



CARMELITA CAMARDI

Professore ordinario di Diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

CONTRATTI DIGITALI E MERCATI DELLE PIATTAFORME. UN PROMEMORIA PER IL CIVILISTA *

SOMMARIO: 1. Il contratto telematico agli esordi. – 2. Contratto in generale e contratto telematico. Continuità e rotture. – 3. Una nuova frontiera per il diritto contrattuale: l'economia dei dati. – 4. Contratti e intermediazione tra domanda e offerta. Le piattaforme. – 5. Diritto dei contratti e diritto dei "dati". Interferenze e problemi. – 6. I modelli di contratti nell'economia delle piattaforme. a) I rapporti orizzontali B&C e il nuovo modello di scambio fra beni e dati. b) I contratti peer to peer. c) I contratti di fornitura di beni o servizi peer to peer, ma diretti dal gestore della piattaforma. – 7. Contratti verticali tra piattaforma e utenti. Temi e problemi. – 8. Il Regolamento 2019/1150 (UE), del 20 giugno 2019 per la promozione di equità e trasparenza (solo) per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. – 9. Il Digital services Act e il rapporto tra piattaforme, anche "molto grandi", e utenti. Trasparenza e accountability. – 10. Segue. Il Digital Market Act. Piattaforme gatekeeper e mercato. – 11. Contrattualizzazione dei rapporti tra piattaforme e utenti. Le forme dell'economia data driven nel modello europeo.

1. – Sebbene non abbia mai mancato di rilevare come la realtà virtuale non sia un mero duplicato della realtà materiale dei rapporti interpersonali, sottolineandone più volte il carattere rivoluzionario se non antagonista, la letteratura giuridica ha tuttavia prevalentemente affrontato la disciplina del fenomeno dilagante della realtà virtuale, e ora digitale, attraverso un rassicurante meccanismo di trasposizione di schemi qualificativi e di istituti consolidati nella realtà materiale.

Non si è trattato di una scelta casuale né meramente intenzionale, quanto piuttosto di una scelta che non lasciava nessuna alternativa, se non quella del tutto inaccettabile prospettata da chi – come i fautori della *netiquette* – riteneva che non vi fosse bisogno alcuno di regolare con norme i rapporti fra cibernetici.

Il fatto nuovo, infatti, chiama in causa il principio della completezza dell'ordinamento, e l'interprete non può sottrarsi alla fatica di trovare la soluzione del caso

* Saggio destinato agli SCRITTI in onore di Massimo PARADISO.



all'interno del sistema di cui dispone e con i concetti che riempiono il suo *tools box*, fino a quando il legislatore non riprende in mano il potere e l'autorità di fare nuove norme¹.

Ciò che va riferito per gran parte al legislatore europeo, che proprio nel mondo di Internet ha affermato con maggior vigore che in altri settori di competenza dei Trattati la sua capacità di superare le barriere nazionali e accorciare quella prima distanza che la realtà virtuale ha opposto ai legislatori: la sua deterritorialità e la vocazione a sfuggire le giurisdizioni territoriali.

Senonché, come noto, anche la legislazione europea diviene in non pochi casi tributaria degli schemi e degli istituti tradizionali, atteso che – quantomeno nelle Direttive ma talvolta anche per i Regolamenti – è necessario o non si può escludere un processo di trasposizione e di adattamento della regola europea negli ordinamenti interni, e di qui – per l'appunto – negli schemi e istituti della tradizione materiale.

Certamente, il diritto dell'internet ha rapidamente preso il sopravvento e affermato la sua “originalità” con fonti e istituti propri², inconsuete o sconosciuti rispettivamente nel diritto privato tradizionale, ma ciononostante la costitutiva generalità e astrattezza degli istituti del diritto civile non ha mai interrotto quel fenomeno di trasposizione di cui si è fatto cenno, e non ha impedito che perfino i nuovi manuali del diritto digitale seguissero gli stessi schemi espositivi del diritto privato dei codici, quantomeno nella sequenza degli istituti fondamentali (beni, contratto, responsabilità; ma anche diritto d'autore, impresa e lavoro)³.

Senza dire dello sviluppo della cultura dei diritti fondamentali che si è registrato a fronte della condivisa e innegabile vocazione della Rete all'esaltazione delle libertà personali e dei diritti individuali, sia dal versante dell'esercizio attivo delle prerogative delle persone, sia come difesa dai nuovi rischi e pericoli indotti dalla Rete, e perciò ragione giustificativa di nuove normative di protezione⁴.

¹Alpa, *Postfazione a Il contratto telematico*, a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi, nel *Trattato di diritto commerciale diritto dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XXVII, Padova, 2002, p. 347.

²Gatti, *Istituzioni e anarchia nella rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2019, p. 711. Ruotolo, *Internetional law. Profili di diritto internazionale pubblico della rete*, Bari, 2012.

³Si vedano, al proposito, i volumi di Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020, ma presente già dal 2002, costantemente aggiornato in relazione all'avvento delle nuove tecnologie e al relativo impatto sul diritto privato, ma non solo; Id., *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, Padova, 2004.

⁴Più di ogni altro va ricordato in questa sede il prezioso volume di Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, pp.312, 378 ss.; ma già *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995. Vedi poi Pirozzoli, *Il libero accesso alla rete: un diritto in espansione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 213.



Anzi, proprio quest'ultima notazione rende possibile enfatizzare i benefici realizzati attraverso l'impiego sapiente delle risorse ermeneutiche che la scienza civilistica ha messo in campo con i suoi strumenti teorici nell'affrontare non solo una fenomenologia del tutto nuova, ma soprattutto il dominio che la tecnologia ha esercitato e continua ad esercitare sui rapporti in rete e nel mercato digitale, vantando adesso la pretesa di sostituire se stessa e le sue leggi all'uomo e alla sua intelligenza.

Da questo punto di vista, non c'è forse per il civilista sfida più esaltante di questa, sia nell'applicazione immediata – dove possibile – degli istituti tradizionali, sia nella doverosa elaborazione di una nuova dogmatica – il più delle volte europea e sovranazionale – specie laddove il contenuto tecnico della fattispecie, o quello innovativo, prendono il sopravvento sugli elementi di similitudine e influenzano fortemente la procedura di qualificazione.

L'attivismo delle Corti, peraltro, sollecitato dalle continue interferenze tra diritto europeo e diritto interno, seppur abbia non poco condizionato la continuità e prevedibilità delle soluzioni giuridiche, ha finito comunque per incentivare le abilità ermeneutiche della dottrina, affinandone l'attitudine analitica e la capacità di risoluzione dei problemi più inediti, anche attraverso il ricorso ad una pluralità di fonti concorrenti⁵.

2. – Nella materia contrattuale il processo di riadattamento della dogmatica negoziale al contratto telematico e la lettura stessa del contratto on line alla luce di quella dogmatica, hanno conosciuto esempi emblematici nella letteratura che ha riscritto il diritto contrattuale on line secondo la sequenza formativa del contratto contenuta nel libro IV del codice civile, “normalizzando” così il commercio elettronico e i suoi scambi a partire dalla fase della formazione, della conclusione, della esecuzione, attraverso la verifica della disciplina dei vizi, come delle clausole vessatorie, della sua efficacia e del recesso, e perfino della responsabilità precontrattuale⁶. I nuovi soggetti degli scambi telematici

⁵ Per questi ultimi aspetti, utile la lettura del volume *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, a cura di P. Perlingieri, Gioia, Prisco, Napoli, 2020.

⁶ *Ex multis*, A.M. Gambino, *Il contratto telematico*, Milano, 1997; E. Tosi, *Il contratto virtuale*, Milano, 2005; Delfini, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; e i saggi raccolti nel volume *Il contratto telematico*, cit., di Camardi, *Gli accordi telematici. Un nuovo modello di scambio*, p. 1; Ricciuto, *La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti*, p. 55; T. Pasquino, *La conclusione del contratto nella Direttiva e-commerce*, p. 69; A. Gentili, *Inefficacia e vizi della volontà della contrattazione telematica*, p. 133; C. Scognamiglio, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra “real-*



introdotti dalle prime Direttive europee, dal *service provider* in tutte le sue declinazioni legate alla varietà dei servizi della società dell'informazione, agli utenti navigatori e consumatori, hanno trovato lo statuto dei loro diritti ed obblighi nella riproduzione negli scambi in rete della disciplina dei contratti B&B e B&C, a sua volta governata dalle Direttive consumeristiche intese a regolare il mercato unico digitale e dai Regolamenti finalizzati all'implementazione dello stesso contro comportamenti opportunistici degli operatori nazionali⁷.

La letteratura sul contratto telematico e sulla sua prevalente declinazione consumeristica non richiede di essere ripercorsa in questa sede, salvo che per i più recenti epigoni cui si farà cenno a breve.

Ciò che interessa mettere in evidenza oggi, dopo più di un ventennio dai primi studi sistematici sul contratto virtuale, è ancora l'idea per la quale il contratto on line, se lo si guarda come (mero) *atto oneroso di scambio* tra un operatore professionista e un consumatore o altro operatore, avente ad oggetto un bene o servizio, una volta assorbita la novità della sua conclusione "a distanza" unitamente alla moltiplicazione esponenziale del numero di transazioni anche transfrontaliere, si presenta come fenomeno che porta a compimento un processo di oggettivazione e proceduralizzazione del contratto che trova origine già nell'assetto economico del mercato off line. Le metafore degli scambi senza accordo e dei contratti muti, ampiamente utilizzati per i contratti telematici, trovano origine nella standardizzazione dei rapporti contrattuali e nello strutturarsi del potere d'impresa come potere tipicamente normativo, indipendentemente dal loro essere conclusi nel mondo reale o in quello virtuale⁸. L'amplificazione degli scambi resa possibile dal web è molto più che un "valore aggiunto" e dà la misura della irreversibilità del processo di oggettivazione del contratto in una dimensione spazio-temporale certamente ignota agli scambi reali. E però, conservando l'angolo di osservazione del contratto come atto di scambio, la sua decontestualizzazione nel mercato virtuale senza confini come pure la moltiplicazione esponenziale che si è registrata dal momento in cui molti operatori

tà virtuale" e "interessi dei contraenti", p. 153; Cuffaro, *La responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica*, p. 223.

⁷ Primo fra tutti il Regolamento (UE) 2018/302, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno, detto *Geoblocking*, la cui operatività è indotta proprio dal commercio elettronico, cioè dalle possibilità tecnologiche di deviazione dell'utente del web da una pagina e da un sito all'altro.

⁸ Per queste considerazioni ci si permette di rinviare al nostro *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, cit., p. 14



commerciali hanno scelto internet come mezzo di svolgimento della loro attività, non hanno reciso il legame con il modello contrattuale in generale, né hanno impedito che il relativo processo di regolazione operasse nel modo che si è descritto, e che si desume senza eccessiva difficoltà anche dal linguaggio del legislatore europeo utilizzato nelle varie Direttive consumeristiche⁹.

Ciò che si vuol dire, con altre parole, è che il contratto è lo strumento economico di realizzazione degli scambi di ricchezza che la società civile abbia maggiormente metabolizzato da quando – e comunque in tutte le fasi storiche in cui – la civiltà giuridica e il pensiero sociale hanno posto il principio della libertà delle scelte individuali alla base delle relazioni interindividuali. La metabolizzazione sociale di questa metodologia distributiva (oltre che politica ed altro ancora) ha fatto sì che lo strumento telematico reagisse sul modello tradizionale dello scambio senza travolgere quei presupposti costitutivi che nel linguaggio del diritto moderno sono poi divenuti gli elementi del contratto nel contesto dell'autonomia privata. L'esaltazione, poi, del modello negoziale fondato sulla congruenza delle dichiarazioni e sull'affidamento, piuttosto che di quello prettamente volontaristico, o sulla causa come funzione sociale oggettiva, piuttosto che come ragione soggettiva del contrarre, e così via, sono tutte espressioni che le trasformazioni dello scenario economico di riferimento si sono incaricate di rendere esplicite ben prima che l'informatica e i bit prendessero il posto degli atomi e della carta.

Il vero stravolgimento del modello liberale del contratto, quale autentica espressione del mercato concorrenziale, si registra infatti già nel Codice del '42 allorquando le condizioni generali di contratto, e la standardizzazione delle operazioni contrattuali emergono camuffate quali mere modalità di conclusione dell'accordo delle parti, nella sezione prima del Capo II del Libro quarto, celando nella prospettiva procedurale del perfezionamento del contratto il riconoscimento tributato al potere normativo e al nuovo posizionamento dell'impresa nello scenario dei rapporti di massa, consentendole con una norma espressa ciò che altrimenti sarebbe risultato comportamento antagonista alle regole di validità del contratto.

Da questo punto di vista, l'approccio normativo ai contratti telematici, contestuale a quello della emersione del *consumerism*, è un ulteriore e indispensabile passo in questa direzione, necessario a sostituire il consenso perfezionato attraverso l'incontro tra persone – anche lontane – con l'impulso dato ad uno strumento elettronico attraverso il click:

⁹ A partire dalla prima Direttiva 2000/31 sul Commercio elettronico, il cui scarno art. 9 ripercorre e richiama la disciplina codicistica del contratto.



un atto unilaterale muto che definitivamente cancella quel dialogo, anch'esso silenzioso, ancora visibile negli scambi interamente realizzati attraverso comportamenti concludenti¹⁰.

Il lettore più giovane, che si accostasse adesso alla realtà del commercio elettronico, potrebbe forse ritenere questa lettura in termini di continuità quale frutto di una superficiale sottovalutazione della portata dirompente della telematica sul modello sociale del contratto racchiuso nella precedente epoca. Ma anche questa lettura peccerebbe di superficialità, qualora trascurasse di considerare le potenzialità adattative delle categorie astratte, come quella dell'accordo, capaci di sopravvivere alle irruzioni di fattori esterni allungando la visuale, attraverso la previsione di meccanismi sostitutivi di quelli cancellati dall'avvento – in questo e in altri casi – delle tecnologie comunicative. Ciò è quanto può dirsi, ad esempio, della regola introdotta dall'art. 11 della Direttiva sul commercio elettronico quando dispone che, inoltrato l'ordine di acquisto da parte del destinatario del servizio, il prestatore deve accusare ricevuta e conferma per via elettronica, e senza ritardo, ripristinandosi poi esplicitamente l'altra regola di cui all'art. 1335 del codice civile in merito alla presunzione di conoscenza.

Il contratto telematico, dunque, quale modello evolutivo del contratto di scambio, a sua volta costruito sullo schema della compravendita, quale micro atto del sistema di circolazione dei beni e servizi prevalentemente destinati al consumo, ha metabolizzato le nuove frontiere della comunicazione telematica, molto più di quanto altre figure contrattuali proprie della circolazione di beni e servizi strategici (si pensi all'energia, alle telecomunicazioni, piuttosto che alla finanza) abbiano metabolizzato le nuove frontiere contestuali e combinate della rivoluzione tecnologica e della cultura politico-economica. Basti pensare ai modelli dei cosiddetti contratti "amministrati" dalle Autorità di regolazione dei mercati, rispetto ai quali leggi dello Stato dispongono tariffe, contenuti imperativi e modalità di accesso o di recesso da parte delle varie categorie di utenti che stridono con i principi di libertà contrattuale molto più di quanto il *click and point* non strida con il principio dello scambio dei consensi¹¹. Sono le politiche della concorrenza, infatti, nella configurazione che l'Unione europea ne ha dato, i fattori di maggiore alte-

¹⁰ Da questo punto di vista, la Direttiva 2011/83 sui Diritti dei consumatori è la riprova del modello che si è voluto perseguire. Si rileggano in questa chiave le norme di cui agli artt. 5 e ss. e in particolare l'art. 8, par.2, sul cosiddetto *point and click* e sulla sua efficacia vincolante, produttiva cioè del perfezionamento del contratto; e il par.6 sul perfezionamento mediante forma scritta del contratto concluso per telefono.

¹¹ Per tutti, sul punto, Solinas, *Il contratto amministrato. La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018.



razione dei modelli contrattuali (si pensi ancora ai contratti di distribuzione o a quelli attinenti al trasferimento tecnologico) e di progressivo allontanamento dallo schema costitutivo del libero consenso e – soprattutto – della libera definizione del contenuto del contratto¹².

Ma è ora di rivolgersi alla considerazione di altre frontiere che il diritto contrattuale si trova a dover metabolizzare, e che forse mettono maggiormente alla prova il contratto nella sua funzione di strumento di composizione degli interessi. È la nuova frontiera della interferenza tra sistemi finalizzati alla circolazione e allo scambio di beni e servizi e sistemi di circolazione dei dati personali dei soggetti attori dello scambio e/o fruitori dei servizi. Una interferenza ormai resa irreversibile da due fattori interconnessi che giocano un ruolo cruciale nell'economia digitale: il consolidamento dei processi di estrazione ed elaborazione dei dati personali resi possibili dall'utilizzo sistematico delle tecniche di Intelligenza artificiale; e contestualmente, il consolidamento dei nuovi modelli di (intermediazione nello) scambio che incorporano la raccolta dei dati personali nelle loro strutture di funzionamento.

