze. Per una descrizione efficace della diversa tipologia di attività che vengono generalmente indicate sotto l'etichetta della *sharing economy*, cfr. A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 85 ss.; T. BONINI, *C'è sharing e sharing*, in www.doppiozero.com, ove anche altri riferimenti per una ricostruzione del fenomeno sotto il profilo economico. Sulle forme organizzative che gestiscono le diverse pratiche di condivisione, cfr. G. SMORTO, *Sharing economy e modelli organizzativi*, Paper presentato in occasione del *Colloquio scientifico sull'impresa sociale*, 22-23 maggio 2015, Dipartimento PAU, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, in <https://irisnetwork.it/wp-content/uploads/2015/06/colloquio15-smorto.pdf>.

di *marketing* per attuare in modo efficace progetti imprenditoriali diretti alla realizzazione di un profitto.

Caso di mistificazione eloquente è quello di *Uber* che si è affermata come piattaforma di *sharing*, avente la funzione di mettere in comunicazione utenti bisognosi di una vettura con autista e utenti che hanno del tempo libero e un'auto propria e sono disposti a effettuare il trasporto. L'affermarsi di questi nuovi modi di fare impresa non possono ovviamente non essere avversati dalle imprese che svolgono le stesse attività o attività simili e sopportano maggiori oneri e vincoli per accedere al mercato (gli autisti di taxi nel caso di *Uber*, gli albergatori nel caso di *AirBnB*, i ristoratori nel caso degli *home restaurant*, e così via)³⁷. Si tratta, peraltro, come si legge nella Comunicazione della Commissione del 2016 intitolata *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*³⁸, di un modello imprenditoriale che crea nuove opportunità per i consumatori e per gli imprenditori e che può dare un contributo importante alla crescita e all'occupazione dell'Unione Europea, se promossa e sviluppata in modo responsabile³⁹.

Su questi temi senza dubbio gli interventi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale sono stati importanti, in quanto hanno chiarito, ad esempio, che *Uber* non fornisce

³⁷ In diversi Stati dell'U E sono sorte controversie tra *Uber* e le cooperative di autisti di taxi locali. *Uber*, infatti, pretende di essere qualificata come un'*app*, scaricabile dagli utenti sui propri dispositivi elettronici, che ha la funzione di mettere in contatto gli stessi con autisti non professionisti che con la loro auto sono occasionalmente disponibili ad effettuare il servizio di trasporto richiesto. Gli autisti di taxi sostengono che l'attività svolta da *Uber* sia equivalente a quella che realizzano le cooperative di autisti professionisti, conseguentemente, considerano ingiustificata la sottrazione della stessa ai controlli e agli oneri imposti dalla legge agli autisti professionisti. La circostanza che gli autisti *Uber* non subiscano il peso, ad esempio, degli obblighi assicurativi e fiscali determina, infatti, un'ingiustificata disparità di trattamento e realizza un atto di concorrenza sleale rispetto agli altri operatori del settore. L'assenza di controlli e di obblighi assicurativi, peraltro, rappresenta un grave pericolo per la sicurezza degli utenti. La questione è stata sottoposta anche all'attenzione dei giudici italiani. Si veda, Tribunale Torino, 22 marzo 2017, U. s.r.l. e altri c. Società C., in *Dir. ind.*, 2018, p. 16; Trib. Torino, 1 marzo 2017, Ub.It. s.r.l. e altri c. Società Cooperativa Pr.Ta. S.C. a r.l. e altri, in *Quotidiano giur.*, 2017; Trib. Milano, 9 luglio 2015, in *Corr. giur.*, 2016, p. 360; Tribunale Milano, 26 maggio 2015, Soc. coop. Taxiblu e altri c. Uber International BV e altri, in *Foro it.*, 2015, p. 2181. In tema cfr. A. DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, cit., p. 177 ss. Da ultimo è stata ideata una *app* che consente l'accesso ad un servizio di consegna collaborativo di plichi, che ha fatto insorgere le associazioni di spedizionieri professionisti in Francia. Cfr. in tema E. FALETTI, *Sharing economy: dopo gli appartamenti, si condivide anche la consegna pacchi*, in *Quot. Pluris*.

³⁸ Si tratta della Comunicazione del 2 giugno 2016 COM(2016) 356/2016, in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>, ove si legge che «l'espressione *economia collaborativa* si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati»

³⁹ In questo senso la citata Comunicazione n. 356/2016, cit., 2.

un servizio informatico, piuttosto gestisce un servizio di trasporto realizzato con autovetture con conducente, che deve essere sottoposta alla relativa disciplina di settore⁴⁰.

Di difficile collocazione sono poi quelle piattaforme che permettono uno sfruttamento efficiente di beni e risorse acquistati secondo gli schemi dell'economia tradizionale e non sfruttati a pieno. Anche in questo caso l'accordo può essere concluso *peer to peer* e la piattaforma svolge la funzione di favorire l'incontro di volontà tra i contraenti.

Questa trasformazione del mercato degli scambi di beni e servizi, da tempo all'attenzione degli economisti, è caratterizzata, da un lato, dalla già segnalata tendenza alla disintermediazione e, dall'altro, dalla possibilità – diretta conseguenza, quanto meno in parte, della contrattazione in assenza di intermediari – di procurarsi beni e servizi senza un corrispettivo in denaro o a prezzi molto più contenuti rispetto a quelli generalmente praticati nel mercato tradizionale o addirittura a costo zero.

La proprietà del bene generalmente implica la sopportazione dei relativi costi di manutenzione, di funzionamento, fiscali, ecc. La messa a disposizione ad altri di un bene non pienamente sfruttato verso un corrispettivo, consente al proprietario di contenere il sacrificio economico connesso alla titolarità del diritto dominicale. D'altro canto, l'utilizzatore del bene realizza la soddisfazione di un bisogno mediante l'accesso allo stesso per il tempo e la misura necessari a soddisfarlo e quindi senza la sopportazione degli oneri connessi alla titolarità del diritto di proprietà. Queste forme di commercio si sono velocemente diffuse negli

⁴⁰ In questo senso si è espressa anche la C. Giust., 10 aprile 2018, n. 320/16, France SAS c. Nabil Bensalem, in www.curia.europa.eu, sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunal de grande instance de Lille, che ha sentenziato che «il servizio di intermediazione denominato Uber va considerato parte integrante di un servizio complessivo di cui l'elemento principale è un servizio di trasporto, e dunque come rispondente non alla qualificazione di «servizio della società dell'informazione», ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, bensì a quella di «servizio nel settore dei trasporti», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123». In senso conforme Corte giust., 20 dicembre 2015, c. 434/15, Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems SpainSL, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1085. Sull'orientamento della Corte di giustizia in tena cfr. M.R. NUCCIO, *Il trasporto condiviso al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, p. 471 ss. Sulla questione si è pronunciata anche la Corte Cost. che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una norma dettata da una legge regionale della Regione Piemonte, diretta a riconoscere in via esclusiva ai soggetti abilitati al servizio di taxi o di auto a noleggio il di trasporto di persone con autoveicolo su chiamata verso corrispettivo economico, di fatto inibendo a Uber lo svolgimento della sua attività e, quindi, incidendo sulla libertà di iniziativa economica. I profili attinenti alla concorrenza, infatti, rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. «La competenza dello Stato riflette del resto la dimensione (quanto meno) nazionale degli interessi coinvolti, attualmente oggetto di dibattito - oltre che nelle sedi giudiziarie, presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche - anche in seno all'Unione europea, in molti degli Stati che ne fanno parte, e in numerosi altri ordinamenti in tutto il mondo». La Corte quindi auspica un intervento legislativo chiarificatore in materia. Così Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 265, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2016/0265s-16.html>.

ultimi tempi come testimoniano le numerose piattaforme che si occupano di *car sharing*, *bike sharing*, di *home sharing*, di *coworking* ecc. Altrettanto successo riscuotono le piattaforme di *crowdfunding* che hanno lo scopo di raccogliere tra il pubblico le risorse necessarie alla realizzazione dei più svariati progetti⁴¹.

