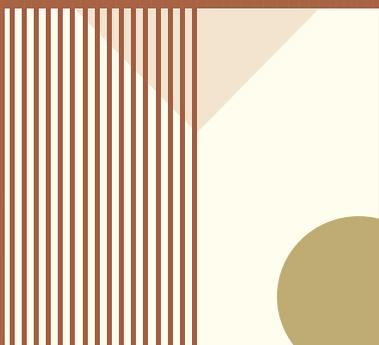
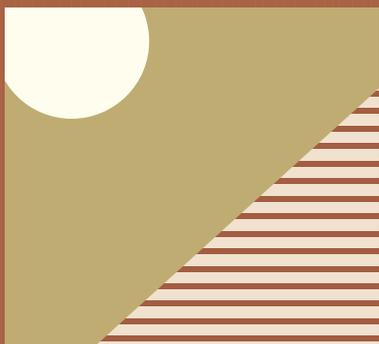


POTERI PRIVATI E MERCATI DIGITALI

MODALITÀ DI ESERCIZIO
E STRUMENTI DI CONTROLLO



Federico Ruggeri

43

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TrE-Press
2023



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022

41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Derecho Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023
42. A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, 2023



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Federico Ruggeri

POTERI PRIVATI E MERCATI DIGITALI

MODALITÀ DI ESERCIZIO E STRUMENTI DI CONTROLLO

43

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press
2023

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guacero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press

Roma, luglio 2023

ISBN: 979-12-5977-205-3

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanei, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La Collana entra a far parte della struttura di Roma TrE-Press, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Ai compagni di questo viaggio

Indice

<i>Elenco abbreviazioni</i>	13
<i>Introduzione</i>	19

CAPITOLO I

La piattaforma contraente: evoluzione tecnologica e nuovi modelli di mercato

1. <i>Spazi globali e nuovi soggetti di mercato</i>	23
1.1. <i>Per una definizione di piattaforma digitale in prospettiva funzionale</i>	27
1.2. <i>Le caratteristiche del fenomeno: l'approccio economico</i>	31
2. <i>Piattaforme digitali e contrattazione d'impresa</i>	39
3. <i>Segue. Dai contratti asimmetrici al contratto con asimmetria di potere</i>	45
4. <i>La predisposizione unilaterale del contratto: un esercizio di potere</i>	59
4.1. <i>Squilibrio normativo e contraente debole nella ricodificazione francese</i>	68
5. <i>Il contratto standard come strumento di conformazione del mercato</i>	78

CAPITOLO II

Le piattaforme digitali nel modello regolatorio europeo

1. <i>L'ambito di applicazione e i limiti della disciplina P2B</i>	85
2. <i>La predisposizione e la modifica unilaterale di termini e condizioni contrattuali</i>	89
3. <i>I provvedimenti di limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione</i>	93
4. <i>I criteri di posizionamento nella vetrina virtuale</i>	96
5. <i>Il duplice ruolo delle piattaforme: dall'intermediazione alla concorrenza</i>	99
6. <i>L'accesso ai dati</i>	101
7. <i>Il funzionamento delle c.d. parity clauses</i>	103
8. <i>Il sistema interno di gestione dei reclami e la mediazione</i>	104
9. <i>Considerazioni sulla regolazione dei rapporti P2B</i>	108

CAPITOLO III

L'esercizio del potere nell'economia delle piattaforme

1. <i>Il governo dei poteri privati nell'economia delle piattaforme</i>	111
2. <i>Profili di metodo sull'analisi dei fatti</i>	117
3. <i>Le regole di posizionamento e i c.d. parametri principali</i>	118
3.1. <i>Le pratiche di self-preferencing</i>	124
4. <i>I provvedimenti escludenti, temporanei o definitivi</i>	126
5. <i>La reputazione di imprese e professionisti</i>	127
5.1. <i>Funzioni e rischi dei sistemi reputazionali digitali</i>	130
6. <i>La portabilità dei dati: per uno schema generale</i>	137

CAPITOLO IV

Strumenti e rimedi in prospettiva comparatistica

1. <i>Profili di metodo sull'individuazione della disciplina applicabile</i>	147
2. <i>Sull'abuso del diritto nei contratti tra imprese</i>	148
3. <i>L'abuso di dipendenza economica</i>	151
3.1. <i>Condotte abusive della platform economy: il modello italo-tedesco</i>	156
3.2. <i>Itinerari applicativi dell'abuso relativo</i>	163
4. <i>L'abuso di posizione dominante</i>	168
4.1. <i>Il mercato rilevante: profili consolidati e adeguamenti necessari</i>	170
4.2. <i>Categorie e ipotesi di abuso</i>	175
4.2.1. <i>La casistica in materia di self-preferencing in Italia e in Europa</i>	176
4.2.2. <i>Portabilità dei dati e rifiuto a contrarre</i>	183
5. <i>La regolazione, il controllo, le tendenze</i>	189

<i>Bibliografia</i>	193
---------------------	-----

Elenco delle abbreviazioni

Actualité Juridique Contrat	AJ Contrat
Actualité Juridique Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution	AJ Contrats d'affaires
AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo	AIDA
Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica	Ars interpretandi
Banca, borsa, titoli di credito	Banca borsa
Cambridge International Law Journal	CILJ
Cammino diritto	Camm. dir.
Columbia Law Review	Columbia L. Rev.
Common Market Law Review	CMLR
Comparazione e diritto civile	Comp. dir. civ.
Competition Policy International	CPI
Competition Policy International – Antitrust Chronicle	Antitrust Chronicle
Competition Policy International – Asia Column	Asia Column
Computer Law & Security Review	CLSR
Concorrenza e mercato	Conc. merc.
Contratto e impresa	Contr. impr.
Contratto e impresa/Europa	Contr. impr./Europa
Critical Analysis of Law	CAL
Danno e responsabilità	Danno resp.
Defrénois. La revue du notariat	Defrénois
Demokratie und Recht	DuR
Diritto e questioni pubbliche	Dir. quest. pubb.
Diritto pubblico	Dir. pubb.
Europa e diritto privato	Eur. dir. priv.
European Business Law Review	EBLR

European Competition Journal	Eur. Comp. J.
European Economic Review	Eur. Econ. Rev.
European Journal of Legal Studies	EJLS
European Journal of Privacy Law & Technologies	EJPLT
European Law Review	E. L. Rev.
European Papers. A Journal on Law and Integration	European Papers
European Review of Contract Law	ERCL
European Review of Industrial Economics and Policy	ERIEP
Gazette du Palais	GP
George Mason Law Review	Geo. Mason L. Rev.
Georgetown Law Technology Review	GLTR
German Law Journal	GLJ
Giornale di diritto amministrativo	GDA
Giurisprudenza commerciale	Giur. comm.
Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione – Sezioni civili	Giur. cass. civ.
Giurisprudenza di merito	Giur. mer.
Giurisprudenza italiana	Giur. it.
Giustizia civile	Giust. civ.
GRUR International – Journal of European and International IP Law	GRUR Int.
Harvard Business Review	HBR
I contratti	Contr.
Il corriere giuridico	Corr. giur.
Il diritto dell'economia	Dir. econ.
Il diritto dell'informazione e dell'informatica	Dir. inf.
Il diritto industriale	Dir. ind.
Il Foro Italiano	Foro it.
International Journal of Constitutional Law	I•CON
International Review of Intellectual Property and Competition Law	Int. Rev. IP Comp. Law

Journal of Antitrust Enforcement	JAE
Journal of Competition Law and Economics	J. Comp. Law Econ.
Journal of Economic Perspectives	J. Econ. Perspect.
Journal of European Competition Law & Practice	JECL&P
Journal of European Consumer and Market Law	EuCML
Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law	JIPITEC
Journal of Intellectual Property Law & Practice	JIPLP
Journal of Law and Economics	JLE
Journal of Law, Technology & Policy	J. Law Tech. Pol.
Journal of the European Economic Association	J. Eur. Econ. Assoc.
Jus – Rivista di Scienze Giuridiche	Jus
Jus Civile	Jus civ.
La nuova giurisprudenza civile commentata	Nuova giurisprudenza civ. comm.
La responsabilità civile	Resp. civ.
La Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal	RJTUM
La semaine juridique	SJ
Law, Innovation and Technology	Law Inn. Tech.
Le nuove leggi civili commentate	Nuove leggi civ. comm.
Market and Competition Law Review	M&CLR
Maastricht Journal of European and Comparative Law	Maastricht J. Eur. Comp. Law
MediaLaws – Rivista di diritto dei media	MediaLaws
Mercato concorrenza regole	Merc. conc. reg.
Minnesota Journal of Law Science & Technology	Minn. J. L. Sci. & Tech.
Minnesota Law Review	Minn. L. Rev.
Northwestern University Law Review	Nw. U. L. Rev.
Nuovo diritto civile	NDC

Obbligazioni e contratti	Obbl. contr.
Orizzonti del diritto commerciale	ODC
Osservatorio sulle fonti	Oss. fonti
Osservatorio sullo Stato digitale	Oss. Stato dig.
Pactum. Rivista di diritto dei contratti	Pactum
Papers di diritto europeo	Papers dir. eu.
Persona e mercato	Pers. merc.
Policy and Internet	P&I
Politica del diritto	Pol. dir.
Privacy and Data Protection – Technology – Cybersecurity	Privacy&
Privacy in Germany	PinG
Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno	Quaderni fiorentini
Questione giustizia	Quest. giust.
Rassegna di diritto civile	Rass. dir. civ.
Recueil Dalloz	D.
Revue des conrats	Rdc
Revue internationale de droit comparé	RIDC
Revue trimestrielle de droit civil	RTD civ.
Revue trimestrielle de droit commercial	RTD comm.
Rivista critica del diritto privato	Riv. crit. dir. priv.
Rivista del commercio internazionale	Riv. comm. int.
Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni	Riv. dir. comm.
Rivista della regolazione dei mercati	Riv. reg. merc.
Rivista di Digital Politics	RDP
Rivista di diritto bancario	Riv. dir. banc.
Rivista di diritto civile	Riv. dir. civ.
Rivista di diritto dell'impresa	Riv. dir. impr.
Rivista di diritto industriale	Riv. dir. ind.
Rivista di diritto privato	Riv. dir. priv.
Rivista di diritto processuale	Riv. dir. proc.

Rivista italiana di antitrust	Riv. it. antitrust
Rivista italiana di scienza politica	RISP
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile	Riv. trim. dir. proc. civ.
Rivista trimestrale di diritto pubblico	Riv. trim. dir. pubb.
Social Media + Society	SM + S
Stanford Technology Law Review	Stan. Tech. L. Rev.
Statistical Science	Statist. Sci.
Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche	Studi urbinati
Studium Iuris. Rivista per la formazione nelle professioni giuridiche	Studium Iuris
The American Economic Review	AER
The Antitrust Bulletin	Antitrust Bull.
The RAND Journal of Economics	RAND J. Econ.
The Quarterly Journal of Economics	QJE
The Yale Law Journal	Yale L. J.
University of Miami Law Review	U. Mia. L. Rev.
University of Chicago Law Review	U. Chi. L. Rev.
Yale Journal on Regulation	Yale J. Regul.
Yearbook of European Law	YEL
William and Mary Law Review	Wm. & Mary L. Rev.
World Competition Law and Economics Review	World Competition
Zeitschrift für Europäischen Privatrecht	ZEuP
Zeitschrift für Rechtspolitik	ZRP

Introduzione

La ricerca che si propone esamina le caratteristiche e le dinamiche tipiche delle relazioni contrattuali *Platform-to-Business* (P2B), le cui parti, entrambe imprese, sono qualificate rispettivamente come piattaforme digitali e utenti commerciali. Sono questi, del resto, insieme ai consumatori, i protagonisti della c.d. economia delle piattaforme, la quale, nell'ambito di questo lavoro, è presa in considerazione in relazione alle sole attività che rientrano nel commercio elettronico e nell'economia collaborativa.

Il campo di indagine non è del tutto inesplorato. Risalente è infatti la riflessione civilistica sui contratti tra imprese e risalente è il fenomeno della vendita *online* di beni e servizi, così come la sua regolazione. Innovativi sono invece il punto di vista e l'approccio più recentemente adottati dal legislatore europeo, che rispetto al funzionamento del mercato unico ha riguardo della posizione e degli interessi non soltanto del consumatore, ma anche, oramai, dell'impresa. E in particolare dell'utente commerciale, soggetto debole di una relazione negoziale asimmetrica con la piattaforma digitale dei cui servizi di intermediazione si avvale per offrire al pubblico i propri prodotti.

Questa nuova figura è oggi al centro della politica europea di regolazione dei mercati digitali ed è divenuta improvvisamente destinataria di numerose disposizioni normative che le riconoscono specifici strumenti di tutela. È tuttavia peculiare il metodo con cui questo disegno sta progressivamente prendendo forma, che coincide in effetti con quello già proposto a protezione dei consumatori. Ebbene, la portata di tale scelta, tutt'altro che irrilevante, impone una serie di considerazioni di sistema.

In particolare, risulta significativa l'implementazione di diversi strumenti di regolazione *ex ante* dei rapporti P2B, specie attraverso il regolamento P2B, il Digital Markets Act e la proposta Data Act. Con tali atti normativi, che costituiscono parte integrante del c.d. pacchetto digitale europeo, vengono fissate infatti nuove regole funzionali alla tutela del mercato unico di fronte al potere delle piattaforme digitali, acquisito soprattutto dall'attività di raccolta e trattamento di enormi quantità di dati.

In questi termini si spiega quindi l'opportunità di dedicare uno studio apposito a tale tipologia di rapporti tra imprese. Nello specifico, nonostante non siano privi di interesse gli aspetti più strettamente pubblicistici relativi al tema dell'esercizio e del controllo del potere, guardando in via esclusiva alla prospettiva privatistica. Occorre evidenziare, inoltre, che il discorso

che si sta per intraprendere tratterà di soggetti, fenomeni, problemi, soluzioni, in cui rileva, centrale, il fattore transnazionale. Sicché la lente dell'indagine è in parte quella del diritto nazionale, italiano come di altri Stati, opportunamente valorizzato dell'esame del dato comparatistico di volta in volta pertinente, e in parte, per certi aspetti maggiore, quella del diritto derivato. Ma mantenendo come punto di riferimento essenziale e costante la disciplina del contratto, per quanto da angolazioni diverse.

La ricerca prende pertanto le mosse dalla necessità di qualificare la piattaforma digitale quale soggetto contraente posto in una posizione di forza estremamente rilevante all'interno del modello di mercato che ne prende il nome. Nel primo capitolo, verranno considerati i tratti distintivi del suo essere e del suo agire in quanto impresa fornitrice di servizi di intermediazione. Non solo in termini giuridici ma anche, se non soprattutto, economici: costituire il presupposto per la relazione tra i due versanti fondamentali del mercato, quello della domanda e quello dell'offerta, comporta la riduzione dei costi e la produzione di esternalità, ma anche l'acquisizione di potere, effetto principale dell'attività di trattamento dei dati degli utenti, commerciali e non.

Rappresentando in sostanza il più recente approdo della contrattazione d'impresa, il discorso dei rapporti P2B sarà innanzitutto inserito all'interno del tradizionale dibattito della civilistica italiana sulla possibilità di tracciare i contorni di una categoria dedicata; nonché, più significativamente, nell'ambito di quello, successivo, circa la rilevanza dei rapporti asimmetrici rispetto al contratto tra pari di diritto comune. Si valuteranno in particolare le ragioni a favore della costruzione di una categoria speciale e unitaria, che includa tanto i contratti tra professionisti e consumatori quanto quelli tra piattaforme e utenti commerciali. Tra queste, si approfondiranno i profili della serialità e della standardizzazione dei contratti P2B: con la rivoluzione digitale il fenomeno dei contratti di massa, distintivo dei rapporti di consumo, si estende anche ai rapporti tra imprese. L'esame delle condizioni generali di contratto, nella propria peculiare capacità di incidere sulla conformazione del mercato con la riproduzione ripetuta di forme di squilibrio di potere, avverrà in comparazione con la disciplina francese del *contrat d'adhésion*, oggetto della riforma del *code civil* del 2018.

Proprio il discorso della predisposizione unilaterale del contratto è in effetti centrale, nella misura in cui costituisce a ben vedere il punto di partenza dell'intero intervento regolatorio europeo. Poiché il potere di stabilire i termini e le condizioni del rapporto in mancanza di ogni forma di partecipazione della controparte acquista particolari connotati quando è esercitato dalle piattaforme digitali, appare fondamentale porsi

il problema dell'eventualità che queste arrivino ad abusare della propria posizione di forza attraverso comportamenti lesivi della capacità degli utenti commerciali di svolgere la propria attività d'impresa. Occorre infatti tener presente che, in un'economia di mercato che è sempre più governata dalle stesse infrastrutture virtuali su cui si realizzano gli scambi dei beni di consumo, il solo fatto di essere presenti su un *digital marketplace* equivale ad esistere; e così, per esistere, si è portati ad aderire alle regole imposte dal più forte.

Si spiega dunque in questo modo l'approccio della nuova disciplina delle relazioni P2B, oggetto di specifica analisi nell'economia di questo studio, la quale introduce criteri di equità e trasparenza per la determinazione di una parte considerevole del contenuto dei relativi contratti, fondamentalmente attraverso l'imposizione di obblighi informativi in capo ai fornitori di servizi di intermediazione *online* (e ai motori di ricerca). Evidente è l'intenzione, rispetto alla quale torna nuovamente l'inevitabile parallelismo con la tecnica di regolazione già propria della disciplina consumeristica: limitare la capacità delle piattaforme di imporre condizioni di contratto caratterizzate dalla totale arbitrarietà o oscurità, idonee a generare la distorsione delle dinamiche concorrenziali e, dunque, portando con sé rischi e incertezze, situazioni di inefficienza del mercato. Il secondo capitolo intende in questo senso proporre un quadro chiaro di quello che, finora, costituisce il più completo e organico statuto dei rapporti tra piattaforme digitali e utenti commerciali. Fondamentale a comprendere il senso dell'intervento normativo complessivo di controllo dei mercati digitali, nonché a riconoscere i principali problemi che si pongono e ad individuare delle soluzioni.

Il terzo e il quarto capitolo, infine, si presentano ancor più strettamente collegati. Si è scelto di procedere innanzitutto con lo studio di alcune delle condotte più diffusamente poste in essere dalle piattaforme digitali, almeno per quanto sino ad ora emerso nella prassi, con l'idea di conoscere a fondo i fatti che sono alla base degli abusi perpetrati, nell'esercizio dei loro poteri privati, nei confronti tanto delle loro controparti contrattuali quanto del mercato. Nel dettaglio, l'analisi delle regole di posizionamento e dei comportamenti di favore per se stessi; dei provvedimenti escludenti, temporanei o definitivi; dei sistemi reputazionali digitali; degli strumenti di portabilità dei dati.

Anche da questo punto di vista, lo studio attinge dal discorso piuttosto risalente, ma di estrema attualità, relativo al potere economico e normativo delle autorità private, in grado di incidere in via unilaterale sull'altrui sfera giuridica e di sfuggire al controllo pubblico. In ciò si inserisce, e

verrà indagata, la funzione del diritto privato regolatorio, la disciplina e la correzione dell'autonomia privata funzionale a rimuovere quanto ostacoli il funzionamento del mercato, avversato in questo contesto dal complesso agire delle piattaforme quali *private transnational legal orders* che mettono in discussione addirittura il potere degli Stati.

Analizzati i fatti, si tenterà di ricondurli, in particolare, alle fattispecie dell'abuso di dipendenza economica e dell'abuso di posizione dominante. Verranno illustrati innanzitutto i tratti fondamentali delle rispettive discipline: la prima, nel diritto nazionale e nella comparazione con i sistemi di diritto francese e, specialmente, tedesco; la seconda, nel diritto nazionale e comunitario.

In entrambi i casi, si condurrà una riflessione circa la loro applicabilità al contesto dei mercati digitali, alla luce del più recente dato normativo. In particolare, ci si soffermerà sulla presunzione di dipendenza economica introdotta dalla riforma del 2022 della legge sulla subfornitura, insieme a talune ipotesi qualificanti i comportamenti abusivi, secondo una logica che ricorda quella applicata alle clausole vessatorie del codice del consumo. Tale scelta, insieme a quella, di poco precedente, compiuta dal legislatore tedesco, consente di individuare un vero e proprio modello di riferimento nel panorama europeo, anche in considerazione della mancanza di una disciplina uniforme in materia. D'altra parte, la disciplina dell'abuso di posizione dominante pone a sua volta specifici interrogativi legati al funzionamento delle sue regole e dei suoi criteri al mercato digitale, che verranno presi in considerazione relativamente alle condotte del favore per se stessi o inerenti all'esercizio del diritto alla portabilità dei dati. Nel complesso, questa riflessione terrà conto della casistica più recente ed interessante giunta all'attenzione della giurisprudenza e delle Autorità indipendenti.

Dalla ricerca emerge come, in conclusione, la tutela delle imprese nel contesto dell'economia delle piattaforme sconti le difficoltà dei legislatori nell'individuazione di soluzioni di *enforcement* concrete, efficaci e tempestive. Così, la rimozione in via preventiva delle disparità e delle asimmetrie intercorrenti tra le parti dei rapporti P2B diviene componente essenziale, nel controllo dei poteri privati delle piattaforme, della tecnica di regolazione dei mercati digitali.

CAPITOLO I

La piattaforma contraente: evoluzione tecnologica e nuovi modelli di mercato

SOMMARIO: 1. Spazi globali e nuovi soggetti di mercato – 1.1. Per una definizione di piattaforma digitale in prospettiva funzionale – 1.2. Le caratteristiche del fenomeno: l'approccio economico – 2. Piattaforme digitali e contrattazione d'impresa – 3. *Segue*. Dai contratti asimmetrici al contratto con asimmetria di potere – 4. La predisposizione unilaterale del contratto: un esercizio di potere – 4.1. Squilibrio normativo e contraente debole nella ricodificazione francese – 5. Il contratto standard come strumento di conformazione del mercato.

1. Spazi globali e nuovi soggetti di mercato

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

I momenti più indicativi di tale processo evolutivo sono ormai generalmente noti. Alla prima generazione di imprese della rete, sostanzialmente impegnate nella sola e semplice presentazione al pubblico di informazioni¹, ha fatto seguito quella c.d. di Internet 2.0², contraddistinta dalla partecipazione di utenti in grado di creare e diffondere, con reciproca interazione, contenuti di ogni tipo: testo, immagini, audio o video. Utenti che, dunque, non si limitavano più ad essere meri fruitori, spettatori passivi, di contenuti generati e proposti da altri, potendoli piuttosto modificare e personalizzare a proprio piacimento; e la cui presenza *online* acquistava rapidamente significato non solo in quanto singoli ma anche,

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

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

e soprattutto, quale comunità di individui connessi tra loro in assenza di limiti spaziali o temporali³.

Il passaggio alla terza generazione del web, quella del c.d. web 3.0, costituisce invece la più recente conseguenza dell'emersione dell'economia delle piattaforme, i cui presupposti vengono individuati in quel processo di digitalizzazione dei prodotti, dei servizi e delle attività di impresa, che ha incisivamente trasformato la struttura e gli schemi della c.d. economia dei servizi⁴, in particolare garantendo ai soggetti interessati un accesso al mercato più semplice ed economicamente vantaggioso rispetto alle possibilità della dimensione *offline*⁵.