3. – In questa chiave, infatti, la dimensione microeconomica del contratto telematico non è più sufficiente a comprendere giuridicamente le dinamiche del mercato digitale, le quali si muovono in stretta connessione con il consolidamento di un modello produttivo tipicamente digitale, quello cosiddetto *data driven*, o altrimenti definito dell'*economia dell'attenzione*, o ancora dell'*economia collaborativa* (definizione – quest'ultima – propria della recente strategia normativa dell'Unione europea), e da ultimo dell'*economia delle piattaforme*. La pluralità delle definizioni mette in evidenza, da punti di vista diversi ma collegati, la complessità di questo modello organizzativo e il suo duplice volto. Da un lato, quello di essere pur sempre un modello di distribuzione di risorse che struttura e implementa l'incontro tra prestatori di beni e servizi e acquirenti o utenti degli stessi. Dall'altro, quello di essere in ragione di ciò anche modello che stimola la produzione di un'altra ricchezza, veicolata attraverso i medesimi scambi: la ricchezza costituita dalla

¹² Si vedano in proposito, per dare l'idea del processo che si vuol mettere in evidenza, Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011; e il volume a cura di Olivieri e Zoppini, *Contratto e Antitrust*, Bari, 2008. Un'altra frontiera, che in questa sede ci si limita solo ad indicare, è quella che si riconduce alla cosiddetta contrattazione intelligente, sulla quale si rinvia a C. Amato, *La 'computerizzazione' del contratto (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica)*, in *Europa e dir. priv.* 2020, p. 1259, la cui impostazione circa la capacità di resistenza del contratto non è dissimile a quella qui proposta, almeno fin quando l'algoritmo non si sostituisce all'uomo.



massa di informazioni che vengono disseminate dagli attori dello scambio prima, durante e dopo la conclusione dei singoli contratti, e poi raccolte¹³.

Il singolo contratto non è più soltanto lo strumento per una transazione economica, ma diventa l'occasione di rilascio di informazioni, di dati personali, acquisiti certamente dalla controparte contrattuale per l'esecuzione del contratto, ma soprattutto raccolti e archiviati dal nuovo soggetto che rende possibile lo svolgimento degli scambi, la "piattaforma", tecnicamente soggetto terzo rispetto alle parti, ma "padrone" dell'interfaccia tecnologica nella quale quegli scambi si svolgono, spesso senza altra alternativa.

Ne consegue ancora che il singolo contratto fra professionista e consumatore per la fornitura di un bene di consumo si pone come frammento di un sistema più complesso, nel quale spicca l'attività di intermediazione tra domanda e offerta svolta professionalmente dalla piattaforma digitale.

L'interesse che tale fenomenologia suscita nel giurista, dunque, supera la dimensione sopra evidenziata della disciplina applicabile al contratto telematico, e approda ad una dimensione problematica che coinvolge fortemente il tema della circolazione dei dati, e ancora una volta da un duplice punto di vista. Quello – a sfondo individuale – della protezione dei singoli soggetti interessati di fronte all'estrazione di dati che avviene in ogni momento della navigazione in piattaforma. E quello – a sfondo sistemico – dell'influenza che il controllo della circolazione dei dati esercita sull'assetto dei mercati¹⁴.

In tal senso si diceva della interferenza tra sistemi di circolazione on line di beni e servizi e sistemi di circolazione dei dati personali. E in tal senso occorre adesso specificarne i meccanismi e gli effetti.

4. – Le piattaforme sono dunque luoghi di incontro virtuali, *marketplaces* digitali che

¹³ È subito diventato un classico il recente volume di Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019; cui adde Quintarelli, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019. Queste analisi sono condivisibilmente poste alla base dei più recenti studi giuridici che assumono il tema della creazione e del controllo dei dati personali come oggetto di una riflessione sul contratto e sul sistema degli scambi nella nostra "era". Fra tutti, si rinvia a Quarta, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020; Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, ed ivi altre indicazioni bibliografiche.

¹⁴ Ne siano prova le controversie che hanno visto *Facebook* e i grandi *players* globali di fronte alle Autorità Antitrust, oltre che agli organi giurisdizionali ordinari. Vedi in proposito Osti, Pardolesi, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, 2, p. 195 e Giannaccari, *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, ibidem, p. 273.



raccogliono gruppi e categorie variegati di agenti economici, intermediandone il rapporto e predisponendo le infrastrutture e le condizioni affinché l'offerta incontri la domanda. La differenza operativa con il sistema autonomo degli scambi di e-commerce tradizionale sta nel fatto che in tali casi il cliente acquista il bene o il servizio direttamente sul sito web del venditore, sul modello dello scambio atomistico, concludendo una transazione anonima e astratta all'esito tutt'al più di un "giro" virtuale inteso a verificare caratteristiche e qualità del bene, oltre che le istruzioni informative di legge messe a disposizione dal fornitore per il pagamento, la consegna etc.

Con l'accesso alla piattaforma viceversa il cliente non si limita alla compilazione immediata dell'ordine di acquisto, ma è posto nelle condizioni di elaborare – se vuole – una scelta meditata confrontando le diverse offerte, comparandone le condizioni, selezionando filtri di individuazione del prodotto, leggendo le recensioni degli altri clienti, lasciando commenti, domande, impressioni e quant'altro la piattaforma gli consente di fare attraverso tutti gli strumenti di assistenza predisposti per la navigazione finalizzata all'acquisto. Fino alla conclusione dell'acquisto e alla redazione immediata o successiva di un *feed back*, che è la premessa per altri successivi accessi di verifica anche non finalizzati all'acquisto¹⁵.

Dal lato opposto del mercato, i gruppi di venditori espongono nelle vetrine virtuali prodotti e servizi, in un contesto ove la comparazione sulle modalità dell'offerta e la qualità del prodotto costituisce un potente incentivo alla competizione, dove lo sforzo innovativo è compensato dai vantaggi che la piattaforma mette in palio per chi mostra capacità di attrazione della clientela e incremento delle vendite comprovate dai *feed back* dei navigatori.

La facilitazione dell'incontro tra domanda e offerta prevede anche l'intervento combinato di altri intermediari, che possono offrire servizi correlati all'acquisto, dal pagamento all'assicurazione, alla fornitura di garanzie supplementari per i difetti sul bene, all'assistenza generica del cliente per tutto quanto possa occorrergli nella fase post-vendita e in occasione della fruizione del bene. Una sorta di corredo *taylor made* che affianca all'apparente standardizzazione di un'offerta quanto mai ampia e diversificata anche la personalizzazione del trattamento: elemento fondamentale inteso ad alimentare il caratte-

¹⁵ È questo il tema delle indagini reputazionali in rete (e dei siti che ne forniscono professionalmente gli esiti), sulle quali vedi Smorto, *Reputazione, fiducia, mercati*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 199; Carota, *Difusione delle informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 624; Vizzoni, *Recensioni non genuine su Tripadvisor: quali responsabilità?*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 706.



re fiduciario del rapporto e la sua reiterazione nel tempo. Una sorta di identificazione di ciascuno nella folla di navigatori che la piattaforma continuamente provvede ad implementare anche attraverso contatti idonei ad entrare nell'ambiente di ciascun cliente, che diventa così vettore di ulteriori informazioni¹⁶.

Il modello brevemente descritto si addice a rappresentare la riorganizzazione dei mercati digitali di distribuzione realizzata attraverso intermediari che coordinano l'accesso dei due attori dello scambio e le rispettive prestazioni con l'erogazione di servizi propri, dando vita ad un assetto combinato di relazioni contrattuali la cui natura dovremo a breve mettere in luce, perché è proprio in questo assetto di relazioni che si celano la novità del modello rispetto a quello alternativo dello scambio atomistico, e soprattutto l'impatto del modello e l'interferenza normativa, rispettivamente, nel contesto della circolazione dei dati personali e della conseguente applicazione degli strumenti protettivi ormai maturati e consolidati nel GDPR. Ma su questa nuova frontiera torneremo a breve, dopo aver aggiunto qualche informazione ancora sull'economia delle piattaforme.

Ed infatti, le piattaforme di e-commerce (da Amazon a E-bay) altro non sono che una delle articolazioni del più complesso sistema di fornitura di beni e servizi, forse le più ampie, ma non le sole. Un'altra articolazione del modello – anch'essa sempre più diffusa e controversa – merita di essere menzionata: si tratta delle piattaforme di *sharing economy*, ovvero di economia collaborativa, fatte oggetto di una precisa Agenda dell'Unione europea nel contesto della nuova strategia inaugurata più in generale sul tema della governance dei mercati digitali¹⁷.

La definizione dell'UE recita 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*”. Il riferimento interessante è alla versione *peer to peer*, originale reinterpretazione di un modello ambiguo di condivisione di beni e risorse, anche di uso quoti-

¹⁶ Su questi temi la letteratura è ormai sterminata. Rinviamo in questa sede alle utili indicazioni di A. Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari dei siti web aziendali*, Torino, 2019; Cellini, *Economia digitale. L'industria e i mercati di internet e dei nuovi media*, Roma, 2019.

¹⁷ Si tratta della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2016) 356 final, Un'agenda europea per l'economia collaborativa, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0356>. Sul tema, si vedano per tutti D. Di Sabato, Lepore (a cura di), *Sharing economy, profili giuridici*, Napoli, 2018; Bonini, Smorto (a cura di), *Shareable, L'economia della condivisione*, Torino, 2017.



diano e prive di caratteristiche tecnologiche o di novità, ma intese a soddisfare bisogni comuni, diffusi e immediati, o di brevissima durata, in una dimensione che unisce l'elemento dello scambio e quello della solidarietà. Donde quell'ambiguità simboleggiata dall'individuazione alla stregua di una vera e propria *community* dei soggetti che vi partecipano per soddisfare quei bisogni quotidiani e diffusi in modo alternativo rispetto a quello mercantile tipico¹⁸. Il lettore avrà inteso che il riferimento è al fenomeno – ormai più che globale – elettivamente rappresentato da AirB&b, piattaforma di condivisione della propria casa con viaggiatori alla ricerca di un alloggio, ma in un contesto simbolicamente più ampio che include la notazione di una sorta di ideologia antimercantile, dove – ancora una volta, non senza una qualche ambiguità – il viaggiatore assomiglia ad un pellegrino cui si offre ospitalità nella propria casa, ovvero al viandante cui si offre un “passaggio” nella propria auto; e dove ancora il proprio (strapieno) guardaroba diventa un “luogo” da alleggerire a vantaggio di chi lo ha vuoto e deve “vestirsi”; i giocattoli dei propri figli si “passano” ai figli degli altri. E così via, con metodi che sembrano riproporre attraverso il digitale una comunità solidale che rinnega il profitto a vantaggio di un inedito altruismo, e riportano indietro – ma in senso inverso – alla nota metafora di von Jhering, che era costruita però con lo sguardo positivamente rivolto all'economia di mercato, dove il pellegrino diventava viaggiatore “albergato” e pagante, che risparmiava attraverso il portafoglio “l'umiliazione della preghiera ... e del ringraziamento”, comprando in tal modo la sua libertà¹⁹.

Tutte queste micro transazioni, che si alimentano in ragione della capacità di mobilitare folle di partecipanti alla community, non potrebbero svolgersi, o non lo potrebbero con la stessa carica ideologica e la stessa ampiezza, se non attraverso una piattaforma tecnologica che permette di simulare un mercato a regola d'arte, attrezzato per l'incontro tra chi offre e chi cerca *peer to peer*, tra soggetti non professionisti, ed a prezzi che spesso tali neppure sono, perché semplicemente commisurati ai costi di quanto si offre, ovvero a parametri che nulla hanno a che vedere con una logica aziendale di produzione o di scambio. Non sarebbe lontana dal vero, dunque, l'idea che anche tali mercati siano creature del digitale, e che fuori dalle piattaforme tecnologiche le dimensioni di questi scambi non potrebbero mai raggiungere una consistenza che li renda rilevanti per il diritto.

Nell'economia di questo contributo, infine, non occorre soffermarsi più di tanto sulle

¹⁸Quarta, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers. Primi spunti*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, p. 667.

¹⁹Von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 95 ss.



altre tipologie di piattaforme tecnologiche, quelle che offrono servizi tipicamente digitali (di fruizione di risorse ovvero di servizi veri e propri, come quelli di *cloud*), ovvero, oppure insieme, informazioni organizzate a sistema (i motori di ricerca)²⁰ senza appendici nel mondo reale necessarie all'esecuzione del contratto; e quelle che dominano l'esperienza sociale senza dare luogo, almeno apparentemente, ad alcuna transazione economica, alimentandosi piuttosto dell'attiva partecipazione dei membri della community attraverso la cosiddetta produzione di contenuti condivisi. È questo il variegato mondo dei social network²¹, nei quali la piattaforma abilita gli iscritti all'utilizzo di software, strumenti o funzionalità idonee ad un'azione comunicativa e creativa di contenuti. Il più delle volte – almeno apparentemente – a titolo gratuito, senza il pagamento di un corrispettivo monetario²².

5. – Si è già anticipato quale possa essere l'interesse ad una considerazione dell'economia delle piattaforme nel contesto di una riflessione sui contratti di scambio nel mercato digitale, e lo si è fatto con riferimento al tema della interferenza tra sistemi di circolazione on line di beni e servizi e sistemi di circolazione dei dati personali. Occorre adesso svolgere questo tema più specificamente.

La delineazione dei modelli delle piattaforme di *e-commerce*, di *sharing economy*, o dei *social network* ha messo in evidenza due livelli di attività. Il primo legato allo svolgimento di transazioni economiche contrattuali, B&c, B&b o *peer to peer*; il secondo limitato all'attività di mera navigazione, ovvero di fruizione gratuita di servizi, o ancora di acquisizione di informazioni e di contenuti. I due livelli di attività non sono sempre nettamente separabili, spesso anzi coesistono e si intrecciano in proporzione variabile, atteso che tutti i modelli di piattaforma trovano ragione della loro esistenza proprio nella ca-

²⁰ Sammarco, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 622; Di Landro, *Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020, p. 97 ss., ed ivi altre indicazioni.

²¹ Sui quali rinviamo a C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014; nonché ai contributi pubblicati in AIDA, I, 2011, sul tema *Facebook et similia (profili specifici dei social networks)*, segnatamente quelli di Beltrami, *Le attività dei soggetti del social network come impresa*, p. 57; Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, p. 93; Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, p. 102; Cerrato, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network*, p. 168.

²² Una rassegna intelligente dei modelli e tipologie di piattaforme digitali si trova nel volume di Quarta e Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, p. 105, 115 ss.



pacità di offrirsi innanzitutto come luogo di approdo e di navigazione, indipendentemente dalla conclusione di un contratto di acquisto di beni o servizi.

Ma questa capacità non è neutra né irrilevante: essa piuttosto costituisce un mezzo essenziale per lo svolgimento di un'attività economica riconosciuta come oggetto delle libertà fondamentali dell'Unione europea e destinataria di una disciplina specifica che riproduce per essa, all'uopo riadattandola, la tecnica moderna della regolazione, all'insegna di un insieme di principi che conformano l'attività e stabiliscono regole imperative di bilanciamento degli interessi coinvolti. Si tratta – con ogni evidenza – dell'attività di raccolta ed elaborazione dei dati personali di tutti i soggetti attori delle relazioni che la piattaforma ospita e coordina, cioè dell'effetto tipico della natura digitale dell'interfaccia: la capacità di raccogliere informazioni anche personali da tutti i “passi” e i “movimenti” che clienti e operatori commerciali svolgono durante la navigazione, opportunamente tracciati e sollecitati con tecniche estrattive alle quali difficilmente si può sfuggire.

La nota metafora letteraria della “sorveglianza” lascia trapelare l'idea di una privacy ormai praticamente vuota, che ha ceduto il posto ad un sistema di produzione della ricchezza che trova la sua inesauribile risorsa fondamentale direttamente nella persona umana.

Gli strumenti deputati all'estrazione delle informazioni sono molteplici: dalla registrazione mediante creazione di account o comunque dall'effettuazione dell'accesso con rilascio dei dati identificativi, alla scelta dei prodotti previa adeguata selezione dei filtri, alla cernita dei servizi aggiuntivi, alla compilazione dei questionari, fino alla semplice navigazione fra le pagine; ed ancora, dalla durata della navigazione, alla frequenza degli accessi, tutti i movimenti tracciabili sono materia di successiva elaborazione ad opera degli algoritmi che presiedono alla trasformazione delle informazioni in prodotti finiti (i dati, i profili, i prodotti predittivi in generale), a loro volta destinati a circolare nel mercato delle informazioni²³.

“Noi siamo le nostre informazioni”, scriveva Rodotà discorrendo del “corpo elettronico”²⁴; mentre i comportamenti presenti, elaborati da un'intelligenza artificiale, ci di-

²³ Sul punto Pellecchia, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society. Qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della Responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1209; Tabarrini, *Comprendere la “Big Mind”. Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Dir. Informatica*, 2019, p. 555.