In questi casi le parti perseguono un fine che sicuramente non è altruistico; esse piuttosto intendono realizzare un lucro sia pur minimo e occasionale, che sovente assume il carattere del risparmio di spesa.

L'economia della condivisione fa emergere l'esigenza di rivedere il modo di intendere i beni e conseguentemente i diritti aventi ad oggetto i medesimi. Vi è, infatti, la tendenza piuttosto radicata soprattutto nell'impostazione del nostro codice civile a considerare che il rapporto tra il soggetto e la "cosa" oggetto del diritto, debba implicare necessariamente uno *ius excludendi*: la via più efficace per soddisfare i bisogni, infatti, è stato, sino ad ora, il riconoscimento su quella cosa di un diritto di proprietà da far valere *erga omnes*. Il potere di godere e di disporre in via esclusiva del bene tende ad essere considerato lo strumento più efficace attraverso il quale la persona possa soddisfare i propri bisogni. Anche il meccanismo di risoluzione dei conflitti tra soggetti generalmente adottato dal nostro ordinamento è proprio di un sistema economico incentrato sulla proprietà⁴². L'esperienza moderna, invece, tende a individuare strumenti giuridici che consentano l'accesso all'uso del bene; l'esigenza da soddisfare è, più propriamente, quella di assicurare al soggetto la disponibilità materiale dello stesso per il tempo e nella misura sufficiente alla soddisfazione del bisogno⁴³. Oggi, proba-

⁴¹ I settori interessati da questa rivoluzione sono diversi: trasporto, turismo, editoria, formazione, informazione, ecc. Numerose sono, inoltre, le analisi svolte dagli economisti su questi temi che sottolineano che la *sharing economy* non costituisce più un fenomeno di nicchia, ma rappresenta una realtà economica imponente. Oltre ai contributi già citati (vedi nota 38) si veda anche il resoconto di G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della Sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 245 ss., ove ampi riferimenti bibliografici ai quali si rinvia. Una fotografia efficace del grado di sviluppo del fenomeno e della evoluzione attesa è contenuta nella Relazione alla proposta di legge n. 3564, cit. In materia di trasporti merita di essere menzionata anche la Proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati n. 3137 del 21 maggio 2015, *Disposizioni in materia di servizi di trasporto con conducente non di linea e di uso condiviso di veicoli privati tra più persone (car pooling)*, in www.camera.it.

⁴² In tema cfr. A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2012, p. 62 ss., il quale sottolinea che lo *ius excludendi* che sembra essere il cuore stesso indefettibilmente presente nella posizione proprietaria, in realtà dipende dalla natura del bene. Nell'indagine sui beni «più promettente appare quindi la prospettiva inversa che muova dalla prospettiva delle ontologie dei beni e da essa prosegua all'analisi dei correlati interessi dei soggetti» (p. 67).

⁴³ In una diversa prospettiva la nozione di bene deve includere la nozione di risorsa, che risente di un'impostazione economica, ma che veicola in sé quello di utilità; «ma mentre quest'ultima presuppone la sua direzione verso il soggetto che la percepisce, la parola risorsa appare rivolta a ciò che la origina». Così, A.

bilmente anche a causa degli oneri connessi al diritto di proprietà, si registra un interesse maggiore per quei rapporti in grado di procurare la soddisfazione dei bisogni, spesso contingenti, senza l'acquisizione di diritti reali sul bene. In definitiva, perché acquistare una vetture e sopportare i costi relativi se si può utilizzarla solo quando occorre? Lo stesso si dica per la casa vacanze, per la postazione di lavoro, per i libri, i giochi, ecc.

In passato la ricchezza si misurava essenzialmente in base alla quantità di beni di cui un soggetto era proprietario; oggi, soprattutto a causa del peso fiscale imposto, viene valorizzata la capacità di procurarsi i beni utili alla soddisfazione dei bisogni senza esserne proprietari: ricco è colui che dispone della capacità di accesso alle risorse non chi ne è il proprietario⁴⁴.

L'opportunità della condivisione e l'accesso temporaneo ai beni valorizza la capacità degli stessi di produrre utilità, il godimento dinamico e funzionale e lo sfruttamento efficiente delle risorse che il bene è in grado di produrre. Questo diverso approccio determina uno spostamento dell'attenzione dal valore di scambio dei beni al valore d'uso dei medesimi⁴⁵.

Tuttavia, non può sfuggire che alle origini della filiera che genera il godimento temporaneo da parte dell'utente c'è sempre un proprietario che mette a disposizione il proprio

GAMBARO, *I beni*, cit., p. 76 ss: «le persone sono interessate alle utilità dei beni, ed anche in una prospettiva fiscalista si dovrebbe tener conto del dato di fatto per cui alle persone interessano le risorse generate dalle cose non le cose in sé, sicché si dovrebbe pur sempre osservare come il modello semplicistico che contempla una persona una cosa nello stesso istante di tempo (...) non può ambire a porsi come modello universale e meno che mai a modello standard atto a costituire il terreno di incontro tra diverse tradizioni di ricerca» (p. 86). Sulla labilità del confine tra beni e servizi cfr. A. QUARTA, *La dicotomia bene servizio alla prova del supporto digitale*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1013 ss. Il confine è sfumato in quanto è la piattaforma che gestisce il servizio che consente l'accesso al supporto digitale, quindi l'uso del bene sempre mediato.

⁴⁴ Vi è da dire che per condividere beni e servizi attraverso piattaforme digitali occorre avere accesso a internet. Sul punto vedi S. RODOTÀ, *Il mondo della rete*, cit., p.6 ss.; P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e diritto all'esperienza meta strutturale*, cit., p. 15 ss. Nel senso che il popolo della *sharing economy* rappresenti una minoranza istruita urbana cfr. A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 88. Sollecita a riflettere l'analisi del tema della gratuità compiuta da G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in www.accademia.edu, p. 34 ss., il quale pone in evidenza come la logica del dono sia stata storicamente ed in determinati contesti sollecitata dall'intento del donante di manifestare il proprio prestigio cui poteva corrispondere l'umiliazione del donatario. L'economia del dono, quindi, è per certi aspetti «un'economia asimmetrica e diseguale».