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

³ P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, nn. 4-5, 2010, pp. 631-632. Il ruolo dei siti web quali "archivi digitali" diventa così centrale per lo sviluppo del commercio elettronico e di nuovi schemi negoziali, oggetto della ricostruzione di ID., *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, pp. 381 ss. Sullo sviluppo e sulla diffusione dei *social network*, esempi rappresentativi di questa fase dell'evoluzione dell'economia al tempo di Internet, cfr. G.M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, in *Dir. inf.*, n. 6, 2010, p. 859.

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

⁵ O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minn. L. Rev.*, vol. 101, n. 1, 2016, p. 96.

⁶ La diversità di piattaforme esistenti in termini di attività svolta, settore di riferimento, modello di *business* adottato e dimensioni, dal sito web utilizzato a livello locale a società che si impongono nel mercato globalizzato generando enormi quantità di ricchezza, è notevole. Si pensi ai motori di ricerca *online* (Google, Yahoo), alle aziende di commercio elettronico (Amazon, Booking), ai *social network* (Facebook, Twitter), ai servizi di pagamento e trasferimento di denaro (PayPal), alle piattaforme di creazione e condivisione di contenuti (Youtube), nonché a quelle musicali e audiovisive (Spotify, Netflix), a quelle dell'economia collaborativa (Airbnb, Uber) o anche dei videogiochi (Steam). M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Dir. inf.*, n. 1, 2015, pp. 43-44, riconducono tali soggetti alla categoria estremamente ampia ed eterogenea dei c.d. *cybermediaries*, intermediari che si sono affermati in un ruolo economico e sociale progressivamente sempre più rilevante. A. QUARTA, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contr. impr./Europa*, n. 1, 2017, p. 556, spiega come questa attività di intermediazione possa essere svolta tanto a titolo oneroso, in forma

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

Parallelamente, nascono e trovano consolidamento nuovi centri di interesse, principalmente di carattere economico e politico⁷; si instaurano nuovi equilibri e nuove forme di potere⁸, in particolare attraverso la raccolta, l'accumulo e lo sfruttamento di dati; si pongono perciò nuove questioni, continui problemi e interrogativi rispetto ai quali il giurista è chiamato a fornire una, propria, chiave di lettura – ma anche, preferibilmente, delle risposte.

Il tema delle piattaforme digitali, della loro qualificazione giuridica e del loro ruolo quali soggetti economicamente – e non solo – forti nel mercato globalizzato e globale, è da tempo oggetto di particolare attenzione da parte degli interpreti⁹, oltre che dei legislatori a livello nazionale e sovranazionale¹⁰.

di abbonamento ovvero corrispondendo una percentuale del prezzo stabilito per lo scambio negoziale, quanto a titolo gratuito, nel qual caso la piattaforma ricava il proprio profitto attraverso la pubblicità e il commercio dei dati aggregati riferiti alle preferenze dei consumatori-acquirenti. Sul punto, si precisa peraltro che l'intermediazione non si limita alla mera facilitazione dell'incontro tra le parti per la conclusione di un affare, essendovi altresì riconducibili e la creazione di un'infrastruttura virtuale in cui il rapporto di scambio abbia luogo e la fornitura di servizi, più o meno essenziali, per le attività che vi si svolgono, come il sistema di pagamento elettronico per la corresponsione del prezzo dovuto o appositi strumenti di comunicazione tra le parti.

⁷ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 66-67.

⁸ Così, G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2022, p. 727, ritiene che le piattaforme siano in effetti «temibili sia per la loro posizione sul mercato, che le fa assimilare agli oligopolisti, sia per la loro attività nel mondo della comunicazione, che le fa assimilare a veri e propri Stati».

⁹ In particolare si rinvia a G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2015, pp. 245 ss.; G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, *ivi*, n. 3, 2016, pp. 425 ss.; C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *EuCML*, n. 1, 2016, pp. 3 ss.

¹⁰ Si pensi, in Italia, alla proposta di legge “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione” (Atto Camera 3564) del 27 gennaio 2016, presentata nel corso della XVII Legislatura e non andata oltre la fase di esame in Commissione. Si trattava di una proposta particolarmente interessante, che portava a valorizzare il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle attività di regolazione e controllo delle piattaforme dell'economia collaborativa. Si noti come all'art. 2, rubricato “Definizioni”, si rinunciava

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

Inevitabilmente, l'argomento di questo studio si pone in una dimensione spaziale completamente aperta, globalizzata, di cui non rilevano reali limiti e confini geografici¹¹. La relativa analisi è dunque condotta sotto la lente del diritto sia nazionale che di derivazione comunitaria, valorizzando la

del tutto ad inquadrare sotto il profilo giuridico cosa si dovesse intendere per piattaforma digitale, optandosi per una più neutra definizione di "gestore" quale «soggetto privato o pubblico che gestisce la piattaforma digitale». Diversamente, il legislatore francese già da tempo aveva ritenuto di intervenire per codificare la definizione di piattaforma digitale. A tal fine, la "LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique" ha infatti modificato l'art. L111-7 Code de la consommation, ove viene attualmente previsto che «[e]st qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur: 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne part des tiers; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service». Tali soggetti sono così chiamati al rispetto di specifici obblighi per «une information loyale, claire et transparente» ai consumatori, in particolar modo quando, secondo un criterio oggettivo, viene superata la cifra soglia di cinque milioni di visitatori al mese (décret n° 2017-1435 du 29 septembre 2017). Lo stesso approccio diretto ad incidere sugli obblighi imposti alle piattaforme digitali si riscontra altresì negli orientamenti della Commissione europea, a partire dalla Comunicazione COM(2015) 192 def., "Strategia per il mercato unico digitale in Europa", nonché in successivi interventi normativi quali il regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*, c.d. Regolamento *Platform-to-Business* o P2B; il regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), c.d. Digital Markets Act o DMA; il regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), c.d. Digital Services Act o DSA.

¹¹ Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2002, pp. 625 ss.; ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 85-86; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000; G. ALPA, *Postfazione*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2002, pp. 345 ss.; F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, n. 6, 2016, pp. 1344 ss.; E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 85 ss.

prospettiva comparatistica, così mirando ad affrontare taluni problematici aspetti in tema di regolazione delle piattaforme digitali che appaiono di particolare interesse e attualità.

Non può pertanto che avviarsi questa riflessione cercando di rispondere a un primo, fondamentale, interrogativo, ovvero che cosa si debba intendere, in termini giuridici, per piattaforma digitale. Quale ne sia, in sostanza, la definizione da tenere a mente ai fini del discorso che ci si accinge a presentare.

1.1. *Per una definizione di piattaforma digitale in prospettiva funzionale*

Anticipando invero la soluzione che verrà considerata preferibile, può sin d'ora osservarsi come non appaia utile ricercare ed individuare una nozione univoca, oltre che generalmente condivisa, di piattaforma digitale.

Astrattamente, è possibile procedere secondo una prospettiva più o meno ampia¹².

Nel primo senso, la determinazione del Bundeskartellamt, per cui un'impresa attiva su Internet andrebbe qualificata come piattaforma quando fornisce servizi di intermediazione che permettono la diretta interazione tra due o più gruppi distinti di utenti, connessi da effetti di rete indiretti¹³; ma anche l'iniziale approccio della Commissione europea, per cui il termine andava riferito alle imprese operanti nei mercati a due o più versanti (c.d. *two or multi-sided markets*), che utilizzano la rete per far interagire tra loro due o più gruppi distinti ma interdipendenti di utenti, creando valore per almeno uno di essi¹⁴.

¹² G. RESTA, *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018, pp. 232-233 e ID., *Digital Platforms under Italian Law*, in U. BLAUROCK, M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER (a cura di), *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträge*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 97 ss.

¹³ BKARTÄ, B6-113, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, giugno 2016, p. 8. Risulta poi ancora più generica ed ampia, seppure con l'espressa consapevolezza che «[t]his definition approach is intended to outline the subject matter of debate and is not sufficient for a legal definition», la definizione indicata nel "White Paper on Digital Platforms – Digital regulatory policy for growth, innovation, competition and participation" (p. 21), redatto nel 2017 dal Ministero federale tedesco per gli affari economici e l'energia, per cui «[d]igital platforms are internet-based forums for digital interaction and transaction».

¹⁴ Cfr. "Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy" (Commissione europea, 24 settembre 2015). Quali esempi tipici riportati nel documento della Commissione viene fatto riferimento ai motori di ricerca *online*, agli aggregatori di

D'altra parte, un esempio di definizione più stringente si rinviene nel primo progetto di discussione di una direttiva sulle piattaforme di intermediazione *online*, alla cui categoria sarebbero stati ricondotti i soli servizi della società dell'informazione, accessibili in e per mezzo della rete, mediante i quali concludere contratti di fornitura di beni, servizi o contenuti digitali¹⁵.

Optare in modo definitivo per l'una o per l'altra via rischia tuttavia di condurre ad una soluzione insoddisfacente: da un lato potrebbe infatti estendersi eccessivamente la varietà di servizi Internet da includervi, con il

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

¹⁵ RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in *EuCML*, 4, 2016, pp. 164 ss. Di tale progetto si è peraltro fatto carico, nel settembre 2016, lo European Law Institute (ELI), che lo ha utilizzato quale base per l'elaborazione di alcuni principi che potessero essere di ispirazione per i legislatori sia a livello nazionale che europeo, oltre che per le piattaforme stesse in ottica di auto-regolamentazione (A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, *Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?*, Briefing (PE 607.323), 2017, p. 5). Nel dettaglio, C. BUSCH, G. DANNEMANN, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The ELI Model Rules on Online Platforms*, in *EuCML*, n. 2, 2020, pp. 61 ss. Cfr. anche J. SÉNÉCHAL, *The Diversity of the Services Provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-Performance of these Services – A Double Challenge for European and National Contract Law*, *ivi*, n. 1, 2016, pp. 39 ss.

rischio di un intervento regolatorio eccessivamente diffuso e, per questo, inefficiente; dall'altro, una definizione non abbastanza aperta condurrebbe alla mancata considerazione di alcuni tipi piattaforme, che sarebbero esclusi da qualsiasi forma di regolazione¹⁶.

Una definizione univoca, che possa applicarsi ad ogni forma di intermediazione in rete, non sembra dunque definitivamente, né utilmente, ravvisabile¹⁷. In questo stesso senso, peraltro, l'orientamento prescelto sia dalla Commissione¹⁸ che dal Parlamento europeo¹⁹, fondato proprio sull'idea che disporre di una nozione chiusa e giuridicamente vincolante di un concetto al contempo descritto come flessibile e inserito in un contesto, quello del mondo digitale, in rapido e continuo sviluppo, non sarebbe affatto confacente alle intenzioni di regolamentazione del fenomeno.

Piuttosto, si ritiene allora più opportuno procedere secondo un approccio funzionale, che guardi a *what platforms do*, al tipo di relazione economica cui le piattaforme danno forma e sostanza, e che non si basi su fattori o soluzioni immutabili. Che ne consideri l'eterogeneità e le potenzialità, nel solco dell'implementazione di nuovi strumenti tecnologici e relativi modelli di *business*²⁰.

¹⁶ A. STROWEL, W. VERGOTE, *Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate?*, in B. DEVOLDER (a cura di), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 13.

¹⁷ F. BOSTOEN, *Online Platforms and Vertical Integration: The Return of Margin Squeeze?*, in *JAE*, vol. 6, n. 3, 2018, pp. 355 ss.

¹⁸ Commission Staff Working Document SWD(2016) 172 fin. "Online Platforms", elaborato quale documento di accompagnamento alla Comunicazione COM(2016) 288 def. "Le piattaforme *online* e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa".

¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme *online* e il mercato unico digitale (2016/2276(INI)).

²⁰ A. BERTOLINI, N.A. CHERCIU, F. EPISCOPO, *Liability of Online Platforms*, European Parliamentary Research Service, 2021, pp. 9-10. Più vicina a questo approccio sembra allora la definizione proposta nel rapporto del giugno 2015 "Ambition numérique: pour une politique française et européenne de la transition numérique" (p. 57), presentato al Governo francese dal Conseil National du Numérique (CNNum), per cui per piattaforma dovrebbe intendersi «un service occupant une fonction d'intermédiaire dans l'accès aux informations, contenus, services ou bien, le plus souvent édités ou fournis par des tiers» e che «organise et hiérarchise ces contenus en vue de leur présentation et leur mise en relation aux utilisateurs finaux». Ma anche la definizione della proposta "S.2992 – American Innovation and Choice Online Act", attualmente oggetto dell'esame del Senato degli Stati Uniti, che alla sez. 2, n. 9, indica che il termine *online platform* «means a website, online or mobile application, operating system, digital assistant, or online service that (A) enables a user to generate content that can be viewed by other users on the platform or to interact with other content on the platform; (B) facilitates the offering, advertising, sale,

Il termine piattaforma digitale andrebbe perciò inteso in senso polisemico, in primo luogo riguardando quelle infrastrutture digitali triangolari che permettono l'interazione tra soggetti diversi, e dunque ogni «software-based facility providing two- or multi-sided markets where providers and users of content, goods and services can meet»²¹. Ma anche quel soggetto di diritto che tale strumento controlla e governa²², nonché, ancora, il modello economico perseguito ed eseguito in quanto fondato su

purchase, payment, or shipping of products or services, including software applications, between and among consumers or businesses not controlled by the platform operator; or (C) enables user searches or queries that access or display a large volume of information». Peraltro, è proprio con riferimento alla funzione primaria svolta dalle piattaforme che si è soliti distinguere, anche con l'intenzione di proporre una loro classificazione, tra le piattaforme della transazione e le piattaforme dell'innovazione. Le prime si occupano di facilitare gli scambi di beni e servizi oppure altre forme di interazione, come la creazione e la condivisione di informazioni e contenuti. In queste categorie rientrerebbero invero piattaforme attive in settori totalmente diversi tra loro: Twitter, Airbnb, Uber, Amazon Marketplace. Ma tutte caratterizzate dal ruolo di intermediazione per favorire l'incontro tra domanda e offerta (tra compratori e acquirenti, fornitori e utenti di servizi, creatori di contenuti digitali e visualizzatori) e dall'acquisizione di valore per mezzo della pubblicità o del pagamento di commissioni per le transazioni effettuate. Le seconde, invece, fungono da sistema sul quale sviluppare prodotti e servizi nuovi e complementari alle piattaforme stessa. Gli sviluppatori di tali innovazioni rappresentano pertanto, in questo caso, un lato necessario degli utilizzatori di tali piattaforme. Rientrano in tale categoria i sistemi operativi di computer e *smartphone* come Microsoft Windows, Google Android o Apple iOS, o i servizi di *cloud computing* per l'archiviazione, l'elaborazione o la trasmissione di dati. Tra le due categorie, la possibilità di una terza, ibrida, che combina le rispettive caratteristiche, come nel caso di Google, Amazon, Apple o Facebook (M.A. CUSUMANO, A. GAWER, D.B. YOFFIE, *The Business of Platforms: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power*, Harper Business, New York, 2019, *passim*).

²¹ E.I. OBERGFELL, A. THAMER, *(Non-)Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts: Context and Overview of the State of Play*, in *JIPLP*, vol. 12, n. 5, 2017, p. 436, per cui secondo questa ricostruzione vi verrebbero incluse diverse attività, quali le piattaforme pubblicitarie *online*, le piattaforme di vendita al dettaglio, i motori di ricerca, le piattaforme *social*, i punti vendita di contenuti creative, le piattaforme di distribuzione di applicazioni, i servizi di comunicazione, i sistemi di pagamento e le piattaforme per l'economia collaborativa. Una visione simile sembra riscontrabile in Q. CORDIER, *L'Économie de plateforme: description d'un phénomène d'intermédiation*, in J. CLESSE, F. KÉFER (a cura di), *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, Anthemis, Liegi, 2019, p. 10, per cui «le développement des plateformes désigne un phénomène d'intermédiation où une plateforme numérique accessible en ligne – soit via un navigateur internet, soit via une application (smartphone, tablette, etc.) – permet à des utilisateurs d'interagir entre eux».

²² D'accordo anche G. ALPA, *Sul potere contrattuale*, cit., p. 727, secondo cui, giuridicamente, non può che trattarsi di un'impresa, e nei casi più noti di imprese multinazionali.

di queste infrastrutture²³.

Una considerazione di ampia portata, questa, comprensiva tanto dell'impresa di cui la piattaforma è espressione (in)tangibile; quanto lo strumento virtuale in sé, messo a disposizione del pubblico in funzione di *matchmaker* tra domanda e offerta di contenuti digitali, beni o servizi²⁴.

1.2. *Le caratteristiche del fenomeno: l'approccio economico*

Nella natura poliedrica delle piattaforme digitali, indipendentemente dal settore di mercato in cui si collocano, è possibile distinguere taluni connotati peculiari, ma comuni, generalmente propri di tali attori del mercato. Caratteristiche che, in sostanza, attengono al loro funzionamento e al loro modo di concepire le relazioni di scambio, di incidere sul mercato e di creare valore. E che, chiaramente, si spiegano alla luce dell'utilizzo di software, di tecnologie c.d. dell'informazione e della comunicazione²⁵, con cui trova compimento l'attività di relazione e intermediazione con e tra i diversi gruppi di utilizzatori coinvolti²⁶.

²³ A. BERTOLINI, N.A. CHERCIU, F. EPISCOPO, *Liability of Online Platforms*, cit., p. 9.

²⁴ O. LOBEL, *The Law of the Platform*, cit., p. 100, rende chiaro come «[t]hese companies are not selling the thing itself: the service, the product, the content. Rather, they are selling access to the software, the matching algorithms, and a digital system of reputation and trust between their users».

²⁵ Si rinvia in argomento a V. ZENO-ZENCOVICH, F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2008, pp. 141 ss.

²⁶ Cfr. E. MURATI, *What Are Digital Platform? An Overview of Definitions, Typologies, Economics, and Legal Challenges Arising from the Platform Economy in EU*, in *EJPLT*, n. 1, 2021, pp. 3 ss. Volendo rintracciare i principali attori di queste relazioni, innanzitutto, le piattaforme digitali, che svolgono prevalentemente una funzione di intermediazione, offrendo lo spazio digitale ove si rende possibile l'incontro tra domanda e offerta e la realizzazione di scambi suscettibili di una valutazione economica. In ciò potendo invero assumere un ruolo particolarmente attivo, ingente sulle attività e sui contenuti ivi presenti, ovvero non tenere alcun comportamento diretto alla gestione, all'organizzazione o al controllo di tali interazioni e fungere da mero luogo virtuale. Si pensi, nel primo caso, alla piattaforma di Uber, considerata un chiaro esempio di impresa c.d. *market maker*, in quanto esercita un'influenza determinante sulle condizioni di prestazione dei servizi da parte dei suoi conducenti, in particolare sul prezzo massimo della corsa, sulla modalità di pagamento dei conducenti, nonché sul loro comportamento e sulla qualità dei veicoli che guidano (in questi termini, CGUE, Grande Sezione, sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c Uber Systems Spain SL*, ECLI:EU:C:2017:981, punto 39). E ciò, nonostante nelle proprie condizioni generali di contratto la piattaforma stessa si descrivesse come un semplice intermediario (sottolineano questo aspetto C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-

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

Innanzitutto, la loro capacità di ridurre i c.d. costi di transazione, tipici di un'economia di scambio, consistenti nei costi di ricerca e di acquisizione delle informazioni relative tanto ai soggetti contraenti – incluse quelle sulle preferenze e sulle abitudini di consumo dell'acquirente-consumatore – quanto all'oggetto dello scambio; nei costi di negoziazione, riferiti alle trattative necessarie per la definizione e la conformazione dell'accordo; nei costi legati al controllo della corretta esecuzione del contratto e all'adempimento della prestazione che ne è oggetto²⁷. La piattaforma è così

DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy*, cit., p. 5). Nel secondo caso si consideri la piattaforma di *car-pooling* BlaBlaCar, che si limita invece a mettere in contatto potenziali conducenti e passeggeri diretti verso una stessa destinazione. Questa suddivisione non sembra in ogni caso totalmente netta, non essendo evidentemente impossibile che una piattaforma scelga all'occorrenza di cambiare le proprie condizioni in un senso o nell'altro, anche in reazione a fattori del tutto esterni al suo funzionamento (M. INGLESE, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, Cham, 2019, p. 12). Sui diversi modelli di *business* adottati dalle piattaforme, specie sul riferimento all'*agency model*, al *wholesale model* e al *merchant*, si rinvia a M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line*, cit., pp. 45 ss. Vi sono poi, naturalmente, gli utilizzatori della piattaforma, gli utenti, che possono essere soggetti pubblici o privati, professionisti e consumatori, e che danno luogo a diversi tipi di interazione, in via generale: *Business-to-Consumer* (B2C); *Business-to-Business* (B2B); *Peer-to-Peer* (C2C); *Platform-to-Consumer* (P2C); *Platform-to-Business* (P2B); *Business-to-Government* (B2G); *Consumer-to-Government* (C2G). Nonché gli inserzionisti, che usufruiscono dietro corrispettivo delle piattaforme digitali per reperire ed elaborare i dati riferiti ai loro utenti, al fine di carpirne le preferenze commerciali, crearne dei profili virtuali tramite appositi algoritmi e proporre loro pubblicità mirate per il soddisfacimento e la progressiva alimentazione delle relative esigenze – più o meno consapevoli – di consumo (A. BERTOLINI, N.A. CHERCIU, F. EPISCOPO, *Liability of Online Platforms*, cit., p. 19).

²⁷ Cfr. R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *JLE*, vol. 3, 1960, p. 15. Sul punto, O. LOBEL, *The Law of the Platform*, cit., p. 112, spiega come la riduzione dei costi di transazione avvenga specialmente, a favore dei consumatori, attraverso l'offerta di valutazioni, di recensioni e, più in generale, di informazioni idonee a ridurre l'ambito di incertezza che caratterizza i rapporti asimmetrici in cui il soggetto acquirente non ha conoscenza effettiva di ciò che acquista finché non ne ottiene la disponibilità. Soltanto, dunque, a transazione avvenuta. In questo modo si intende (e riesce a) rafforzare la fiducia dei consumatori. Al contempo, si assiste alla riduzione dei costi di controllo, in quanto il timore di ricevere punteggi bassi da parte di chi acquista ingenera dall'altro lato un meccanismo di attenzione *ex ante* a rispettare, sempre, tutti i termini dell'accordo. Ciò avviene peraltro in modo ancora più equilibrato nelle piattaforme dell'economia collaborativa in quanto i gruppi di utenti contrapposti si valutano pubblicamente in modo reciproco. Dell'importanza di valutazioni e recensioni nel contesto dell'economia digitale si avrà modo di approfondire in seguito.

funzionale alla riduzione di tali costi in quanto l'intero processo, dalla fase di ricerca alla fase successiva all'adempimento, durante la quale avviene comunemente la valutazione della prestazione, si svolge su e per mezzo di essa. Il vantaggio per le parti che ne usufruiscono è evidente: in mancanza della piattaforma, potrebbero anche non incontrarsi mai²⁸.

La diminuzione dei costi permette di generare delle economie di scala, per cui maggiore è il vantaggio che ne consegue, maggiore è l'attrattiva della piattaforma per il pubblico, e dunque il numero di utenti che vorranno profittarne. Peraltro, l'aumento degli utilizzatori consente a sua volta l'abbassamento dei costi medi per l'impresa.