²⁴ *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 315 ss. a proposito delle mutazioni antropologiche introdotte dall'immedesimazione dell'uomo nella tecnologia, e della conseguente formazione di una identità “esterna” ed “in-



cono quali saranno i comportamenti futuri, scrive Zuboff, paventando il rischio che l'esito della cosiddetta "datificazione"²⁵ non lasci spazio ad un esubero della persona rispetto ai dati che è in grado di rilasciare, e che l'irreversibilità del processo – per contro – estenda il suo perimetro dal sistema economico a quello politico e financo etico, con un effetto *spillover* destinato ad espandersi all'interno del sistema sociale praticamente senza limiti²⁶.

Quali sedi istitutive dei mercati paralleli delle merci, dei servizi e dei dati, le piattaforme si offrono dunque alla considerazione di una serie di problemi.

Innanzitutto il problema della forma e della qualificazione dei rapporti che le persone e più in generale gli utenti della rete, professionali o meno, stabiliscono sulla piattaforma. Gli attori che incrociano le loro attività in questo "luogo" danno vita a rapporti complessi, in senso ampio trilateri: ci sono i contratti conclusi tra i fruitori (e sono transazioni commerciali B2c o B2b o p2p) per i quali si usa l'espressione "contratti di prestazione dei servizi sottostanti"; e prima ancora, logicamente, ci sono i rapporti di servizio con la piattaforma quale *service provider*, quelli intesi a regolare l'accesso e la fruizione dei servizi di intermediazione²⁷. La definizione della disciplina applicabile a ciascuna serie di rapporti implica la combinazione di tutti i livelli normativi e gli ambiti richiamati dal caso specifico. Ed è qui che il diritto dei contratti incontra il sistema di protezione dei dati personali, il cui presupposto di applicazione è – puramente e semplicemente – la circolazione del dato e il rapporto – su qualunque base costituito – fra titolare del trattamento e interessato. L'ordinamento dei dati personali si atteggia – per definizione – come ordinamento "interferente", come disciplina abilitante tra persona e mercato, imperativamente posta tutte le volte in cui un soggetto si trovi nelle condizioni di intercettare e raccogliere dati personali.

stabile", alla mercè di chi raccoglie, conserva e diffonde i dati personali; quando non "obbligata" nella misura in cui la profilazione introduce una forma di modellizzazione sociale foriera di una conformità socialmente accettata (p. 329).

²⁵ Stazi, Corrado, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, p. 442.

²⁶ Di Landro, *Big data. Rischi e tutele*, cit., pp. 103, 108 ss.; T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020, p. 465.

²⁷ Una visione dei contratti indotti dall'attività delle piattaforme si trova nel volume di Quarta e Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 179 ss., la cui classificazione segue lo schema trilatero indicato nel testo. In argomento si veda anche il volume di Cocco, *I rapporti contrattuali nell'economia della condivisione*, Napoli, 2020.



In secondo luogo, il problema del controllo dei comportamenti della piattaforma dal punto di vista dell’impatto sul mercato. Tema quest’ultimo che si articola attraverso tutte le dimensioni a partire dalle quali la concorrenza può essere riguardata: dal tema dell’accesso, a quello dei rapporti fra imprese di pari dimensioni, ai rapporti con i consumatori, ai rapporti con le imprese suscettibili di cadere in una posizione di dipendenza economica.

Nelle pagine che seguono ci si occuperà soltanto di alcuni aspetti di tali problemi, con l’intento di analizzare anche i provvedimenti ancora in corso di elaborazione da parte dell’Unione Europea, ma dai quali si evince una strategia normativa del tutto nuova.

6. – Non si dispone di una disciplina sistematica della rete. A dispetto della qualificazione della propria attività regolatoria spesso in termini di “strategia”, anche l’Unione europea sembra inseguire la velocità dell’economia digitale nel suo trasformarsi continuo senza riuscire a coglierne sistematicamente tutti i profili²⁸. Al giurista non rimane che disarticolare la complessa architettura della Rete e affrontare la ricostruzione dei singoli pezzi con tutti gli strumenti di cui dispone.

a) *I rapporti orizzontali B&c e il nuovo modello di scambio fra beni e dati*

Cominciando dal tema dei rapporti concernenti i servizi cosiddetti sottostanti, va da sé che i rapporti di scambio consistenti nell’acquisto di beni o servizi on line ricadono nell’ambito di applicazione delle discipline europee ed interne che nel corso degli ultimi venti anni hanno delineato il sistema dell’e-commerce. Dalla disciplina di cui alla prima Direttiva 2000/31/CE sui servizi della società dell’informazione²⁹, fino a quella introdotta

²⁸ “Plasmare il futuro digitale dell’Europa” è la denominazione della strategia della transizione digitale varata dalla Commissione il 19 febbraio 2020 per il prossimo quinquennio, che si legge al link https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_it; e segue alla precedente strategia del Digital single market, al link <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market>. I pilastri della nuova strategia sono i cittadini, le imprese e l’ambiente. Ne daremo un’anticipazione attraverso la rapida illustrazione di due dei tre Acts che dovrebbero attuarla: il *Digital services Act* e il *Digital market Act*. Il terzo è il *Data governance Act*, al link <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-european-data-governance-data-governance-act>, che dovrebbe attuare la strategia della Commissione per il governo e la condivisione dei dati comunicata il 19 febbraio 2020, al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=IT>.

²⁹ Per tutti, Delfini, *Il commercio elettronico: inquadramento generale*, in *Diritto dell’informatica*, a cura di Finocchiaro e Delfini, Torino, 2014, p. 351.



ta dalle varie Direttive consumeristiche³⁰, i cui contenuti si inquadrano per gran parte in quel processo di trasposizione e adattamento del modello ordinario di contratto allo schema del contratto telematico, attraverso accorgimenti tecnici intesi a riprodurre nel secondo gli elementi costitutivi del primo, sotto il profilo della validità e dei contenuti. La recentissima Direttiva 2019/2161³¹, sulla modernizzazione dei diritti dei consumatori è intervenuta fra l'altro a modificare quelle già introdotte in materia di clausole abusive, pratiche commerciali scorrette, indicazione dei prezzi, rafforzando gli obblighi informativi anche a carico delle piattaforme, specie con riferimento alla possibilità che l'operatore che offre beni e servizi per il suo tramite sia o meno un professionista (circostanza che l'acquirente consumatore deve conoscere al fine di stabilire la disciplina applicabile al contratto, il diritto dei consumi o il diritto comune).

In questo contesto, l'altrettanto recente Direttiva 2019/770 ha introdotto una disciplina ad hoc per i beni e servizi digitali in senso proprio, oggetto di fornitura da parte di un operatore nei confronti di un consumatore, assegnando a quest'ultimo i rimedi per i difetti di conformità del bene o servizio, fino a quel momento accordata esplicitamente dalla vecchia Direttiva 1999/44 solo per gli acquisti di beni materiali.

Questa novità, ripresa poi dalla nuova Direttiva sui diritti dei consumatori, merita di essere analiticamente evidenziata, perché contiene elementi nuovi, costitutivi di un nuovo modello di scambio, suscettibile di estensione a tutti i rapporti nei quali la fruizione della piattaforma comporta la circolazione dei dati personali, indipendentemente dal fatto che su stessa si realizzi o meno una transazione commerciale³².

Il modello di fruizione al quale la Direttiva guarda è dato dal variegato mondo dell'*accesso*, nel quale il consumatore acquista il diritto di utilizzare specifiche modalità tecniche – tipicamente lo *streaming* o il più semplice *download* o l'accesso ad un servizio di *cloud* – che gli permettono di fruire anche ripetutamente di una serie di dati in

³⁰ Si rinvia per tutti al recente volume di Barengi, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2020.

³¹ Per una valutazione complessiva della nuova Direttiva, si veda Cafaggi, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'attuazione del new deal*, in *Questione giustizia*, n. 2/2020, che si legge al link <https://www.questionegiustizia.it/articolo/rimedi-e-sanzioni-nella-tutela-del-consumatore-l-attuazione-del-new-deal>. Per una prospettiva più generale sul diritto dei consumi si vedano invece G. De Cristofaro, *Quarant'anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *Contratti*, 2019, 177; Pagliantini, *Il diritto privato europeo in trasformazione*, Torino, 2020.

³² Si rinvia fin d'ora a Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., pp. 113, 137 ss.; Addante, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust.civ.*, 2020, p. 889; e soprattutto Resta, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del Contratto* 2018, a cura di D'Angelo e Roppo, Torino, 2019, p. 125.



formato digitale. Alla stregua dell'art. 2, nn. 1 e 2, lett. a, b della Direttiva, il *contenuto digitale* è definito come (insieme di) dati prodotti e forniti in formato digitale (dunque: film, file musicali, giochi, libri elettronici o altre pubblicazioni elettroniche, software e applicazioni). Il *servizio digitale* è definibile invece come *attività*³³ che consente di “creare, trasformare, archiviare i dati o accedervi in formato digitale” (tipicamente il servizio di *cloud computing*); oppure come servizio che consente la “condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti del servizio...” (tipicamente i *social networks*).

Dal punto di vista delle figure contrattuali, l'art. 3 della Direttiva individua almeno due modelli contrattuali di fornitura.

Nel primo comma la fornitura di contenuti o servizi digitali è posta in relazione di corrispettività con il pagamento di un prezzo a carico del consumatore. Il modello è quello del contratto oneroso a prestazioni corrispettive, indipendentemente dal tipo al quale lo si possa ricondurre, e il pagamento del prezzo non richiede alcuna ulteriore giustificazione per i corrispondenti obblighi posti all'operatore economico in merito ai requisiti di conformità del prodotto. Il consumatore paga con moneta sonante il contenuto o servizio richiesto, ed ha diritto a riceverlo con tutti i requisiti di cui agli artt. 7, 8 e 9 della Direttiva.

Nel secondo comma, però, compare un altro modello di operazione economica, che la Direttiva fa ricadere nel suo ambito di applicazione ma non definisce “contratto” (come invece faceva nel comma 1), facendo piuttosto ricorso al generico termine “caso” in cui l'operatore economico fornisce contenuti o servizi digitali, ma il consumatore non paga un prezzo, bensì a sua volta “fornisce o si impegna a fornire” dati personali. Ciò che rende singolare questa definizione è la circostanza per cui le due *forniture* da parte dei due contraenti non sembrano poste in relazione formale di corrispettività, ragion per cui il contratto non si presenta né oneroso né a prestazioni corrispettive, bensì come “caso”, per l'appunto, in cui convergono la prestazione economica tecnicamente gratuita di contenuti o servizi digitali da parte dell'operatore economico, e in corrispondenza la fornitura di dati personali da parte del consumatore.

Ricordando al lettore che l'originaria formulazione della norma prevedeva che i dati personali fossero rilasciati quale prestazione corrispettiva, e che tale formulazione venne censurata dal parere del Garante Europeo della protezione dei dati personali (che ha ri-

³³ Secondo la nozione ufficiale di servizio di cui all'art. 4, n. 1, della Direttiva UE 2006/123 del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, agli effetti della quale è «servizio» qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione.



badito la natura tutta speciale dei dati personali, quali oggetto di un diritto fondamentale della persona, come tale non mercificabile)³⁴, sembra che i contratti oggetto della direttiva per i quali il consumatore *non* corrisponde un prezzo in denaro, si possano configurare secondo un duplice modello:

– forniture contrattuali *a titolo, o meglio a struttura gratuita* alle quali si affianca – *ma non in funzione corrispettiva* – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore mette a disposizione del fornitore suoi dati personali, suscettibili di trattamento e verosimilmente trattati in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali (come si desume dalla parte finale del paragrafo): per questi “casi” la Direttiva estende al fruitore gratuito del servizio la protezione del consumatore pagante, attribuendogli l’esercizio dei rimedi contro i difetti di conformità. Tale protezione, invero, non sarebbe stata estendibile in via analogica dalla fattispecie di contratto sinallagmatico di cui al 1° comma, ma richiedeva per l’appunto un’espressa previsione normativa, proprio in ragione della negata corrispettività fra fornitura del servizio e cessione del dato. In altre parole, la cessione di dati personali deve essere sempre protetta, perché i dati personali accedono ad un diritto fondamentale, e se la cessione avviene nel *contesto* di una transazione contrattuale, allora al consumatore titolare spetta una doppia tutela: quella che gli viene dal suo essere persona interessata al trattamento dei dati, e quella che si riconnette alla dimensione contrattuale nell’ambito della quale egli sta cedendo i dati ad un operatore economico che ne trae un vantaggio attraverso il trattamento.

– forniture contrattuali *del tutto gratuite*, nell’ambito delle quali i dati sono trattati esclusivamente ai fini della fornitura del servizio e mai per altri scopi diversi da quelli previsti: per questi contratti la protezione del consumatore rispetto ai difetti di conformità non si applica³⁵.

La negazione del carattere corrispettivo della cessione dei dati e la costruzione piuttosto di un modello contrattuale composto da due momenti negoziali diversi e distinti, sep-

³⁴ Il parere è reperibile nel sito ufficiale dell’Advisor europeo, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/opinions_en, e se ne trova una sintesi anche nella GU dell’Unione del 23 giugno 2017.

³⁵ Ciò che il testo originario esprimeva con maggior chiarezza, quando diceva che “La presente direttiva non si applica ai contenuti digitali forniti a fronte di una controprestazione non pecuniaria, nella misura in cui il fornitore chiede al consumatore di fornire dati personali il cui trattamento è strettamente necessario ai fini dell’esecuzione del contratto o del rispetto di obblighi di legge e il fornitore non li tratta ulteriormente in modo incompatibile con tale finalità. Analogamente, essa non si applica ad eventuali altri dati che il fornitore chiede al consumatore al fine di garantire che il contenuto digitale sia conforme a quanto stipulato nel contratto o di soddisfare obblighi di legge, e il fornitore non utilizza tali dati a fini commerciali”. (Art. 3, n. 4, Proposta COM (2015) 634 FINAL del 9 dicembre 2015).



pur *collegati* nel contesto di un'operazione economica unitaria³⁶, ha voluto probabilmente sottolineare non solo l'aspetto della doppia tutela, quella contrattuale e quella predisposta dal GDPR; ma ancor prima sancire la necessità di un doppio procedimento formale e di un *doppio consenso* da parte dell'utente del servizio. Innanzitutto il procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali); e poi il procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l'esplicazione analitica delle finalità del trattamento, sottoposto alle puntuali e rigorose regole del GDPR, come esattamente interpretate dalla più recente giurisprudenza)³⁷.

In altre parole, per un verso la Direttiva intende inquadrare la circolazione dei dati personali in un contesto contrattuale e di mercato; per altro verso, essa intende garantire sempre e comunque alla persona interessata dal trattamento il controllo del proprio patrimonio di dati, in quanto "contrattualizzati". Intento che appare perfettamente in linea con la ratio ultima del GDPR, se lo si riguarda non soltanto dal punto di vista difensivo dei diritti della persona, ma anche da quello della salvaguardia dell'iniziativa e degli interessi economici³⁸ riconducibili alle imprese che "lavorano" sui dati.

Ecco, in questa logica prende corpo il tema della tutela contrattuale per i difetti di conformità dei contenuti o servizi digitali erogati da un operatore economico ad un con-

³⁶ Sembra orientato in questo senso anche Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 689, qui citato da *De Jure*, p. 23, quando affronta il tema della qualificazione dei rapporti fra provider e consumatore, sottolineando peraltro come la cessione dei dati (nel senso che più avanti sarà chiarito) dia luogo comunque ad un sacrificio patrimoniale del consumatore, che non può non essere considerato nella ricostruzione dell'equilibrio normativo del contratto. Sul collegamento negoziale, come strumento per la comprensione del carattere oneroso o gratuito, e sulla necessità a tal fine della valutazione della cosiddetta causa in concreto, si vedano le osservazioni sintetiche ma efficaci di Andreotti, *La causa concreta nel giudizio di onerosità o gratuità*, nota a Cass., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, pp. 31, 39 ss.

³⁷ Sembra in fondo essere questo il senso da attribuire alla importante decisione di Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2018, p. 1775, con nota di commento di Zanovello, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*, p. 1778; sulla quale si vedano anche la nota di Thobani, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. It.*, 2019, p. 533; e il commento esaustivo di Bravo, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 34, 45 ss., esplicitamente nel senso del *doppio consenso*. Tutti questi contributi sono anteriori alla pubblicazione della Direttiva n. 770 del 2019 e lavorano esclusivamente sulle regole e sui principi del GDPR. Sul consenso al trattamento si veda, di recente, Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p. 67.

³⁸ Sul tema, Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018.



sumatore. Ed infatti, se l'operazione contrattuale è il veicolo per la circolazione dei dati personali del consumatore, e se a quest'ultimo deve essere garantito – per espressa disposizione della Direttiva – il diritto fondamentale a mantenere il controllo sulla circolazione dei suoi dati, ne dovrebbe conseguire che le prestazioni poste in capo all'operatore economico che si avvantaggia della disponibilità dei dati, e le “circostanze” che lo stesso deve *garantire*, sono *anche* quelle necessarie a soddisfare i diritti del consumatore a mantenere il controllo dei suoi dati, secondo quanto il GDPR dispone.

Il quesito concerne dunque il diritto del consumatore ad azionare i rimedi di cui all'art. 14 e ss. anche nel caso in cui le modalità di fornitura del contenuto o del servizio digitale non siano conformi alle prescrizioni del GDPR³⁹.