⁴⁵ In realtà, «nelle piattaforme in cui lo scambio cooperativo non avviene a titolo gratuito, il bene rileva per il suo valore di scambio non per il suo valore d'uso». Così, A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 88.

bene e che ne riceve un'utilità indiretta. Senza la proprietà dominicale, intesa in senso classico, quindi, non vi sarebbe alcuna condivisione⁴⁶.

L'economia basata sulla condivisione di beni e servizi rappresenta, peraltro, un nuovo modello culturale, oltre che un fenomeno economico. La ragione del dilagare di questo tipo di scambi è da ricercare, infatti, solo in parte nel perdurare della situazione di crisi economica, che induce ad una maggiore attenzione ai costi da sopportare per procurarsi la soddisfazione dei bisogni. Per altro verso, si deve prendere atto che esiste oggi un'accentuata propensione al consumo consapevole ed all'utilizzazione efficiente delle risorse, che consenta di gravare in maniera più misurata, non solo sul patrimonio individuale, bensì anche sul patrimonio comune dell'umanità. Inoltre, è un dato di fatto che le nuove tecnologie permettono di azzerare i tempi e i costi di comunicazione tra gli individui per cui è più agevole il contatto tra persone che intendono scambiare *peer to peer* beni, servizi, competenze, informazioni, spazi, ecc.

L'economia della condivisione, caratterizzata dallo scambio tra privati a fine solidaristico, infatti, esiste da sempre e non costituisce una novità; l'usanza di regalare o barattare beni in buono stato non più utilizzati, di condividere risorse e ripartire i costi per la realizzazione di un certo fine è antica. Lo stesso accadeva in riferimento al tempo ed alle competenze che potevano essere gratuitamente dedicati ad altri soggetti rientranti nel proprio gruppo sociale. Nell'era di internet i rapporti tra gli individui si instaurano su basi diverse,

⁴⁶ La risorsa in questo caso corrisponde alla prestazione dovuta e il conseguimento dell'utilità dipende dall'esecuzione della stessa da parte del debitore; l'ordinamento predispone i mezzi per limitare il libero arbitrio del debitore e assicurare il conseguimento dell'utilità al suo legittimo titolare. Invece la stabilità riferita alla situazione di appartenenza è «pari a quella dell'ordinamento giuridico che ha effettuato il riconoscimento moltiplicata per quella riferita alla natura specifica del bene concretamente in questione». Così, A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 106. In realtà la *sharing economy* non sta «in alcun modo inaugurando una fase di abbandono della proprietà». Così, A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 88. Ben altra portata ha l'affermarsi di una nozione di bene rivista alla luce delle considerazioni che precedono con riferimento alla proprietà pubblica; in questo caso, infatti, una maggiore attenzione verso le risorse che il bene è in grado di produrre dovrebbe indurre a garantire un adeguato accesso alle medesime da parte della collettività e la condanna degli sprechi e del sottoutilizzo. Probabilmente, l'affermazione dell'economia della condivisione dovrebbe essere considerata una opportunità per assicurare una gestione più efficiente del patrimonio pubblico. Il progetto di legge più volte menzionato non ignora questa possibilità, anzi espressamente prevede che il gestore della piattaforma possa essere un soggetto pubblico e dedica una certa attenzione alla promozione dello sfruttamento di risorse pubbliche parzialmente utilizzate, indicando le strutture della *sharing economy* come uno strumento per conseguire una maggiore efficienza ed evitare sprechi. Sull'importanza della regolamentazione pubblica per l'incentivazione di forme di cooperazione capaci di ricomporre frammentazioni sociali, cfr. A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 95.

ma non è diverso il sentimento di fiducia, l'affidamento o di slancio di generosità, il bisogno di risparmio che spinge i soggetti allo scambio condiviso⁴⁷.

L'esistenza di realtà tanto variegata, tuttavia, fa emergere il pericolo di riservare un trattamento giuridico identico a realtà che sono affatto diverse. Emerge, ad esempio, l'esigenza di individuare criteri adeguati per distinguere il risparmio di costi dal guadagno. Non è priva di rilievo la circostanza che l'attività svolta, attraverso l'uso della piattaforma, abbia carattere non occasionale e costituisca la principale fonte di reddito dell'utente. In questo caso non vi è ragione per non sottoporre quest'ultimo al medesimo trattamento degli altri operatori professionali del settore, i quali, in caso contrario, potrebbero legittimamente dolersi della disparità di trattamento.

La circostanza che la materia sia all'attenzione del legislatore sovranazionale e di quelli nazionali è sicuramente da considerare positivamente; deve, infatti, essere fermamente avversata l'idea che il "nuovo mercato" rappresentato dalle piattaforme virtuali all'interno delle quali si perfezionano gli scambi sia in grado di autoregolamentarsi e di sviluppare al suo interno dei sistemi affidabili di autocontrollo.

Nella Comunicazione della Commissione Europea del 2016⁴⁸, tra l'altro, viene posto l'accento sull'importanza della qualificazione del corrispettivo del servizio come una retribuzione oppure come un mero rimborso di costi. La natura del corrispettivo, infatti, dovrebbe costituire uno degli elementi in base al quale stabilire se si tratta di uno scambio *business to peer* piuttosto che *peer to peer*. È considerata accettabile la soluzione adottata da alcuni Stati membri di individuare delle soglie di reddito prodotto oltre le quali appare ragionevole ritenere che esso non derivi da un'attività occasionale ma da un'attività svolta con una certa regolarità. In quest'ultimo caso «un *pari* diventa un prestatore di servizi professionali».

Ancor prima dell'emanazione della comunicazione della Commissione in Italia è stata elaborata una proposta di legge sull'economia collaborativa presentata alla Camera dei De-

⁴⁷ La fiducia in rete non si fonda sulla base della conoscenza personale della controparte ma sulla reputazione di cui l'utente gode all'interno della comunità della piattaforma. Di qui l'esigenza di assicurare che le informazioni relative alle *performance* degli utenti che circolano in rete siano veritiere e di perseguire la diffusione illegittima di notizie lesive della reputazione delle persone. In tema cfr. G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della Sharing economy*, cit., p. 266.

⁴⁸ Comunicazione COM(2016) 356/2016, cit., ove si legge che «l'espressione *economia collaborativa* si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati»

putati dall'Intergruppo Parlamentare per l'Innovazione Tecnologica e denominata ambiziosamente dai promotori *Sharing Economy Act*⁴⁹.

È tempo che questa realtà venga posta all'attenzione dei giuristi che non possono esimersi dal riflettere su come la rivoluzione in atto nel mercato sia in grado di incidere sul modo di intendere i beni, i diritti che hanno ad oggetto i medesimi e sulla natura giuridica dei rapporti contrattuali che in tale contesto si instaurano⁵⁰. Cómputo del giurista è, infatti, quello di individuare le regole da applicare ai rapporti adattando il dato normativo all'evoluzione dei medesimi. La soluzione di intervenire con un'innovazione dell'ordinamento ogni qual volta si verifichi una modificazione sociale di tale portata da rendere difficoltosa l'individuazione della regola da applicare costituisce ovviamente la via più facile e diretta. Tuttavia, gli interventi innovatori dell'ordinamento, per quanto tempestivi, non possono essere al passo con il processo evolutivo che coinvolge le relazioni sociali e che costituisce un flusso vivace ed inesorabile.