Si tratta di un fenomeno ampiamente noto, che non rappresenta una novità della digitalizzazione del mercato: nei più diversi settori produttivi e contesti industriali il costo per unità diminuisce all'aumentare della produzione. Tuttavia, nell'economia delle piattaforme questo effetto risulta ancora più marcatamente evidente in quanto l'utilizzo delle tecnologie digitali e la pervasiva connettività che ne caratterizzano il funzionamento creano valore con costi marginali estremamente ridotti, se non addirittura pari o prossimi allo zero²⁹. Si comprende così perché, una volta fissato il costo della produzione, le imprese digitali sono in grado di crescere velocemente diffondendo le loro attività tra nuovi utilizzatori mentre sopportano un costo minimo³⁰.

Diversamente dalle economie di scala, le economie di scopo che si realizzano (anche) nel mercato digitale comportano la diminuzione del costo medio a fronte della differenziazione dei servizi e dei prodotti offerti. Un'attività, questa, particolarmente favorita dal contesto *data driven* in cui si realizza, poiché profitta dell'occasione di accumulare e trattare ingenti quantità di dati, della più diversa natura, riconducibili a diverse categorie di utenti. Le informazioni in tal modo acquisite divengono allora il logico espediente con cui ottimizzare e personalizzare il servizio e l'esperienza dei propri utenti, non da ultimo in una prospettiva di fidelizzazione; ma anche

²⁸ Cfr. P. BUCCIROSSI, *Background note*, in OCSE, *Vertical Restraints for On-line Sales*, Policy Roundtables, 2013, pp. 17-18; E. LIEBER, C. SYVERSON, *Online versus Offline Competition*, in M. PEITZ, J. WALDFOGEL (a cura di), *The Oxford Handbook of the Digital Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 189 ss.; C. CAMBINI, N. MECCHERI, V. SILVESTRI, *Competition, Efficiency and Market Structure in Online Digital Markets. An Overview and Policy Implications*, in *ERIEP*, n. 2, 2011.

²⁹ A. GAWER, N. SRNICEK, *Online Platforms: Economic and Societal Effects*, European Parliamentary Research Service, 2021, p. 12.

³⁰ G. PARKER, G. PETROPOULOS, M. VAN ALSTYNE, *Digital Platforms and Antitrust*, Bruegel Working Paper, n. 6, 2020, p. 6.

incrementare o adattare la propria offerta sulla base della domanda; oltre che rafforzare, e magari consolidare, la propria posizione di mercato³¹. I vantaggi in termini di spesa sono peraltro tanto più significativi quanto più ci si avvalga, a livello di *governance* della piattaforma, di sistemi di intelligenza artificiale, in particolare di *machine learning*, il cui funzionamento dipende proprio dall'immissione e dall'elaborazione continua e progressiva di dati³².

Evidentemente, l'implementazione di tali tecnologie richiede investimenti che non sono nella disponibilità di chiunque. In questo senso, a loro volta, le economie di scopo spiegano dunque il motivo per cui soltanto un numero relativamente contenuto di piattaforme arriva a detenere un enorme potere di mercato³³.

Un ulteriore elemento caratterizzante il modello di *business* delle piattaforme digitali si individua nella produzione di esternalità³⁴, in quanto il valore che ciascun utente ottiene dal loro utilizzo – e dunque il valore del servizio da esse offerto – cresce se, al contempo, aumenta anche il numero complessivo degli utenti che compiono la medesima scelta.

Due le relative modalità. All'interno di un gruppo di utenti autonomamente considerato, la piattaforma risulta sempre più attrattiva man mano che i partecipanti di quello stesso gruppo aumentano.

³¹ Si pensi per esempio ad Amazon, che da *online marketplace* ha fatto il proprio ingresso nei mercati fisici, con l'acquisizione della società alimentare Whole Foods Market, e nella produzione di film e serie TV come Amazon Prime Video. O a Google, da mero fornitore del sistema operativo Android a produttore di *smartphone*. O, ancora, a Facebook, che ha esteso la propria attività di impresa, inizialmente incentrata sul solo ruolo di *social network*, verso i servizi finanziari e le criptovalute o il più recente interesse per il c.d. metaverso. Sul punto, in considerazione del ruolo rivestito dai dati e dal loro utilizzo nello svolgimento delle attività di qualsiasi piattaforma digitale, si tende a distinguere tra: *data-enabled online platforms*, la cui stessa esistenza è inscindibilmente connessa alla possibilità di accedere a significative quantità di dati da analizzare e processare (in particolare, i *social network*); e *data-enhanced online platforms*, che sfruttano i dati che hanno a disposizione per perfezionare o incrementare le loro attività e i loro prodotti, oltre che per ragioni di efficienza. Ad esempio, per comunicare con i propri utenti, per motivi di sicurezza nella navigazione in rete oppure per sviluppare nuovi servizi (A. BERTOLINI, N.A. CHERCIU, F. EPISCOPO, *Liability of Online Platforms*, cit., p. 20).

³² G. PARKER, G. PETROPOULOS, M. VAN ALSTYNE, *Digital Platforms and Antitrust*, cit., p. 6.

³³ A. GAWER, N. SRNICEK, *Online Platforms*, cit., p. 12.

³⁴ B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Competing Cybermediaries*, in *Eur. Econ. Rev.*, vol. 45, nn. 4-6, 2001, p. 798, evidenziano proprio come l'attività di intermediazione sia per sua stessa natura fonte di esternalità di rete. Necessario il tradizionale rimando allo studio di M.L. KATZ, C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *AER*, vol. 75, n. 3, 1985, pp. 424 ss.

Sono i c.d. effetti di rete diretti, tipici del funzionamento dei *social network* (Facebook o LinkedIn) e dei servizi di comunicazione telematica (Whatsapp o Skype). Tra i diversi gruppi di utenti messi in contatto dalla e sulla piattaforma, invece, gli utenti di un gruppo beneficiano dell'utilizzo della piattaforma al crescere del numero di utenti appartenenti ad un altro gruppo. E questo è il caso dei c.d. effetti di rete indiretti, generalmente ravvisabili nelle relazioni tra gli inserzionisti e i consumatori: si pensi alle piattaforme di intermediazione e facilitazione delle transazioni (Amazon Marketplace o Booking) ovvero a quelle il cui modello di fatturato si fonda sull'inserimento della pubblicità (Youtube)³⁵.

Rispetto a questi ultimi effetti, in particolare, la dottrina economica distingue due tipologie di esternalità indirette: le *usage externalities*, in forza delle quali due o più gruppi di utenti interagiscono tra loro e traggono reciproca convenienza nel momento di utilizzo della piattaforma, per cui maggiore è il numero di utilizzatori, maggiore è l'utilità che vi si può conseguire; le *membership externalities*, che si realizzano per la sola e semplice adesione alla piattaforma, per cui i benefici per gli agenti economici che vi partecipano crescono all'aumento del numero di utenti di un gruppo opposto al proprio³⁶. In entrambe, evidentemente, presupposto essenziale è la presenza di (almeno) due gruppi distinti di utenti che interagiscono tra loro tramite la piattaforma³⁷.

In questo senso, è pertanto possibile introdurre la nozione di mercati a due o più (multi) versanti³⁸.

³⁵ P. NOOREN, N. VAN GORP, N. VAN EIJK, R. Ó FATHAIGH, *Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options*, in *P&I*, vol. 10, n. 3, 2018, p. 270.

³⁶ Su tutti, J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, in *RAND J. Econ.*, vol. 35, n. 3, 2006, pp. 645 ss.

³⁷ D.S. EVANS, R. SCHMALENSEE, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, in *CPI*, vol. 3, n. 1, 2007, p. 152. Gli Autori evidenziano efficacemente come «the core business of the two-sided platform is to provide a common (real or virtual) meeting place and to facilitate interactions between members of the two distinct customer groups».

³⁸ Una terminologia, questa, che trova la sua origine nella letteratura economica e che è ormai diffusamente utilizzata anche dalla dottrina giuridica, specie in materia antitrust. Innanzitutto, anche in questo caso, doveroso è il richiamo a J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *J. Eur. Econ. Assoc.*, vol. 1, n. 4, 2003, pp. 990 ss., nonché a D.S. EVANS, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, in *Yale J. Regul.*, vol. 20, n. 2, 2003, pp. 325 ss. E ancora, a B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, in *RAND J. Econ.*, vol. 34, n. 2, 2003, pp. 309 ss.; M. ARMSTRONG, *Competition in Two-Sided Markets*, *ivi*, vol. 37, n. 3, 2006, pp. 688 ss.; L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME, *Identifying Two-Sided*

Tale modello di mercato si instaura, come detto, in presenza di esternalità indirette tra diversi gruppi di utilizzatori, tra loro interdipendenti, e si caratterizza inoltre per la non neutralità della struttura di prezzo³⁹. Ciò significa che se da un lato l'impresa-piattaforma è impegnata ad offrire e fornire servizi *ad hoc* ai diversi gruppi di agenti economici coinvolti, dall'altro la loro domanda si distingue per essere reciprocamente, continuamente, condizionata. Si generano così degli effetti di rete indiretti, in questa circostanza internalizzati dalla piattaforma quale luogo e strumento di

Markets, in *World Competition*, vol. 36, n. 1, 2013, pp. 33 ss. Il concetto economico dei mercati a più versanti è peraltro entrato a far parte del linguaggio normativo, potendosi trovare siffatto riferimento nella Sezione 18(3a) del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), la legge tedesca in materia di concorrenza, come riformata nel 2017. Ricorrendo alla traduzione ufficiale in lingua inglese resa dal servizio linguistico del Bundeskartellamt, con la collaborazione di Renate Tietjen, e pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia, la disposizione prevede infatti che «in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of: 1. direct and indirect network effects, 2. the parallel use of several services and the switching costs for users, 3. the undertaking's economies of scale arising in connection with network effects, 4. the undertaking's access to data relevant for competition, 5. competitive pressure driven by innovation». Ritiene invece preferibile il termine *two-sided strategies*, in considerazione del ruolo decisionale dell'intermediario nella determinazione delle modalità di fissazione del prezzo di un certo prodotto, M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *J. Econ. Perspect.*, vol. 23, n. 3, 2009, p. 126, il quale riporta l'esempio di Amazon, che per alcuni prodotti segue un modello di mercato c.d. *one-sided* in quanto li acquista a un certo prezzo per poi rivenderli a un prezzo che stabilisce da sé; mentre per altri funge da mero portale web per vendite in cui il prezzo è fissato direttamente dal produttore. È infine il caso di evidenziare che si tratta di una terminologia non limitata al contesto digitale, essendo riconducibile anche a quei soggetti che fungono da piattaforme in senso analogico: tipicamente la televisione o i giornali cartacei, che permettono di creare un contatto, sebbene caratterizzato in questo caso dalla sussistenza di limiti fisici e geografici insuperabili, tra diversi gruppi di utenti interessati al compimento di transazioni reciprocamente vantaggiose. Per esempio, più alto è il numero di telespettatori o lettori, maggiore sarà la disponibilità a pagare da parte degli inserzionisti, con il conseguente incremento dei ricavi della piattaforma, anche se non digitale (Commission Staff Working Document SWD(2016) 172 fin. "Online Platforms", p. 1).

³⁹ OCSE, *Two-Sided Markets*, Policy Roundtables, 2009, p. 29. Quest'ultimo elemento in particolare concerne la modalità di distribuzione dei prezzi tra i diversi versanti (di utenti) e si riferisce alla possibilità che la piattaforma influenzi il volume complessivo delle transazioni che vi avvengono imponendo il pagamento di un certo prezzo a un versante per poter ridurre della stessa entità quello pagato dall'altro. Cfr. J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, cit., pp. 645 ss., che evidenziano come, in questo modo, una piattaforma riesca ad avere successo in fase di accreditamento nei confronti di entrambi i gruppi di agenti economici coinvolti.

incontro tra domanda e offerta⁴⁰. Ma che comunque conducono al c.d. *chicken and egg problem*, tipico proprio dei contesti di intermediazione: in questo senso, un intermediario riesce più facilmente ad attrarre nuovi compratori se propone una larga base di venditori, tuttavia, a loro volta, questi ultimi si rivolgono allo stesso intermediario soltanto quando ritengono di poter così incontrare un numero significativo di potenziali di compratori⁴¹. Così, l'intermediario si trova generalmente nella situazione di dover adottare delle particolari strategie di prezzo e di prodotto, come nel caso in cui offra la fornitura gratuita di un servizio per un determinato periodo di tempo, necessarie a trovare un adeguato equilibrio tra i propri interessi e quelli, contrapposti, dei due (o più) versanti.

Ad esempio, una piattaforma di intermediazione tra consumatori e fornitori a monte, tra i quali albergatori, ristoratori o compagnie aeree, può richiedere a questi ultimi il pagamento di una *membership fee*, per abilitarne la presenza sulla piattaforma oppure di una *usage fee*, da pagare al momento della prenotazione di un certo prodotto o servizio da parte del consumatore, che, di contro, sostiene invece un costo minimo se non nullo. Nel corso di tale interazione, si realizza peraltro sia una esternalità di appartenenza, in quanto il valore dell'intero sistema per i consumatori è direttamente proporzionale alla varietà di fornitori a cui esso consente l'accesso; sia una esternalità di utilizzo, poiché la piattaforma è funzionale proprio ad individuare ed attuare, attraverso una prenotazione, la propria preferenza di consumo⁴².

Ancora presentando le principali caratteristiche delle piattaforme digitali, si ricorda la loro capacità di creare e dare forma a nuovi mercati, con una portata dirompente su quelli tradizionali⁴³, rispetto ai quali si generano inevitabilmente delle situazioni di concorrenza. In particolare, sotto due punti di vista: per un verso, in considerazione dell'incidenza che la loro affermazione sul mercato può avere sulle forme di produzione e di organizzazione del lavoro all'interno delle imprese del mondo reale, *offline*; per l'altro, in quanto impongono al sistema di diritto positivo di far fronte alla loro (tutt'altro che passeggera e, anzi, talvolta piuttosto ingombrante) presenza e semmai di intervenire in funzione regolatoria del loro ruolo e

⁴⁰ M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line*, cit., p. 50.

⁴¹ B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Chicken and Egg*, cit., pp. 309-310.

⁴² M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line*, cit., pp. 51-52.

⁴³ Sul punto, C. TWIGG-FLESNER, *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 21 ss.

delle loro attività, tuttavia ponendosi il dilemma del *trade off* tra la difesa dei modelli di *business* esistenti e l'interesse all'innovazione, nella misura in cui lo sviluppo di nuovi modelli potrebbe rivelarsi capace di generare benefici per l'intera collettività⁴⁴.

E tale valutazione risulta tanto più importante se si considera, in chiusura di questa rassegna, l'aspetto probabilmente di maggiore rilevanza sotto un profilo strettamente giuridico, ovvero che gran parte delle piattaforme digitali agiscono come regolatori privati del loro spazio virtuale⁴⁵. Esse tendono cioè a determinare le regole per l'interazione degli utenti, e in quest'ambito i comportamenti da incoraggiare o meno, come anche i relativi strumenti di controllo e, nel caso, di sanzione. Si pensi poi alle previsioni sull'accesso alla piattaforma e a quelle sull'esclusione dalla stessa; sulle modalità di offerta di prodotti o servizi da parte degli utenti-venditori; sul funzionamento degli strumenti di valutazione degli utenti; sull'accesso ai dati generati e conservati sulla piattaforma; sull'imposizione di prezzi o sul controllo della loro determinazione, come nel caso delle clausole c.d. Most Favoured Nation (MFN).

Si tratta, complessivamente, di disposizioni di *platform governance*⁴⁶. Le quali, quando dipendono esclusivamente dalla volontà e dal controllo delle piattaforme, in assenza di qualsiasi forma di regolazione da parte del legislatore, tendono a realizzare l'abuso di questo loro potere, l'imposizione delle loro condizioni e la distorsione dei rapporti concorrenziali, generando così situazioni di inefficienza del mercato⁴⁷.

⁴⁴ B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, Institute for Prospective Technological Studies, Digital Economy Working Paper, JRC101501, 5, 2016, p. 3.

⁴⁵ G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica*, cit., pp. 261-262.

⁴⁶ A. GAWER, N. SRNICEK, *Online Platforms*, cit., p. 16. Gli Autori fanno notare come questo comportamento delle piattaforme abbia una portata che va ben oltre lo svolgimento di un'attività di impresa, in quanto si tratta di *business* che, per il numero di utenti che raccolgono, per le modalità di fissazione delle regole e per le cifre che gestiscono, sembrano (e si comportano come) dei veri e propri Stati nazionali, evidentemente mancanti, proprio in quanto imprese private, di un processo democratico. In termini di sovranità digitale delle piattaforme, L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022, p. 1104. Sotto questo profilo, le notizie di attualità, soprattutto politica, e gli spunti di riflessione per il giurista sono all'ordine del giorno. Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2009.

⁴⁷ In particolare, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 3 ss. In questo senso, G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2, 2019, pp. 200-201.

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

Basti dunque dire, per ora, che l'obiettivo di questo lavoro consiste proprio nell'analisi di questo specifico rapporto tra imprese, tipico dell'economia delle piattaforme. Per quanto possibile, si tenderà dunque ad evitare di concentrarsi sul modo in cui le condotte delle piattaforme incidono sulla figura del consumatore, privilegiando il punto di vista dell'utente commerciale nella relazione contrattuale con le piattaforme, generalmente caratterizzata da un enorme squilibrio, da un'asimmetria rispetto alla quale si sente la necessità di un approccio, di studio come di regolazione, adeguato alle sfide che la *digital revolution* richiede di affrontare.

2. Piattaforme digitali e contrattazione d'impresa

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

Il contratto costituisce infatti lo strumento attraverso il quale le imprese che intervengono nelle dinamiche di mercato che in questa sede interessano, ovvero la piattaforma digitale, da un lato, e ciascuna impresa che su di essa intende proporsi nell'offerta di beni e servizi ai consumatori, dall'altro, si vincolano e relazionano tra loro.

È dunque, questo, un contratto tra imprese⁴⁸, le cui parti sono necessariamente imprese, appunto, che lo concludono ed eseguono nell'esercizio della loro attività e nell'ambito della loro autonomia⁴⁹. Un

⁴⁸ F. DI MARZIO, *I contratti tra imprese*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2009, p. 77, li descrive come quei contratti in cui «l'attività contrattuale è funzionale all'attività imprenditoriale di tutti i partecipanti. Tali contratti sono qualificativi dal punto di vista di tutti gli autori. Si discorre, pertanto, anche di 'contratti bilaterali d'impresa'».

⁴⁹ Nel senso di una distinzione dalla generale autonomia negoziale di una diversa autonomia, espressamente d'impresa, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 266 ss.

contratto riconducibile a quella categoria, per alcuni non esclusivamente descrittiva, generalmente nota come dei “contratti d’impresa”, dalla cui analisi si intende pertanto avviare questa riflessione, ripercorrendo innanzitutto i passaggi fondamentali di un dibattito tutt’altro che recente⁵⁰.

⁵⁰ La proposta di congegnare la categoria dei contratti d’impresa è di A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1954. Cfr. anche C. ANGELICI, *La contrattazione d’impresa*, in AA. VV., *L’impresa*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 183 ss.; G. OPPO, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1995, pp. 629 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d’impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l’impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 33 ss. Sotto il profilo terminologico, G. OPPO, *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2004, p. 841, ritiene che «[c]onsiderando i contratti che sono strumento di attività imprenditoriale, i contratti che nascono e operano sul mercato, la dizione «contratti d’impresa» è verosimilmente da preferire ad altre che pure sono state proposte come quelle contratti «commerciali», contratti «aziendali», contratti «dei consumatori»; dizioni che indicano più tipi di contratti d’impresa, non i contratti d’impresa». Inoltre, spiegava efficacemente già V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1995, pp. 10 ss., come la locuzione «contratti d’impresa» abbia sostituito nel linguaggio corrente il ben più risalente riferimento ai «contratti commerciali», discendente da quella terminologia propria del codice di commercio del 1882, superata a seguito dell’entrata in vigore del codice civile del 1942, che ha unificato i codici ed eliminato qualsiasi distinzione tra i contratti civili e i contratti commerciali. Sino a quel momento, infatti, il diritto contrattuale appariva scisso nella sua essenza, venendo attribuito a ciascuna codificazione, rispettivamente, il compito di regolamentare gli scambi civili e gli scambi commerciali. L’unificazione del diritto privato ha comportato una sovrapposizione tra le due discipline tale da riuscire ad innescare «un processo di progressivo assorbimento concettuale del “contratto commerciale” nel “contratto civile commercializzato” e infine nel “contratto” genericamente inteso» (F. DI MARZIO, *Contratti d’impresa* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., III, Utet, Torino, 2007, pp. 313 ss. e Id. *I contratti d’impresa. Profili generali*, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2007, pp. 1 ss.). Su quella che viene in questo senso descritta come la “commercializzazione del diritto privato”, si veda G. LEVI, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell’unificazione*, Giuffrè, Milano, 1996; V. BUONOCORE, *Contrattazione d’impresa*, cit., pp. 75 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *ODC*, n. 3, 2015, pp. 1 ss. Nei termini di una, contrapposta, “civilizzazione del diritto commerciale”, si esprime A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Cedam, Padova, 2009, pp. 154 ss. Quanto ad una loro possibile definizione, A. DALMARTELLO, *Contratti d’impresa* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1998, p. 1, li intende come «contratti caratterizzati non solo dalla partecipazione ad essi dell’imprenditore, ma anche (e più restrittivamente) dal fatto che attraverso essi si esplica e si realizza la specifica e oggettivamente qualificante attività d’impresa»; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore*, cit., p. 18, considera inclusi in tale formula «tutti i rapporti contrattuali [...] attraverso i quali l’impresa agisce sul mercato, incidendo in maniera più o meno intensa nella sfera giuridica di terzi»; F. DI MARZIO, *Contratti d’impresa* (voce), cit., pp. 313 ss., convinto della necessità di distinguerli dai contratti

Tradizionalmente, quanto alla configurabilità di una vera e propria categoria giuridica dei contratti d'impresa, la dottrina maggioritaria tende invero a non riconoscere che ne sussistano i presupposti⁵¹.

Postularne l'esistenza, si sostiene, implicherebbe infatti ammettere che sussista un insieme di modelli negoziali per i quali l'essere a vario titolo riferiti all'attività di un'impresa costituisce una notazione dal carattere così individualizzante da giustificarne una considerazione unitaria all'interno di una categoria dogmatica⁵². La quale sarebbe eventualmente caratterizzata

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

⁵¹ In particolare, B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, II, Cedam, Padova, 1978, pp. 309 ss.; F. GALGANO, *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Zanichelli, Bologna, 1980, p. 1; D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori e contratti d'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1995, pp. 657 ss.; M. BESSONE, *Gli standards dei contratti d'impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giur. mer.*, nn. 4-5, 1984, pp. 982 ss.; A. DI AMATO, *Impresa e nuovi contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998; G.F. VECCHIO, *In tema di contratti d'impresa*, in *Giur. it.*, n. 7, 1999, pp. 1563 ss.

⁵² A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2005, pp. 1 ss. e Id., *Introduzione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3 ss.

da uno specifico e necessario elemento, ovvero la qualificazione soggettiva di imprenditore di almeno una delle parti del contratto⁵³.

Tale considerazione non sembra però condivisibile già alla luce del dato positivo.