Sintetizzando al massimo le argomentazioni desumibili dalla Direttiva⁴⁰, si osserva quanto segue. Innanzitutto, il par.8 dell'art. 3 dispone che il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato nell'ambito dei contratti di fornitura oggetto della Direttiva, e prevale, in caso di conflitto, sulle disposizioni di quest'ultima. Sembrerebbe perciò contraddittorio non attribuire al consumatore che fornisce i dati i rimedi contrattuali anche quando sono violate le norme sugli standard di qualità del trattamento imposti al titolare. Ancora, l'art. 16, par.2, impone all'operatore economico il rispetto degli obblighi di cui al GDPR nel caso in cui il contratto di fornitura venga risolto; sicché sembrerebbe ancora una volta contraddittorio che il GDPR sia vincolante (soltanto) al momento della risoluzione del contratto e non con riguardo al suo contenuto precettivo e alle condizioni di qualità della fornitura quando questa comporta il trattamento dei dati personali.

Inoltre, l'art. 129 del Codice del consumo presenta al comma 2, lett. c, fra le cosiddette presunzioni di conformità, quella per cui i beni “*presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene...*”. Ebbene, la dottrina è d'accordo nel considerare rilevanti agli effetti del rilievo di un tal difetto di conformità anche le cosiddette irregolarità giuridiche, cioè la difformità delle caratteristiche e delle qualità del bene rispetto a quelle previste da norme imperative di origine pubblicistica⁴¹, quali le disposizioni del

³⁹ Sul punto si rinvia al nostro *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. Civile*, 2019, p. 499; Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., p. 160 ss.

⁴⁰ Vedile per esteso nel nostro contributo, *Prime osservazioni*, cit., p. 513 ss.

⁴¹ G. De Cristofaro, *Vendita di beni di consumo*, 2006, p. 13, reperibile on line nella pagina http://www.tv.camcom.gov.it/docs/Corsi/Atti/2006_12_15/De_Cristofaro.pdf; Zaccaria, G. De Cristofaro, *La*



GDPR dovrebbero qualificarsi. Non dovrebbe perciò suscitare molte obiezioni l'idea per la quale, nel caso che si esamina, il consumatore possa *ragionevolmente aspettarsi* un certo livello abituale di protezione dei suoi dati, del quale l'operatore deve rispondere nei suoi confronti.

In ragione di ciò, come della natura fondamentale del diritto cui accedono, gli obblighi di sicurezza, trasparenza, etc. imposti dal GDPR ai titolari di un trattamento diventano obbligazioni contrattuali nei confronti dei consumatori che entrano in rapporto con gli operatori attraverso i contratti regolati dalla direttiva n. 770. E ne deriva altresì che tali obbligazioni prendono la forma dei requisiti di conformità che il consumatore ha diritto di pretendere dal fornitore di contenuti o servizi digitali secondo le modalità di cui agli artt. 6-9, 14 e ss. della Direttiva n. 770, incluso dunque il diritto di azionare tutti i rimedi ivi previsti in caso di difetto di conformità (e non soltanto il diritto al risarcimento del danno).

La stessa soluzione andrebbe applicata anche ai contratti che hanno ad oggetto la fornitura di beni con elementi digitali, di cui alla Direttiva gemella 771/2019, quali *smart TV* con applicazioni video; *smartphone* o *smartwatch* con applicazioni digitali⁴². Viene in rilievo per tali casi la conformazione dell'elemento digitale incorporato nel bene mobile oggetto del contratto: se questo è in grado di raccogliere dati personali, di consentirne il successivo trattamento da parte di un titolare, anche mediante trasferimento dei dati presso *storage* di terzi, e a maggior ragione se poi ne viene consentito l'accesso ad ulteriori terzi, non si vede la ragione di negare, anzi si vede la necessità di applicare al contratto – per quanto occorresse – la disciplina di protezione dei dati in tutti i suoi aspetti, quelli legati alla raccolta del consenso e quelli legati alla fornitura di beni conformi anche a tutti i dispositivi di protezione previsti dal GDPR, la cui mancanza dovrebbe configurare un difetto oggettivo di conformità rimediabile con gli strumenti previsti dalla Direttiva⁴³.

vendita di beni di consumo. Commento agli artt. 1519-bis – 1519-nonies del codice civile, Padova, 2002, p. 40.

⁴² La definizione di questi beni è così formulata: “*qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene («beni con elementi digitali»)*” (art. 2, n. 5 lett. b, Direttiva n. 771; art. 2, n. 3, Direttiva n.770).

⁴³ La soluzione appare di particolare evidenza nei casi, sempre più frequenti, in cui beni con elementi digitali vengano venduti/forniti, ad esempio, nel contesto di impianti di domotica, e siano in grado perciò di rilevare abitudini e comportamenti dei consumatori che abitano la *domus*, oltre che di altri frequentatori, e di rielaborarli anche in funzione dell'erogazione adeguata dei servizi richiesti in base al contratto, o ancora in funzione delle modifiche di prestazione da progettare a seguito del *profiling* realizzato sui dati raccolti.



b) *I contratti peer to peer*

La disciplina appena sintetizzata circa i contratti di fornitura di beni o servizi da parte di un professionista nei confronti di un consumatore, i quali implicino a qualunque titolo la circolazione di dati personali del consumatore, suppone la ricorrenza nel fornitore della duplice qualità di professionista e di soggetto titolare del trattamento, circostanza che fa immediatamente scattare il meccanismo dell'integrazione automatica del contenuto del contratto con la disciplina di protezione dei dati personali.

Ciò che invece non può dirsi per i contratti *peer to peer* ospitati dalle piattaforme di condivisione, i quali si configurano come ordinari contratti di scambio, nell'ambito dei quali nessuno dei due contraenti può qualificarsi come professionista e nemmeno come consumatore, e per i quali dunque nemmeno possono configurarsi una situazione di asimmetria informativa, e tantomeno una messa a disposizione di propri dati personali in funzione – diretta o indiretta – di corrispettivo del bene o prestazione oggetto dello scambio⁴⁴. Ciò non significa, con ogni evidenza, che una circolazione di dati personali non vi sia: anzi, tutto al contrario, la circostanza per cui tali microscambi *person to person* avvengano sulla piattaforma comporta per definizione che tutti i dati personali di entrambi i contraenti vengano per così dire “esposti” e messi a disposizione di chi sia in grado di intercettarli. Primo fra tutti il gestore della piattaforma alla quale i due contraenti hanno fatto accesso, il quale è in grado di estrarre non solo i dati tecnici necessari per la conclusione e l'esecuzione del contratto, ma anche taluni dati personali dei quali si compone l'identità complessiva dei contraenti, e che vengono desunti dalle caratteristiche di ciò che si vende e dalle preferenze che lo scambio mette in luce, insieme con le motivazioni dello stesso che pure emergono dal fatto stesso di ricorrere a quel tipo di scambio. Una lettura che un algoritmo mediamente intelligente è certamente in grado di svolgere.

Su questo aspetto “collaterale” degli scambi *peer to peer* si dovrà tornare in seguito⁴⁵. Al momento, si vuol mettere in evidenza come il rapporto tra i due contraenti non sia riconducibile a nessuna delle discipline sviluppate dalla normativa consumeristica e nemmeno a quelle sull'e-commerce o a quelle del GDPR. Mancherebbe infatti il carattere professionale di almeno una delle parti, a sua volta legato allo svolgimento di un'attività

⁴⁴ Per l'analisi di questi contratti si rinvia al volume di Cocco, *I rapporti contrattuali nell'economia della condivisione*, cit. p. 123 ss.; nonché a D. Di Sabato, *La prassi contrattuale nella sharing economy*, in *Riv.dir. impr.*, 2016, p. 451; Quarta e Spoto, *Il diritto privato*, cit., p. 198 ss.

⁴⁵ Si veda, in particolare, l'ultimo paragrafo.



e/o ad una organizzazione di mezzi idonei all'esercizio di un'impresa e/o al trattamento dei dati personali. L'unica soluzione possibile, pertanto, è quella di sottoporre tali rapporti alla disciplina di diritto comune, sotto ogni profilo, da quello relativo alla qualificazione del contratto, a quello relativo a ciò che del diritto alla riservatezza può predicarsi nei rapporti tra privati, almeno per quanto concerne i dati dei quali i contraenti vengono reciprocamente a conoscenza.

Senonché, uno dei caratteri propri delle piattaforme di condivisione si esplica attraverso la capacità di attrazione continua degli utenti, resa possibile dall'azzeramento dei costi complessivi di accesso e dalla ben nota multiformità delle offerte e delle domande che permanentemente è possibile trovare. Ciò induce alla reiterazione dei comportamenti degli utenti, a sua volta favorita dai noti meccanismi di feed back e dalle sollecitazioni che la stessa piattaforma propone agli utenti ormai profilati; e conseguentemente anche all'affinamento eventuale della capacità di offrire prodotti e servizi, superando l'ocasionalità dell'offerta, e creandosi così zone ibride nelle quali l'utente non è più del tutto *person*, ma non diventa ancora prestatore professionale di servizi.

È questa una delle tematiche affrontate dalla citata Comunicazione della Commissione europea contenente un'Agenda per l'economia collaborativa, laddove si prende atto della circostanza per cui l'economia collaborativa "confonde" la linea di distinzione tra consumatori e imprese, e altresì del fatto che i singoli Stati membri adottano criteri diversi per distinguere tra servizi professionali e servizi tra pari. Di qui, una proposta interpretativa unitaria, intesa a proteggere gli utenti da eventuali professionisti camuffati da prestatori non professionali che cercano di eludere gli obblighi legati a tale status, e a favorire l'armonizzazione della disciplina applicabile a questi rapporti nel mercato unico digitale. Un test utile a stabilire se il prestatore del servizio sia un semplice privato o un professionista sarebbe allora quello della verifica di almeno tre elementi dell'attività di offerta: la frequenza della prestazione (che dovrebbe potersi valutare non occasionale); la finalità di lucro (rivelata dalla natura del corrispettivo richiesto, se pari ad un rimborso dei costi o palesemente lucrativo); e il volume degli affari (tanto più elevato, quanto più rilevante ai fini dell'individuazione di un professionista)⁴⁶.

Si colloca esattamente al versante opposto rispetto a quella or ora esaminata, la tematica posta da alcune piattaforme che più di altre manifestano un approccio solidaristico alle relazioni interpersonali, ad esempio quelle che propiziano incontri di ospitalità, de-

⁴⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2016) 356 final, cit., p. 5 ss.



stinati a fornire ai viaggiatori alloggi temporanei e spazi in condivisione, con l'appoggio dei quali condividere anche il tempo in compagnia di ospiti dei luoghi nei quali ci si ferma⁴⁷. La particolare natura della prestazione, unitamente ai valori che la community mostra di voler realizzare, hanno sollecitato il dubbio sulla natura non contrattuale di questi rapporti, un dubbio tuttavia che, almeno dal punto di vista del diritto italiano, non ha ragione di sussistere in quanto tale, atteso che, come per tutti i contratti, la verifica del carattere patrimoniale del rapporto, dell'intento di obbligarsi e della esistenza dello schema causale, indipendentemente dal valore patrimoniale veicolato, costituisce oggetto di una valutazione che sempre va fatta ai fini della appropriata regolazione del rapporto. Un elemento indicativo può derivare – oltre che dal contenuto degli accordi presi – dalla natura della piattaforma e dalla lettura dei termini d'uso che ne definiscono l'attività e stabiliscono le condizioni alle quali gli utenti possono a loro volta operare; ciò che può indurre o meno anche un certo affidamento circa la natura contrattuale del rapporto tra pari instaurato, e giustificare l'esercizio di pretese da parte dell'utente nei confronti del prestatore che opponesse invece il carattere di mera cortesia del rapporto. Tutte valutazioni, queste, che gli strumenti del codice civile consentono ancora di effettuare⁴⁸.

c) *I contratti di fornitura di beni o servizi peer to peer, ma diretti dal gestore della piattaforma*

Una variante della fornitura di beni o servizi nella piattaforma è quella rappresentata dalla Comunicazione della Commissione contenente un Agenda per l'economia collaborativa, con riferimento ai “*casi in cui le piattaforme di collaborazione possono essere considerate come prestatrici di altri servizi, in aggiunta a quelli della società dell'informazione che esse offrono in qualità di intermediario tra i prestatori dei servizi sottostanti e i loro utenti. In particolare, in determinate circostanze, una piattaforma può anche*

⁴⁷ Il modello più affermato è quello della piattaforma *Couchsurfing*, definita così: “*a service that connects members to a global community of travelers. Use Couchsurfing to find a place to stay or share your home and hometown with travelers*”. Ogni informazione nel sito: <https://about.couchsurfing.com/about/how-it-works/>.

⁴⁸ In argomento, Cocco, *I rapporti contrattuali*, cit., pp. 145, 148 ss., orientata comunque ad assegnare a questi rapporti rilevanza contrattuale, se non altro sul piano delle tutele attivabili nell'esecuzione del rapporto; più in generale si veda da ultimo Cappelli, *The legal qualification of collaborative platforms offering composite services. What consequences for consumer protection?*, in *European journal of privacy law and technologies*, 2020, al link http://www.ejplt.tatodpr.eu/Article/Archive/index_html?ida=216&idn=7&idi=-1&idu=-1.



*essere un prestatore del servizio sottostante (ad esempio un servizio di trasporto o di locazione a breve termine)*⁴⁹. L'interesse della Commissione per questi casi (venuti alla ribalta a proposito di due fra le più note piattaforme di intermediazione) si giustifica in ragione della circostanza per la quale la piattaforma che si limita ad erogare un servizio della società dell'informazione ai sensi della Direttiva 2000/31 gode dell'esenzione da qualsivoglia autorizzazione preventiva per i servizi ivi compresi ed opera dunque secondo il principio della libertà di accesso e del principio del paese d'origine (artt. 2-4). Ma l'esenzione non vale per i servizi non compresi dalla Direttiva in questione, e per i quali invece altra normativa richieda un'autorizzazione all'accesso o licenze amministrative di altro genere.

Da altro punto di vista, l'interesse della Commissione a definire caso per caso il perimetro all'interno del quale si svolge l'attività delle piattaforme deriva dallo speciale regime di responsabilità cui le stesse sono sottoposte per la memorizzazione delle informazioni, anche questa volta qualificato come di esenzione, in presenza delle condizioni previste dalla Direttiva 2000/31, per lo svolgimento dei servizi della società dell'informazione. La Direttiva prevede anche l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza per i servizi di hosting, quale misura incentivante sul presupposto che tale servizio veda la piattaforma svolgere comunque un ruolo meramente tecnico, e passivo nella creazione delle informazioni e dei contenuti memorizzati. Sicché, ove ciò non accadesse, e il ruolo della piattaforma cambiasse, l'esenzione dalla responsabilità per le informazioni memorizzate non si potrebbe estendere oltre la fornitura dei servizi di hosting in senso stretto. E ciò è quanto accade tutte le volte in cui le piattaforme svolgono, oltre che i servizi di hosting, anche *“una serie di altre attività collegate o ausiliarie, tra cui sistemi di valutazione e di recensione, sistemi di pagamento, servizi assicurativi, verifica dell'identità (spesso effettuata da un fornitore terzo)”*; *“oppure la piattaforma può fornire essa stessa il servizio sottostante offerto agli utenti”*⁵⁰.

A fronte di tale palese trasformazione del ruolo delle piattaforme e della influenza esercitata sull'attività professionale dei soggetti che per questo tramite forniscono beni o servizi agli utenti finali, la Commissione ha elaborato un test da applicare caso per caso per stabilire se la piattaforma possa considerarsi essa il soggetto prestatore del servizio sottostante, a dispetto del fatto che formalmente l'offerta di detto servizio proviene da

⁴⁹ Agenda europea per l'economia collaborativa, cit., p. 6; Quarta, Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 206 ss.

⁵⁰ Agenda europea per l'economia collaborativa, cit., p. 9.



altro soggetto, cioè dalla persona fisica che nel rapporto *peer to peer* si presenta in questo ruolo. Il lettore avrà compreso che si sta parlando dell'ormai celebre caso Uber, esattamente il modello di piattaforma nel quale la commistione dei ruoli fra i tre soggetti che danno vita al servizio di trasporto "tra pari" raggiunge un livello di complessità tale da interrogare diversi ambiti dell'ordinamento, da quello preposto alla regolazione dei servizi di trasporto, a quello della concorrenza, fino a quello relativo alla corretta posizione giuridica da assegnare ai *drivers*, gli autisti non professionisti sottoposti al controllo della piattaforma e ai provvedimenti che la stessa assume d'autorità, ad esempio sospendendo l'account, quando il gradimento dei clienti risulta inferiore agli standard di qualità fissati nelle condizioni d'uso della piattaforma⁵¹.