Resta quindi imprescindibile il cómputo dell'interprete di analizzare le problematiche connesse ai rapporti che si instaurano nell'ambito della *sharing economy* e di individuare la di-

⁴⁹ Si tratta della proposta di legge n. 3564 del 27 gennaio 2016, cit. Dal progetto di legge presentato alla Camera dei Deputati emerge una certa tendenza a confondere e sovrapporre realtà che perseguono lo scambio solidale con quelle che promuovono lo scambio a fini egoistici. Oggetto della disciplina proposta, infatti, è sostanzialmente l'attività di scambio a fini di lucro di risorse tra utenti non professionali nell'ambito di piattaforme che assicurano l'allocatione ottimizzata delle stesse, tuttavia i promotori di questo progetto cedono alla tentazione di ammantare il fenomeno di un alone di purezza richiamando nella indicazione delle Finalità nell'art. 1 «la promozione dell'economia della condivisione per favorire: forme di consumo consapevole; la razionalizzazione delle risorse e l'incremento dell'efficienza e della disponibilità di beni, servizi e infrastrutture anche della pubblica amministrazione; il contrasto degli sprechi e la riduzione dei costi, la partecipazione attiva dei cittadini alla costruzione di comunità resilienti in cui si sviluppano relazioni che abbiano come obiettivo l'interesse generale comune o la cura dei beni comuni, nuove opportunità di crescita occupazionale e imprenditorialità basate su un modello di sviluppo economico, ambientale e sociale sostenibile». Nel prosieguo dell'articolo poi sembra che molti dei propositi enunciati si perdano e la scelta si concretizzi definitivamente nella individuazione di una disciplina che abbia ad oggetto lo scambio *peer to peer* di beni e servizi a scopo di lucro: attenzione particolare, infatti, è riservata alla tassazione del profitto generato dalle transazioni realizzate attraverso le piattaforme digitali mentre le disposizioni dedicate alla condivisione a fini solidaristici hanno carattere essenzialmente programmatico.

⁵⁰ Sottolinea come la discussione sulla *sharing economy* stia acquistando maggiore spessore, in quanto non coinvolge più solo i giudici e le autorità locali, ma impegna le grandi istituzioni nazionali e sovranazionali, G. SMORTO, *Verso una disciplina della sharing economy*, cit., p. 247. L'attenzione verso queste nuove forme di scambio è viva in Europa; si veda, infatti, il Parere del Comitato Europeo delle Regioni su *La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione*, del 3, 4 dicembre 2015; lo studio presentato dalla Commissione Europea su *Consumer Intelligence Series: The Sharing Economy*, 2015, entrambi citati nella Relazione di accompagnamento al progetto di legge italiano e reperibili in www.pwc.com; si veda, inoltre, il Parere del Comitato economico e sociale europeo su *Il consumo collaborativo o partecipativo: un modello di sviluppo sostenibile per il XXI secolo*, 21 gennaio 2014, in <http://eur-lex.europa.eu>.

sciplina applicabile per la soluzione del caso concreto servendosi degli strumenti normativi già esistenti senza attendere gli interventi innovatori dell'ordinamento, preannunciati a diversi livelli.

Un'indagine di questo tipo, peraltro, deve necessariamente partire dalla definizione dei tratti distintivi dell'economia della condivisione che, invero, vengono sovente descritti in modo abbastanza vago, determinando l'individuazione più che di una categoria di rapporti, di un contenitore destinato ad accogliere fattispecie molto diverse.

Nella relazione alla proposta di legge elaborata dall'Intergruppo Parlamentare gli elementi comuni alle diverse esperienze oggi presenti nel panorama mondiale vengono indicati nella «condivisione, ossia l'utilizzo comune di una risorsa in modo differente dalle forme tradizionali di scambio», nell'instaurazione di una relazione *peer to peer* e nella presenza di una piattaforma digitale⁵¹.

Non viene, invece, dai proponenti preso in considerazione il carattere *profit* o *non profit* dell'attività svolta, che pure dovrebbe costituire un elemento di non secondario rilievo. Non è irrilevante considerare che l'attività svolta dal gestore delle piattaforme *on line* possa avere o meno finalità lucrativa e che lo stesso scambio tra gli utenti possa avvenire a titolo oneroso o gratuito. Tali elementi, infatti, non dovrebbero essere indifferenti per il legislatore che ambisce a introdurre una regolamentazione in materia.

Le piattaforme che favoriscono scambi solidali generano profitti per la collettività e rappresentano, in alcuni casi, anche un surrogato di *welfare* in un'epoca in cui si tende sempre più a ridurre la spesa pubblica dedicata a scopi assistenziali⁵². Si tratta di realtà che meritano una specifica attenzione e sicuramente non possono essere confuse con altre iniziative, ispirate a scopi diversi.

⁵¹ Relazione di accompagnamento al progetto di legge italiano, cit.

⁵² Sul punto cfr. G. RESTA, *Gratuità e solidarietà*, cit., p.31, il quale sottolinea come «la logica del dono si sarebbe generalizzata e, per così dire, istituzionalizzata attraverso l'intervento dello stato sociale». In questa fase storica in cui assistiamo ad un progressivo contenimento della spesa sociale in regressione si spiega la rivitalizzazione dei meccanismi di solidarietà non istituzionalizzati.

Sotto diverso profilo, non è da trascurare la considerazione che queste attività favoriscono le occasioni d'incontro e di socializzazione e rappresentano quindi un arricchimento della persona umana⁵³.

«L'attenzione per i diritti è essenziale per stabilire quale debba essere il destino della rete (...) spazio planetario dove la logica del mercato sovrasta tutte le altre, con una sua progressiva trasformazione in luogo esclusivo dello scambio economico, in un infinito supermercato dove la logica del dono e del lavoro liberato cede anch'essa a nuove e insidiose forme di sfruttamento?», oppure spazio che «offre opportunità significative e concrete per la libera costruzione della personalità e per un'altra visione dei legami sociali»⁵⁴.

In tale contesto la questione della qualificazione dell'attività svolta dai gestori delle piattaforme, ossia da quelli che vengono considerati i capitalisti della nostra era, e del regime giuridico al quale sottoporre la stessa appare di carattere prioritario. È evidente che queste imprese hanno poco o nulla in comune con l'economia della condivisione di impronta solidaristica e la circostanza che le transazioni si concludano attraverso piattaforme *on line* non può giustificare l'assimilazione di realtà tanto diverse. Mantenere del tutto distinte queste realtà è essenziale se si vuole evitare che certe imprese possano, millantando un intento solidaristico in realtà del tutto assente, sottrarsi agli obblighi generalmente gravanti sulle imprese concorrenti⁵⁵.

La definizione del ruolo assolto dai c.d. abilitatori non può prescindere da un'indagine sulle diverse attività che grazie ai servizi informatici forniti si realizzano all'interno della rete. Appare, infatti, fondamentale una ricostruzione della tipologia di rapporti contrattuali che si instaurano tra i diversi soggetti a diverso titolo coinvolti, nella con-

⁵³ Indubbiamente la rete rappresenta una grande opportunità, ma è necessario stabilire quale sarà il suo destino. Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo della rete*, cit., p. 54 ss., il quale sottolinea che «l'attenzione per i diritti è essenziale per stabilire quale debba essere il destino della rete (...) spazio planetario dove la logica del mercato sovrasta tutte le altre, con una sua progressiva trasformazione in luogo esclusivo dello scambio economico, in un infinito supermercato dove la logica del dono e del lavoro liberato cede anch'essa a nuove e insidiose forme di sfruttamento?», oppure spazio che «offre opportunità significative e concrete per la libera costruzione della personalità e per un'altra visione dei legami sociali».