Nel codice civile è in effetti possibile individuare alcune disposizioni che, a seguito dell'unificazione della disciplina contrattuale, spiccano per riferirsi direttamente all'impresa o all'imprenditore e che sono conseguentemente poste al centro delle argomentazioni di chi, in considerazione della loro previsione, intende sostenere l'esistenza di un'apposita categoria⁵⁴.

In tal senso, si guarda innanzitutto all'art. 1330 c.c., che, per l'eventualità della morte o della sopravvenuta incapacità⁵⁵ dell'imprenditore prima della conclusione di un contratto, dispone la sopravvivenza della proposta e dell'accettazione espresse nell'esercizio della sua impresa. Una situazione, dunque, in cui emerge nitidamente la distinzione, all'interno del fenomeno unitario e globale dell'impresa, tra l'imprenditore e l'attività d'impresa, per cui la posizione contrattuale non viene intaccata dalle vicende soggettive di

⁵³ Difatti, si considerano contratti d'impresa tanto quelli con i consumatori (unilateralmente commerciali) quanto quelli con un'altra impresa (bilateralmente commerciali), la cui disciplina segue in entrambi i casi logiche di regolazione del mercato, ma secondo schemi differenti (P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2006, p. 426). L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 16-17, evidenzia come nell'esercizio dell'attività d'impresa la contrattazione rappresenti, in generale per ciascun imprenditore, lo strumento per il governo e il dominio del mercato, storicamente funzionale ad acquisire i fattori della produzione e far circolare i prodotti, nonché, oggi, a gestire la domanda di consumo, ovvero ad «amministrare la domanda dei propri beni e servizi in un contesto di mercato contrassegnato da costi crescenti». Può dunque dirsi che le imprese rinvergono nella tecnica contrattuale, da un lato, uno «strumento di controllo delle ricadute che i flussi in aumento dei costi tendenzialmente assumono sulla curva della domanda»; dall'altro, l'espedito attraverso cui riuscire a sollecitare e orientare le scelte dei consumatori verso l'acquisto di taluni prodotti o servizi (G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 51 ss.). E se nei rapporti tra imprese tali intenzioni sono evidentemente comuni ad entrambi i contraenti, in quelli tra imprese e consumatori occorre d'altra parte tenere a mente che questi ultimi guarderanno ad una determinata offerta di beni o servizi sulla base di un criterio di mera convenienza economica o capacità di soddisfacimento dei propri gusti e/o bisogni.

⁵⁴ Per una critica convinta rispetto a tale possibilità, si rinvia alle argomentazioni di A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1, 2006, pp. 7 ss. e in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 95 ss.

⁵⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1, 1942, pp. 376 ss., vi equipara qualsiasi ipotesi in cui un imprenditore venga privato della gestione dell'impresa, facendo specifico riferimento al fallimento, subentrando al suo posto l'organo cui l'impresa è affidata.

chi la ricopre, rimanendo ferma perché possa poi subentrarvi il successore dell'imprenditore nell'attività⁵⁶. La *ratio* di tale previsione può essere pertanto individuata proprio in questa spersonalizzazione dell'interesse all'affare che fa compiutamente capo all'impresa, e non all'imprenditore⁵⁷.

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

Si pensi poi, in tema di interpretazione del contratto, all'art. 1368 c.c., ai sensi del quale «le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa». Tale disposizione sembrerebbe infatti asserire l'esigenza di un'interpretazione unitaria e uniforme dei contratti d'impresa, nonché attestare la centralità del ruolo del mercato, quale luogo di realizzazione dell'iniziativa economica, nella determinazione del contenuto del vincolo negoziale⁵⁸.

Ma ancora, e senza indugiare ulteriormente su questo aspetto, l'art. 1329 c.c., sull'efficacia della proposta irrevocabile; gli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c., sulla disciplina a tutela del contraente (economicamente più) debole nell'ambito della contrattazione standardizzata⁵⁹; l'art. 1722 c.c., sull'ultrattività del mandato avente ad oggetto il compimento di atti

⁵⁶ F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa* (voce), cit., pp. 313 ss. G. OPPO, *I contratti d'impresa*, cit., p. 842, rileva come ciò non valga per il caso in cui l'elemento soggettivo, la persona, abbia prevalenza sull'organizzazione, e dunque laddove si tratti di piccoli imprenditori. Sul punto, G.C.M. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1991, pp. 1 ss. Per l'applicazione dell'art. 1330 c.c. anche all'imprenditore agricolo, e in generale alle imprese non commerciali, G. AULETTA, *Atto di commercio* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 200.

⁵⁷ L. NONNE, *Contratti tra imprese*, cit., pp. 48 ss., che ricorda come tale disposizione trovi il suo antecedente storico nell'art. 429 del Progetto del 1922 di un nuovo codice di commercio, ispirato a sua volta ai parr. 130 e 153 del BGB, che sanciscono la sopravvivenza della proposta alla morte o sopravvenuta incapacità del dichiarante come principio generale.

⁵⁸ C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., pp. 183 ss. Che questa norma non risulti oramai utile per la costruzione di una categoria dei contratti d'impresa, sebbene appaia come la regola codicistica forse più significativa in tal senso, viene efficacemente espresso da A. GENTILI, *I contratti d'impresa*, cit., pp. 19-20, per cui «questa regola ha il difetto di non esistere: infatti laddove il contratto d'impresa che la richiama intercorra tra due imprese, essa è evidentemente inapplicabile di fatto; e dove intercorra tra un'impresa e un consumatore, è ora inapplicabile di diritto» ex art. 35 cod. cons.

⁵⁹ Di cui dettagliatamente, *infra*, al successivo par. 4.

relativi all'esercizio di un'impresa; l'art. 1824 c.c., sulla limitazione del conto corrente ai crediti d'impresa; l'art. 2112 c.c., sul trasferimento, anche soltanto parziale, dell'azienda; o l'art. 2709 c.c., sull'efficacia probatoria dei libri e delle scritture contabili che fanno prova contro l'imprenditore.

Ebbene, tali norme, per quanto nitidamente in raccordo con la realtà d'impresa, appaiono indici insufficienti per la costruzione di un'autonoma categoria negoziale, non solo in quanto troppo esigue, ma anche perché non sempre coordinate nella considerazione del ruolo dell'impresa in modo tale da riuscire ad esprimere un significato ordinante all'interno del sistema⁶⁰. E ciò non sembra possibile nemmeno affiancandovi nella lettura le numerose novità introdotte per mezzo della legislazione speciale, che, negli ultimi trent'anni, ha riservato uno spazio considerevole alla materia dei contratti (riferiti all'attività) d'impresa.

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

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

Si scorge infatti un *fil rouge* tra le disposizioni in tema di abuso di dipendenza economica, di ritardi di pagamento e di affiliazione commerciale: il riferimento a contesti contrattuali in cui, tra due imprenditori che si obbligano vicendevolmente, uno si pone in condizione di prevaricare sull'altro, abusando del proprio potere contrattuale⁶¹. Una situazione di asimmetria, di squilibrio, di disequaglianza (sostanziale) tra le parti, che richiedeva e richiede di essere indagata ulteriormente⁶².

⁶⁰ L. NONNE, *Contratti tra imprese*, cit., pp. 59 ss.

⁶¹ R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 347.

⁶² A voler dimostrare quanto tale prospettiva risultasse totalmente inedita e generasse nuova

3. Segue. *Dai contratti asimmetrici al contratto con asimmetria di potere*

È sulla scia di queste «tracce» che viene dunque coniato il riferimento al c.d. terzo contratto, a quella terra di mezzo tra le due «ovvie polarità»: il contratto nobile, da un lato, negoziato da soggetti, pari, pienamente consapevoli; il contratto dei consumatori, dall'altro, ai quali sono rivolte apposite norme imperative di sostegno⁶³.

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

⁶³ R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. XII-XIII. Invero l'Autore ritiene che in tale «area grigia» possano inserirsi non soltanto i rapporti B2B fra operatori non sofisticati, ma anche i rapporti C2C e, in generale, tutti i rapporti non riconducibili ai due modelli estremi. Diversamente, nell'*Introduzione* del volume curato da G. Gitti e G. Villa si fa riferimento ai soli contratti B2B in cui un imprenditore sia in condizione di dipendenza economica nei confronti dell'altro. E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., pp. 317-318, pone il contratto C2C «al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica», immaginando che possa al più evocare l'ipotesi di un quarto contratto. Sull'eventualità di proseguire nella numerazione apre invero anche C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4, 2008, p. 847, nota 22; nonché P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contraffazione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 293. Per una panoramica generale sull'argomento, E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contr.*, n. 5, 2009, pp. 493 ss. Opportuno infine un riferimento al rapporto che intercorre tra la disciplina generale del contratto e quella speciale del contratto del consumatore. Si vuole rimandare in questa sede alla ricostruzione di prospettiva di A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2016, pp. 1479 ss., il quale, interrogandosi sul modo di intendere la specialità del codice di settore rispetto al codice civile, quale particolarità nella connessione da *genus* a *species* ovvero quale vera e propria alterità, conclude in quest'ultimo senso laddove si segua il tradizionale approccio, esclusivamente funzionale, che guarda al perseguimento di una politica economica di regolazione del mercato, quale quella più tipicamente adottata dal legislatore europeo; nel primo senso se si considera, come viene espressamente suggerito per l'avvenire, una tendenza di carattere sempre più marcatamente sociale, così risultante tanto nella produzione normativa nazionale ed europea quanto nel diritto vivente, che si affianca a una contestuale spinta verso l'esercizio più ampio ed efficiente dell'autonomia privata. Ciò in quanto «la razionalità giuridica tende alla specificità nell'unità». Il percorso argomentativo adottato appare particolarmente suggestivo e giunge ad individuare il fondamento per l'applicazione concreta, e non meramente potenziale, delle regole della disciplina generale al diritto dei consumatori nella sinergia tra le rispettive *rationes*, ovvero tra le politiche del diritto che le ispirano.

Un sintagma, questo, inteso a descrivere quel contratto contraddistinto dalla presenza di un imprenditore per cui si intravede una specifica necessità di tutela rispetto ad una controparte dotata di maggiore potere contrattuale e della forza necessaria ad abusarne⁶⁴. Un contratto tra parti che non si trovano in posizione di parità, ma che procedono a una contrattazione asimmetrica nell'ambito della quale una parte (forte) prevale sull'altra (debole), sebbene sotto il profilo soggettivo siano entrambe imprese⁶⁵.

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

Infatti, se può dirsi che un imprenditore sia, di regola, fisiologicamente in possesso di tutte le informazioni e le conoscenze utili e necessarie alla conclusione consapevole di un contratto⁶⁶, è pur vero che questa simmetria informativa, anche quando non soltanto presunta, non è sempre sufficiente perché questi possa in concreto esercitare la propria libertà contrattuale⁶⁷.

⁶⁴ G. GITTI, *Premessa*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 13; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2005, pp. 285 ss., che, riferendosi al professionista debole, riconosce l'opportunità di un approccio di tutela *ad hoc*. Critico il punto di vista di D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, *ivi*, n. 3, 2008, pp. 509 ss. In argomento, *amplius*, A. GIANOLA, *Terzo contratto* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., IV, Utet, Torino, 2009, pp. 570 ss.

⁶⁵ In questo senso si comprende la portata di quell'«area grigia» evocata da R. PARDOLESI, *Prefazione*, cit., p. XIII, quale realtà per così dire bifronte, che riunisce gli elementi propri del contratto di diritto comune ad altri tipici dei rapporti di consumo.

⁶⁶ P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2004, p. 810, spiega come nei contratti fra imprenditori, a differenza di quanto accade nei rapporti di consumo, le eventuali asimmetrie informative non sono insuperabili, né necessariamente dannose. Da un lato, infatti, l'imprenditore può acquisire in via progressiva le informazioni utili a valutare la convenienza economica di qualsiasi affare stia portando avanti nello svolgimento della sua attività economica; dall'altro, un eventuale approfittamento della diseguale distribuzione delle informazioni tra i contraenti viene considerato un «incentivo fondamentale per l'iniziativa economica». In ID., *La categoria dei contratti d'impresa*, cit., p. 426, l'Autore sottolinea quindi l'esigenza di frenare il processo di «consumerizzazione» del diritto dei contratti a tutela dell'efficienza del mercato. Nello stesso senso anche il punto di vista di E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, n. 1, 2009, p. 125, per cui la libertà di concorrenza, quale principio fondamentale che fa da sfondo ai rapporti tra imprese, dovrebbe costituire un impedimento insuperabile all'intervento dirigistico.

⁶⁷ A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3, 2004, p. 555, evidenzia sotto questo profilo che «[l]a disciplina dell'informazione contrattuale è espressione della teoria economica marginalista su cui si basa la teoria del

Lo stato di debolezza in cui può trovarsi nel confronto con una controparte soggettivamente eguale, ma che abusa della propria posizione di forza (economica), può condurlo alla conclusione di contratti squilibrati o non negoziati o, ancora, a subire da parte dell'imprenditore forte l'esercizio di diritti o rimedi contrattuali in modo scorretto o dannoso⁶⁸.

Una forma di asimmetria, dunque, cui fa da perno la componente economica, ravvisabile nella comparazione delle posizioni che le parti in gioco rispettivamente ricoprono nel contesto di mercato di riferimento e tale da realizzare una distorsione strutturale in forza della quale la parte debole si trova nell'impossibilità di difendere adeguatamente i propri interessi o di manifestare una volontà contrattuale che possa dirsi libera dall'altrui condizionamento economico⁶⁹.

Invero, nell'ambito dei rapporti tra imprese a rilevare non è tanto l'asimmetria in sé, quella informativa come quella economica. Quanto, invece, l'eventuale abuso del proprio potere contrattuale, che trova compimento nell'impossibilità da parte dell'imprenditore debole di trovare alternative sul mercato⁷⁰. Ed è proprio questo abuso da parte del soggetto in posizione di forza ad essere vietato: non si può ammettere la produzione in suo favore di un vantaggio eccessivo e irragionevole⁷¹. La dipendenza economica, altrimenti, non costituisce altro che una circostanza fisiologica del mercato, in quanto tale tutt'altro che preclusa, così da non ostacolare il gioco della concorrenza, in cui a operatori forti se ne contrappongono altri più deboli.

Inevitabile quindi il confronto con la ben più compiutamente delineata

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

⁶⁸ A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 377.

⁶⁹ *Ibidem*. Si veda anche E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. contr.*, n. 1, 2008, pp. 8 ss.

⁷⁰ E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., p. 319, ricorda che ciò avviene quando l'imprenditore subisce un dominio assoluto, in violazione dei divieti antitrust; quando è vittima di un dominio relativo, costretto in una situazione di c.d. *lock-in* da una certa relazione contrattuale; quando si realizza una pratica commerciale scorretta, come può avvenire nell'ipotesi dei ritardi di pagamento.

⁷¹ A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), cit., p. 379.

disciplina consumeristica⁷².

Nell'ambito di quello che andrebbe così qualificato nei termini di "secondo contratto"⁷³, il quale gode di una sistematicità del tutto estranea alle relazioni commerciali bilaterali, l'asimmetria che spiega l'intervento regolatorio del legislatore sia europeo che, successivamente, nazionale, è notoriamente di tipo informativo⁷⁴. La posizione di svantaggio in cui il consumatore si trova, semplicemente in quanto tale, di fronte al professionista rappresenta un paradigma di fallimento del mercato che, se non corretto per mano del potere pubblico⁷⁵, costituisce un ostacolo per l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico, poiché mina in maniera inevitabile e strutturale l'efficienza allocativa del mercato⁷⁶. Efficienza che passa soltanto dalla libertà di scelta e dalla capacità di influire sulle dinamiche economiche. Tuttavia, perché ciò accada, è necessario che vi sia conoscenza, se non piena almeno sufficiente⁷⁷.

⁷² C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4, 2005, pp. 552-553, si riferisce alle due materie, quella dei contratti tra imprese e quella dei contratti tra imprese e consumatori, come a materie sorelle, accomunate innanzitutto dall'essere al centro di un generale processo di rimediazione dell'istituto contrattuale da parte della civilistica italiana. Ciò in considerazione sia della progressiva disgregazione della categoria codicistica di contratto sia del grado sempre maggiore di specializzazione del diritto civile nella dimensione europea.

⁷³ G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 13, rileva peraltro che «l'immagine via via più nitida di un primo e di un secondo contratto, vagamente (pur se impropriamente) evocativa dell'antico binomio rapporti civili-rapporti commerciali, si riflette dallo specchio della legislazione consumeristica nella consapevolezza dell'interprete europeo». Su tale aspetto, con riferimento all'esperienza francese, J. CALAIS-AULOY, *L'Influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *RTD civ.*, n. 2, 1994, pp. 239 ss.; a quella tedesca, H.W. MICKLITZ, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts – Ius commune praeter legem?*, in *ZEuP*, n. 2, 1998, pp. 257 ss.

⁷⁴ Cfr. G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2003, pp. 241 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova, 2002, *passim*.

⁷⁵ Per un'analisi economica, G. CHIRICHELLO, *I fondamenti economici dell'ordine giuridico del mercato*, in AA.Vv., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 141 ss.

⁷⁶ P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori*, cit., p. 810. Cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo. L'attività e il contratto*, III, Cedam, Padova, 2003, pp. 18 ss. Nonché già, G.A. AKERLOF, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *QJE*, vol. 84, n. 3, 1970, pp. 488 ss.

⁷⁷ A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), cit., pp. 375-376, sottolinea quindi

In ciò, la scelta del legislatore non è stata dettata esclusivamente dall'intenzione di tutelare un soggetto debole⁷⁸, il cui *status* rileva in senso giuridico, non di ceto⁷⁹, quanto dalla più ampia valorizzazione di un obiettivo fondamentale dell'Unione europea a tutela del benessere (economico) collettivo⁸⁰.

che «per essere capaci di volere occorre poter intendere», rinviando doverosamente ad A. GENTILI, *Informazione contrattuale*, cit., pp. 555 ss.

⁷⁸ Ma si veda anche A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2008, pp. 538-539 e ID., *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., pp. 238-239, che richiama anche la tutela della dignità e del libero sviluppo della persona umana come specifica dei consumatori perché persone fisiche, e in quanto tale necessariamente estranea alla struttura dell'impresa, il cui agire è conformato dai principi della libertà di iniziativa economica e dal regime concorrenziale. In questi termini si pone anche E. RUSSO, *Imprenditore debole*, cit., p. 125. La prospettiva viene invece espressamente contestata da F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 305; e da E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, cit., p. 497.

⁷⁹ Spiega V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, nn. 5-6, 1975, pp. 701 ss., spec. p. 718, come la protezione dei consumatori non sia infatti rivolta a una classe non agiata, in quanto tale debole e quindi protetta, da cui dovrebbe pertanto discendere una tutela più ampia «determinata sulla base di una ricognizione dei bisogni e degli interessi reali, e non sulla base della rigida e aprioristica adesione ad una formula». Nella riflessione dell'Autore si rinvia allo studio di N. REICH, *Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz*, in *ZRP*, n. 8, 1974, pp. 187 ss., spec. p. 190, secondo il quale qualsiasi valutazione in termini di classe o di ceto, in un senso in qualche modo conflittuale, non sarebbe utile a comprendere la posizione del consumatore nel sistema economico; nonché di K. TONNER, *Zum Stellenwert des Verbraucherschutzes*, in *DuR*, n. 3, 1975, pp. 119 ss., che arriva invece a sostenere, sviluppando il pensiero marxiano, la coincidenza della figura del consumatore con quella del lavoratore subordinato.

⁸⁰ F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010, pp. 8 ss. Chiarisce infatti A. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Riv. dir. impr.*, n. 1, 2012, p. 14, che la politica consumeristica è indubbiamente «manifestazione dell'ordine pubblico economico di direzione, ma anche strumento di politica sociale inteso ad elevare il benessere e la qualità di vita dei cittadini-consumatori e dunque anche manifestazione dell'ordine pubblico economico di protezione». Una politica, questa, che diviene ufficialmente di carattere comunitario a partire dall'Atto Unico del 1985, come ricordato da G. GHIDINI, *I diritti dei consumatori come civil rights nel mercato*, in L. KLESTA DOSI (a cura di), *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, CLEUP, Padova, 2000, p. 44, espressione di un approccio neocapitalistico in forza del quale «il miglior funzionamento del mercato unico cui tende la costruzione comunitaria non può prescindere dalla salvaguardia e dalla promozione degli interessi dei cittadini come consumatori utenti».

Come è noto, il consumatore si trova in una posizione di debolezza perché limitato nella sua libertà negoziale, per cui è uso descriverlo come *price conscious but terms inconscious*, proprio in quanto, in mancanza dei correttivi imposti dalla legge, sarebbe portato a impegnarsi in un certo scambio pur con il rischio di non essere pienamente informato del contenuto del relativo accordo. E tale considerazione può dirsi valere in ogni caso, anche quando il consumatore è un soggetto particolarmente avveduto o un impegnato conoscitore del settore entro cui si inserisce il contratto che conclude⁸¹. L'asimmetria informativa è, cioè, sempre astrattamente presunta; laddove quella economica, di posizione di mercato, esige invece un approccio casistico, una verifica in concreto, affinché possa constatarsi che si sia effettivamente realizzata una forma di abuso⁸².

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

Si consideri che nei contratti dei consumatori l'applicazione della norma trova il suo antecedente nello *status* formale dei contraenti, mentre le norme imperative connesse ai rapporti tra imprese non sono ancorate alla natura soggettiva della parte, in quanto ciò che rileva non è mai l'attività economica in sé o l'individuazione della qualità di imprenditore, bensì l'effettiva struttura organizzativa dell'impresa e il suo concreto posizionamento sul mercato⁸³.

Inoltre, mentre quelli del consumatore sono comunemente contratti istantanei, i contratti dell'imprenditore debole sono contratti di (lunga) durata (c.d. *relational contracts*⁸⁴), che comportano le inevitabili difficoltà

⁸¹ L'applicazione della disciplina consumeristica, in questo senso, non viene mai subordinata alla verifica di un'effettiva mancanza di conoscenze da parte del consumatore ovvero di una sua concreta inadeguatezza a negoziare con il professionista, come confermato in più occasioni dalla giurisprudenza comunitaria. Cfr. CGUE, sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-498/16, *Maximilian Schrems c Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, spec. par. 39; o anche, già, CGUE, sentenza del 3 settembre 2015, causa C-110/14, *Horațiu Ovidiu Costea c SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538, par. 21. In senso critico, J.P. CHAZAL, *Le Consommateur existe-t-il?*, in *D.*, n. 31, 1997, pp. 260 ss., secondo cui sarebbe il caso di rendere superabile la presunzione di debolezza che giustifica la tutela del consumatore, e circoscrivere dunque la portata della legislazione di settore, ogniqualvolta questi disponga, in concreto, di un grado di informazioni tale da escludere che si trovi in una posizione di asimmetria informativa rispetto al professionista.

⁸² G. AMADIO, *Nullità anomale*, cit., p. 303.

⁸³ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico*, cit., p. 530.

⁸⁴ In argomento, V. BRIZZOLARI, C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati*

del regolamento e della gestione del rapporto nel tempo, ad esempio in caso di necessaria rinegoziazione del contenuto del contratto in relazione a talune sopravvenienze⁸⁵.

Ancora, si prenda in considerazione il disequilibrio tra le parti, che è soprattutto normativo per i consumatori, ovvero misurato sui diritti, sugli obblighi e sui poteri riconosciuti loro dal contratto; anche economico per l'impresa debole. E rispetto al quale si inserisce il tema dei poteri integrativi e correttivi del giudice⁸⁶.