Il test elaborato dalla Commissione serve a verificare se vi sia, e a quale livello si ponga, un'attività di controllo e di influenza sul prestatore del servizio da parte della piattaforma, utilizzando i seguenti criteri: influenza determinante nella definizione del prezzo finale richiesto all'utente; predeterminazione di istruzioni vincolanti nei confronti del prestatore, tali da influire sul contenuto del contratto con l'utente; proprietà dei beni necessari per lo svolgimento del servizio. Il test non esclude che si utilizzino caso per caso altri criteri, per esempio la selezione dei prestatori del servizio sottostante, o l'esistenza di un rapporto di lavoro, circostanza che può assumere di fatto rilievo non secondario specie se i beni utilizzati per il servizio non appartengono alla piattaforma, venendo meno così uno degli indici di cui al test sopra indicato⁵².

Soltanto un cenno puramente informativo all'altro caso, che pure ha interrogato la

⁵¹ Il caso Uber è stato risolto dalla Corte di Giustizia, grande sez., 20 dicembre 2017, causa C-434/15, con la decisione per la quale "Un servizio d'intermediazione avente ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana, deve essere considerato indissolubilmente legato a un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di «servizi nel settore dei trasporti», ai sensi dell'art. 58, par. 1, TFUE. Un servizio siffatto deve, di conseguenza, essere escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 56 TFUE, della dir. n. 123/2006 CE e della dir. n. 31/2000 CE". Vedi la storica decisione in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1085, con nota di Turci, *Sulla natura dei servizi offerti dalle piattaforme digitali: il caso Uber*, p. 1088; e i commenti di G. Resta, *Uber di fronte alle Corti europee*, in *Dir. inf.*, 2017, 330; Zeno Zencovich, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in *Media Law*, 2019, III, p. 140 ss.; Balandi, *Concetti lavoristici impigliati nella rete*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 2018, p. 461. Utili indicazioni sul modello Uber e sulla "uberizzazione" della società, in Mostacci, Somma, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016; Rampazzo, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 957 ss.; Quarta, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2017, p. 554 ss.

⁵² Agenda europea per l'economia collaborativa, cit., p. 10 ss. In senso critico sull'impostazione della Commissione, esattamente su tale punto, Quarta e Smorto, *Il diritto privato*, cit., p. 207 e già p. 139 ss.



Corte di Giustizia, concernente l'attività della piattaforma Airbnb, il cui servizio di intermediazione tra potenziali locatori e locatari per alloggi di breve durata, fornito dietro retribuzione e con l'erogazione di prestazioni accessorie, è stato invece ritenuto dalla Corte come un normale servizio della società dell'informazione, non essendosi riscontrati quegli indici di influenza sul contenuto del contratto e sull'attività dei prestatori che invece il caso Uber aveva manifestato, e a dispetto della trasformazione provocata nell'assetto urbano delle grandi città ed in quello organizzativo dell'industria turistico-alberghiera⁵³.

7. – Le considerazioni precedenti hanno avuto ad oggetto i rapporti (definiti sottostanti) tra prestatore (professionale o meno) del servizio e fruitore costituiti per il tramite della piattaforma.

È giunto il momento di considerare adesso la posizione della piattaforma e la natura dei rapporti che essa stabilisce con i suoi fruitori, coloro i quali vi si iscrivono o vi accedono per offrire o domandare un servizio. È il tema della definizione giuridica dei caratteri di codesta intermediazione, cioè della ricostruzione dei servizi che la piattaforma offre, del ruolo che svolge – o meno – nella organizzazione dell'attività dei fruitori, della natura contrattuale o meno delle condizioni che essa pone unilateralmente per accedere ai servizi che offre, e senza i quali spesso gli scambi che in essa si svolgono non potrebbero svolgersi altrimenti.

Non si dispone di una disciplina unitaria delle piattaforme di intermediazione, sia per la diversità dei modelli organizzativi che la prassi ha rivelato, sia perché la costitutiva dimensione transnazionale e globale di questi soggetti ha obiettivamente ostacolato la messa in moto di un assetto regolativo in grado di superare le barriere geonormative e prima ancora di mettere a fuoco in maniera unitaria il tipo di problemi che la crescita a dismisura del fenomeno ha generato.

⁵³ CGUE, 19 dicembre 2019, C-390/18, sintetizzata in <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/cp190162it.pdf>; sulla quale vedi il commento di Inglese, *Affinità e divergenze fra le sentenze Elite Taxi e Airbnb Ireland*, in *Eurojus*, 2020, al link <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Sentenze-Elite-Taxi-e-Airbnb-Ireland-Marco-Inglese-.pdf>. Il presente lavoro non permette di entrare nel merito delle considerazioni che il fenomeno Airbnb ha generato nella cultura sociale delle città, specie negli Stati Uniti, ma anche in Europa. Basti a tal fine il rinvio al contributo di Gainsforth, *Airbnb città merce. Storie di resistenza alla gentrificazione digitale*, Roma, 2019, esempio di una copiosa letteratura di critica a questo modello di economia collaborativa, talvolta indicato con l'espressione "innovazione disruptive". Al proposito, vedi Basini, *Innovazione disruptive e limiti dell'azione di concorrenza sleale per violazione di norma pubblicistiche, dopo il caso Uber*, in *Resp. Civ. e previdenza*, 2018, pp. 1028, 1313, 1656 ss.



Va perciò dato atto all'Unione europea di aver negli ultimi anni inaugurato una più coraggiosa strategia regolativa, non ancora del tutto attuata, ma progettata comunque in un'ottica intesa a governare il potere di mercato assunto da soggetti pur sempre privati, ma divenuti poi detentori – nel contesto dell'economia digitale senza frontiere e *data driven* – di un potere di influenza e condizionamento che fa dubitare della efficienza regolativa dei paradigmi privatistici.

Una prima definizione delle piattaforme tecnologiche, quando ancora il linguaggio comune non utilizzava questo termine, è quella che si ritrova nella citata Direttiva sul commercio elettronico 2000/31 del giugno 2000, comunemente nota come Direttiva sul commercio elettronico. È qui che si formalizza la prima definizione dei “servizi della società dell'informazione”, identificati in relazione non tanto alle caratteristiche tipologiche del servizio fornito, quanto prevalentemente in relazione alle modalità di erogazione utilizzate, individuandosi tale servizio in quello “*prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi*”⁵⁴. Lo statuto privatistico di questi operatori è garantito da una serie di principi. La libera circolazione in tutti gli Stati membri corredata dall'assenza di autorizzazione preventiva; la piena parificazione dei contratti elettronici ai contratti ordinari; l'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni veicolate o memorizzate, e quindi un regime di sostanziale esonero dalla responsabilità – a certe condizioni – per il “mere conduit”, il “caching” e l’“hosting” (artt. 14-17); e infine un insieme di obblighi informativi da assolvere nei confronti di qualunque utente destinatario del servizio, concernenti l'identificazione del prestatore, le modalità di conclusione del contratto, le comunicazioni commerciali; fatti salvi gli ulteriori obblighi informativi nei confronti dei contraenti consumatori⁵⁵.

⁵⁴ Per questa definizione, vedi adesso l'art. 1, lett. b, Direttiva 2015/1535. Vi rientrano quasi tutti i servizi di più comune utilizzo, dai motori di ricerca, ai servizi di posta elettronica, stoccaggio dati, a quelli di intermediazione commerciale, alle vendite on line etc., ai social media.

⁵⁵ La prima considerazione della Direttiva da parte della letteratura si focalizzava innanzitutto sul tema della validità dei contratti conclusi tramite computer (vedi Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, cit., p. 158), e poi su quello – cruciale – della responsabilità degli operatori, i *services providers*, rispetto alle informazioni trasportate, avvertendosi che in entrambi i casi non v'era alternativa ad un'impostazione genuinamente liberale delle soluzioni tecniche da proporre, a fronte dell'auspicio circa lo sviluppo del mercato unico anche nella rete, con le necessarie garanzie del libero esercizio delle prerogative individuali anche in questo contesto. Ricordiamo, fra i molti contributi, quelli di Antonucci (a cura di), *E-commerce. La Direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001; De Nova, Delfini, *La Direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 693; Rossello, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, “soft law” e “lex mercatoria”*, Milano, 2006; E. Tosi, *Le responsabilità civili dei prestatori di servizi della società dell'informazione*, in *Resp. Civ.*, 2008, p.



Non è un caso che tale Direttiva sia nota come primo atto che regola il commercio elettronico. In essa effettivamente manca del tutto la dimensione trilatera nella quale ad oggi si realizzano le transazioni e i rapporti digitali: manca cioè l'esatta percezione delle piattaforme di intermediazione e del loro ruolo del tutto peculiare nella strutturazione delle relazioni sociali nel web. Un ruolo senza l'elucidazione del quale rimangono opache all'osservatore le tecniche normative attraverso le quali il gestore della piattaforma rende possibile l'accesso all'interfaccia e poi l'uso dei propri dispositivi (software e funzionalità operative in genere), mediante i quali l'operatore commerciale può offrire i propri beni o servizi al pubblico (nel rispetto degli obblighi eventualmente imposti per la conclusione di tali contratti finali) e l'acquirente può cercare il prodotto che gli serve e poi acquistarlo. In altre parole, ciò che rimane ancora in una zona d'ombra nella disciplina europea anteriore al più recente Regolamento del quale ora diremo, è quell'indispensabile attività di predisposizione unilaterale delle condizioni e dei termini d'uso della piattaforma, attività che nulla ha a che fare con il commercio elettronico, ma lo precede e lo rende possibile.

Alla stessa maniera, da altro punto di vista, l'approccio della Direttiva 2000/31 non è in grado di fotografare, né di includere nel proprio ambito regolativo, la rapidissima trasformazione delle piattaforme di fronte al fenomeno dei cc.dd. "contenuti generati dagli utenti" ovvero gli "user generated content". Il fenomeno è quello per il quale i fruitori del servizio di hosting producono e condividono una variegata mole di informazioni senza limiti, rispetto ai quali l'host svolge una funzione organizzativa fondamentale, non più meramente tecnica, ma di selezione, catalogazione, presentazione agli utenti anche per la mera visualizzazione, tale comunque da modificare radicalmente quella *neutralità* a partire dalla quale la Direttiva offriva il sistema di esenzione da responsabilità per i contenuti a vario titolo reputati "illegali"⁵⁶. Ad oggi, infatti, il tema della responsabilità dei

197; Pasquino, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003; Panetta, *Il ruolo dell'Internet service provider e i profili di responsabilità civile*, in *Resp. Civ. e previdenza*, 2019, p. 1017.

⁵⁶ Valga per tutti, al proposito, il riferimento al crescente conflitto tra *services providers* e utenti generato dal caricamento di testi protetti dal diritto d'autore, sulla conoscenza effettiva o meno dei quali si è introdotta – agli effetti della responsabilità – la distinzione tra provider passivo e provider attivo. Si veda sul punto quanto osservato da Simoni, *La responsabilità degli hosting provider quali prestatori "automatici, tecnici e passivi" della società dell'informazione*, in *Dir. industriale*, 2017, p. 455; Mansani, *Contenuti generati dagli utenti*, in *AIDA*, 2010, 244; Ricolfi, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, ibidem, 2011, p. 295; Cogo, *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti*, ibidem, p. 305; M. Colangelo, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 580, in commento a Corte Giust. UE, 24 novembre 2011, C-70/10 e 16



providers riceve impostazioni e soluzioni non uniformi, perfino negli USA, dove la Section 230 del Communications Decency Act dispone dal 1996 l'esenzione da responsabilità delle piattaforme per il carattere eventualmente illegale dei contenuti ospitati⁵⁷.

In sintesi, il contesto delineato dalla Direttiva sull'e-commerce lasciava agli hosting providers, trasformatisi rapidamente in gestori di piattaforme “omnibus” dedicate a organizzare non solo scambi di beni o servizi, ma anche la libera fruizione di contenuti e informazioni prodotti dagli utenti, oltre che da terzi, un regime di sostanziale immunità, sia sul piano della responsabilità per contenuti illegali; sia sul piano – che qui interessa maggiormente – del controllo dei loro comportamenti in relazione alla predisposizione unilaterale dei termini d'uso dei servizi erogati; nonché – almeno fino all'emanazione del GDPR e poi della Direttiva 770/2019 – sul piano del controllo di conformità della raccolta e successiva messa in circolazione dei dati personali degli utenti⁵⁸.

Il profilo dell'autonomia contrattuale dei provider, dunque, presenta una peculiare complessità, quantomeno a partire dal momento in cui il servizio offerto non è più meramente tecnico, nel senso or ora enunciato, e nel contempo le dimensioni dell'utenza raggiungono numeri forse inimmaginabili all'esordio della Direttiva E-commerce, e adesso rilevanti sul piano della contendibilità dei mercati in cui essi operano e della stessa influenza sui comportamenti sociali di massa. Per un verso, l'autonomia contrattuale appartiene a quel novero di principi irrinunciabili nel contesto regolativo dell'UE; per altro verso il suo esercizio in forma unilaterale e standardizzata verso folle crescenti di utenti e fruitori non può non sollecitare la riemersione – in forme nuove – di quei temi che già il fenomeno delle condizioni generali contratto aveva presentato al legislatore ai tempi della nascita del consumerism. Oltre che i menzionati temi legati all'incidenza che l'esercizio di tale autonomia determina sul godimento dei diritti fondamentali: da quelli intesi a garantire le libertà di espressione e di opinione, a quelli aventi ad oggetto il con-

febbraio 2012, C-360/10, ibidem, p. 571; R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. It.*, 2017, p. 632.

⁵⁷ Per i termini del dibattito odierno, si veda la decisione della Corte di Giustizia, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. C-18/18, in *Dir. industriale*, 2020, p. 281, con nota di Tosi, *Obblighi di filtraggio ex post di contenuti digitali illeciti equivalenti e responsabilità civile degli hosting provider*, p. 284, ed ivi altri riferimenti ancora sulla (nuova) figura del provider attivo. E nel diritto interno, Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, in *Dir. Industriale*, 2019, p. 353, con nota di Cassano, *La Cassazione civile si pronuncia sulla responsabilità dell'internet service provider*, p. 364.

⁵⁸ Popoli, *L'adeguamento dei social network sites al GDPR: un percorso non ancora ultimato*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2019, p. 1289; Id., *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci e ombre di una difficile convivenza*, ibidem, 2014, p. 981.



trollo dei propri dati personali. Ciò emerge anche da uno sguardo rapido dei termini d'uso imposti dalle più note piattaforme di intermediazione⁵⁹.

Proprio a partire dall'esame dei termini d'uso, per come la relativa prassi si è di fatto articolata da parte di gestori operanti in una dimensione globale, uno studio recente ha affrontato analiticamente e con approccio comparativo un tema specifico che merita di essere menzionato e che apre prospettive analitiche tutt'altro che secondarie. È il tema della qualificabilità del rapporto che si istituisce tra il gestore della piattaforma e il fruitore che ne accetta i termini d'uso alla stregua di un rapporto contrattuale vero e proprio, dal quale muovere diritti e pretese. Un dubbio sollecitato dalle modalità con le quali la prassi delle piattaforme cosiddette di uso pubblico (aperte a tutti) raccoglie o meno l'accettazione formale dei termini d'uso da parte del fruitore, tutte le volte in cui tale accettazione non possa inequivocabilmente desumersi da un gesto dichiarativo equiparabile ad una dichiarazione intenzionale (come il click sul pulsante predisposto), ma viene invece desunta dal semplice uso del sito, dal fatto stesso di aver effettuato un accesso e di muovere dall'home page del sito verso altre pagine, alcune delle quali rendono conoscibili i termini d'uso della piattaforma⁶⁰.

In questo secondo caso, l'unico appiglio alla qualificazione del rapporto come contratto sarebbe quello che richiama la conclusione mediante comportamento concludente, soluzione che viene tuttavia contestata sull'argomento della non inequivocabilità dell'atto di accesso all'home page e dell'inizio della navigazione, come pure dell'assenza di

⁵⁹ Si rinvia per tutti all'accurata indagine svolta da Quarta, *Mercati senza scambi*, cit., pp. 161, 187 ss., che offre una sintesi ragionata dei gruppi di regole più comunemente adottate dai gestori, che includono istruzioni e informative, diritti e obblighi dei fruitori, esoneri da responsabilità, limitazioni d'uso, diritti unilaterali di modifica, e tutto quanto utile a garantire sia la protezione dei contenuti organizzati dalla piattaforma in quanto tali, sia la massima libertà di organizzazione del servizio e la possibilità di reazioni unilaterali a comportamenti degli utenti difformi dalle condizioni d'uso. Tipica in tal senso la problematica della sospensione dell'account, a cavallo fra recesso del gestore e clausola risolutiva espressa, sulla quale vedi Scorza, *La sospensione e il blocco degli account nei servizi della società dell'informazione*, in *Corriere del merito*, 2011, p. 42; Cimino, *Sospensione ingiustificata dell'account di vendita e inadempimento di E-bay*, in *Contratti*, 2011, p. 352; Quarta, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso Casapound tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti*, in *Danno e responsabilità*, 2020, p. 489; Petruso, *Responsabilità delle piattaforme on line, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2018, p. 511.