⁵⁴ Così S. RODOTÀ, *Il mondo della rete*, cit., p. 54 ss.

⁵⁵ In questi casi «si tratta di servizi commerciali a cui può essere applicata la “vecchia” regolazione: essi usano la condivisione in una sorta di *share washing* al fine di vendere di più». Così, A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., p. 93 ss., la quale sottolinea altresì che questo nuovo modo di fare impresa viene, con un efficace neologismo, definito *uberification* in quanto si ispira al modello tipico di *Uber*, il quale peraltro implica un trasferimento del rischio imprenditoriale sui lavoratori.

sapevolezza che sovente questa prospettiva consente di fare chiarezza anche in ordine a problematiche di più ampia portata come quelle che questa nuova realtà involge.

5. *Le piattaforme market space*

Oggi internet mette a disposizione delle imprese un'immensa rete di distribuzione e diverse opportunità per sfruttarla. Gli operatori professionali possono collocare direttamente i propri prodotti e servizi nel mercato attraverso la vendita diretta *on line* oppure possono utilizzare i servizi offerti da *providers* che gestiscono piattaforme di vendita.

Il commercio elettronico è disciplinato dal d.lgs. n. 70 del 2003 che ha attuato, senza grandi cambiamenti, la direttiva n. 2000/31 CE, improntata alla libertà di circolazione delle merci⁵⁶. Gli operatori sono liberi di vendere i propri prodotti attraverso i propri siti nel rispetto della normativa specificamente dedicata al commercio elettronico.

Il perfezionamento dell'accordo e anche la specifica approvazione per iscritto delle clausole abusive, ove richiesta, possono avvenire tramite un *click*⁵⁷. Sull'operatore professionale gravano specifici obblighi informativi. Il sito deve essere organizzato in modo che siano facilmente reperibili le informazioni relative all'identità dell'operatore professionale con cui si conclude l'accordo. Specifici obblighi riguardano inoltre le comunicazioni commerciali trasmesse attraverso la rete e la conclusione del contratto. L'utente deve essere reso edotto circa le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto, le modalità di archiviazione, di accesso successivo ai dati e di correzione degli eventuali errori di inserimento prima dell'inoltro dell'ordine. Devono essere accessibili gli eventuali codici di condotta cui aderisce il promotore ed indicati eventuali strumenti di composizione delle controversie.

⁵⁶ Sullo sviluppo del commercio elettronico all'interno dell'Unione Europea vedi Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Final report on the E-commerce Sector Inquiry, COM(2017) 229 final, in http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html.

⁵⁷ Art. 12 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70. Sulla conclusione dell'accordo telematico la letteratura è sconfinata cfr. per tutti G. PERLINGIERI F. LAZZARELLI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 281 ss.; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, MILANO, 1997, p. 33 ss.; R. BORUSSO-G. CIACCI, *Diritto civile e informatica*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, vol. X, 3, Napoli, 2004, p. 196 ss.; F. DELFINI, *I contratti telematici dei consumatori*, in *Tratt. dei contratti Rescigno*, vol. 3. tomo I, Torino, 2005, p. 853 ss.; R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2553; E. TOSI, *Il contratto virtuale con i consumatori*, in *Studium iuris*, 2014, p. 150 ss. Nel senso che il *click* non possa sostituire la specifica approvazione per iscritto prevista per le clausole vessatorie, Trib. Catanzaro 30 aprile 2012, in *Contratti*, 2013, p. 41 ss. con nota di V. PANDOLFINI.

Inoltre i contratti di vendita di beni e servizi tra professionisti e consumatori sono ovviamente assoggettati alla disciplina consumeristica, emanata in attuazione della legislazione comunitaria e, attualmente, contenuta nel codice del consumo⁵⁸.

Gli obblighi di informazione hanno, tra l'altro, ad oggetto il contenuto del contratto, le caratteristiche del bene o del servizio, le condizioni generali, le modalità di esecuzione della prestazione, la facoltà di recesso, le modalità di restituzione del bene e gli eventuali strumenti di composizione delle controversie. Le informazioni devono essere chiare e precise, non esorbitanti, facilmente comprensibili, scaricabili e memorizzabili da parte del consumatore.

Questi obblighi, peraltro, gravano, non solo sul venditore, bensì anche sul *provider* che gestisce la piattaforma *market place*, ove si accerti che questi non si limiti alla mera fornitura di un servizio informatico. In particolare, l'AGCOM ritiene che Amazon svolga un ruolo attivo nel perfezionamento delle vendite, in quanto organizza i dati dei venditori, riceve dagli stessi una percentuale, predispone le modalità di vendita, si occupa talvolta della spedizione dei beni e della gestione del recesso, riscuote i pagamenti, monitora le *performances* dei venditori, filtra i contatti venditori-consumatori, fornisce un'assistenza diretta ad ottimizzare o a promuovere talune offerte in vendita, ecc⁵⁹.

Nel 2019, nell'intento di compiere un ulteriore passo verso l'armonizzazione della disciplina della vendita di beni di consumo è stata emanata la direttiva 771/2019 UE relativa ad alcuni aspetti dei contratti di vendita di beni⁶⁰. Questa direttiva ha ad oggetto tutte le vendite di beni, indipendentemente dal fatto che avvengano fisicamente in punti vendita

⁵⁸ D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

⁵⁹ Con Provvedimento 9 marzo 2016, n. 25911 (in *Dir. ind.*, 2017, p. 249 ss.) l'AGCM ha quindi ritenuto che «il regime informativo fornito da Amazon, sia nel caso di vendita diretta che in caso di piattaforma *marketplace*, non è conforme all'art. 51, comma 2, cod. cons. L'iter di acquisto sulla piattaforma *marketplace*, infatti, che nel caso di vendita diretta, AUE fornisce in modo non immediatamente percepibile le informazioni sul diritto di recesso, sull'esistenza e sulle condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali e sul promemoria sull'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni. Tali informazioni, oltre ad essere rilevanti secondo quanto disposto dall'art. 49, comma 1, c. cons., devono altresì essere fornite al consumatore in modo chiaro e facilmente accessibile nell'immediata prossimità della conferma necessaria per l'inoltro dell'ordine, ai sensi dell'art. 51, comma 2, cod. cons.».

⁶⁰ Questa direttiva modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE. Contestualmente è stata emanata la direttiva 770/2019 UE relativa ai contratti di fornitura di servizi digitali.

tradizionali, *on line* o a distanza⁶¹. La circostanza che non si avverta più l'esigenza di dedicare una disciplina specifica alle vendite che si concludono in rete è sintomatica della diffusione di questo tipo di transazioni che sono oramai del tutto parificate a quelle che utilizzano canali di distribuzione tradizionali.