Così, a fronte di una certa, comune, posizione generica di debolezza, si riscontra che numerose e significative sono al contempo le differenze che sussistono tra soggetti e dinamiche del secondo e del terzo contratto.

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

Ciò spinge, dunque, a chiedersi se tali paradigmi possano in definitiva assurgere a due, se non più, categorie contrattuali tra loro autonome e

e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca, Roma TrE-Press, Roma, 2018, pp. 433 ss. In prospettiva comparatistica si veda L. VAGNI, Asimmetria contrattuale e tutela dell'imprenditore debole nel diritto inglese: prime riflessioni, in Comp. dir. civ., n. 2, 2020, pp. 461 ss.

⁸⁵ M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 164, si sofferma sulla gravità di tale distinzione, tutt'altro che insignificante, descrivendo come lo scambio segua a valutazioni di convenienza e a calcoli economici che possono naturalmente condurre a un esito svantaggioso, conseguenza del rischio che si corre ogniqualvolta si eserciti la propria autonomia privata. Diversamente, quando si parla di gestione, di conformazione della struttura organizzativa funzionale al rapporto, la portata del rischio si estende, in quanto si riferisce all'integrità economica dell'impresa, ovvero «al proprio modo di essere imprenditore». C. CAMARDI, *Contratti di consumo*, cit., pp. 557 ss., argomenta inoltre su questo specifico aspetto di distinzione, evidenziando che il rapporto di consumo si realizza con riferimento a un bisogno o interesse tendenzialmente immediato e contingente e si colloca in un mercato altamente concorrenziale, ove il consumatore può scegliere tra diverse alternative di prodotto e di contratto; laddove, in particolare, il contratto di subfornitura configura un modello stabile e durevole per la condivisione o l'utilizzo coordinato di risorse e l'affiliazione commerciale è invece funzionale ad accedere a un certo sistema produttivo e/o distributivo entro il quale coordinarsi e interagire con una pluralità di attori indipendenti.

⁸⁶ A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), cit., p. 387. Cfr. F. VOLPE, *Contratto giusto* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., III, Utet, Torino, 2007, pp. 403-404; A.M. AZZARO, P. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in E. GABRIELLI, E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, I, Utet, Torino, 2005, pp. 43 ss.

distinte.

Ebbene, che la disciplina consumeristica si sia oramai imposta quale statuto generale, in sé completo ed autosufficiente, dei rapporti tra consumatori e professionisti è opinione risalente, oltre che largamente riconosciuta⁸⁷. La stessa conclusione, però, non sembra potersi sostenere con riferimento alle regole che vigono in materia di contratti tra imprese⁸⁸.

Si ritiene in effetti che la categoria del terzo contratto non riesca a rappresentare uno statuto normativo organico ed autonomo, ma soltanto una formula dal valore fondamentalmente descrittivo ed evocativo⁸⁹. Non vi si riconosce, quindi, un sistema unitario e generale, in quanto figura integrata da disposizioni eterogenee, accomunabili per il contesto in cui si collocano, ma troppo diverse nell'approccio alla regolazione dei rapporti che descrivono per riuscire a convergere in un'unica direzione⁹⁰. Allo scopo, dovrebbero infatti potersi individuare, congiuntamente e in ciascuna delle fattispecie riconducibili al terzo contratto, degli elementi comuni, dei tratti unificanti, che si rivelano invece insufficienti. Manca, in sostanza,

⁸⁷ Ancora sul rapporto tra disciplina generale e disciplina di settore, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»*, in *Giur. it.*, n. 2, 1993, pp. 57 ss., sottolinea come la creazione della categoria dei contratti con i consumatori richieda (nuovamente: è un *dejà vu* rispetto alla superata distinzione fra contratti civili e contratti commerciali) di individuare la norma applicabile ai rapporti negoziali in base alla qualifica soggettiva del soggetto che vi è parte, in questo modo scardinando il postulato ideologico su cui il diritto privato moderno, dai codici napoleonici in poi, è stato fondato e costruito: l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. E alla disuguaglianza sostanziale che tale categoria presuppone, si dice, corrisponde la disuguaglianza legale, specialmente individuata in una «notevole attenuazione del dogma del consensualismo». G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 43, riassume i principali caratteri idonei a connotare in via organica lo statuto normativo del contratto con i consumatori. In particolare richiama la previsione di diffusi oneri di forma scritta; il riconoscimento al contraente debole del diritto di ripensamento (c.d. *ius poenitendi*); l'imposizione in capo al contraente forte di appositi obblighi di comportamento, in particolar modo di tipo informativo; l'introduzione di un diffuso controllo sul contenuto normativo del regolamento contrattuale; la configurazione di un innovativo sistema rimediabile. La scorporazione della normativa di settore che ormai dal 2005 trova espressione nel codice del consumo segna il culmine di quel processo di perdita di unità del paradigma contrattuale già da tempo riconosciuto da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979. Sull'unità della categoria del contratto, necessario invece il rinvio a G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, n. I, 1991, pp. 659 ss.

⁸⁸ Convintamente, in termini di esiguità e inadeguatezza della base normativa esistente, E. RUSSO, *Imprenditore debole*, cit., p. 124.

⁸⁹ G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p. 41.

⁹⁰ F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa* (voce), cit., p. 313 ss.

un' apprezzabile organicità tra le discipline⁹¹.

Ciò non toglie, in ogni caso, che la concettualizzazione che il riferimento al terzo contratto esprime permette utilmente di ragionare dei problemi di quello che è stato definito il nuovo diritto dei contratti⁹², in quanto insieme capace di raccogliere tutte quelle regole, eterogenee e non sistematicamente ordinate, che trovano il loro punto di contatto nel generale divieto di abuso di dipendenza economica⁹³.

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

Infatti, *contra* la costruzione del modello dogmatico del terzo contratto si colloca la proposta di seguire una diversa prospettiva, di carattere unitario, intesa a far convergere in un nuovo ed esclusivo paradigma contrattuale tutte le figure di contraenti deboli cui l'ordinamento ha man mano ammesso un più intenso livello di protezione rispetto alla disciplina generale, a partire dai consumatori: il contratto con asimmetria di potere⁹⁴.

⁹¹ E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., p. 319, oppone inoltre che la scelta di postulare dei segmenti di disciplina autonomi – secondo, terzo, potenzialmente quarto contratto e così via – costituirebbe un ostacolo per il coordinamento ermeneutico e la condivisione di aspetti di disciplina, minando inevitabilmente al pluralismo con cui dovrebbe declinarsi l'istituto del contratto.

⁹² Il terzo contratto è infatti presentato come secondo capitolo del nuovo diritto dei contratti, dopo quello dei contratti dei consumatori. Si vedano, G. VETTORI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Materiali e commenti*, cit., pp. XVII ss.; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2002, pp. 721 ss. e in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1141 ss.; N. LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 513 ss. Nel senso che il nuovo diritto dei contratti diseguali non sia spinto da alcun reale elemento di novità rispetto ai principi del diritto generale dei contratti, A. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali*, cit., pp. 3 ss.

⁹³ In questo senso, R. PARDOLESI, *Conclusioni*, cit., pp. 348-349, auspica che il terzo contratto riesca ad uscire «dal limbo delle ipotesi di lavoro per transitare a pieno titolo nei ranghi degli strumenti euristici a disposizione dell'interprete», ritenendo che ciò potrà avvenire quando le relative norme riusciranno ad individuare quel contesto di ineguaglianze sistemiche, a carico di imprenditori soggetti a dipendenza economica, entro i cui confini poter dispiegare i necessari correttivi nel segno del riequilibrio tendenziale.

⁹⁴ È, notoriamente, la posizione, su tutti, di V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2001, pp. 769 ss. Invero, nello stesso senso ma nei termini di "tutela di contraente debole", già F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 1999, p. 639. Cfr. anche P. BARCELLONA (a cura di), *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole (Atti della Tavola rotonda, Catania 17-18 maggio 1969)*, Giuffrè, Milano, 1970. Osserva criticamente A. ZOPPINI,

Secondo questa impostazione, l'asimmetria di potere contrattuale dovrebbe costituire un elemento trasversale, comprendente sia l'asimmetria informativa che quella economica⁹⁵, e strumentale a portare a razionalità tutto quel materiale normativo diretto a regolare i contratti del consumatore e i contratti asimmetrici tra imprese. I contratti, cioè, in cui almeno una delle parti è un operatore professionale del mercato.

L'idea di fondo consiste nel ritenere che, in sostanza, la regolazione protettiva dell'area dei rapporti B2C, evidentemente preponderante, possa essere estesa alle altre relazioni asimmetriche di mercato, tra cui quelle B2B⁹⁶, così da dare maggior consistenza alla strategia di intervento contro i fallimenti del mercato – le teorie economiche che giustificano i relativi interventi legislativi possono dirsi coincidenti – e far valere «apprezzabili elementi di giustizia (o almeno *fairness*), razionalità, efficienza»⁹⁷. A sostegno, si osservi ad esempio che il sindacato dei contratti soggettivamente diseguali, sia tra imprese che tra imprese e consumatori, è sempre volto a correggere l'alterazione della razionalità – e dunque della

Il contratto asimmetrico, cit., p. 525, come già il semplice interrogativo in ordine alla possibilità di dare un ordine sistematico alle norme sulla disparità strutturale nel rapporto contrattuale contrasti con uno dei pilastri della costruzione del contratto secondo l'impostazione liberale: per il sistema di diritto privato – contrariamente alla prospettiva pubblicistica – la diseguale forza economica tra le parti è giuridicamente neutra, non avendo rilevanza ai fini della verifica circa la validità e l'efficacia della regola contrattuale. Il riferimento è dunque a F.C. VON SAVIGNY, *System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlino, 1840, p. 371; J.L. HALPÉRIN, *Le fondement de l'obligation contractuelle chez le civilistes français du XIXe siècle*, in J.F. KERVÉGAN, H. MOHNHAUPT (a cura di), *Gesellschaftliche Freiheit und Vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Francoforte, 1999, pp. 323 ss.

⁹⁵ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, n. 2, 2009, pp. 279-280, riunisce le diverse forme di asimmetria in quanto fisiologiche, derivanti cioè dagli inevitabili, e in quanto tali fisiologici, fallimenti del mercato nei sistemi di concorrenza imperfetta, rispetto alla cui esposizione urgono misure di regolazione. Diverse quindi dalle asimmetrie definite invece come patologiche, che trovano invece spazio di fronte alla presenza di fattori anomali e devianti rispetto alle normali dinamiche delle relazioni sociali, in quanto tali individuali e non determinabili a priori, rispetto ai quali l'ordinamento individua appositi rimedi, come l'annullamento o la rescissione del contratto, a tutela del contraente debole.

⁹⁶ C. CAMARDI, *Contratti di consumo*, cit., pp. 553-554, riepiloga i tratti comuni delle due categorie contrattuali, quali l'imposizione di obblighi di informazione, in forma scritta a pena di nullità; la previsione di tecniche di controllo dell'equilibrio contrattuale; la declinazione della sanzione di inefficacia o nullità secondo le modalità c.d. europee di parzialità e relatività; il richiamo alla clausola di buona fede per tendere a un modello solidale di contratto.

⁹⁷ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo*, cit., p. 280.

libertà, dell'informazione e della consapevolezza – delle scelte contrattuali di una parte, a prescindere dal tipo e dal grado dell'asimmetria in cui versa. E se lo strumento di riconoscimento della razionalità è, nel codice civile come nella legislazione speciale, l'invalidità, la circostanza che essa svolga di per sé una funzione e di repressione e di protezione consente la reciproca integrazione delle rispettive discipline proprio nel quadro di una categoria generale della contrattazione diseguale⁹⁸.

Non solo. In termini probabilmente ancora più significativi, in una prospettiva di sistematica normativa, tale soluzione è utile a porre definitivamente fine a quel processo di rottura dell'unità della struttura del diritto dei contratti⁹⁹, innescato dall'affermazione proprio della disciplina consumeristica¹⁰⁰.

Le alte intenzioni di questa proposta non hanno tuttavia scongiurato numerose critiche, invero pervenute da più fronti. E in considerazione delle quali anche questa formula, come quella del terzo contratto, sembra finire per rivelarsi meramente descrittiva¹⁰¹, alla luce di alcune considerazioni.

⁹⁸ In questi termini, condivisibilmente, A. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali*, cit., pp. 19 ss.

⁹⁹ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo*, cit., p. 281, ove si apprezza particolarmente il passaggio proposto dall'Autore, che si confessa preoccupato dalla potenziale trasformazione strutturale del diritto dei contratti «non per cieca fedeltà a un vecchio ordine sistematico; non per timore di perdere l'eleganza dogmatica della tradizione; non per nostalgia verso l'unità del diritto, conquistata dalla Pandettistica in parallelo con l'elaborazione della categoria del negozio giuridico e adesso minacciata dalla frammentazione del soggetto secondo le diverse qualificazioni socio-economiche ("consumatore", "professionista")». Bensì per «il rischio che questo processo [...] si estenda e si accentui al punto tale da deformare il diritto contrattuale in un coacervo normativo troppo frammentato e incoerente per funzionare come efficace macchina di regolazione e governo dei rapporti sociali».

¹⁰⁰ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo*, cit., p. 280, trova infatti spiegazione il processo con cui il contratto del consumatore si è progressivamente inserito nella parte generale del contratto, dedicata al contratto in quanto tale, e in quella speciale, dedicata ai singoli tipi contrattuali, rompendo così quest'articolazione binaria che componeva tradizionalmente il sistema dei contratti costruito nel codice del 1942.

¹⁰¹ Così, G. AMADIO, *Il terzo contratto*, cit., p. 16. In questo senso già P. PERLINGIERI, *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, n. 4, 2000, p. 746 e in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2003, p. 319, secondo cui «la categoria generale del contraente debole non ha un proprio rilievo pratico [...] e,] più che possedere una propria valenza normativa, rappresenta descrittivamente i diversi destinatari di un insieme di tutele aventi, quale comune denominatore, la presunzione (ovviamente, a priori) di uno squilibrio a carico di determinate negoziazioni». Ne riprende e condivide la prospettiva, L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi*

Innanzitutto, per le differenze più marcate tra i diversi «cerchi della debolezza»¹⁰², di cui si è detto nelle pagine precedenti.

Nonché, in quanto è stato ulteriormente notato che, posto il riconoscimento tendenzialmente indiscusso di una categoria che ha come paradigma il contratto del consumatore, il passaggio dalla disciplina di quest'ultimo a un generale statuto della debolezza contrattuale dovrebbe garantire la circolazione interna delle regole e dei principi: quanto riferito al consumatore dovrebbe cioè applicarsi all'imprenditore debole, e viceversa¹⁰³. Trattasi tuttavia di una strada della quale è stata messa in discussione la percorribilità¹⁰⁴.

Difatti, anche di fronte a disposizioni che appaiono *prima facie* adottare la medesima tecnica di tutela, e di conseguenza giustificare una loro applicazione incrociata e indistinta, si ritiene che un'analisi più approfondita ne palesa l'effettiva natura, che si scopre essere completamente diversa¹⁰⁵. Ad esempio, lo *ius poenitendi* che nei contratti dei consumatori costituisce indubbiamente una forma di recesso *ad nutum* da un contratto già concluso,

informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici, in *Studi urbinati*, vol. 65, nn. 2-3, 2014, pp. 229 ss.

¹⁰² Riferimento così presente in A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), cit., pp. 370 ss.

¹⁰³ Secondo V. ROPPO, *Contratto di diritto comune*, cit., pp. 789-790, questa è peraltro una direzione che troverebbe ulteriore conferma sia nei Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali del (1994) che nei Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC), elaborati dalla nota Commissione Lando (1995-1999). In particolare, gli artt., rispettivamente, 3.10 e 4:109-4:110, «hanno un raggio d'incidenza più generale [di quelli tra consumatori e professionisti], che li porta a coprire tutti i contratti, a prescindere dagli specifici status socio-economici delle parti», rilevando piuttosto «la circostanza che fra le parti corra un'asimmetria di potere contrattuale».

¹⁰⁴ Netto in tal senso il punto di vista di C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2006, pp. 421-422, che, nel descrivere il canone metodologico da seguire nei rapporti tra il diritto privato generale, il diritto primo, e i diritti secondi (su cui già, Id., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, nn. 2-3, 1981, pp. 158 ss., questi ultimi intesi come «ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune per assoggettarli a una logica diversa»), ritiene inammissibile in via analogica l'applicazione delle norme previste per una disciplina ad un'altra, entrambe espressione di diritto secondo. Per procedere in questo senso considera essenziale che si verifichi l'inadeguatezza della disciplina di diritto generale ovvero che si sia di fronte ad una lacuna che il legislatore avrebbe evitato se avesse contemplato l'ipotesi che si tratta di regolare. Cfr. anche S. MAZZAMUTO, *Il diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr./Europa*, n. 2, 2005, p. 534, il quale afferma che, contro le generalizzazioni indebite, occorre attenersi ai confini dell'analogia (*legis*).

¹⁰⁵ G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., pp. 74 ss.

nel rapporto tra l'aspirante *franchisor* e l'aspirante *franchisee* è recesso dalle trattative, da motivare pena la soggezione alla responsabilità *ex art.* 1337 c.c.¹⁰⁶. Oppure, si pensi al formalismo negoziale, che pervade il secondo come il terzo contratto, ma secondo logiche diverse: di informazione nell'ambito dei mercati finali, ove prevale nettamente la contrattazione standardizzata, in considerazione di una debolezza predicabile a priori e in astratto; di protezione del contraente debole, da accertare a posteriori e in concreto, e facilitazione della conclusione dell'accordo in quello dei mercati intermedi, più confacente al modello della contrattazione individuale proprio del contratto di diritto comune¹⁰⁷. In ciò, i contratti del consumatore e quelli diseguali tra imprese risultano pertanto poggiare su presupposti tanto diversi da impedire qualsiasi tentativo di integrazione delle relative discipline in uno schema unitario¹⁰⁸.

Per questi motivi, si è tendenzialmente portati ad escludere che il contratto con asimmetria di potere possa assurgere a categoria dogmatica unificante¹⁰⁹.

Questi sono, in conclusione, i termini "classici" in cui è stata finora affrontata tale questione.

¹⁰⁶ Cfr. G. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di «franchising» secondo l'art. 4 della legge 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2005, pp. 15 ss.

¹⁰⁷ Sul punto si rinvia in particolare a F. ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbl. contr.*, n. 1, 2012, pp. 6 ss. Si veda, *amplius*, E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Giuffrè, Milano, 2018. Cfr. anche C. BERTI, B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 53 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2003, p. 91, nota 7, che evidenzia che negli altri Stati europei la subfornitura è un contratto generalmente a forma libera.

¹⁰⁸ In questo senso peraltro la posizione espressa dalle Istituzioni europee, che tali discipline hanno storicamente promosso e sostenuto. In particolare, la Relazione della Commissione europea "Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis*" (COM(2005) 456 def.), del 23 settembre 2005, ove si definiva «di cruciale importanza» che vi fosse «un'adeguata distinzione tra i contratti di tipo B2B [...] e quelli di tipo B2C». Nonché la Risoluzione del Parlamento europeo "Risoluzione sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro" (P6_TA (2006)0109), approvata il 23 marzo 2006, con cui si invitava la Commissione «a distinguere, ove necessario, tra le disposizioni giuridiche applicabili alle operazioni tra imprese e quelle applicabili alle operazioni tra imprese e consumatori e a separare sistematicamente i due settori».

¹⁰⁹ Convintamente, E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, cit., p. 496; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico*, cit., p. 536.

Si vuole quindi tentare di indicare una prospettiva.

La portata del dibattito che, come si è visto, anima da tempo il confronto e lo scontro tra gli studiosi della materia risulta essere legata, inevitabilmente, a un modello di mercato tradizionale, tra soggetti che anche al contratto concluso a distanza danno sempre esecuzione nel mondo reale. Prova ne appare, in questo senso, la diffusa concezione secondo cui nei rapporti tra imprese si segue lo schema negoziale più tipico, quello scambio tra proposta e accettazione che vede le parti attivamente coinvolte nella formazione dell'accordo e nella regolazione del rapporto. Ovvero, quando emerge una posizione di dominanza dell'uno rispetto all'altro, anche la predisposizione unilaterale del contratto da parte del contraente forte, ma sempre secondo una logica individuale, magari personalizzata all'esito di lunghe e complesse trattative, distante quindi da quella contrattazione di massa e standardizzata considerata propria dei rapporti di consumo¹¹⁰.

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

Nell'ambito del mercato delle piattaforme, il contratto non è individuale, ma di massa, e segue modelli standard che le piattaforme impongono a tutti quegli utenti – imprenditori – che vogliono usufruire dei loro servizi per proporsi a loro volta agli utenti finali, i consumatori. Sono contratti che vengono conclusi ed eseguiti interamente *online*, predisposti unilateralmente da soggetti che hanno un tale potere contrattuale da potersi imporre sul mercato quali uniche alternative possibili per i loro potenziali contraenti. Questo appare il grande punto di rottura, e novità, rispetto al passato¹¹¹.

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

In questa sede si vuole però considerare che questo mutamento della modalità di costruzione dei rapporti contrattuali tra imprese in posizione asimmetrica pare aprire a una nuova stagione del dibattito in tema di

¹¹⁰ A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), cit., p. 387. Cfr. R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, Padova, 2010, pp. 80-81.

¹¹¹ In questi termini sembra peraltro una vera e propria intuizione la proposta, sebbene argomentata muovendosi lungo i bordi di una cornice normativa molto diversa da quella attuale, di V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore*, cit., pp. 38-39, che incentrava il discorso sulla debolezza contrattuale proprio sull'elemento della necessaria adesione a un regolamento contrattuale unilateralmente predisposto, sull'impossibilità di influire sulla predisposizione del testo contrattuale, indipendentemente dalla maggiore (degli imprenditori) o minore (del "consumatore non professionale") coscienza dei pericoli celati nelle condizioni generali di contratto, nei moduli o nei formulari.

costruzione di una o più categorie di contratto, da affiancare al tradizionale paradigma di matrice codicistica. E in particolare, si ritiene preferibile, di una categoria di contratto (che fonda le sue radici nella legislazione) di diritto europeo, incentrata sulla prospettiva di asimmetria, di debolezza sostanziale di una delle parti, e per la quale può rendersi necessario un controllo normativo. I cui soggetti deboli, nell'attuale contesto di mercato, sono qualificati in modo da risultare sempre più simili. La posizione di dipendenza in cui l'utente commerciale si trova rispetto ad una piattaforma digitale sembra in sostanza affiancarsi, in termini oggi più marcati rispetto a ieri, a quella in cui si presume che il consumatore in quanto tale si trovi, in ogni circostanza, di fronte a qualunque professionista. In quest'ottica, guardare alla reciproca integrazione delle discipline speciali sembra una possibilità tutt'altro che irragionevole.

4. *La predisposizione unilaterale del contratto: un esercizio di potere*

Nell'affermazione della standardizzazione e della serialità, che qualifica i rapporti contrattuali P2B, si individua l'elemento probabilmente più dirompente, rispetto al passato, nel processo evolutivo delle dinamiche negoziali tra imprese. Se, si è detto, i contratti di massa hanno storicamente caratterizzato il fenomeno consumeristico¹¹², in ciò distinguendosi dal contrapposto profilo dei contratti d'impresa bilaterali, nel contesto della *platform economy*, tale schema, così nettamente distinto, può dirsi superato.