⁶⁰ Il riferimento è ancora allo studio di Quarta, *Contratti senza scambio*, cit., p. 200 ss. Si veda anche Quarta, Smorto, *Diritto privato*, cit. pp.182, 187 ss. La questione indicata nel testo nasce dalla distinzione che l'A. sviluppa, tra siti con contenuti privati, ai quali si accede mediante una procedura che comporta la manifestazione di un assenso virtuale alle condizioni d'uso (registrazione, click su casella); e siti con contenuti pubblici, cui si accede direttamente attraverso l'inizio della navigazione, senza selezionare alcuna casella: *op. cit.*, pp. 210, 213, 299, 302 ss.



una prassi consolidata che assegni a quell'atto un valore negoziale. Circostanza che è posta alla base anche del rifiuto della possibilità di considerare vincolate le parti sul presupposto di un rapporto contrattuale di fatto⁶¹.

Se così fosse, la posizione dell'utente navigatore, che ha effettuato l'accesso e si limita all'esplorazione del sito pubblico, acquisendo informazioni (e rilasciandone altrettante) registrerebbe un pericoloso vuoto di tutela a fronte di tutti i comportamenti che il gestore mette in atto, sulla base dei poteri unilaterali di esclusione dal servizio o di sospensione dello stesso, o di modifica delle condizioni di fruizione previsti dai termini d'uso. Insomma, comportamenti espressivi di un potere che – in prospettiva contrattuale – senza dubbio rientrerebbero nel novero delle clausole vessatorie, inefficaci o nulle a seconda dello status del navigatore, ma comunque in una qualche maniera censurabili dal giudice; e che invece, al di fuori del perimetro contrattuale, resterebbero consegnati al puro arbitrio del gestore. A fronte di ciò, un'ipotesi alternativa alla lettura in chiave contrattuale dei termini d'uso propone l'adozione di un diverso schema disciplinare e di tutela, individuato nell'esercizio di un potere che non necessariamente occorre fondare sulla titolarità di una situazione giuridica contrattuale, ma che graviterebbe piuttosto nell'ambito di un fenomeno di tipo possessorio, sindacabile nel suo irragionevole esercizio attraverso lo strumento dell'abuso del diritto⁶².

Si è voluto sintetizzare questa non comune ipotesi interpretativa per mettere in luce, indipendentemente dalla condivisione del risultato finale, la difficoltà di sistemare le complesse relazioni che si strutturano oggi nei mercati digitali semplicemente trasponendo schemi e istituti del diritto contrattuale comune (come in fondo ancora fa la Direttiva sul commercio elettronico), vincolati nella loro applicazione quantomeno alle dinamiche del consenso, quale requisito minimo di esistenza del contratto non sempre riscontrabile nelle prassi offerte dai rapporti del mercato digitale.

Prima di esprimere una più critica valutazione della tesi or ora riferita, è però necessario andare avanti nella disamina della normativa europea e analizzare le più recenti disposizioni introdotte dal Regolamento 2019/1150 (UE), del 20 giugno 2019⁶³, significativamente intitolato alla promozione di “equità e trasparenza per gli utenti commerciali

⁶¹ Quarta, *Contratti senza scambio*, cit., pp. 282, 292 ss.

⁶² Questa è la soluzione interpretativa finale che Quarta propone a seguito di un'analisi approfondita dei testi e dello svolgimento di una serie di argomentazioni sul valore giuridico dei termini d'uso come dichiarazioni non negoziali: *op. ult. cit.*, p. 365, 368 ss.

⁶³ Lo si legge nella pagina <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32019R1150>.



dei servizi di intermediazione online”. Un atto che sembra peraltro risolvere, almeno da un versante, il problema da ultimo affrontato⁶⁴.

8. – Il primo dato da registrare concerne la ridefinizione delle piattaforme come “servizi di intermediazione on line”, rientranti nella più ampia categoria dei servizi della società dell’informazione, ma connotati dal consentire “agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l’obiettivo di facilitare l’avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori”, compito da svolgere in base a rapporti contrattuali (art. 2, punto 2, lett. a, b, c). Ad essi sono affiancati espressamente i motori di ricerca on line, definiti come “un servizio digitale che consente all’utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web ... sulla base di una interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato...”. Il regolamento si applica esclusivamente ai rapporti tra i gestori dei servizi e gli utenti commerciali, i quali “offrono i loro beni o servizi a consumatori nell’Unione”: dunque commercio elettronico, *store* di applicazioni, servizi di social media in cui sono attivi utenti commerciali e consumatori, ma non si applica ai mercati *on line peer to peer*, né a quelli *business to business*, nei quali non entrano in gioco i consumatori. Per la regolazione di questi mercati bisogna ancora attendere il *Digital service Act* e il regolamento gemello, il *Digital Market Act*, ancora in fase di elaborazione da parte dell’Unione europea.

L’art. 2, n. 2, lett. c) del Regolamento individua i servizi di intermediazione on line anche in base alla circostanza per cui essi sono forniti per il tramite di *rapporti contrattuali* con gli utenti commerciali, mentre il n. 10 dell’art. 2 definisce i termini d’uso delle piattaforme, chiamandoli “*termini e condizioni*” (indipendentemente dal titolo o dalla forma), caratterizzandoli per essere “*determinati unilateralmente*” dal fornitore del servizio, e specificando che l’unilateralità della determinazione consegue ad una valutazione complessiva, in seno alla quale eventuali circostanze di negoziazione fra le parti non sono determinanti.

Queste precisazioni, apparentemente superflue, rappresentano una prima risposta al tema affrontato nel precedente paragrafo, sebbene nell’ambito dei rapporti tra piattaforme e utenti commerciali che trattano nei mercati del consumo: i rapporti tra tali soggetti

⁶⁴ Per i primi commenti si veda Foltran, *Professionisti, consumatori e piattaforme on line: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in *Media law*, 2019, p. 162.



non si collocano in una terra di nessuno, sono rapporti contrattuali, e non possono che essere tali nella visione del legislatore europeo, risultando assai difficile ipotizzare che il riferimento alla base contrattuale del rapporto nella lett. c menzionata sia un elemento meramente descrittivo della fattispecie regolata, piuttosto che un elemento prescrittivo imperativo, che non ammette che l'attività disciplinata dal regolamento possa svolgersi su una base diversa da quella contrattuale.

Ciò posto, l'approccio regolativo è ben noto al giurista. Nel rispetto del diritto civile nazionale, i fornitori di servizi di intermediazione on line sono sottoposti a consistenti obblighi informativi e di *disclosure* intesi a rendere facilmente conoscibili i termini d'uso della piattaforma, ad informare preventivamente delle modalità attraverso le quali il fornitore potrà sospendere o limitare i servizi, come pure dell'eventuale attività di distribuzione commerciale svolta dalla piattaforma in concorrenza con gli utenti che in essa operano. Analogamente, la facoltà di modificare unilateralmente termini e condizioni – con effetto mai retroattivo (art. 8) – non è negata, ma è regolata attraverso l'obbligo di un preavviso ragionevole e proporzionato alle esigenze di eventuale adeguamento dell'utente, al quale comunque è attribuito il diritto di risolvere il contratto, oltre che quello di aprire un contraddittorio nell'ambito del processo interno di gestione dei reclami (artt. 3, 4 e 11).

Non occorre entrare nei dettagli di questa disciplina, che adotta tutti gli strumenti rimediali già utilizzati e collaudati nel diritto dei consumi, come in tutti gli altri ambiti di relazioni contrattuali asimmetriche, accompagnati dalla sanzione della nullità delle clausole poste in violazione delle prescrizioni di cui ai par.1 e 2 dell'art. 3⁶⁵.

Presenta elementi di novità, invece, collegati alla percezione di comportamenti peculiari delle piattaforme di intermediazione e dei motori di ricerca, la previsione di cui all'art. 5, relativa al cosiddetto “posizionamento”, già definito nel precedente art. 2 e ancora nei considerando con riguardo al risultato che un motore di ricerca restituisce nella classificazione offerta al pubblico dell'utente e dei suoi prodotti o servizi, con riferimento alla rilevanza “risultante dall'utilizzo di meccanismi algoritmici di ordinamento in sequenza, valutazione o recensione, dalla messa in evidenza visiva o da altri stru-

⁶⁵ In argomento, di recente, Martinelli, *The vulnerable business user: the asymmetric relationship between the business user and the platform*, in *European journal of privacy law and technologies*, 2020, al link http://www.ejpl.tatodpr.eu/Article/Archive/index_html?ida=220&idn=7&idi=-1&idu=-1; indicazioni anche in Quarta, Smorto, *Diritto privato*, cit., p. 195. Una sintesi del regolamento anche in <https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/piattaforme-online-le-nuove-regole-ue-per-gli-utenti-commerciali/>.



menti di messa in rilievo, o da una combinazione tra questi” (considerando 24)⁶⁶. Anche qui, per prevenire situazioni di dipendenza o di opacità nella gestione delle sequenze di presentazione nei motori di ricerca, si impongono obblighi di *disclosure* dei parametri utilizzati, inclusa la possibilità di offrire un corrispettivo per influire sul posizionamento; e obblighi di semplificazione del linguaggio e di comunicazione di eventuali segnalazioni che possono provocare una modifica *in peius* del precedente posizionamento.

Ugualmente nuove sono poi le previsioni relative all’accesso ai dati che si generano a seguito dello svolgimento delle transazioni commerciali (art. 9). Nei termini e condizioni d’uso la piattaforma deve inserire anche regole relative all’accesso a tali dati, reciprocamente da parte degli utenti e da parte dei fornitori medesimi sui dati che li riguardano e sui dati forniti dai consumatori in occasione della fruizione dei servizi della piattaforma. Ugualmente va esplicitata la possibilità di cessione o condivisione di tali dati con soggetti terzi, con indicazione del relativo scopo qualora la cessione non sia necessaria per il corretto funzionamento dei servizi svolti dalla piattaforma.

È abbastanza ovvio che il contenuto di tali regole, come di tutte le altre inserite nei termini d’uso delle piattaforme, resta affidato alla discrezionalità del fornitore dei servizi ed al calcolo dei suoi interessi, limitandosi il regolamento ad applicare a tale problematica un approccio regolatorio minimale, fondato sulla prevedibilità, la trasparenza e la garanzia di svariati diritti di “spiegazione” che costringono le piattaforme a giocare a carte scoperte, ma non a misurare nel merito la loro strategia di marketing su parametri esterni di riferimento. D’altra parte, lo stesso Regolamento chiarisce all’art. 1, parr.4 e 5, che la

⁶⁶ Per la comprensione dei meccanismi di posizionamento si suggerisce la lettura delle indicazioni contenute in queste pagine: <https://developers.google.com/search/docs/beginner/seo-starter-guide?hl=it>, sulla ottimizzazione dei motori di ricerca nell’esperienza di Google. Il posizionamento delle stringhe assume rilevanza non solo economica, nell’orientamento delle scelte dei consumatori (vedi Ricolfi, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*, in *Giur. It.*, 2010, p. 1603), ma anche politica, come rilevato da Borrello, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra motori di ricerca e pluralismo informativo*, in *Medialaws*, 2017, p. 68. Eppure il Tribunale Milano, con decisione del 23 Marzo 2013, aveva affermato che “i termini visualizzati dagli utenti sulla stringa di ricerca attraverso la funzionalità *Autocomplete*, ovvero in fondo alla pagina di ricerca nella sezione Ricerche Correlate, non costituiscono un archivio, né sono strutturati, organizzati o influenzati da Google che, tramite un software automatico, si limita ad analizzarne la popolarità e a rilasciarli sulla base di un algoritmo [...] trattasi di servizi della c.d. attività di “caching” svolta da Google al fine di facilitare, a loro richiesta, l’accesso ad altri destinatari di informazioni fornite da destinatari del servizio, senza che il prestatore del servizio, nella specie Google, sia responsabile del contenuto di tali informazioni a norma dell’art. 15 cit. D.Lgs” (*Medialaws*, 2013, leggibile al link <http://www.medialaws.eu/tribunale-di-milano-google-e-un-caching-provider-anche-con-la-funzione-autocomplete/>).



disciplina introdotta non pregiudica l'applicazione dei diritti nazionali nelle materie da esso non comprese, e nemmeno l'applicazione del diritto dell'Unione nelle materie coinvolte, prima fra tutte quella della protezione dei dati personali. Questa norma, usuale in tutti gli atti normativi dell'Unione, non ha una funzione meramente burocratica, né soltanto giustificativa dell'intervento sotto il profilo dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Essa piuttosto conferma quanto sistematicamente desumibile già in via interpretativa in merito al valore della disciplina di protezione dei dati personali: in quanto strumentale alla protezione di diritti fondamentali della persona, essa si applica automaticamente a tutti i rapporti che su qualunque base legittima vengano a costituirsi tra un titolare del trattamento e un interessato. E tale primazia non è inficiata dalla circostanza per la quale – come si evince dallo stesso GDPR – l'Unione europea considera la circolazione dei dati personali oggetto di un'attività economica protetta dai principi di libertà del Trattato: libera, dunque, ma limitata e conformata dal sistema di protezione dei dati personali in un contesto di reciproco bilanciamento⁶⁷.

Ritornando, in chiusura, al tema dal quale si era partiti, l'approccio di questo primo Regolamento dell'attività delle piattaforme di intermediazione non deve stupire. La logica seguita dall'Unione europea risponde a principi – quelli dei Trattati evidentemente – dai quali consegue una strategia di regolazione dei mercati coerente. A partire dal principio della libertà di circolazione e di stabilimento, attraverso quello di garanzia di un mercato efficiente e trasparente e del conseguente contrasto delle pratiche anticompetitive e opportunistiche, specie se foriere di asimmetrie informative nei confronti dei soggetti che le subiscono (dai consumatori, alle imprese di piccole e medie dimensioni), nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, il modello regolatorio europeo⁶⁸ assume la trasparenza degli atti e delle condotte di mercato come regola generalissima, suscettibile delle più varie declinazioni, che presidia l'utilizzo del contratto libero e consapevole come strumento anch'esso generalissimo e privilegiato di composizione degli interessi privati. Contestualmente, al diritto antitrust classico è affidato il compito di vigilare sulla formazione di aggregati imprenditoriali di potere economico la cui espansione mettereb-

⁶⁷ Messina, *Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent*, in *Medialaws*, 2019, p. 159; Garzonio, *Responsabilità degli ISP rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali con finalità di comunicazione politica: applicabilità del GDPR alle piattaforme social*, ibidem, 2019, p. 190.

⁶⁸ Indicazioni sull'evoluzione di questo modello nel recentissimo contributo di Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Regolazione dei mercati*, 2020, 230; ma si veda anche Natoli, *Il diritto privato regolatorio*, ibidem, p. 134.



be a rischio la tenuta del mercato unico come luogo e modello di circolazione contrattuale della ricchezza, e la capacità di resistenza dei diritti fondamentali.

I problemi che un tale assetto organizzativo propone, ove applicato anche al mercato digitale nella struttura che qui si è cercato di delineare, si collocano – per così dire – a monte e a valle dello stesso. A monte, perché il disegno regolatorio non può non tenere conto del fatto che le imprese digitali operano di default su scala globale, sfidando i caratteri pur sempre territorializzati delle autorità normative, nessuna delle quali riesce a contenere nel suo ambito di competenza l'intero spettro delle attività di queste imprese. A valle, perché l'efficienza degli strumenti regolatori messi in campo in uno specchio per quanto ampio del mercato globale sarà sempre relativa rispetto all'obiettivo di un ragionevole controllo del potere espresso da tali soggetti, pur sempre dotati – come si diceva – di uno statuto privatistico.

In questo scenario, il Regolamento in esame rappresenta un affinamento delle consuete tecniche di regolazione, che ha comunque il merito di aver portato alla luce in maniera definitiva il ruolo degli intermediari dei mercati digitali, con la conseguente triangolazione dei rapporti di servizio e di scambio, protagonisti di una trasformazione non solo nominale rispetto alla configurazione dei tradizionali fornitori di servizi della società dell'informazione, articolata sulla distinzione fra *access*, *cache* e *host providers*, non più sufficiente a far emergere la complessità della gestione delle piattaforme. Ciò che invece si è potuto desumere dallo scorrere della disciplina del regolamento lungo alcuni dei punti critici rivelati dalla prassi della predisposizione unilaterale dei termini d'uso, seppur con riguardo solo al rapporto con gli operatori commerciali. Dal tema generale della *disclosure*, alla procedimentalizzazione dei possibili contrasti interni in materia di modifica dei termini, eventuale sospensione del servizio, diverso posizionamento e accesso ai dati, fino alla previsione di un sistema di gestione dei reclami interni e di mediazione delle controversie⁶⁹, il regolamento coglie la complessità dell'attività della piattaforma anche con riferimento a possibili interventi nella gestione degli scambi effettuati dall'operatore (offerta ai consumatori di prodotti e servizi accessori, eventuale trattamento differenziato dei prodotti o servizi offerti ai consumatori, etc.).

⁶⁹ Vedi le previsioni di cui agli artt. 11 e 12 del regolamento, mediante i quali gli operatori commerciali possono gratuitamente accedere ad una procedura di reclamo contro presunti inadempimenti del fornitore, oppure contro comportamenti del prestatore che si riverberano sull'efficienza del servizio, o a seguito di problemi tecnologici. Il reclamante ha diritto ad una risposta rapida e – se necessario – di accedere ad un sistema di ODR.