La disciplina dei beni di consumo prevede inoltre, a tutela dell'acquirente una garanzia per difetto di conformità del bene consegnato rispetto a quello promesso. La disciplina prevista dalla nostra normativa nazionale in attuazione della direttiva del 1999/44 UE e contenuta oggi nel codice del consumo prevede che, in caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene, mediante riparazione o sostituzione. Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro. Qualora questi rimedi non fossero attuabili l'acquirente può pretendere una riduzione adeguata del prezzo o la risoluzione del contratto (art. 130 cod. cons.)⁶².

In tema di garanzia, peraltro, gli Stati membri non hanno emanato una disciplina pienamente conforme, pertanto, il consumatore europeo non può accedere a un'identica tutela all'interno del mercato unico. Ed è questo che ha indotto la Commissione a intervenire per realizzare una piena armonizzazione⁶³. Per evitare disparità di trattamento la direttiva

⁶¹ Inizialmente il progetto comunitario era molto più ambizioso e consisteva nell'emanazione di una disciplina uniforme del contratto di vendita e la realizzazione di una codificazione europea del diritto civile. Il progetto, che, peraltro, si proponeva di individuare una disciplina che le parti avrebbero potuto adottare volontariamente, non ha incontrato il favore di tutti gli Stati membri e non ha avuto seguito. La Commissione non ha invece desistito dall'intento di superare le diversità tra le discipline degli Stati membri in tema di vendita di beni di consumo e di realizzare una più accentuata armonizzazione in questa materia. In tema cfr. G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 825 ss.; F. BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 953 ss.

⁶² La Cassazione, peraltro, ritiene, in ogni caso, che il consumatore abbia anche diritto al risarcimento dei danni cagionati dall'inadempimento, sebbene tale rimedio non sia annoverato dall'art. 130 cod. cons. «il diritto al risarcimento del danno rientra, infatti, fra i "diritti" attribuiti al consumatore da "altre norme dell'ordinamento giuridico" italiano» Così da ultimo Cass. 20 gennaio 2020, n. 1082, in *Quot. Pluris*, 2020.

⁶³ Si legge nel considerando (6) della direttiva 771/2019 che «elementi contrattuali essenziali, quali i criteri di conformità, i rimedi a difetti di conformità al contratto e le principali modalità per il loro esercizio, sono attualmente oggetto dell'armonizzazione minima». E ancora nel considerando (10) che «è opportuno armonizzare pienamente le norme concernenti i requisiti di conformità, i rimedi a disposizione del consumatore per non conformità del bene al contratto e le principali modalità per il loro esercizio, e aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla direttiva 1999/44/CE. Norme pienamente armonizzate su taluni aspetti essenziali del diritto contrattuale dei consumatori dovrebbero rendere più facile per le imprese, soprattutto le

771/2019 UE prevede un elevato livello di armonizzazione, prescrivendo che «Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso» (art. 4).

I requisiti di conformità dei beni hanno carattere soggettivo e oggettivo. Per quanto riguarda il primo aspetto, agli obblighi che il venditore ha contrattualmente assunto con riferimento alle caratteristiche del bene. Il bene compravenduto deve corrispondere alla descrizione, al tipo, alla quantità e alla qualità, e deve possedere la funzionalità, la compatibilità, l'interoperabilità e le altre caratteristiche previste dal contratto di vendita. Ove il consumatore abbia espressamente richiesto al venditore un bene idoneo ad essere impiegato per utilizzazioni speciali e il venditore abbia accettato di fornirlo, l'inidoneità dello stesso all'uso indicato lo rende non conforme. Il bene deve essere fornito assieme a tutti gli accessori, alle istruzioni d'uso e relative all'installazione, previsti dal contratto di vendita. Il venditore, inoltre, deve fornire gli aggiornamenti eventualmente previsti dal contratto di vendita⁶⁴.

In ogni caso, il bene deve essere idoneo agli scopi per i quali sono normalmente impiegati beni dello stesso tipo⁶⁵, possedere la qualità e corrispondere alla descrizione del campione o modello che il venditore ha mostrato al consumatore prima della conclusione del contratto. Il prodotto deve essere consegnato assieme agli accessori, compresi l'imballaggio, le istruzioni per l'installazione o le altre istruzioni, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere; esso, inoltre, deve possedere le qualità e le caratteristiche – anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza – che sono normali per un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene, dei messaggi pubblicitari, dell'etichetta e delle dichiara-

PMI, offrire i loro prodotti in altri Stati membri. I consumatori beneficerebbero di un livello elevato di protezione e di miglioramenti in termini di benessere grazie alla piena armonizzazione delle norme essenziali.

⁶⁴ art. 6 direttiva 771/2019 EU, cit.

⁶⁵ Nella valutazione dell'idoneità all'uso si può tenere conto «dell'eventuale diritto dell'Unione e nazionale, delle norme tecniche o, in mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta dell'industria applicabili allo specifico settore» (art. 7 lett. a direttiva 771/2019, cit.).

zioni pubbliche fatte dal venditore, da suoi incaricati o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore⁶⁶.

Il venditore, tuttavia, non risponde dell'assenza di conformità ai requisiti pubblicamente dichiarati se dimostra che non era a conoscenza e non poteva ragionevolmente conoscere la dichiarazione, se questa è stata prontamente corretta, comunque prima della conclusione del contratto e con modalità equivalenti a quelle utilizzate per la diffusione della prima dichiarazione non veritiera. Il venditore inoltre non è tenuto a garantire la conformità se, in ogni caso, l'acquisto non avrebbe potuto essere influenzato dalla dichiarazione pubblica.

Infine la garanzia non opera se il venditore, al momento della conclusione del contratto ha specificamente informato il consumatore del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità e questi, ciò nonostante, ha espressamente accettato di acquistare il bene⁶⁷.

La mancanza di conformità, in determinate condizioni, può anche derivare da un difetto d'installazione del bene⁶⁸.

Quanto ai rimedi, l'art. 13 della direttiva 771/2019 UE prevede il ripristino della conformità del bene, la riduzione proporzionale del prezzo, o la risoluzione del contratto.

La risoluzione, conformemente alla soluzione già adottata dal nostro ordinamento, è azionabile solo dopo l'esperimento dei rimedi ripristinatori ove praticabili⁶⁹.

⁶⁶ Art. 7 lett. b, c, d della direttiva 771/2019 EU, cit.

⁶⁷ Una disciplina particolare è poi dettata con riferimento ai beni con elementi digitali nei commi successivi del medesimo articolo 7 direttiva 771/2019 UE.

⁶⁸ In particolare l'art. 8 della direttiva 771/2019 UE, cit. prende in considerazione l'eventualità che l'installazione faccia parte del contratto di vendita ed è stata eseguita dal venditore o sotto la sua responsabilità; oppure se sia stata effettuata dal consumatore, ma gli errori dipendono da carenze nelle istruzioni di installazione fornite dal venditore o, per i beni con elementi digitali, fornite dal venditore o dal fornitore.