L'approccio al procedimento negoziale non è più prettamente individuale, tarato sulle peculiarità di ciascun rapporto singolarmente definito, costruito, regolato. Ma «guarda ad una generalità indifferenziata di operazioni destinate a ripetersi sul mercato secondo modalità tendenzialmente uguali tra loro»¹¹³, che quindi non possono che seguire una logica ripetuta, seriale¹¹⁴.

¹¹² Per una ricostruzione del fenomeno, G. ALPA, *Contratti di massa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Agg., I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 403 ss.

¹¹³ A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2018, p. 98 e in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., p. 509.

¹¹⁴ S. ORLANDO, *Commento all'art. 1341 c.c.*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, Utet, Milano, 2009, pp. 2715 ss. Così anche A.M. PANCALLO, *Funzione del contratto e regolazione del mercato*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Cedam, Padova, 2019, p. 411. Più risalente,

Il riferimento è dunque allo strumento del contratto predisposto unilateralmente e a cui la controparte si limita ad aderire. Che non è certamente nuovo. Già il legislatore del 1942 prendeva infatti atto dell'apprezzamento, nonché della derivata diffusione, della pratica di concludere affari sulla base di condizioni generali di contratto, moduli o formulari, che trovava la propria ragion d'essere nelle nuove esigenze della realtà sociale ed economica occidentale che, dall'avvento della prima rivoluzione industriale, si era progressivamente e radicalmente trasformata¹¹⁵. Ovvero, propriamente, nella crescente richiesta di appositi schemi contrattuali da utilizzare nei più diversi settori dell'economia, per fronteggiare il nuovo, irreversibile, flusso della produzione, della distribuzione e dei consumi di massa¹¹⁶.

A dar conto, per primo, di tale fenomeno come di interesse per la riflessione dei giuristi, il Saleilles. Il quale coniava il riferimento al c.d. contratto di adesione, descritto in termini chiari e decisi, come segue: «[i]l y a de prétendus contrats qui n'ont de contrat que le nom; il y a prédominance exclusive d'une seule volonté qui dicte sa loi à une collectivité indéterminée et qui s'engage par avance unilatéralement sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat»¹¹⁷. A tale

ma ancora attuale, G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 278 ss.

¹¹⁵ W.W. ROSTOW, *The Stages of Economic Growth. A Non-Communist Manifesto*, Cambridge University Press, Cambridge, 1960, pp. 36 ss. colloca temporalmente il periodo di maggiore trasformazione industriale, nel passaggio da una società c.d. tradizionale ad una socialmente e culturalmente avanzata, nel periodo tra il 1785 e il 1802 in Inghilterra, tra il 1830 e il 1860 in Francia e tra il 1850 e il 1873 in Germania.

¹¹⁶ V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 1 ss. Così anche G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore*, cit., p. 805. Osserva A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), cit., p. 371, «che, in una certa misura, il codice vigente sembra avere anticipato e preveduto (soprattutto all'art. 1341)» la dimensione consumeristica del diritto civile, ben prima della comparsa del diritto contrattuale di derivazione europea. Cfr. F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. contr.*, n. 11, 2006, pp. 872 ss.

¹¹⁷ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, Parigi, 1901, pp. 229-230. V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 16, nota 36, ricorda come questa locuzione abbia avuto fortuna ben oltre i confini francesi, in particolare in Italia, dove lo studio dei fenomeni di negoziazione standardizzata antecedente al codice del 1942 si riferiva generalmente al c.d. contratto di adesione; in Spagna e nei Paesi latino-americani, ove si ricorreva alla formula del *contrato de adhesion* o *par adhesion*; negli Stati Uniti, nonostante la diversa tradizione di *common law*, con la diffusione del termine *adhesion contract* o *contract of adhesion*. Per lo studio del

inquadramento faceva seguito, nell'opera del Raiser, che a sua volta per primo proponeva la ricostruzione dogmatica e l'esposizione sistematica in tema di *allgemeine geschäftsbedingungen* (AGB)¹¹⁸, la nuova considerazione delle c.d. condizioni generali di contratto, la cui terminologia verrà poi mutuata dal legislatore italiano nella redazione degli artt. 1341 e 1342 del codice civile¹¹⁹.

La tecnica di contrattazione, per come codicisticamente disciplinata, poggia su due presupposti: la predisposizione unilaterale di clausole e la loro destinazione a un numero indefinito di contratti futuri. Tendenzialmente ad opera, sebbene nel testo della norma interessata non

contratto di adesione nel diritto francese, il rinvio è tipicamente a G. BERLIOZ, *Le Contrat d'adhésion*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1973; ma si vedano anche, già, G. FORTIER, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, Imprimerie Darantière, Dijon, 1909; V. PICHON, *Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature*, Imprimerie de la «Revue Judiciaire», Lione, 1912.

¹¹⁸ L. RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Amburgo, 1935. Bisogna però ricordare che un limite alla libertà delle imprese di predisporre condizioni generali di contratto a sé vantaggiose era stato già disposto, con riferimento al settore del trasporto ferroviario, nel codice di commercio tedesco del 1861 (J. BASEDOW, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contr. impr.*, n. 2, 1985, p. 441). Per il riconoscimento normativo delle condizioni generali di contratto in Germania bisognerà tuttavia attendere l'entrata in vigore, il 1° aprile 1977, del *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB-Gesetz), su cui V. FRANCESCHELLI, M. LEHMANN, *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Foro it.*, V, 1978, pp. 35 ss. Suggestiva, sul punto, la ricostruzione dell'esperienza legislativa tedesca, posta a confronto con quella italiana, elaborata da E. FERRANTE, R. KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. impr./Europa*, n. 2, 2011, pp. 695 ss.

¹¹⁹ Il codice civile italiano del 1942 rappresenta il primo esempio normativo di soluzione sistemica del problema della regolamentazione della contrattazione di massa. Si rinvia in particolare alla ricostruzione di G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 3-4, 1963, pp. 108 ss. Sul dibattito dottrinale che ne ha preceduto l'emanazione, si veda R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti per adesione e l'art. 1341 del codice civile*, in *Banca borsa*, n. 1, 1954, pp. 776 ss.; ma anche V. SALANDRA, *I contratti di adesione*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 10-11, 1928, pp. 507 ss.; P. DI PACE, *Il negozio di adesione nel diritto privato*, *ivi*, n. 1, 1941, pp. 34 ss.; D. BARBERO, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 1935. Tali norme, in combinato disposto con la regola interpretativa *ex art. 1370 c.c.*, costituiscono un insieme specificamente funzionale ad esprimere e favorire gli interessi sottesi alle attività d'impresa, su tutti la razionalizzazione della produzione e della distribuzione. In argomento, G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, n. I, 1974, p. 553.

sia espressamente indicato, di un'impresa¹²⁰. Allo stesso modo non sono nemmeno prescritti dei requisiti di accesso a tale forma di contrattazione, potendosi così desumere che il suo utilizzo sia legittimato dal semplice essere considerato come il più adeguato, per l'impresa predisponente, ad implementare la propria strategia di mercato¹²¹; e ciò, può dirsi, sulla base delle caratteristiche del mercato stesso, in considerazione delle quali occorre valutare, volta per volta, tutte quelle ragioni di convenienza che sostengono un approccio individualizzato ovvero standardizzato¹²².

¹²⁰ E. BARGELLI, *Art. 1341 – Condizioni generali di contratto*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 544. Cfr. su tale aspetto, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 905, per cui «non è escluso che il predisponente sia un non imprenditore: si pensi al locatore che offre all'adesione del conduttore un testo standard predisposto da un'associazione di proprietari edilizi». Così anche F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa* (voce), cit., pp. 313 ss., il quale non dubita che di questa tecnica si avvalgano anche i non imprenditori, pur riconoscendo che le relative disposizioni di legge servano fondamentalmente a regolare i fenomeni della contrattazione d'impresa. La mancata esclusività del riferimento risulta tuttavia utile ad escludere che attorno alle norme qui richiamate possa assistersi all'edificazione della categoria dei contratti d'impresa, come già in prima battuta ricordato, *infra*, al par. 2. Con riferimento, invece, al soggetto destinatario della relativa tutela, sia esso un consumatore ovvero un'altra impresa, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, cit., pp. 414 ss., elogia la scelta del legislatore del 1942 di non identificare l'aderente al contratto predisposto in una particolare categoria sociale: il contraente debole è senza qualità. D'altra parte, ricorda, l'art. 4:109 PDEC va addirittura oltre nella disciplina della situazione di dipendenza o bisogno di una, generica e non ulteriormente qualificata, parte, laddove riconosce il potere del giudice di modificare il contratto «in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». In ciò l'Autore intende evidenziare come l'attenzione storicamente profusa da parte del legislatore europeo attorno alla figura del consumatore sia stata addirittura fuorviante nel farlo apparire quale unica parte debole possibile nell'ambito dei rapporti economici, relegando erroneamente l'impresa contrattualmente debole nei termini del concetto di inefficienza. L'opportuno rinvio è a O. LANDO, *Should Business Enterprises Benefit from Consumer Protection?*, in I. SCHWENZER, G. HAGER (a cura di), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2003, pp. 577 ss.

¹²¹ In questo senso, A. NERVI, *Il contratto*, cit., p. 97, descrive infatti la tecnica della stesura unilaterale del contenuto contrattuale quale strumento con cui «il predisponente presenta al mercato la propria visione del mondo o, più modestamente, presidia le proprie esigenze ed i propri interessi». Sottolinea questo aspetto, in contrapposizione alla diversa natura del c.d. contratto-tipo, E. BATTELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Jovene, Napoli, 2017, p. 43.

¹²² P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, p. 407. Cfr. anche R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, V, 1994, p. 146.

La predisposizione unilaterale del contratto implica l'assenza di trattative¹²³.

La controparte si limita perciò a dichiarare se intende o meno aderire alle condizioni proposte¹²⁴, siano esse esterne, contenute cioè in altri regolamenti cui il contratto rinvia, ovvero disposte all'interno di moduli o formulari¹²⁵. E proprio la mancata partecipazione alla determinazione del regolamento negoziale qualifica l'atto di adesione utile alla formazione dell'accordo, sicché il contratto si conclude nel momento in cui l'oblato-aderente fa propri i termini dettati dal predisponente¹²⁶.

A fronte di tale squilibrio si cerca però una forma di bilanciamento¹²⁷: da un lato, nell'imposizione di uno speciale onere di forma, quale è la

¹²³ In particolare, A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000. Inevitabile il rinvio alle belle pagine di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1998, pp. 347 ss.

¹²⁴ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Cedam, Padova, 1996, p. 171, sottolinea come il potere di rifiutare le clausole predisposte, chiaramente innegabile, è di fatto soltanto illusorio: non esistono alternative alla mancata adesione all'accordo.

¹²⁵ U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, III, Utet, Torino, 1988, pp. 334 ss.

¹²⁶ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, cit., p. 173, descrive l'adesione come «l'atto con cui l'aderente lascia entrare nella propria sfera giuridica un complesso di effetti che corrispondono alla disciplina negoziale predisposta». A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 146, ritiene condivisibilmente che il concetto di adesione non sia in ciò diverso o meno significativo rispetto all'accettazione, in quanto non sempre quest'ultima segue a delle vere e proprie trattative tra le parti. La specificità dell'adesione rispetto all'accettazione andrebbe individuata soltanto nella sua conseguente e sottintesa esigenza di protezione dell'aderente in quanto parte debole del rapporto, la cui volontà, pur non potendo incidere nella costruzione del contenuto contrattuale, è indubbiamente fondamentale rispetto all'an della contrattazione stessa. Per la necessità di concentrare l'attenzione sull'effettiva garanzia di libertà di scegliere se concludere un contratto, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, Padova, 1994, p. 281. Sul punto, A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Cedam, Padova, 1992, p. 26, osserva inoltre che «[l]a novità della pratica moderna degli affari è [...] che l'impegno [...] diventa spesso soltanto adesione; resta però vero che, almeno in via di massima, mentre il contenuto può dipendere anche solo indirettamente dalla volontà dei contraenti, l'impegno, collegato al vincolo, è da vedere strettamente in dipendenza dei soggetti del rapporto». Cfr. anche M. BARELA, *Accordo, consenso e assenso (brevi note nella prospettiva della crisi del contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2018, pp. 225 ss.

¹²⁷ Cfr. M. ZACCHEO, *Le "Tuileries" del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 1-3, 2004, pp. 33 ss.

specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie¹²⁸; dall'altro, nel requisito di conoscenza o, almeno, di conoscibilità delle condizioni generali di contratto, incluse, ancora, le clausole vessatorie¹²⁹. Pena, in entrambi i casi,

¹²⁸ In argomento, senza pretesa di esaustività e in considerazione dell'inevitabile intersezione del tema generale con la disciplina consumeristica, A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3, 1996, pp. 519 ss.; A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003, pp. 313 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2005, pp. 625 ss. e in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 321 ss.; A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3, 2013, pp. 669 ss.; R. PARDOLESI, *Clausole abusive e «terzo contratto»*, in *Foro it.*, n. 5, V, 2020, pp. 197 ss. Sui contratti del commercio elettronico, A.M. GAMBINO, *Clausole vessatorie e internet*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, cit., pp. 183 ss.; F. RICCI, *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contr. impr./Europa*, n. 2, 2014, pp. 651 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Specifiche approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 3, 2018, pp. 404 ss.

¹²⁹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 168, evidenzia comprensibilmente come, in effetti, non possa mai aversi certezza della reale conoscenza che una parte abbia del contenuto di un contratto che ha concluso. Con riferimento al requisito di conoscibilità, la semplificazione dell'accordo non deve quindi tradursi in un'occasione per il predisponente di definire un insieme di regole di cui l'oblato, pur volendo, non sarebbe in grado di comprendere il contenuto. Se effettivamente conoscibili, e quindi comprensibili, accessibili, intellegibili, invece, nulla osta all'efficacia del vincolo. A. GENOVESE, *L'interpretazione*, cit., p. 14, precisa quanto al momento di valutazione del profilo della conoscibilità, che esso coincide con quello di conclusione del contratto. Per la relativa verifica, l'art. 2.20 dei Principi Unidroit prevede ad esempio che sia «priva di effetto una disposizione contenuta in clausole standard che presenti un carattere tale che l'altra parte non avrebbe ragionevolmente potuto attendersela, salvo che quella parte l'abbia espressamente accettata. Nel determinare se una clausola abbia tale carattere si dovrà tenere conto del suo contenuto, della sua formulazione linguistica e presentazione grafica». La regola legale tuttavia sembra collidere con quel principio generale per cui il consenso deve cadere su tutto il contenuto del contratto, (anche) con ciò trovando manifestazione il superamento della dimensione volontaristica del contratto, ovvero di quella considerazione del contratto, propria della nostra tradizione giuridica, quale «incontro di volontà di soggetti liberi ed autonomi, volto alla regolazione di un determinato affare» (A. NERVI, *Il contratto*, cit., p. 96). Su questo aspetto, in particolare, si segnala E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 43, 2014, pp. 590 ss. U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto* (voce), cit., pp. 334 ss., evoca inoltre sotto questo profilo il principio di autoresponsabilità, osservando che non ci si può sottrarre ad un vincolo contrattuale invocando la propria negligenza quando le condizioni generali per cui è stato manifestato il consenso erano conoscibili usando l'ordinaria diligenza.

l'inefficacia¹³⁰. Un compromesso, questo, che non riesce invero a celare il netto *favor* per l'impresa di cui tale disciplina è espressione¹³¹, e che non sempre si traduce nell'auspicata tutela dell'aderente dal rischio che il predisponente ponga in essere comportamenti abusivi¹³².

¹³⁰ S. ORLANDO, *Commento all'art. 1341 c.c.*, cit., pp. 2715 ss., con riferimento alla regola sulla conoscenza o conoscibilità della condizioni generali, ricorda che essa inerisce al procedimento di formazione dell'accordo negoziale, non venendosi perciò ad integrare un'ipotesi di nullità in quanto le clausole non conosciute né conoscibili non integrano il contenuto del contratto. Rispetto alle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., vengono invece considerati due diversi indirizzi: da un lato, si sostiene che la specifica approvazione scritta di tali clausole costituisce un requisito di forma *ad substantiam*, la cui inosservanza non può che importarne la nullità; dall'altro, che anche in questo caso la mancata specifica approvazione si inquadra in quanto fase necessaria alla loro formazione, per cui trattasi di un'ipotesi di inefficacia dovuta alla mancata conclusione dell'accordo secondo i modi previsti dalla legge: la clausola vessatoria non entra proprio a far parte del contratto. In quest'ultimo senso, per tutti, G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 1-2, 1977, pp. 16 ss. Per ampie considerazioni di coerenza di sistema, C. SCOGNAMIGLIO, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e tutela del "contraente debole"*, *ivi*, nn. 9-12, 1987, pp. 418 ss. Per la tesi della nullità, cfr. le più risalenti posizioni di A. DE MARTINI, *Contratti per adesione e approvazione specifica delle clausole vessatorie*, in *Giur. cass. civ.*, III, 1948, pp. 1073 ss.; M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Utet, Torino, 1959, pp. 1112 ss.; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 1976, pp. 481 ss.

¹³¹ G. OPPO, *I contratti d'impresa*, cit., pp. 843-844. C. DALIA, *A proposito di abuso di autonomia contrattuale di impresa*, in *Comp. dir. civ.*, n. 1, 2017, p. 7, si riferisce al favore per le necessità dell'impresa in sacrificio dell'autonomia dell'aderente come cristallizzato nel principio di uguaglianza formale dei contraenti.

¹³² Al par. 612 della relazione al codice civile, p. 132, si esprime infatti nettamente che lo scopo degli artt. 1341 e 1342 c.c. è quello di «ovviare ad ogni abuso». Ciò in quanto veniva considerato che «la pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengono clausole che mettono i clienti alla mercé dell'imprenditore. La giurisprudenza ha reagito come ha potuto contro detti abusi, allargando talora il concetto di illiceità e altre volte affermando la mancanza di consenso su alcuni patti onerosi, per il riflesso che questi dovettero sfuggire all'attenzione dell'aderente essendo stampati in caratteri microscopici». D'altra parte, anche V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Il c.d. contratto per adesione e gli artt. 1341 e 1342 cod. civile*, in *Foro it.*, IV, 1949, p. 35, sottolineava che «non deve dimenticarsi poi che la formazione cosiddetta a *prendere o lasciare* non implica di per sè, sempre e necessariamente, una limitazione della libertà, ben essendo configurabili casi non patologici, di accettazione pienamente consapevole ed assolutamente spontanea d'una proposta, ancorchè rigida». U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto* (voce), cit., p. 388, considera così principio generale di ordine pubblico che le imprese non debbano trarre dei vantaggi eccessivi, ovvero non supportati da apprezzabili e oggettivi interessi nell'economia dell'affare, approfittando in quanto predisponenti delle condizioni generali di contratto del loro

Sicché, alla tutela di carattere formale se ne aggiunge una di stampo ermeneutico, cristallizzata come è noto nella previsione *ex art.* 1370 c.c. secondo cui, se il potere di predisposizione delle condizioni generali di contratto conduce alla redazione di clausole ambigue da cui scaturisce una controversia, è possibile rivolgere al giudice la richiesta di un'interpretazione protettiva *contra stipulatorem*¹³³.

Quale che sia il profilo della tutela da prestare all'aderente, un elemento è degno di speciale attenzione: in entrambi i casi, a nulla rileva la sua qualificazione soggettiva. E tanto ha rilevanza nella considerazione del rapporto tra la disciplina generale del contratto standard e quella di settore, che ad essa si aggiunge, contenuta nel codice del consumo¹³⁴. In quest'ultima sede, infatti, l'aderente-consumatore è tutelato soltanto perché tale.

In breve, gli artt. 33 ss. cod. cons. introducono in materia una tutela sostanziale, più precisamente una forma di sindacato giurisdizionale sul contenuto del contratto, che intende rimediare alle clausole che determinano un significativo squilibrio normativo rispetto al vincolo negoziale che lega consumatore e professionista¹³⁵. È infatti il giudice a dover individuare e motivare il carattere vessatorio di una certa clausola e, nel caso, dichiararne la specifica nullità, relativa e parziale, di cui all'art. 36 cod. cons.¹³⁶. A meno che, nei casi in cui non è espressamente escluso, il predisponente riesca a provare che la stessa fosse stata oggetto di una trattativa individuale con il

potere economico, della scarsa trasparenza della trattativa, della disinformazione dell'altro contraente (debole). Cfr. anche A.M. AZZARO, *Abusi nell'attività economica e tecniche di tutela del contraente debole*, in ID. (a cura di), *Contratto e mercato. Atti del convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 7-8 novembre 2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 11 ss.

¹³³ A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II – Tecnica, Giappichelli, Torino, 2015, p. 601, il quale spiega che la regola dell'art. 1370 c.c. si riferisce alla sola ipotesi di (parti di) testi negoziali unilateralmente predisposti, specie se seriali, da interpretare, tra più sensi possibili, in quello che risulta maggiormente favorevole all'aderente, ovvero *contra stipulatorem*. Invece, la denominazione dell'*interpretatio contra proferentem* allude alla diversa ipotesi di interpretazione «non secondo l'intenzione ma secondo l'espressione», cioè facendo rilevare il senso che il destinatario della dichiarazione unilaterale della regola pattizia non predisposta «poteva, e doveva, capire».

¹³⁴ A. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2019, p. 1161.

¹³⁵ A. BARENGHI, sub *art. 33 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 340-341.

¹³⁶ Sulle specificità della nullità consumeristica, su tutti, A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2011, pp. 77 ss.

consumatore, dovendo cioè dimostrare di avergli permesso di esercitare un potere serio, specifico ed effettivo di incidere sul suo contenuto¹³⁷.

Ebbene, che il dato letterale fornisca al solo consumatore la tutela che discende dal controllo normativo del contratto risulta incontestabile. Che tale soluzione, preferita dal legislatore italiano in occasione del recepimento della relativa normativa europea¹³⁸, sia condivisibile, no¹³⁹. La definizione di una tutela sostanziale, che evidentemente si spiega nell'insufficienza di quella, generale, che non incide oltre il procedimento di conclusione del contratto, interviene a fronte di una situazione di debolezza che è «mancanza di potere di negoziazione associata alla predisposizione di condizioni generali di contratto»¹⁴⁰. Rispetto alla quale risulta difficile comprendere in che modo tale situazione possa essere circoscritta al solo consumatore, laddove i rapporti tra imprese, anche volendo negare che possano mai stringersi in costanza di asimmetrie informative¹⁴¹, facilmente dipendono da uno squilibrio economico¹⁴². La logica protettiva è condivisa, tutt'altro che sconfessata dalla direttiva del 1993, la quale accordava una tutela

¹³⁷ Così, Cass. civ., ordinanza del 26 settembre 2008, n. 24262, in *Foro it.*, n. 12, I, 2008, pp. 3528 ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI; Cass. civ., sentenza del 20 agosto 2010, n. 18785, in *Contr.*, n. 12, 2010, pp. 1085 ss., con nota di F.P. PATTI. Nella giurisprudenza europea, CGUE, sentenza del 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Mohamed Aziz c Catalunyaacaixa*, ECLI:EU:C:2013:164, su cui F. DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contr.*, n. 11, 2013, pp. 1063 ss. Cfr. in argomento il contributo di M. CENINI, *La «trattativa individuale» nei contratti con il consumatore: spiegazioni esaurienti o concreta influenza?*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2006, pp. 323 ss.