Resta il vuoto della mancata regolamentazione del rapporto tra piattaforma e fruitore quando quest'ultimo non è un operatore commerciale, ma un consumatore o semplice fruitore, o un soggetto che promuove uno scambio *peer to peer*.

Ma per questi casi, una suggestione diversa da quella che rinvia all'applicazione del diritto comune integrata dalla disciplina imperativa che viene in causa volta per volta (specie quella di cui al DGPR), può forse ricavarci dai due Regolamenti ai quali l'UE ha affidato l'introduzione di una sorta di Statuto generale del mercato digitale, e che adesso occorre menzionare, pur se l'iter di perfezionamento di questi atti non si è ancora compiuto.

9. – Il *Digital services Act*, denominato “legge sui servizi digitali”, interviene a modifica della Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, della quale comunque intende conservare i principi fondamentali, specie in merito alla (ir)responsabilità delle piattaforme circa la moderazione dei contenuti memorizzati e ospitati; riconoscendo comunque l'inadeguatezza della disciplina⁷⁰ sia con riferimento al problema del controllo dei contenuti illegali, sia con riferimento alla trasformazione del ruolo delle piattaforme come fin qui indicato⁷¹.

Il primo dato da registrare, dunque, è la definizione della piattaforma di intermediazione, non più limitata a quelle che agevolano le transazioni commerciali da parte di un professionista verso un consumatore, ma definitivamente allargata a qualunque “*prestatore di servizi di hosting che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde al pubblico informazioni*”, mentre il servizio di intermediazione è ridefinito con

⁷⁰ Vedi ancora sul punto Tosi, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet service provider passivo e attivo*, in *Dir. industriale*, 2019, p. 590, che riorganizza infine la responsabilità del provider intorno all'interferenza tra disciplina del commercio elettronico e disciplina di protezione dei dati personali. Ugualmente si legge in Pacini, *Diritto all'informazione e diritto alla riservatezza nell'era di Internet*, in *Giornale di dir. ammin.*, 2020, p. 59, sull'obbligo dei motori di ricerca di accogliere le richieste di deindicizzazione riguardanti link che ci tengono dati personali; Bugiolacchi, *Quale responsabilità per i motori di ricerca in caso di mancata deindicizzazione su legittima richiesta dell'interessato?*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2016, p. 571; Martinelli, *Data protection e contratto nei data driven business model*, in *Medialaws*, 2020, p. 63.

⁷¹ La proposta e le relative illustrazioni si leggono qui: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>. Un primo approccio al nuovo prossimo Atto europeo si trova in Aria, *L'attività delle piattaforme tra DSA e Direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in *Medialaws*, 2021, leggibile nella pagina <http://www.medialaws.eu/lattivita-delle-piattaforme-tra-dsa-e-direttiva-smav-la-frontiera-di-una-nuova-regolazione/>.



riguardo alle tre classiche funzioni di trasporto e memorizzazione di dati già individuate dalla Direttiva sul commercio elettronico (art. 2, lett. f, h).

La lett. q definisce infine le “condizioni generali” come “*tutte le condizioni, le modalità o le specifiche, comunque denominate e indipendentemente dalla loro forma, che disciplinano il rapporto contrattuale tra il prestatore e il destinatario dei servizi intermediari*”, quest’ultimo individuato come “*qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza il servizio intermediario in questione*” (lett. b).

Si è voluto mettere in risalto il carattere astratto e generale di queste definizioni, rispetto a quelle già menzionate nel Regolamento 2019/1150, per valorizzare la nuova strategia regolativa dell’UE, intesa non più a governare soltanto il mercato tradizionale degli scambi di beni e servizi, diretti o intermediati, ma a comprendere – disvelandolo – l’insieme delle relazioni che si sviluppano intorno e in ragione della *predisposizione di informazioni e contenuti di qualunque natura destinati al pubblico*, resa possibile dalle piattaforme a richiesta di qualunque destinatario dei loro servizi di hosting. Nessuna esenzione da questa disciplina, dunque, per nessuna piattaforma di intermediazione, quale che sia l’oggetto dell’attività di hosting svolta o intermediata, per lo meno quando la stessa sia definibile come attività principale (non accessoria né marginale); anzi, tutto al contrario, un rafforzamento dell’impianto regolatorio per quelle piattaforme che rivelino una posizione di mercato maggiormente significativa.

Ed infatti – ed è questo un secondo elemento di novità – l’aver alzato lo sguardo sul complesso fenomeno dell’intermediazione digitale ha permesso al legislatore UE di vedere e cogliere l’importanza delle dimensioni e dell’impatto che le piattaforme possono raggiungere. Ed è così che nell’art. 25 appaiono le piattaforme “di dimensioni molto grandi”, individuate in quelle che raggiungono “*un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell’Unione pari o superiore a 45 milioni*”, e per le quali si prevede che debbano individuare, analizzare e valutare “*rischi sistemici significativi derivanti dal funzionamento e dall’uso dei loro servizi nell’Unione*”. Mentre nel Regolamento gemello intitolato “Digital market Act” appaiono le piattaforme “*gatekeeper*”, i guardiani dell’accesso, soggetti “di grandi dimensioni”, arroccati in una posizione di mercato tale da determinare un serio difetto di ingresso e dunque di contendibilità di quel mercato: un problema da affrontare in una logica tipicamente antitrust⁷².

⁷² Per un primo commento sulle due proposte di regolamento si veda Ruotolo, *Digital services act e Digital market act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, che si legge qui: <http://www.sidiblog.org/2021/03/29/>.



Ciò posto, la disciplina del *Digital services Act* che adesso si esporrà in via essenziale e sintetica dovrebbe coprire tutte le relazioni verticali stabilite tra piattaforma e fruitori del servizio che non siano oggetto di altri atti normativi, come del resto chiarito dal par.5 dell'art. 1, che elenca gli atti normativi non pregiudicati dal nuovo Regolamento. Essa si concentra sulla questione della gestione dei contenuti e disciplina assai analiticamente i poteri delle piattaforme sia di agire sui contenuti illegali, che di reagire con proprie decisioni alla ritenuta incompatibilità dei contenuti forniti dal destinatario con la propria policy. Un tema, questo, denso di implicazioni e tale da incidere non solo sugli interessi economici dei fruitori, ma sui diritti di accesso e di espressione, specie se i contenuti rappresentano manifestazioni del pensiero.

Si tratta certamente di una delle manifestazioni più tipiche del potere di controllo delle piattaforme, spesso reso opaco nel suo esercizio dalla supremazia tecnologica di cui esse dispongono, come pure dall'allentamento delle garanzie individuali generato dall'ambiguità di fondo delle relazioni instaurate con il pubblico dei fruitori. Una folla di destinatari del servizio nonché *users* senza tregua delle svariate funzionalità offerte, fronteggiata da un soggetto accentrato, detentore dell'accesso e di tutti i poteri di policy e di organizzazione dei servizi che la disponibilità tecnica gli consente di svolgere. Una situazione che conferisce alle piattaforme più grandi una sorta di autorità di fatto che stride con il loro statuto privatistico, e che chiama in causa una visione regolatoria più coerente con l'idea – meglio sarebbe dire con la constatazione – che l'attività di tali soggetti si rivela potenzialmente capace di condizionare comportamenti e produrre effetti rilevanti anche sul piano pubblicistico e istituzionale⁷³.

Tecnicamente, l'articolato procede secondo la metodologia degli obblighi crescenti, aggiungendo blocchi di norme a quelle precedenti, a seconda del servizio prestato e delle dimensioni dell'intermediario.

Confermato il regime di esenzione condizionata dalla responsabilità, un primo gruppo di norme stabilisce gli obblighi di “diligenza” applicabili a tutti i prestatori di servizi in

⁷³ Vedi *supra*, nota 26, e *adde*, con spunti interessanti, Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in *Media-laws*, 2018, p. 39; G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica. Decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, pp. 199, 211, 233 ss., con alcune proposte che si trovano adesso negli Acts elaborati dalla Commissione e nei più recenti provvedimenti europei, dall'enforcement della trasparenza e dell'accountability per i players, alla creazione di una Autorità di vigilanza nel settore digitale, al rafforzamento delle tutele di classe. Ma non è fuor di luogo il richiamo di un noto studio di C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli 1977, che a fronte di fenomeni di potere di fatto non paragonabili a quelli messi in campo dall'economia digitale, elaborava una categoria che comunque metteva già in discussione la tradizionale separazione tra pubblico e privato. Il processo di evoluzione delle piattaforme in tal senso è invece ben ricostruito da Quarta, *Mercati senza scambi*, cit., p. 29 ss.



funzione della trasparenza e sicurezza dell'ambiente digitale. Tornano in campo le "condizioni generali", oggetto della disciplina regolatoria, per la quale esse devono contenere "tra l'altro le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana. Sono redatte in un linguaggio chiaro e privo di ambiguità e sono disponibili al pubblico in un formato facilmente accessibile" (art. 2, lett. q; art. 12). Altri obblighi riguardano la trasparenza nella comunicazione di eventuali provvedimenti di rimozione dei contenuti illegali o contrari ai termini d'uso della piattaforma, ovvero la decisione di disabilitare l'accesso (Capo III, Sez. 1, artt. 10-13).

Per le piattaforme di *hosting*, in particolare, si aggiunge la regolazione di un meccanismo di notifica dei contenuti illegali da parte di terzi interessati, e del conseguente dialogo motivato che la piattaforma deve aprire in contraddittorio con il destinatario del servizio, se ritiene di dover prendere provvedimenti che incidono sul servizio o addirittura comportano la disabilitazione dell'accesso. Sono dovute "spiegazioni" sui fatti e sulle circostanze, nonché sull'adozione di strumenti di produzione automatica della decisione (artt. 14, 15)⁷⁴.

Un terzo gruppo di norme specificamente destinate alle piattaforme on line riguarda l'adozione di un sistema interno di gestione dei reclami, di facile accessibilità, contro le decisioni più significative assunte dalle piattaforme nei confronti dei fruitori, più esattamente: "le decisioni di rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse; le decisioni di sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari; le decisioni di sospendere o cessare l'account dei destinatari" (art. 17). È previsto anche l'obbligo di rivolgersi ad organismi certificati di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 18).

Fin qui gli aspetti tecnici strettamente relazionali e contrattualistici della disciplina.

Ma il Regolamento travalica questo aspetto, per delineare un sistema minimale di controllo dell'organizzazione delle piattaforme e del loro operato, indipendentemente dalle relazioni con i destinatari del servizio. Ed è in quest'ottica che, per un verso, vengono individuate le già menzionate "piattaforme on line di dimensioni molto grandi" per

⁷⁴ Sul cosiddetto diritto ad una spiegazione in ordine all'esito di un processo automatizzato di decisione, ex art. 22 del GDPR, si rinvia a Bravo, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2020, pp. 693, 714 ss.; Falletti, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, *ibidem*, p. 169; Tabarrini, *Comprendere la "Big Mind"*, *cit.*, *ibidem*, 2019, p. 562; Strinati, *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Foro amministrativo*, 2020, p. 1591.



la gestione di rischi sistemici (art. 25); per altro verso, si istituisce una nuova Autorità di vigilanza e regolazione, a livello nazionale e sovranazionale, con il compito tipico di garantire l'applicazione coerente del Regolamento (il Coordinatore dei servizi digitali, artt. 38, 47 e ss.).

Se quest'ultima misura replica un strumento assai diffuso e conosciuto nel panorama degli strumenti regolatori dell'Unione, conforme al modello genuinamente liberale di concorrenza ordinata e non opportunistica adottato dai Trattati; quella della individuazione di soggetti del mercato digitale incaricati – sulla base della loro dimensione – della gestione dei rischi efficacemente definiti “sistemici” rappresenta invece l'estensione coerente – e per nulla casuale – dell'approccio già adottato per la conformazione dell'attività di altri soggetti la cui azione è in grado di condizionare ampiamente i comportamenti sociali: i titolari del trattamento dei dati personali, anch'essi chiamati dal GDPR a compiere valutazioni d'impatto dei rischi generati dalla loro attività. Si tratta di un approccio amministrativo – e precauzionale – che cerca una combinazione ragionevole dello statuto privatistico di questi soggetti (tutti sotto l'ombrello protettivo della libertà di stabilimento e di circolazione), con il rilievo pubblicistico che la loro azione ha acquisito, irreversibilmente, in conseguenza della connaturata dimensione aterritoriale, e della capacità di influenzare i comportamenti sociali su una scala che solo eufemisticamente si può definire “larga”. Di qui i “rischi sistemici” di cui tali soggetti devono farsi carico. Di qui, prima ancora, la ritenuta pericolosità della loro azione, e la probabilità del raggiungimento di un livello di danni (dunque, un livello di rischio) reputato inaccettabile o poco controllabile sul piano sociale.

L'art. 26 individua i rischi sistemici nel modo seguente: *a) la diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi; b) eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e familiare e alla libertà di espressione e di informazione, del diritto alla non discriminazione e dei diritti del minore, sanciti rispettivamente dagli articoli 7, 11, 21 e 24 della Carta; c) la manipolazione intenzionale del servizio, anche mediante un uso non autentico o uno sfruttamento automatizzato del servizio, con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica, dei minori, del dibattito civico, o con effetti reali o prevedibili sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica.*

Gli articoli successivi stabiliscono obblighi e procedure funzionali al risultato di *attenuazione dei rischi* individuati, da raggiungere con misure proporzionate e ragionevoli e nel contesto di una cooperazione rafforzata orizzontale (ciascuna piattaforma con le altre) e verticale (con le varie Autorità di vigilanza e con la stessa Commissione) (art. 27).



Non occorre in questa sede riferire della complessa disciplina di *accountability* ipotizzata dal Regolamento, tutta costruita, come già nel GDPR, nella prospettiva di una garanzia di legalità dell'azione di questi soggetti, dimensionata sulla protezione dei diritti coinvolti da lesioni diffuse di gravità pari al peso esercitati dai soggetti agenti, e non efficacemente ristorabili attraverso rimedi individuali. Basti evidenziare, per avere l'idea della compiutezza del modello adottato, che le piattaforme di grandi dimensioni devono agire nello svolgimento dei loro obblighi di valutazione dei rischi secondo i principi della trasparenza, della pubblicità delle loro analisi, della condivisione dei dati con le Autorità di vigilanza; e che la Commissione dispone di poteri di controllo sull'esecuzione di tali processi da parte delle piattaforme incaricate di svolgerli, corredati di tutti gli strumenti (indagini, richieste di informazioni etc.) che usualmente le Autorità indipendenti ricevono per l'esercizio della funzione regolativa (art. 51).

10. – A completare l'approccio regolatorio appena delineato, il secondo Regolamento⁷⁵ muove i passi da una constatazione assai semplice, quella per cui *“poche grandi piattaforme online si accaparrano la quota maggiore del valore complessivo generato”*. Esse agiscono come punti di accesso nel rapporto tra utenti commerciali e consumatori, creando effetti negativi di dipendenza oltre che di contendibilità dei servizi di base, nonché pratiche sleali. Un effetto di concentrazione, consolidata e duratura, che richiede un più marcato intervento in chiave antitrust, nella direzione della *equità, lealtà e contendibilità* dei mercati digitali⁷⁶.

L'intervento, che l'Unione configura come esclusivo della propria competenza e senza possibilità per gli Stati di imporre con qualunque mezzo ulteriori obblighi aventi le stesse finalità, è rigorosamente limitato sul piano soggettivo, alle piattaforme definibili come “gatekeeper”, e sul piano oggettivo solo ai *“servizi di piattaforma di base forniti o offerti dai gatekeeper a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nell'Unione”* (art. 1 DMA).

La qualifica di gatekeeper è attribuita in presenza del raggiungimento di prefissate soglie di fatturato e di utenti, confermato in un certo periodo di tempo; ovvero a seguito di una valutazione tecnica che la Commissione svolge sull'impatto di mercato della piat-

⁷⁵ È il *Digital market Act*. Anche questa proposta si legge qui: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_it.

⁷⁶ Si veda il testo della Proposta di Regolamento, p. 1, Motivi e obiettivi della proposta.



taforma, sulla presenza di eventuali effetti *lock-in* o di barriere all'ingresso (art. 2); il tutto all'esito di un procedimento di designazione della qualifica regolato analiticamente e condotto in contraddittorio con la piattaforma (artt. 15 ss.).

Quanto ai servizi di base, essi coincidono con quelli forniti dalle più diffuse piattaforme di intermediazione, social network, motori di ricerca, servizi pubblicitari e di cloud elencati analiticamente nelle definizioni dei punti 2 e seguenti dell'art. 2⁷⁷.