⁶⁹ Più precisamente la Direttiva del 1999 prevedeva che il consumatore potesse chiedere prima la riparazione o la sostituzione del bene, e solo successivamente, la risoluzione e il risarcimento del danno. Tuttavia alcuni Stati membri, tra i quali l'Italia, hanno adottato questa soluzione, mentre altri hanno riconosciuto al consumatore la libertà di scegliere tra riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto senza prevedere una gerarchia tra i rimedi. Inoltre in Italia vi è stato un acceso dibattito sul rapporto tra i rimedi indicati dalla legislazione speciale e quelli previsti nel c.c. con riferimento alla vendita tema cfr. G. DE CRISTOFARO, *Vendita VIII) Vendita di beni di consumo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 2003, p. 5 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, a cura di G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, Torino, 2018, p. 61 ss.; R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e le sue impasse*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 743 ss.; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di*

Ai fini del ripristino della conformità del bene, il consumatore può scegliere tra riparazione⁷⁰ e sostituzione, purché il rimedio prescelto non sia impossibile o comporti per il venditore la sopportazione di costi sproporzionati⁷¹; in questo caso il venditore può rifiutarsi di rendere conformi i beni (art. 13 direttiva 771/2019).

Il consumatore ha diritto a una riduzione del prezzo proporzionale alla diminuzione del valore del bene⁷² oppure alla risoluzione del contratto di vendita, ove il venditore non abbia effettuato la riparazione o la sostituzione, oppure non l'abbia eseguite in conformità alle prescrizioni della stessa direttiva; se, nonostante il tentativo di ripristinare la conformità, il difetto permane; se il difetto di conformità è talmente grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto di vendita; se il venditore ha dichiarato, o ha fatto inequivocabilmente intendere che non procederà al ripristino della conformità del bene entro un periodo ragionevole, o senza notevoli inconvenienti per il consumatore.

D'altro canto il consumatore non ha il diritto di risolvere il contratto se il difetto di conformità è solo di lieve entità. L'onere della prova della lieve entità del difetto lamentato dal consumatore è a carico del venditore.

Al consumatore si riconosce un diritto di ritenzione del prezzo o della parte di prezzo non ancora versata fino a quando il venditore non abbia adempiuto ai suoi obblighi.

Gli Stati membri, nella disciplina di attuazione possono prevedere le condizioni e le modalità per l'esercizio del diritto di rifiutare il pagamento da parte del consumatore e disciplinare le conseguenze connesse al concorso del consumatore al verificarsi del difetto di conformità.

consumo, ivi, 2004, p. 1029 ss.; E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2005, p. 2 ss.

⁷⁰ La riparazione o la sostituzione sono effettuate senza spese per il consumatore; entro un periodo di tempo ragionevole dal momento in cui il venditore è stato informato; senza notevoli inconvenienti per il consumatore, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore ha voluto il bene. Il consumatore deve cooperare con il venditore per la realizzazione degli interventi necessari. L'obbligo di riparare o sostituire il bene comprende la rimozione del bene non conforme, e l'installazione del bene sostitutivo o riparato, oppure l'accollo delle relative spese di tale rimozione o installazione. Il consumatore non è tenuto a pagare per il normale uso del bene sostituito nel periodo precedente la sostituzione (art. 14 direttiva 771/2019 UE, cit.).

⁷¹ In particolare, la scelta tra i due rimedi alternativi può essere condizionata dalla considerazione del valore che il bene avrebbe in assenza del difetto di conformità, dell'entità del difetto di conformità e della possibilità di esperire il rimedio alternativo senza notevoli inconvenienti per il consumatore (art. 13 comma 2 direttiva 771/2019 UE, cit.).

⁷² Art. 15 direttiva 771/2019 UE, cit.

Il consumatore, può in ogni caso, sussistendone i presupposti, risolvere il contratto inviando una dichiarazione al venditore. La dichiarazione dell'intenzione di risolvere la vendita può riguardare anche solo alcuni dei beni consegnati, qualora non si possa ragionevolmente presumere che il consumatore abbia interesse a tenere gli altri beni conformi.

Il consumatore è tenuto, quindi alla restituzione al venditore dei beni consegnati. Il venditore sopporta le spese di restituzione ed è obbligato a restituire il prezzo. La definizione delle modalità di restituzione e rimborso è affidata agli Stati membri (art. 16 direttiva 771/2019 UE).

Qualora le dichiarazioni di garanzia e i messaggi pubblicitari resi al momento della conclusione del contratto includano ulteriori garanzie commerciali, come la garanzia di buon funzionamento entro un certo periodo, il venditore è vincolato alle condizioni proposte (art. 17 direttiva 771/2019 UE).

Il difetto di conformità può essere fatto valere entro due anni dalla consegna del bene; gli Stati membri possono stabilire termini di prescrizione più lunghi (art. 10 771/2019 UE).

Le piattaforme rappresentano oggi lo strumento più efficace di distribuzione di beni e servizi e, in ragione delle mutazioni che sono intervenute nel mercato, si servono di questo insostituibile veicolo di comunicazione delle offerte sia utenti professionali sia utenti non professionali, attratti dalla possibilità di concludere transazioni con altri utenti anche geograficamente molto distanti.

Alcune piattaforme, come ad esempio quelle dedicate alla collocazione di alloggi con finalità turistiche, diffondono offerte provenienti da imprese e da privati che solo occasionalmente offrono la propria abitazione in affitto per brevi periodi.

L'applicabilità della disciplina consumeristica è legata alla qualificazione soggettiva delle parti del rapporto negoziale e proprio la promiscuità della tipologia di soggetti coinvolti e degli scopi dagli stessi perseguiti fa vacillare le fondamenta sulle quali per lungo tempo si è efficacemente sostenuta la diversità di trattamento giuridico.

Il potere contrattuale detenuto da coloro che gestiscono la rete, raccolgono ed elaborano le informazioni, peraltro, emerge anche nei rapporti contrattuali con le imprese che si servono dei servizi informatici per collocare i propri prodotti e servizi. Inoltre, se le impre-

se che detengono marchi noti sono in grado di ottenere risultati soddisfacenti tramite la gestione diretta di *shop on line*, noti, le imprese di piccole o anche medie dimensioni sono attratte dalle possibilità offerte dalle piattaforme *marketplace*, che consentono un'ampia diffusione dell'offerta dei propri prodotti e servizi.

In uno *spot* pubblicitario ideato per Amazon nel Natale del 2019 veniva messa in risalto la circostanza che, numerose piccole imprese italiane, grazie ai servizi offerti dalla piattaforma, sono state poste in condizione di collocare i propri prodotti su un mercato ampissimo e quindi di incrementare le proprie vendite. In realtà, è evidente che lo scopo verso cui tende l'attività di Amazon non è certo quello di migliorare la rete distributiva delle piccole imprese italiane e di incrementarne i profitti, piuttosto essa è spinta dall'intento di guadagnare più possibile dalla gestione della piattaforma.

L'esame delle modalità di svolgimento della sua attività e di gestione dei rapporti con gli inserzionisti praticate Amazon, che una delle più grandi piattaforme di *marketplace*, consente di verificare l'ampiezza del suo potere contrattuale e la sua capacità di sfruttarlo. Proprio queste considerazioni hanno determinato di recente AGCM ad avviare un'istruttoria per verificare l'eventuale violazione della concorrenza per abuso di posizione dominante⁷³.