¹³⁸ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

¹³⁹ In questo senso la posizione di E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2016, pp. 1276-1277. Cfr. F. ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 168 ss.; A. PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, in *Foro it.*, n. 2, I, 2003, pp. 337 ss.; S. D'ANDREA, *Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, ESI, Napoli, 2006, pp. 64 ss.

¹⁴⁰ Così, E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico»*, cit., p. 1277.

¹⁴¹ Ferma, sul punto, E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico»*, cit., p. 1277, secondo la quale estendere il paradigma dell'asimmetria informativa alle imprese «contraddirebbe la logica dell'efficienza e l'obiettivo della regolamentazione del mercato».

¹⁴² Ne viene dato conto da S. D'ANDREA, *Contratti standard*, cit., p. 73, il quale comprensibilmente precisa che altro è la competenza a negoziare, altro è il potere di farlo, e viceversa.

minima al consumatore ma non impediva di estenderne ulteriormente la portata¹⁴³, a garanzia del miglior funzionamento del mercato.

I cerchi della debolezza, in sostanza, sembrano sempre meno distanti; le ragioni di una distinzione fondata sulla qualifica soggettiva del contraente debole sembrano sempre meno convincenti. A maggior ragione, alla luce del più aggiornato dato comparatistico.

4.1. *Squilibrio normativo e contraente debole nella ricodificazione francese*

La recente esperienza, politica e giuridica, di riforma del codice civile francese pare un perfetto metro di paragone¹⁴⁴.

¹⁴³ Cfr. M. EBERS, *The Notion of “Consumer”*, in H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS (a cura di), *EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and Its Transposition in the Member States*, SELP, Monaco, 2008, pp. 453 ss.

¹⁴⁴ Delle voci, delle tendenze e delle iniziative di riforma del *code civil*, a partire dagli anni immediatamente successivi alla sua promulgazione e a seguire fino ai tempi più recenti, dà ampiamente conto D. IMBRUGLIA, *Appunti di storia della ricodificazione francese*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2019, pp. 495 ss.; nonché in ID., *La loi de ratification dell’ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 4, 2019, pp. 1257 ss. La letteratura sull’argomento, come è comprensibile visto il valore che il *Code Napoléon* ha espresso e tuttora esprime anche al di là dei confini francesi, è sterminata, e vi si sono dedicati negli ultimi anni numerosissimi interpreti. Sul primo progetto di riforma concretamente diretto, con la promulgazione della “LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures”, alla modifica della disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti, si guardi in particolare a D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all’orizzonte!*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 2014, pp. 800 ss.; G. ALPA, *Réflexions sur le projet de réforme du droit des contrats*, in *RIDC*, vol. 67, n. 4, 2015, pp. 877 ss.; M. GRAZIADEI, *Le Contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Rdc*, n. 3, 2015, pp. 720 ss.; F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, Parigi, 2017, pp. 41 ss. Sulla “Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”, con il relativo testo di accompagnamento, il “Rapport au Président de la République”, si vedano O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, Parigi, 2018, *passim*; L. AYNÈS, *Le Juge et le contrat: nouveaux rôles?*, in *Rdc*, HS, 2016, pp. 14 ss.; H. BARBIER, *Les Grands mouvements du droit commun des contrats après l’ordonnance du 10 février 2016*, in *RTD civ.*, n. 2, 2016, pp. 247 ss.; O. DESHAYES, *La Formation des contrats*, in *Rdc*, HS, 2016, pp. 21 ss.; M. MEKKI, *L’Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *D.*, n. 9, 2016, pp. 494 ss.; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell’ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2016, pp. 432 ss.; F. ANCEL, *Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle?*,

L'introduzione di una compiuta disciplina del *contrat d'adhésion*¹⁴⁵ è espressione di un complessivo impegno, dichiarato dal governo nazionale già con l'*ordonnance* del 2016, di «*préserver les intérêts de la partie la plus faible*», nel senso di rafforzare significativamente il grado di tutela riconosciuto alla parte debole di un contratto¹⁴⁶. La figura dell'aderente, in

in *D.*, n. 13, 2017, pp. 721 ss.; per uno studio comparato, S. STIJNS, S. JANSEN (a cura di), *The French Contract Law Reform: A Source of Inspiration?*, Intersentia, Cambridge, 2016; J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER (a cura di), *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reform*, Hart Publishing, Oxford, 2017; a livello nazionale, F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa*, n. 5, 2016, pp. 627 ss.; A.M. BENEDETTI, F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2017, pp. 1293 ss.; E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 4, 2017, pp. 1301 ss.; G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del Code civil*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1, 2017, pp. 7 ss.; AN. FUSARO, *Gli effetti del contratto nella riforma del Code civil francese*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2017, pp. 7 ss.; A. GUARNERI, *La scomparsa delle bonnes moeurs dal diritto contrattuale francese*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 3, 2017, pp. 404 ss. Sulla riforma definitivamente approvata dal Parlamento francese con la "LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations", tutt'altro che mera ratifica della precedente *ordonnance*, in via generale, T. ANDRIEU, M.C. DREUX, *La Réforme du droit des contrats ratifiée: la cohérence et la sécurité juridique préservées*, in *GP*, n. 16, 2018, pp. 13 ss.; F. CHÉNÉDÉ, *La Réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres*, in *AJ Contrat*, n. 1, 2018, pp. 25 ss.; S. GAUDEMET, *Ratification de la réforme du droit des obligations: le droit transitoire*, in *Rdc*, HS, 2018, pp. 59 ss.; B. MALLET-BRICOUT, *Une Ratification multidimensionnelle – À propos de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018*, in *RTD civ.*, n. 3, 2018, pp. 740 ss.; D. MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *D.*, n. 17, 2018, pp. 912 ss.; ID., *Le Nouveau droit des obligations: observation conclusives*, in *Rdc*, HS, 2018, pp. 65 ss.; P. STOFFEL-MUNCK, *Le Nouveau droit des obligations: les questions en suspens*, *ivi*, pp. 52 ss.; in Italia, E. GABRIELLI, AN. FUSARO (a cura di), *La riforma dei contratti in Francia*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1216 ss.; D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, ESI, Napoli, 2018, *passim*.

¹⁴⁵ Vi si dedicano specificamente, L. ANDREU, *Le Nouveau contrat d'adhésion*, in *AJ Contrat*, n. 6, 2018, pp. 262 ss.; N. BLANC, *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, in *Rdc*, HS, 2018, pp. 20 ss.; S. PELLET, *Contrat d'adhésion et clauses abusives*, in *Deffrénois*, n. 40, 2018, pp. 18 ss. Per la dottrina italiana, in particolare, D. IMBRUGLIA, *La loi de ratification*, *cit.*, pp. 1267 ss.; E. MINERVINI, *Contratti per adesione e clausole abusive nel codice civile francese riformato*, in *Contr. impr.*, n. 2, 2018, pp. 621 ss.; A. GENOVESE, *La crisi della disciplina*, *cit.*, pp. 1167-1168; R. PARDOLESI, *Clausole abusive*, *cit.*, pp. 197 ss.

¹⁴⁶ Come illustrato da D. IMBRUGLIA, *La loi de ratification*, *cit.*, pp. 1267-1268, spec. nota 27, l'esigenza di inserire nel codice civile una disciplina dell'accordo il cui

particolare, diviene destinataria di una specifica attenzione nella sua qualità di soggetto che accetta di concludere un contratto con delle clausole dal contenuto predeterminato e di cui è negata ogni forma di negoziazione.

Più precisamente, il nuovo art. 1110, comma 2, *code civ.* definisce il contratto di adesione come «celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties»¹⁴⁷, in contrapposizione al *contrat de gré à gré*, di cui al primo comma, invece oggetto di trattativa tra le parti¹⁴⁸.

Come risulta subito evidente, la negoziabilità del contratto assurge, in sostanza, a criterio in base al quale distinguere l'uno o l'altro scenario di formazione del vincolo, e, di riflesso, individuare la disciplina di riferimento. Ne discende che l'interprete non può allora limitarsi a un mero controllo circa lo svolgimento o meno delle trattative; ma deve verificare – non senza difficoltà – che, in concreto, il predisponente abbia reso possibile all'altro contraente di partecipare alla determinazione dell'accordo «en vue d'obtenir une modification de ce qui est proposé»¹⁴⁹. O meglio, ricorrendo alla lettera della disposizione in oggetto, di “un insieme di clausole” del contratto. Una formulazione invero inedita¹⁵⁰, che sembra però potersi

contenuto fosse predeterminato in via unilaterale da una delle parti costituiva la risposta del legislatore rispetto ad una modalità di conclusione del contratto per cui, al di fuori dei contesti interessati dalla legislazione speciale, non era riconosciuta tutela, se da parte della giurisprudenza che considerava le clausole abusive come non scritte. Sul punto, J. MESTRE, *L'Article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels*, in *RTD civ.*, n. 2, 1997, p. 418.

¹⁴⁷ Diversamente, la nozione disposta nell'*ordonnance* del 2016 associava la mancanza della negoziazione alle condizioni generali del contratto (M. MEKKI, *L'Ordonnance n° 2016-131*, cit., p. 495), conducendo a ritenere che la nuova disciplina si riferisse ai soli contratti standard di massa (F. CHÉNÉDÉ, *Le Contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, in *SJ*, n. 27, 2016, pp. 1334 ss.).

¹⁴⁸ In ciò alcuni autori hanno ritenuto potersi riconoscere una *summa divisio* del diritto contrattuale francese, tra cui T. REVET, *Les Critères du contrat d'adhésion*, in *D.*, n. 30, 2016, pp. 1771 ss. *Contra*, F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, Parigi, 2018, p. 134, secondo cui il contratto d'adesione andrebbe piuttosto considerato come una «catégorie procédurale».

¹⁴⁹ Così, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., p. 83. Questo aspetto era peraltro già presente nella formulazione dell'*ordonnance* del 2016, come rilevato da T. REVET, *Les Critères*, cit., pp. 1171 ss. L. ANDREU, *Le Nouveau contrat d'adhésion*, cit., pp. 262 ss., par. 5, illustra bene il punto: se le clausole in questione sono state predisposte da una delle parti, ma l'altra ha avuto la possibilità di modificarle, negoziando nuovi termini e condizioni del contratto, questo verrà considerato negoziabile e dunque *contrat de gré à gré*, non d'adesione.

¹⁵⁰ D. IMBRUGLIA, *La loi de ratification*, cit., p. 1271, nota 35, il quale considera altresì

spiegare considerando, per un verso, che il concetto di insieme richiede di per sé, necessariamente, la presenza di almeno due clausole che siano, tra loro, strutturalmente connesse, tali cioè da manifestare un senso di unitarietà; dall'altro, che esse costituiscano, se non la totalità, una parte preponderante del contratto in cui siano altresì presenti talune clausole negoziabili¹⁵¹.

Sembra allora bene precisare, in definitiva, che dalla nozione che risulta dal nuovo art. 1110 *code civ.* un contratto può dirsi d'adesione anche quando è individuale, e dunque non di massa; nonché quando una parte, non principale, delle clausole che lo compongono era, in effetti, seppur non negoziata, negoziabile¹⁵².

Ebbene, in presenza delle rilevate condizioni, la riforma del 2018¹⁵³ tiene conto ragionevolmente dell'eventualità che una o più clausole di quell'insieme di volta in volta rilevante alla qualificazione del contratto d'adesione siano tali da generare uno squilibrio normativo. E dispone *ex art.* 1171, comma 1, *code civ.*, a sua volta oggetto di modifiche nell'ambito delle recenti riforme, che queste debbano essere considerate non scritte¹⁵⁴.

come, eliminato il riferimento alle condizioni generali, il contratto d'adesione arrivi a qualificare anche quei rapporti negoziali in cui il testo è predisposto da un terzo, ma fatto proprio dal proponente: in questo senso si potrebbe allora considerare *contrat d'adhésion* anche quell'accordo tra privati che utilizza «un modello contrattuale redatto e predisposto da una piattaforma digitale», come nel caso della locazione di un appartamento su *Airbnb*. Di questo avviso, già G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le Nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Parigi, 2018, p. 139.

¹⁵¹ L. ANDREU, *Le Nouveau contrat d'adhésion*, cit., pp. 262 ss., par. 6.

¹⁵² L. ANDREU, *Le Nouveau contrat d'adhésion*, cit., pp. 262 ss., par. 5, ove aggiunge che quando le clausole non negoziabili costituiscono l'elemento non principale, perciò secondario, del contratto, questo «reste de gré à gré, dans la logique de l'adage *accessorium sequitur principale* (l'accessoire suit le principal)».

¹⁵³ La previsione era invero già presente in quella del 2016, la quale tuttavia presentava una portata ben più ampia di quella definitiva: il rimedio riguardava tutte le clausole determinanti un *déséquilibre significatif*, e non soltanto quelle predisposte e non negoziabili. Su questo punto si tornerà a breve.

¹⁵⁴ Si noti che, ai sensi dell'art. 1184, comma 2, *code civ.*, quando la legge reputa una clausola non scritta, il contratto resta in vigore, potendosi dunque riconoscere una forma di invalidità o inefficacia parziale. Allo scopo, per ovvie ragioni, si pone però il problema, ancora non affrontato dal legislatore francese, inerente la prova della mancata possibilità, in concreto, di negoziare l'insieme di clausole da cui è conseguito lo sbilanciamento nel rapporto tra diritti e obblighi delle parti. L'interrogativo, aperto, costituisce chiaramente un limite importante della norma in questione, generando incertezza sulla portata del rimedio *ex art.* 1171 *code civ.* In ogni caso, come riportato da G. TERLIZZI, *Il contrat d'adhésion nel code civil riformato: problemi e prospettive*, in *Jus civ.*, n. 3, 2022, p. 751, in letteratura l'opinione più diffusa ritiene di porre l'onere probatorio in capo a chi voglia

Pur senza una qualificazione espressa in termini di abusività, il richiamo al codice del consumo è palese, e ne giustifica il riferimento, non solo dal punto di vista lessicale¹⁵⁵. In particolare, in relazione all'art. L212-1 *code cons.*, per cui sono abusive le clausole dei contratti B2C aventi per oggetto o per effetto la determinazione, a danno del consumatore, di un significativo squilibrio tra i diritti e le obbligazioni facenti capo a ciascuna delle parti; e all'art. L241-1 *code cons.*, che sanziona proprio le clausole abusive considerandole non scritte¹⁵⁶. La generale tendenza alla consumerizzazione del diritto dei contratti trova evidentemente in questa sede una forma di attuazione¹⁵⁷.

Un'ulteriore ipotesi di squilibrio normativo rintracciabile nel sistema francese è infine quella di cui all'art. L442-1, comma 1, n. 2, *code comm.*, laddove si considera pratica abusiva anticoncorrenziale l'imposizione, da parte di chiunque eserciti un'attività di produzione, di distribuzione o di servizi, «des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties». La parte che sopporta tale esercizio di (maggiore) potere contrattuale può, tra i diversi rimedi previsti dal successivo art. L442-4, far dichiarare la nullità delle singole clausole ovvero dell'intero

sostenere la negoziabilità delle clausole oggetto della controversia.

¹⁵⁵ La letteratura d'Oltralpe non ha in effetti mostrato tentennamenti nella considerazione delle clausole di cui all'art. 1171 del *code* in quanto abusive, come sottolineato da M. POUMARÈDE, *Règles générales*, in P. LE TOURNEAU (diretto da), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Parigi, 2021, pp. 1501-1502. Tale conclusione trova conferma nei riferimenti presenti nel citato "Rapport au Président de la République", che nella Sezione 2 sulla validità del contratto, e più precisamente nella "Sous-section 3: Le contenu du contrat", rappresenta proprio «l'introduction des clauses abusives [...] dans le code civil (art. 1171)».

¹⁵⁶ Dal confronto con la regola generale è presente tuttavia una differenza. Infatti, mentre la disposizione del *code civ.* nulla dice rispetto all'ipotesi in cui una clausola abusiva incida in modo incompatibile con la conservazione del rapporto, l'art. L241-1, comma 2, *code cons.*, esplicita che il contratto «reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses».

¹⁵⁷ B. MALLET-BRICOUT, 2016, *ou l'année de la réforme du droit des contrats*, in *RTD civ.*, n. 2, 2016, p. 466. In termini di una "cauta" consumerizzazione del diritto comune, F. AZZARRI, *Profili soggettivi e influenze sistematiche dei contratti dei consumatori nel diritto francese*, in *Pactum*, n. 2, 2022, pp. 272 ss. In argomento, in particolare, V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: A Trend in European Contract Law?*, in *ERCL*, vol. 5, n. 3, 2009, pp. 343 ss. Si veda ancora P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., pp. 67-68, che colloca l'origine di questo processo nell'esperienza transnazionale e più precisamente nei già richiamati Principi Unidroit (art. 3.10) e PDEC (artt. 4:109-4:110), che costituiscono espressione della «forte capacità espansiva» del contratto del consumatore.

contratto¹⁵⁸, cui ci si riferisce invero in termini di illiceità, ma la sostanza non cambia¹⁵⁹.

Ecco allora porsi dinanzi all'interprete tre diversi schemi di situazioni verificabili e di discipline conseguentemente applicabili. Una di diritto comune; due di settore, che si caratterizzano in quanto rivolte ai contratti dei consumatori e ai contratti tra imprese. Tra loro non sovrapponibili: l'art. 1171 *code civ.* è norma residuale, trovando attuazione nei soli casi esclusi dalla legislazione speciale¹⁶⁰. Ma dalle quali emerge, complessivamente

¹⁵⁸ In materia di prova, si segnala Com., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-12.823, Bull., che pone in capo all'impresa attrice l'onere di provare l'assenza di negoziazione, ad esempio dimostrando il rifiuto espresso dell'impresa predisponente a modificare una o più clausole. Sul punto, H. BARBIER, *Le Point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat*, in *RTD civ.*, n. 1, 2020, pp. 109 ss.

¹⁵⁹ Anche la disciplina delle pratiche commerciali abusive è stata più volte oggetto di riforma, in particolare con la "Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées", su cui si veda F. BUY, *La (Décevante) réforme du droit des relations commerciales*, in *D.*, n. 20, 2019, pp. 1122 ss. Nonché, ancora più recentemente, con la "LOI n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique", spec. art. 139, con cui è stata aggiunta un'apposita disposizione sulla responsabilità dei fornitori di servizi di intermediazione ai sensi del reg. P2B, obbligati al risarcimento del danno in caso di pregiudizio nei confronti di un utente commerciale (art. L442-1, comma 3, *code comm.*). La versione da ultimo in vigore è infine il risultato dell'ulteriore modifica di cui agli artt. 4 e 9 della "LOI n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs".

¹⁶⁰ Sul punto, V. FORTI, *Le Déséquilibre significatif dans les projets français et espagnol de réforme du droit commun des contrats: délimitation du domaine*, in J. LETE, E. SAVAUX, R.N. SCHÜTZ, H. BOUCARD (diretto da), *La Recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2016, pp. 179 ss. Lo spazio disponibile per l'applicazione della norma sembra in effetti ridotto, come si ricava anche dai lavori preparatori della riforma del 2018, recentemente oggetto del ragionamento di una pronuncia di legittimità. La decisione Com., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-16.782, Bull., ha infatti precisato come l'art. 1171 *code civ.* si applichi anche ai contratti conclusi tra imprese, per tutte quelle ipotesi che fuoriescono dalla disciplina di cui agli artt. L442-1 ss. *code comm.*, come nel caso di specie concernente dei «contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du code monétaire au financier, ne sont pas soumis aux textes du code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence» (par. 6). Per un approfondimento, S. TISSEYRE, *Clauses abusives: application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun*, in *D.*, n. 10, 2022, pp. 539 ss. La conclusione pare ovvia: la residualità dell'art. 1171 *code civ.* porta con sé un totale disinteresse dello strumento rimediabile alla qualificazione soggettiva dei contraenti. Così anche M. CHAGNY, *Le Droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats*, in

intese, una generale politica di reazione, da parte dell'ordinamento francese, alle diverse forme di rilevante squilibrio normativo dei contratti di cui una parte – il predisponente, il professionista, l'impresa – abbia la capacità di far valere, a scapito dell'altra, la propria posizione di forza¹⁶¹. Non sempre, però, nella misura in cui, a ben vedere, ne restano escluse tutte quelle clausole dei contratti di adesione che, per quanto idonee a determinare il suddetto sbilanciamento, siano state oggetto di negoziazione, posizionandosi così oltre il nuovo, ma rigido, perimetro dell'abusività.

Per completezza, è peraltro il caso di considerare che la medesima situazione si verifica rispetto alle clausole di contratti che, seppur predisposte e non negoziate, non siano preponderanti, non possano cioè costituire quell'*ensemble* richiesto dall'art. 1110, comma 2, *code civ.* Sicché l'esito incoerente con il progetto iniziale, per cui disposizioni negoziali astrattamente abusive rientranti nel campo di applicazione del codice civile non beneficiano di alcun rimedio¹⁶².

Non solo. L'effetto sembra ben più ampio, poiché i limiti applicativi dell'art. 1171 *code civ.* complicano il perseguimento degli obiettivi dell'opera di ammodernamento del codice: garantire la *securité juridique*, riportando «dans sa lettre, l'état du droit»¹⁶³ nella competizione tra formanti; e di riflesso, aumentare l'attrattività del diritto francese nella competizione tra ordinamenti¹⁶⁴.

RTD comm., n. 3, 2016, pp. 451 ss.

¹⁶¹ R. PARDOLESI, *Clausole abusive*, cit., p. 200.

¹⁶² O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., pp. 346-347. Sotto questo profilo, D. IMBRUGLIA, *La loi de ratification*, cit., p. 1273, considera quindi preferibile rinunciare del tutto alla nozione del contratto di adesione ed estendere la portata dell'art. 1171 *code civ.* a tutte le clausole abusive non negoziabili, qualunque sia il tipo di contratto che le contiene.

¹⁶³ È il "Rapport au Président de la République", di accompagnamento all'*ordonnance* del 2016, che già ne illustra l'opportunità, nell'ottica di riaffermare la centralità del diritto vigente su quello vivente, specie in relazione a una materia, come il diritto generale delle obbligazioni, rispetto alla quale l'esigenza di certezza che ogni operatore economico ha non può essere assicurata dalla giurisprudenza, «par essence fluctuante, voire incertaine». Dell'arretramento del codice nel sistema delle fonti, D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti*, cit., p. 801, si esprime in termini netti, e coloriti: «il *Code civil* non è più veramente lo scrigno del diritto comune dei contratti, né la fonte delle sue regole fondamentali. Oggi il nucleo essenziale del diritto comune dei contratti si trova per larga parte fuori dal *Code civil*, in altri codici, quali il *Code de la consommation* o il *Code de commerce*, e soprattutto nel *Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation* [e risulta quindi] sparpagliato, sminuzzato, scisso. Vizi che nuocciono alla sua intelligibilità, alla sua coerenza e alla certezza del diritto».

¹⁶⁴ A. GENTILI, *L'interpretazione dei contratti nella riforma del code civil*, in G. VETTORI,

Con ciò non si discute il valore complessivo dell'intervento di ricodificazione, che tanto nella forma quanto nei contenuti appare degno del monumento, giuridico e culturale, diffusamente riconosciuto nel codice napoleonico da più di due secoli. Restando nei limiti dell'oggetto di questo discorso, è indiscussa l'importanza della valorizzazione dell'aderente quale soggetto da tutelare in quanto tale, come già il consumatore e – in ipotesi specifiche – l'impresa debole¹⁶⁵.