Circoscritto il perimetro entro il quale il regolamento opera, i limiti del presente contributo non permettono di esporre le analitiche previsioni che individuano obblighi e divieti di comportamento per i gatekeeper (artt. 5, 6). Basti comprendere che tali obblighi mettono in forma di norme antitrust buona parte dei comportamenti che di fatto i gatekeeper hanno tenuto in spregio sia delle norme poste a tutela dei dati personali, sia delle norme che garantiscono agli utenti commerciali e agli utenti finali libertà di utilizzare altri fornitori o altri canali di distribuzione. Il linguaggio adottato dal regolamento si articola infatti prescrivendo ai gatekeeper obblighi negativi e positivi, consistenti nell'*astenersi da* o nel *consentire* comportamenti, rispettivamente lesivi degli utenti o espressivi della libertà di sciogliere il contratto e/o cambiare fornitore. Un catalogo deontico ricavato *a contrario* dal novero delle pratiche sleali e di lock-in più frequenti nei mercati digitali e più volte denunciate alle varie autorità giurisdizionali nei diversi ordinamenti⁷⁸. È degno di nota che la Commissione sia abilitata ad accertare se, all'esito delle misure

⁷⁷ Nella Proposta si legge, a p. 3, che la stessa è "limitata a una serie di "servizi di piattaforma di base" in cui i problemi individuati sono più evidenti e preminenti e in cui la presenza di un numero limitato di grandi piattaforme online che svolgono funzioni di punto di accesso per gli utenti commerciali e gli utenti finali ha determinato, o rischia di determinare, una scarsa contendibilità sia dei servizi stessi sia dei mercati in cui questi intervengono. Tra i servizi di piattaforma di base figurano: i) servizi di intermediazione online (compresi, ad esempio, i mercati, i negozi di applicazioni software e i servizi di intermediazione online in altri settori come la mobilità, i trasporti o l'energia); ii) motori di ricerca online; iii) servizi di social network online; iv) servizi di piattaforma per la condivisione di video; v) servizi di comunicazione elettronica interpersonale indipendente dal numero; vi) sistemi operativi; vii) servizi cloud e viii) servizi di pubblicità, comprese le reti pubblicitarie, gli scambi di pubblicità e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, qualora siano collegati a uno o più degli altri servizi di piattaforma di base sopra menzionati".

⁷⁸ Tanto si legge nella Proposta sopra citata, p. 3, e tanto basti per comprendere l'approccio: "Dall'esperienza nell'applicazione del diritto in materia di concorrenza dell'UE, da numerose relazioni e studi di esperti e dai risultati della consultazione pubblica aperta risulta che esiste un certo numero di servizi digitali contraddistinti dagli aspetti seguenti: i) servizi di piattaforma multilaterali altamente concentrati, in cui di solito una o pochissime grandi piattaforme digitali stabiliscono le condizioni commerciali con una notevole autonomia; ii) poche grandi piattaforme digitali svolgono funzioni di punto di accesso per gli utenti commerciali verso i loro clienti e viceversa; iii) spesso queste grandi piattaforme digitali che agiscono come gatekeeper utilizzano il loro potere in modo improprio adottando comportamenti sleali nei confronti degli utenti commerciali e dei clienti economicamente dipendenti".



adottate per rimuovere pratiche sleali e garantire la contendibilità, non sussista ancora un ulteriore squilibrio “vessatorio” in termini di diritti e obblighi nei confronti degli utenti commerciali, e se i gatekeeper non conservino verso costoro uno svantaggio sproporzionato rispetto al servizio che offrono (art. 7, par. 6).

Per il resto, il Regolamento si muove secondo le metodologie tipiche dell’antitrust, disciplinando i poteri della Commissione ai fini della vigilanza e della irrogazione di eventuali sanzioni contro i gatekeeper le cui violazioni sono state accertate nel contesto dei procedimenti in contraddittorio che la Commissione deve avviare.

11. – Siamo giunti all’esito di queste riflessioni.

Ipotizzando che le due Proposte di Regolamento da ultimo analizzate diventino rapidamente diritto positivo dell’Unione e dei singoli Stati, il sistema giuridico europeo dell’economia digitale – dal punto di vista della regolazione del potere di autonomia privata – sarebbe coperto nei suoi versanti più esposti, e lo sarebbe principalmente attraverso Regolamenti atti a uniformare i diritti nazionali.

La metodologia regolativa utilizzata dovrebbe dare luogo ad una inedita combinazione di strumenti di autorità e libertà, finalizzata a contrattualizzare tutte le relazioni della Rete riconducibili all’attività delle piattaforme (specie di hosting), sia nel settore originario del commercio elettronico, esteso a tutti i beni e servizi inclusi quelli a contenuto digitale, e a tutte le forme dell’economia collaborativa; sia in quello della produzione e condivisione di contenuti informativi digitali, dove le relazioni con gli utenti non sono necessariamente finalizzate a realizzare una transazione economica, ma si manifestano nella semplice ricerca e fruizione di informazioni.

È il potere tecnologico e normativo espresso dagli intermediari fornitori di servizi l’elemento sul quale si concentra la complessa combinazione di discipline che si è voluta segnalare, ed è un potere visibile nella sua più compiuta espressione realizzata attraverso la fusione perfetta nell’architettura delle piattaforme dei pilastri costitutivi dell’economia *data driven*: l’organizzazione dei servizi di accesso e utilizzo della rete per qualsivoglia scopo economico o sociale, e la raccolta dei flussi di dati personali inevitabilmente immessi in circolazione dal momento dell’accesso, per essere scambiati e trasformati in altri “prodotti” e servizi.

Ed è qui che si giocano autorità e libertà, autonomia ed eteronomia delle relazioni contrattuali. I fornitori di servizi, anche quando raggiungono grandi dimensioni e/o associano una posizione di mercato tale da condizionarne la contendibilità e l’accesso, resta-



no soggetti privati, il loro potere normativo non è avocato né negato; l'autorità pubblica fronteggia l'autorità privata con gli strumenti della trasparenza e della canalizzazione dei modi di esercizio del potere entro procedure trasparenti, accessibili e controllabili da chi vi si trova interessato (utenti commerciali, fruitori privati, terzi lesi nei loro diritti). Il modello di regolazione europeo riconosce il potere, ma lo restituisce nella forma proceduralizzata delle informazioni e comunicazioni contrattuali preventive e trasparenti, che rendono prevedibili e reclamabili le azioni attraverso le quali esso si manifesta concretamente; affiancando un ulteriore procedimento in contraddittorio sulle ragioni e sugli esiti di ciascuna azione.

È in quest'ottica che l'autonomia organizzativa degli intermediari digitali continua ad esplicarsi nell'applicazione dell'innovazione tecnologica alle relazioni sociali, come alla produzione di beni e servizi, ma in un contesto che assume altresì la vigilanza pubblica indipendente e l'*accountability* come contrappesi del rischio che quell'autonomia genera nella società.

Ed è ancora in quest'ottica che lo strumento contrattuale diviene il mezzo attraverso il quale quel potere e quell'autonomia si manifestano nei confronti dei singoli e diventano trasparenti e "reclamabili". Un contratto imposto, predisposto, ma integrato dei diritti e dei rimedi che le fonti eteronome impongono alle "autorità private".

Ed è qui, da ultimo, che si innesta quella che abbiamo chiamato disciplina abilitante, ovvero interferente, riferendoci alle norme che regolano l'attività di raccolta ed elaborazione dei dati personali attraverso l'attribuzione di diritti all'interessato e di obblighi al titolare/responsabile del trattamento. Questa è una disciplina non negoziabile, imperativa e indisponibile. Abbiamo rilevato che il continuo affermare negli Atti europei che la stessa non viene "pregiudicata" da altre discipline con le quali si regolano situazioni proprie della persona interessata non assume mero valore di richiamo, ma postula l'automatico adattamento della situazione interferita alla luce delle norme di protezione dei dati personali. Quanto osservato a proposito della disciplina dei difetti di conformità dei beni e servizi digitali assume il valore di un principio più generale. Ciò comporta l'automatica applicazione agli intermediari che raccolgano dati personali degli utenti della disciplina di titolari o responsabili del trattamento, e perciò la trasfusione di tutti gli obblighi procedurali e sostanziali previsti dal GDPR nel rapporto contrattuale con l'utente, obblighi cui corrispondono altrettanti diritti degli utenti quando reclamano l'esattezza delle prestazioni a carico del gestore anche da questo punto di vista. L'osservanza delle norme di *accountability* previste dal GDPR è dunque la condizione abilitante lo svolgimento dell'attività delle piattaforme, quando la stessa si ma-



nifesta *anche* nell'intercettazione o nella raccolta esplicita di dati personali degli utenti, e questi siano estratti per scopi diversi dall'esecuzione del contratto: per essere elaborati o ceduti o utilizzati ad altri scopi che comunque devono essere enunciati, per poter commisurare modalità e termini della raccolta. È su questa base, peraltro, che si innestano le normative specifiche sull'accesso e condivisione dei dati raccolti dalle piattaforme, fra clienti e fornitori dei servizi sottostanti, proposte dai due strumenti regolatori ancora in fase di gestazione da parte dell'Unione.

Tali ultime considerazioni permettono adesso di chiudere questo contributo, ritornando brevemente sul tema accennato in precedenza, riguardante il carattere contrattuale o meno del rapporto che si istituisce fra l'utente e la piattaforma al momento dell'accesso al sito, e per il fatto della mera navigazione, allorquando l'utente non sia posto nelle condizioni formali di accettare con un click – o in altro modo equivalente – i termini d'uso della piattaforma. Si rammenta che i presupposti del problema sono dati dall'accesso di fatto ad un sito aperto al pubblico e dall'assenza di una transazione economica: l'utente naviga per “visualizzare”, per assumere informazioni, non compra nessuno dei prodotti o servizi offerti nella piattaforma, né offre beni o servizi ai suoi pari.

Dati questi presupposti, si dice⁷⁹, il rapporto di fatto tra piattaforma e utente non potrebbe dirsi contrattuale, in ragione della inaccettabile deformazione dello strumento contrattuale generata dalla mancanza di un valido consenso sui termini d'uso (non essendo il mero fatto della navigazione atto allo scopo); e la fattispecie andrebbe piuttosto ricondotta ad un diverso ambito di relazioni, dove la sottoposizione degli utenti al potere dell'intermediario – assimilato a una situazione possessoria – sarebbe governata dai principi e regole idonei a controllarne l'esercizio abusivo. Tra queste, proprio le regole sulla protezione dei dati personali, le quali dunque esplicherebbero, anche in questo caso, un'efficacia abilitante dello stesso rapporto che si istituisce con l'accesso al sito.

La tesi ha una sua suggestione, specie se si considera l'intento di non lasciare nessun momento dell'attività relazionale delle piattaforme in un vuoto di diritto⁸⁰.

E tuttavia essa trascura forse di considerare nella giusta luce una serie di circostanze.

Innanzitutto, la mera navigazione in un sito aperto al pubblico non equivale del tutto alla circolazione fisica tra le vetrine di un centro commerciale o di una via cittadi-

⁷⁹ Ci si riferisce di nuovo alla proposta di Quarta, *Mercati senza scambi*, cit., p. 299 ss.

⁸⁰ Si rammenta che ad oggi nessuno dei due Regolamenti prima menzionati ha preso vigore.



na⁸¹: solo all'interno del sito, infatti, la navigazione inevitabilmente comporta – e per effetto della stessa condizione ontologica delle piattaforme – la cessione dei dati personali dell'utente, quale preconditione implicita per fruire dei contenuti informativi, i quali sono offerti al pubblico in ragione di questo “scambio”. Anzi, la navigazione è un “fatto” che si svolge e si esaurisce senza residui nel creare, dare e ricevere dati e informazioni.

In secondo luogo il navigatore fruisce della visualizzazione delle pagine e dei contenuti messi a disposizione dal sito pubblico, e se ne avvantaggia in relazione ai suoi interessi informativi e di ricerca senza corrispondere un prezzo, ciò che giustifica il “permesso” che egli accorda al gestore di raccogliere in “cambio” i dati che lo riguardano, costituiti anche dal semplice gesto di selezione di un link o di un post o di un contenuto qualunque, e già dalla scelta del settore di informazioni effettuata (viaggi piuttosto che libri).

Ne consegue che anche la semplice navigazione in un sito dà luogo ad un assetto di interessi economicamente rilevante suscettibile di essere assunto ad oggetto di un rapporto patrimoniale *ex art.* 1321, e comporta degli impegni reciproci per attuarlo: per il gestore l'impegno a rendere possibile tecnicamente l'accesso e poi l'acquisizione e creazione delle informazioni nella “sua” piattaforma, alla stregua di appositi termini d'uso; e per l'utente l'impegno a rendere possibile l'estrazione dei “suoi” dati attraverso un consenso espresso che il gestore è obbligato per legge – in assenza di altre basi legittime – a raccogliere preventivamente⁸².

A fronte di questo insieme di circostanze, è difficile ritenere che l'utente che ha forn-

⁸¹ È questo il paragone cui l'A. ricorre per negare che la navigazione sia comportamento concludente (pp. 337, 380).

⁸² Non occorre in questa sede sviluppare, per accettarla o negarla, la controversa prospettiva dominicale dei dati personali, o quella che – analogamente – la riarticola rispetto ai diritti della piattaforma sui contenuti che essa mette a disposizione, a seconda che questi siano coperti o meno da prerogative di esclusiva. Ai fini del problema che ci occupa è sufficiente che entrambe le parti di questa relazione abbiano un potere di disponibilità sulle risorse che si scambiano, che li autorizzi a renderle oggetto di una relazione bilaterale. E questo può certamente predicarsi per l'utente, al quale si *deve* richiedere il consenso al rilascio (a prescindere che i dati si qualificano o no come beni giuridici); come per il gestore della piattaforma, il cui complesso professionalmente organizzato per l'erogazione di servizi non può negarsi essere qualificabile alla stregua di un'*azienda* (a prescindere che i suoi contenuti siano qualificabili o meno come banche di dati, o che vengano rese disponibili licenze d'uso per software, etc.). Per la problematica relativa alla “proprietà” dei dati si veda per tutti il volume di C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020. Per la problematica relativa ai “diritti” della piattaforma sui suoi contenuti si veda invece la ricostruzione approfondita di Quarta, *Mercati senza scambi*, cit., p. 99 ss., che parte proprio da questa prospettiva analitica per ricostruire funzioni e natura dei termini d'uso.



to il consenso alla raccolta dei dati, e poi continua spontaneamente nella navigazione non attribuisca a questa sua condotta il significato di un comportamento concludente idoneo alla conclusione di quel *contratto* mediante il quale egli fruisce dei contenuti organizzati dal gestore (rispettandone l'altruità) e questi acquisisce i suoi dati (per uno scopo preciso e annunciato). Così come è difficile ritenere che questo comportamento non sia in tal medesimo senso inteso dalla comunità degli utenti/naviganti.

Sia ben chiaro, a scanso di equivoci, che questo contratto non nasce dal consenso al trattamento dei dati, ma dal comportamento concludente che l'utente tiene dopo aver acconsentito al trattamento, cioè la navigazione nel sito web del gestore. Il consenso al trattamento si pone semmai come una delle circostanze rilevanti agli effetti dell'applicazione al caso dell'art. 1327.

Anche in questa fattispecie, dunque, è possibile ritrovare quella duplicità di procedimenti consensuali che si è argomentato essere necessari alla luce della Direttiva n. 770 del 2019 relativamente a quei "casi" (di forniture digitali + forniture di dati) che la Direttiva non chiama "contratti", ma che sottopone ugualmente al suo ambito di applicazione, e che perciò contratti pur sempre devono essere reputati. Anche se – come osservato a suo tempo – sussiste una certa ritrosia del legislatore europeo ad ammettere e riconoscere in questi "casi" l'uso dei dati in funzione corrispettiva di scambio⁸³.

Da ultimo, ma ciò non è poco, sembra di poter dire che la qualificazione in senso contrattuale delle relazioni che stiamo considerando offra all'utente più garanzie di prote-

⁸³ Vedi *supra*, par. 6, lett. a). Neppure il tema della contrattualizzazione dei dati personali non è oggetto del presente studio, ma viene chiamato in causa ai fini della ricostruzione del rapporto tra piattaforma e utente nei casi indicati. Per opportune indicazioni si rinvia ai recenti volumi di Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., in particolare p. 137 ss.; De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017; Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018; e di C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali*, cit., p. 189 ss.; nonché al contributo di G. Resta, V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss., secondo i quali, soltanto "chiudendosi in una stanza buia" si può sostenere la gratuità di tali transazioni, o credere come "allochi" che un certo servizio "*is free and will always be*"; mentre a fronte della realtà dei rapporti digitali sorge addirittura il dubbio che la situazione si possa rovesciare: e cioè che siano gli utenti i fornitori di una risorsa (i loro dati) a certe imprese, che in cambio li remunerano mediante servizi digitali. Sicché non si può non ricondurre l'insieme delle transazioni di cui si discute a quei modelli ben noti alla scienza giuridica come alla scienza economica che sanno distinguere tra la vera gratuità disinteressata e le attività imprenditoriali apparentemente gratuite che tuttavia accrescono infinitamente il valore economico dell'impresa. Da ultimo si veda D'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. informazione e informatica*, 2020, p. 634, secondo il quale l'approccio negoziale alla circolazione sarebbe strumento di rafforzamento anche qualitativa della tutela.

JUS CIVILE



zione di quante egli possa averne fuori dal perimetro contrattuale. Perché solo lo strumento contrattuale (ha storicamente consentito, per vocazione, e ancora) può consentire l'attivazione di rimedi efficaci contro inadempienze e abusi del gestore realizzati con quei comportamenti opportunistici che i nuovi strumenti europei si propongono di colpire.