Com'è noto Amazon, è nato come un sito di *e-commerce* per la collocazione dei propri prodotti, principalmente libri e dvd, successivamente è stato concesso anche a venditori terzi la possibilità di offrire prodotti attraverso lo stesso canale. In questo modo il sito *Amazon.com* è stato trasformando in un *marketplace* in cui, accanto ai prodotti di Amazon, i consumatori possono trovarne altri offerti da *sellers* indipendenti. La merce venduta direttamente da Amazon e quella dei venditori terzi è presentata con la medesima interfaccia grafica e la provenienza dell'offerta risulta solo dalle indicazioni relative a chi vende e spedisce che sono riportate nelle informazioni sul prodotto.

I rapporti con i venditori sono regolati da un contratto il cui contenuto è imposto da Amazon. Tra le varie condizioni contrattuali, che sono dettagliate in un testo intitolato *Business Solutions*⁷⁴, si precisa che il venditore è libero di determinare quali prodotti offrire

⁷³ Provvedimento dell'AGCM del 10 aprile 2019 in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_avvio.pdf.

⁷⁴ Le condizioni contrattuali sono reperibili sul sito https://sellercentral.amazon.co.uk/gp/help/external/201190440?language=en_GB&ref=efpb_201190440_cont_201190440.

sulla piattaforma, ma è obbligato a mantenere la parità di trattamento rispetto alle offerte diffuse tramite gli altri canali di vendita. Una volta configurato l'account, i venditori gestiscono il catalogo del proprio "negoziato virtuale" in modo indipendente, caricando gli articoli attraverso un'applicazione *on-line* e fornendo la descrizione del prodotto, l'immagine e il prezzo. Il venditore può scegliere tra un *account* base per il quale non è previsto un costo fisso, ma il pagamento di una commissione per ogni transazione conclusa, oppure un *account pro* che prevede un abbonamento mensile; in ogni caso, a questi costi si aggiunge una commissione per ciascun articolo venduto determinata in misura percentuale sul prezzo del prodotto.

Amazon offre, inoltre, ai *sellers* una serie di servizi aggiuntivi a pagamento tra i quali vi è quello chiamato *Fulfillment by Amazon* che consiste nella gestione completa degli ordini. Amazon si occupa dello stoccaggio dei prodotti, che i venditori devono far pervenire nei diversi centri logistici che detiene in Europa e nel mondo, della gestione del magazzino, dell'imballaggio, della spedizione, della gestione dei resi e rimborsi.

L'AGCM ha preso in considerazione l'eventualità che *Amazon* possa sfruttare i dati dei clienti, in base ai quali è in grado di monitorare le loro preferenze, per favorire l'acquisto di determinati prodotti, condizionando il funzionamento del mercato. In particolare è emersa la possibilità che Amazon spinga gli utenti ad acquistare i prodotti messi in vendita da *sellers* che aderiscono al servizio *Fulfillment by Amazon* e dai quali essa riceve, oltre alle commissioni sulle vendite anche il corrispettivo per la gestione degli ordini.

La scelta dei prodotti che vengono offerti al consumatore e l'ordine nel quale vengono proposti, ossia la classificazione dei risultati della ricerca è determinata da un algoritmo. L'algoritmo elabora una serie di informazioni aventi ad oggetto il prodotto e il venditore, tra le quali anche le recensioni dei clienti relative ad esempio alla qualità del prodotto, alla consegna, al servizio di reso.

La posizione dei prodotti nella pagina e l'ordine con il quale sono proposti al cliente, infatti, non è indifferente ed è in grado di condizionarne la scelta⁷⁵.

⁷⁵ «Sulla base di alcune indagini di mercato, il 70% dei consumatori controlla unicamente le offerte mostrate nella prima pagina dei risultati, senza mai arrivare alla seconda pagina. Il 35% acquista il prodotto corrispondente al primo risultato e il 64% uno dei primi tre. I prodotti che appaiono nella prima pagina contano per l'81% delle vendite di un data ricerca» Così nel provvedimento dell'AGCM del 10 aprile 2019.

Di fatto i *feedback* negativi che sono presi in considerazione ai fini dell'elaborazione dei dati sembrerebbero essere solo quelli relativi ai prodotti spediti direttamente dal venditore. Del resto, la stessa piattaforma sollecita i venditori ad aderire ai servizi di logistica sottolineandone i vantaggi, consistenti nella possibilità di eliminare i *feedback* negativi, migliorare le proprie *performance* e l'indicizzazione dei propri prodotti.

Per valutare la possibilità effettiva che si verifichi questo tipo di condizionamento del risultato dell'algoritmo che determina il *ranking* dei risultati della ricerca effettuata dall'utente occorre tener conto dei servizi aggiuntivi che Amazon offre alla clientela.

In primo luogo, è un fatto che Amazon, grazie alla colossale rete di distribuzione che possiede, è in grado di gestire gli ordini e le spedizioni in modo più efficiente e veloce rispetto a quello che sarebbe in grado di fare il singolo venditore. Questa circostanza consente ai venditori che affidano ad Amazon la gestione degli ordini di ottenere più facilmente *feedback* positivi che migliorano il *ranking* della loro performance. Inoltre, la visibilità e il posizionamento dell'offerta dei prodotti spediti da Amazon sono migliori in quanto questa viene visualizzata con il pulsante *Spedito da Amazon*, ingenerando una maggiore affidabilità nell'utente. Infine solo i prodotti spediti da Amazon rientrano tra quelli offerti come *Prime* nella barra di ricerca agli utenti. Questo programma, in particolare, consente agli utenti di beneficiare di vantaggi su spese e tempi di spedizione e la ricerca dei prodotti sulla piattaforma può essere filtrata chiedendo che vengano mostrati solo i prodotti offerti con queste modalità, tra i quali, ovviamente, rientrano solo i prodotti offerti da venditori che usufruiscono del servizio *fulfillment by Amazon*.

Emerge, in definitiva, con una certa evidenza che Amazon sfrutta la propria posizione di dominio del mercato per imporre ai venditori le proprie condizioni, che la scelta dei venditori, specie di piccole e medie dimensioni, delle modalità di distribuzione dei prodotti è tutt'altro che liberamente assunta e che Amazon è in grado di favorire la vendita di un prodotto piuttosto che un altro sulla base di valutazioni legate alla propria convenienza⁷⁶.

⁷⁶ Sotto questo profilo occorre evidenziare che «nessun atto di autonomia è valido soltanto perché voluto, ma ogni atto di autonomia è valido perché meritevole», così P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv.dir.impr.*, 2006, p. 11, e un contratto che è il risultato di un abuso di posizione dominante sicuramente meritevole non è.

Qualsiasi sarà l'esito della procedura avviata dall'AGCOM è un fatto che la rivoluzione digitale ha determinato un accentramento del potere economico nelle mani di pochi grandi colossi e che il diritto deve affilare le armi per garantire che la libertà di iniziativa economica non sia una mera enunciazione di principio e un privilegio riservato a pochi.

Abstract

Digital technology has had a revolutionary effect on all aspects of human behavior, including the field of economic activity. Consequently, legal ruling must now be interpreted on the basis of new exigencies. This paper focuses on the role played by internet service providers which, while supplying users with access to the World Wide Web, claim network neutrality and refuse liability for users' activities.

Capua, maggio 2020.