L'acquisita omogeneità tra le varie figure interessate da squilibri normativi è, pur nella resistenza di tre discipline formalmente distinte, segno, in effetti, di un tentativo di riconduzione ad unità della nozione di contratto¹⁶⁶. Una nozione che, per un verso, diviene più a misura dei soggetti deboli del mercato; ma che, per l'altro, non rinuncia ad affermare il ruolo fondamentale dell'autonomia privata. Nel mezzo, l'apologia del ruolo del giudice, in «una spinta univoca [della riforma] alla realizzazione a tutto campo di un progetto di giustizia contrattuale»¹⁶⁷. Evidentemente, in questa prospettiva, *qui dit contractuel, ne dit pas toujours juste*.

Come già nell'applicazione della legislazione speciale, l'art. 1171 *code civ.* accorda infatti l'esercizio di un potere di controllo sul regolamento negoziale per la ricerca di «un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties» (comma 1), ma non anche in relazione all'oggetto principale del contratto ovvero all'adeguatezza del prezzo rispetto alla prestazione (comma 2). Non rivolto, cioè, a valutare la sussistenza di un eventuale squilibrio anche economico del contratto, come invece previsto in materia di concorrenza.

Occorre dunque comprendere secondo quali criteri è possibile affermare la presenza di uno squilibrio. In particolare, ci si chiede se sussistano i presupposti per rivolgersi alle previsioni della normativa di settore per tutto quanto il codice civile, riformato all'insegna della tutela del contraente debole, manchi di specificare. A tale scopo, la costruzione di una nozione comune, anche alla luce delle riforme che hanno interessato di recente il *code comm.*, si pone alla base della ricerca del contenuto dell'attività di

E. NAVARRETTA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *La riforma del Code civil*, in *Pers. merc.*, 1 Monografico, 2018, p. 51.

¹⁶⁵ Conclusione centrale nel discorso di A. GENOVESE, *La crisi della disciplina*, cit., p. 1167.

¹⁶⁶ E. MINERVINI, *Contratti per adesione*, cit., pp. 628 ss., spec. p. 630, afferma che tale risultato, per quanto in teoria indubbio, non si pone in contrasto con la considerazione che le norme di carattere generale abbiano, allo stato attuale, «una scarsa importanza pratica».

¹⁶⁷ Così, R. PARDOLESI, *Clausole abusive*, cit., p. 201.

controllo del giudice.

Guardando innanzitutto alla disciplina consumeristica, s'incontra un primo segno a favore di una soluzione affermativa, laddove il "Rapport au Président de la République" del 2016, nel riferimento all'introduzione delle clausole abusive nel codice civile, già precisava che i «critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives»¹⁶⁸. Da ciò potendosi desumere che il giudice, chiamato a dichiarare non scritte le clausole di un contratto d'adesione, ai fini della sua decisione può prendere in considerazione la lista (nera) di clausole in ogni caso abusive (art. R212-1 *code cons.*) e quella (grigia) di clausole che si presumono abusive (art. R212-2 *code cons.*); nonché i rapporti della Commission des clauses abusives¹⁶⁹. Pare inoltre rilevante che, a seguito della riforma del codice civile, le regole interpretative della disciplina generale e di quella di settore siano quasi del tutto coincidenti. In caso di dubbio, infatti, l'art. 1190 *code civ.* e l'art. L211-1 *code cons.* prevedono che il giudice debba scegliere l'interpretazione favorevole, rispettivamente, all'aderente e al consumatore.

Quanto alla regolamentazione delle pratiche restrittive della concorrenza, mancano invero dei riferimenti che possano intendersi corrispondenti agli elenchi del *code cons.*; tuttavia le disposizioni di cui agli artt. L441-1 ss. *code comm.* presentano numerosissime fattispecie di condotte, e connesse responsabilità del loro autore, abusive, cioè tali da conseguire dei vantaggi, unilaterali e ingiustificati, a scapito dell'impresa debole, anche quando questa non si sia meramente limitata ad aderire al contratto predisposto¹⁷⁰. E tanto è coerente con la giurisprudenza costituzionale che, già nella vigenza del vecchio art. L441-6 *code comm.*, aveva riconosciuto l'unicità della nozione di significativo squilibrio normativo, la stessa ormai nota nell'ordinamento francese dal recepimento della direttiva del 1993, costruita cioè attorno alla sussistenza di un carattere abusivo¹⁷¹. E così l'abusività delle clausole dei contratti tra le imprese va rimessa alla verifica da parte del giudice della mancanza di un equilibrio generale del contratto, trattandosi a tal fine di individuare la giustificazione dell'eventuale squilibrio

¹⁶⁸ In particolare, nella Sezione 2, "Sous-section 3: Le contenu du contrat".

¹⁶⁹ M. CHAGNY, *Les Contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *AJ Contrats d'affaires*, n. 3, 2016, pp. 115 ss.

¹⁷⁰ G. CHANTEPIE, *Le Déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation*, in *AJ Contrats d'affaires*, n. 5, 2015, pp. 218 ss.

¹⁷¹ Cons. const., 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC, in *D.*, n. 6, 2011, p. 415, con nota di Y. PICOD.

all'interno del testo negoziale, da considerare, alla luce del contesto, nella sua individualità e nella sua interezza¹⁷². Tale approccio è a sua volta già noto all'interprete di diritto francese. È infatti proprio anche del diritto dei consumatori, ben potendosi prestare in questo senso a modello generale¹⁷³, in quanto l'art. L212-1 *code cons.* impone, quale criterio di valutazione del carattere abusivo di una clausola, di riferirsi «au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat» e addirittura a quelle di un altro contratto, qualora siano «juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution». Anche la disciplina delle pratiche commerciali abusive, e così i rapporti della Commission d'examen des pratiques commerciales¹⁷⁴, in sostanza, sembrano costituire una risorsa centrale per il giudice che si trovi ad applicare il nuovo art. 1171 *code civ.*

Questo dunque l'esito che risulta da un processo di trasformazione del diritto dei contratti che ha ridato centralità al codice civile, pur senza sacrificare, e anzi riuscendo a valorizzarle, le discipline di settore¹⁷⁵. La ricodificazione, almeno per gli aspetti considerati, non è completa, ma un dato è estremamente significativo: finalmente acquisita la consapevolezza che «la libertà contrattuale cede spesso il passo al potere unilaterale e l'uguaglianza sovente non è che un'illusione»¹⁷⁶, il legislatore francese ha reso la protezione del contraente debole un discorso di diritto comune.

L'esperienza di ricodificazione che ha interessato la Francia si inserisce in una tendenza generale degli Stati membri¹⁷⁷, ormai da tempo e ancora oggi alle prese con la regolamentazione dei contratti dei consumatori¹⁷⁸, nella costante esigenza di far fronte alle progressive evoluzioni delle dinamiche del mercato. Il percorso così tracciato, che astrae la considerazione

¹⁷² M. CHAGNY, *Les Contrats d'affaires*, cit., p. 118, ricorda che non si tratta di una conclusion scontata, in considerazione della mancata previsione normativa di una regola *ad hoc*. In questo senso si è però espressa Com., 3 mars 2015, pourvoi n° 14-10.907, in *Dalloz*, su cui EAD., *La Règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation!*, in *RTD comm.*, n. 3, 2015, pp. 486 ss.

¹⁷³ G. TERLIZZI, *Il contrat d'adhésion*, cit., p. 758.

¹⁷⁴ M. CHAGNY, *Les Contrats d'affaires*, cit., pp. 115 ss.

¹⁷⁵ Per la considerazione dei codici di settore in ottica complementare al codice civile, G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2006, p. 355.

¹⁷⁶ Così, D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti*, cit., p. 801.

¹⁷⁷ Cfr. A. SOMMA, *Scienza giuridica, politica ed economia nell'uniformazione del diritto privato*, in *Oss. fonti*, n. 1, 2021, pp. 287 ss.

¹⁷⁸ Per i riferimenti essenziali, R. PARDOLESI, *Clausole abusive*, cit., pp. 197 ss.

del potere contrattuale dalla qualificazione soggettiva dei contraenti, costituisce dunque una risposta di modernizzazione del diritto generale dei contratti, cui a livello interno si ritiene utile guardare con attenzione¹⁷⁹, non da ultimo in un'ottica di armonizzazione tra ordinamenti chiamati ad affrontare sfide comuni¹⁸⁰.

5. *Il contratto standard come strumento di conformazione del mercato*

Si giunge adesso al momento di ricondurre gli elementi di questa ricostruzione della *ratio* e del funzionamento del contratto standard generalmente inteso all'interno del contesto che in questa sede si esamina. Ciò che colpisce in termini di novità è, primariamente, l'aspetto concernente i soggetti.

Non si è infatti di fronte a un "ordinario" contratto tra imprese. Ma a un contratto di cui è parte (forte) una piattaforma digitale, che, tipicamente, svolge attività di intermediazione. In ciò appare essenzialmente inevitabile che essa propenda per la strada della predisposizione unilaterale e proposta – *rectius*, imposizione¹⁸¹ – di un certo, il proprio, regolamento negoziale. Ciò, innanzitutto, per quelli che sono gli indubbi fattori di opportunità

¹⁷⁹ F. AZZARRI, *Profili soggettivi*, cit., p. 281. Ma ancora, si noti, in considerazione della comune scelta legislativa, italiana e francese, di separare mediante autonome raccolte organiche la disciplina generale e quella consumeristica, a differenza dell'impostazione, tra le altre, preferita in Germania. Il legislatore tedesco, infatti, già con la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2001 aveva incorporato nel codice civile la disciplina delle clausole abusive, introdotta nel 1976 e modificata in occasione del recepimento della direttiva del 1993, prevedendo al par. 307 BGB che le condizioni generali di contratto che svantaggiano la controparte, perché in contrasto con la buona fede ovvero perché non chiare né comprensibili, sono inefficaci. Ciò, dunque, a prescindere dalla qualità della parte interessata. Per una posizione a favore del modello tedesco, si veda A. SOMMA, *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in *Pol. dir.*, n. 4, 1998, p. 683. Sull'esperienza tedesca cfr. *amplius* la ricostruzione di M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁸⁰ F. BENATTI, *Note sulla riforma*, cit., p. 639, in senso critico rispetto alla portata effettiva della ricodificazione francese, riconosce una generale tendenza per cui «[a]i valori della borghesia si è ormai sostituita la protezione del soggetto debole, il cittadino diviene consumatore, l'autonomia dei privati è sfumata dalla solidarietà, il codice quale espressione di un ordinamento statale deve confrontarsi con le sfide della globalizzazione e il ruolo anche politico delle imprese multinazionali, che modificano il ruolo stesso dello Stato».

¹⁸¹ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, cit., p. 127.

che contraddistinguono la contrattazione standard, rivolta a una pluralità indefinita di soggetti dalla medesima qualificazione soggettiva: la riduzione dei tempi per la conclusione dell'accordo; l'abbattimento dei costi di negoziazione; l'applicazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, per cui qualsiasi controparte, attuale o potenziale, aderisce alle medesime condizioni generali di contratto: così come tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge, tutti i clienti sono uguali di fronte alle condizioni generali di contratto¹⁸². Ma anche, e forse soprattutto, per quanto la disciplina uniforme di tali rapporti può rappresentare: la regolazione della propria posizione sul mercato, ovvero la conformazione dell'assetto del proprio mercato di riferimento¹⁸³.

In quest'ottica, sembra quindi potersi sostenere che la pratica dei contratti standard «asseconda la naturale vocazione monopolistica delle imprese», poiché funzionale a disciplinare i rapporti secondo la logica del soddisfacimento dei propri interessi in quanto soggetti economicamente più forti¹⁸⁴.

¹⁸² Così, A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 6.

¹⁸³ A. NERVI, *Il contratto*, cit., p. 98. Che si tratti di un effetto peculiare dei contesti di mercato caratterizzati dal ricorso alla contrattazione di massa è evidente in quanto, come rappresentato da G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2019, p. 22, il contratto presenta qui una capacità, inedita, di incidere sul funzionamento e sulla struttura del mercato, da che si spiega il perché della necessità di un intervento da parte dell'ordinamento sul contenuto dello stesso, in funzione di giustizia contrattuale: tutela delle controparti, ponendole in equilibrio; tutela del mercato, favorendone l'efficienza. Quando, al contrario, si ricorre allo schema di contrattazione individuale è «semmai, la conformazione del mercato a condizionare lo svolgimento delle singole contrattazioni». Pone l'accento su tale aspetto anche P. GAGGERO, *Contratti, persone, mercato: una prospettiva su tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, in A. SOMMA, AN. FUSARO, G. CONTE, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, RomaTrE-Press, Roma, 2018, pp. 270 ss.

¹⁸⁴ P. BARCELONA, *Diritto privato*, cit., pp. 413-414. Sotto questo profilo, V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 12, ricorda come la diffusione delle condizioni contrattuali uniformi e la conseguente standardizzazione dei rapporti giuridici di mercato abbiano trovato, nel consolidamento dei processi di concentrazione monopolistica nell'economia occidentale negli anni a cavallo tra il XIX e il XX secolo, un fattore cruciale. L'utilizzo di contratti normativi, contratti tipo e condizioni generali concordate tra le imprese di un certo settore è cioè servito a regolare la concorrenza ed è per questo motivo che vengono considerate espressione del "capitalismo monopolistico". Cfr. P. BARCELONA, D. HART, U. MÜCKENBERGER, *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, De Donato, Bari, 1973. Sulla posizione di forza presupposta da questa modalità di disposizione del regolamento contrattuale, tale da poter imporre un certo assetto di

Ciò è tanto più vero in considerazione di un'altra tendenza generalmente considerata effetto della standardizzazione dei rapporti contrattuali, ovvero una sostanziale uniformità di disciplina di tutti i rapporti intrecciati e da intrecciare nell'ambito di un certo settore di mercato, nella sua interezza¹⁸⁵. Il ricorso a questa tecnica esprime cioè una *vis expansiva* per cui non incide sulla sola conformità dei rapporti facenti capo ad una singola impresa, ma sul contenuto delle condizioni contrattuali offerte da tutte le imprese di quello specifico settore, che, nel lungo periodo, tenderà ad essere sempre più simile, se non del tutto coincidente¹⁸⁶.

Direzione che, per un verso, può avere un effetto positivo. In termini di maggiore efficienza del mercato, è innegabile che in questo modo si assiste a una significativa riduzione dei costi di transazione, dovuta alla semplificazione dell'attività di confronto tra i diversi termini contrattuali adoperati in uno stesso mercato, sia in fase di prima scelta della piattaforma-contraente che nell'eventualità in cui ci si voglia rivolgere ad un'altra, quando l'interoperabilità è possibile in concreto; nonché in sede di controllo giudiziale, essendo verosimilmente più probabile che anche la loro interpretazione segua uno schema uniforme, garantendo una maggiore prevedibilità della decisione.

Per l'altro, tuttavia, altrettanto evidenti sono i limiti, o meglio i rischi, che possono al tempo stesso impattare sulla stessa efficienza del sistema, e dunque sul suo miglior funzionamento. La predisposizione unilaterale e standardizzata dei regolamenti negoziali incide sul piano della libertà contrattuale della parte che non vi partecipa, spinta al compimento di una scelta irrazionale dal punto di vista economico, laddove il contraente che invece se ne occupa è il solo ad esercitarla, con la concreta possibilità che ne approfitti per trarne ingiusti vantaggi, in particolare massimizzando abusivamente l'utilità che può conseguire dal rapporto¹⁸⁷. L'uniformazione

interessi a una generalità diffusa ed indefinita di interlocutori, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 69.

¹⁸⁵ Nel mercato economico globale, controllato e gestito da grandi imprese dotate di un potere tale da diffondere e imporre standard contrattuali che i legislatori nazionali tendenzialmente tardano a conoscere, non da ultimo per la velocità e la flessibilità che ne caratterizza la produzione, illustra P. SAMMARCO, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in *Dir. inf.*, n. 6, 2008, pp. 723-724, «una volta immessi nel circuito, questi schemi contrattuali generano una prassi commerciale, che viene successivamente seguita da tutti gli altri operatori economici del settore, indipendentemente dal mercato, inteso come luogo fisico, in cui essi sono attivi».

¹⁸⁶ V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 63.

¹⁸⁷ G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., pp. 19 ss.

porta poi con sé una ridotta libertà di scelta tra, se presenti, le imprese in competizione tra loro; e può ragionevolmente tradursi in una vera e propria barriera all'ingresso per le nuove imprese che intendano immettersi in un settore di mercato che gli utenti, commerciali e finali, già conoscono¹⁸⁸.

A prescindere da che si guardi con maggiore o minore favore alla concretizzazione di tali effetti, la questione che si affronta è tutt'altro che un mero esercizio di teoria, nella misura in cui il ricorso alla contrattazione standard e seriale nel contesto dei rapporti tra imprese – nella specie tra piattaforme e imprese – è un fatto che può ormai dirsi pienamente acquisito, incontestabile. E rispetto al quale sono però noti i limiti della disciplina dettata dall'art. 1341 c.c., non sempre realmente efficace nella repressione degli abusi che si celano tra le righe di testi unilateralmente predisposti¹⁸⁹.

Si considerino alcuni esempi. Rispetto alla tutela contro le clausole vessatorie si rileva che un aderente può in effetti essere disposto a sottoscriverle specificamente pur di conseguire il risultato desiderato, ma non necessariamente in quanto consapevole di rinunciare, così, alla forma di garanzia prevista per legge¹⁹⁰. Nulla può inoltre la norma in quelle situazioni in cui l'impresa sia tanto forte da operare in regime di monopolio, o quasi, e rispetto alle quali il potenziale aderente si trova di fronte all'opzione se prendere o lasciare¹⁹¹, non potendo rivolgere altrove la ricerca di un certo

¹⁸⁸ M.R. PATTERSON, *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 52, n. 2, 2010, pp. 343-344. Il discorso è generalmente circoscritto ai rapporti B2C, descrivendosi l'incidenza di tali fattori sulla maggiore o minore libertà dei consumatori rispetto alla scelta di prodotti e servizi da valutare sul piano del prezzo e della qualità. Si ritiene tuttavia sostenibile che le medesime dinamiche possono interessare anche i rapporti tra l'impresa forte e l'impresa debole, quest'ultima soggetta, come il consumatore, proprio all'imposizione di contratti standard sostanzialmente presentati secondo le stesse modalità e portatori degli stessi rischi.

¹⁸⁹ A. GENOVESE, *La crisi della disciplina*, cit., pp. 1159 ss.

¹⁹⁰ A. GENOVESE, *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, n. 3, 2005, p. 213, il quale riporta la questione della tassatività, più o meno elastica, dell'elenco di cui al capoverso dell'art. 1341 c.c., che se inteso in quest'ultimo senso diviene idoneo a lasciare margine d'applicazione a clausole effettivamente onerose per l'aderente ma pienamente valide ed efficaci, anche in mancanza di una specifica approvazione per iscritto, in quanto non riconducibili a nessuna di quelle indicate dalla disposizione di legge. Sotto questo profilo, significativo il rilievo di E. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contr.*, n. 2, 2010, p. 197, che, con specifico riferimento alle clausole di limitazione della garanzia per i vizi della cosa venduta, non esclude che la loro validità debba essere messa in dubbio non soltanto quando l'acquirente è un consumatore, ma anche rispetto alla contrattazione B2B.

¹⁹¹ A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., pp. 5 ss.

bene o servizio. Ancora, è stato fatto addirittura riferimento a «una sorta di transfert psicologico» tra ciascun aderente e i suoi pari, quelli che hanno già approvato quel testo e coloro che senz'altro lo faranno in futuro, tale da risolvere il dilemma tra la rinuncia per intero al contratto o la sottoscrizione in modo specifico di almeno una clausola vessatoria in senso di definitivo assoggettamento alla volontà del predisponente¹⁹². Si pensi infine, di nuovo secondo un'impostazione di favore per le ragioni dell'impresa (forte) nei rapporti con i clienti, a quei contratti, e di riflesso a quelle clausole, alla cui stipulazione è in pratica impossibile sottrarsi, ovvero a quei contratti di massa imposti *ex lege* – come nel settore assicurativo – o dal mercato – i contratti bancari¹⁹³.

La relazione negoziale tra il predisponente e l'aderente è sempre, in sostanza, rappresentazione di uno squilibrio di potere¹⁹⁴.

In sintesi, è stato efficacemente osservato come, di frequente, «l'aderente, di fronte alla formula che richiama le clausole onerose, firmi meccanicamente senza leggerle e valutarle. Anche ammesso che le legga, le valuti e le contesti, ben difficilmente ne otterrà la modifica dal predisponente: se è molto tenace e orgoglioso, potrà rinunciare al contratto e rivolgersi a un altro fornitore, ma è facile che ovunque vada, egli s'imbatta nelle stesse condizioni standard, di fatto non modificabili»¹⁹⁵.

Ebbene, tutte queste considerazioni, sviluppate ragionando di un sistema di mercato analogico tradizionale, appaiono perfettamente riferibili a un mercato, quale quello delle piattaforme digitali, in cui poche grandi imprese detengono un incalcolabile potere negoziale. E in forza del quale rivestono il ruolo di contraente predisponente, forte, alle cui condizioni non solo i consumatori ma anche le imprese ritengono conveniente adeguarsi pur di divenire o rimanere attori di un certo contesto commerciale.

Si tende così verso una condizione di *platform dependency*, specie per

¹⁹² In questi termini, A. GENOVESE, *La crisi della disciplina*, cit., p. 1160.

¹⁹³ Così, P. BARCELLONA, *Diritto privato*, cit., pp. 408-409.

¹⁹⁴ In questo senso, *ivi*, p. 405, l'Autore rileva lucidamente che il legislatore «sul presupposto delle distorsioni create dalla presenza sul mercato di un soggetto forte, capace di alterare gli ordinari meccanismi della connessione contrattuale, non pone rimedi volti ad eliminare tali distorsioni e la causa che le produce; quanto piuttosto a «ridimensionare» lo squilibrio prodotto attraverso misure di compensazione minima che tendono a contenere gli svantaggi ed i costi addossati dal contraente forte al contraente debole. Una sorta di razionalizzazione dello strapotere dell'impresa [...] che ne legittima l'esistenza e l'espansione, ponendo nuove regole del gioco contrattuale, ma senza minimamente toccare la logica di dominio del mercato che ad esso presiede».

¹⁹⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 910.

la produzione degli effetti di rete da cui le piattaforme traggono utilità, nell'ambito della quale i consumatori, da un lato, sono portati a preferire quei mercati che risultano più conosciuti e utilizzati, indipendentemente dalle regole di accesso o condotta che impongono; e i venditori, dall'altro, ne diventano di riflesso dipendenti nel momento in cui le stesse divengono uno strumento fondamentale di conclusione dei propri affari¹⁹⁶.

Tuttavia, a fronte di una compiuta e articolata disciplina in materia di contratti dei consumatori, che tiene anche conto della dimensione *e-commerce* in cui tali rapporti sono ormai soliti instaurarsi¹⁹⁷, la posizione dei soggetti del versante *business* del mercato era in effetti rimasta estranea, ancora negli ultimi anni, alle attenzioni del regolatore del mercato unico¹⁹⁸.

L'adozione del regolamento P2B rappresenta in ciò un vero e proprio punto di svolta nell'approccio del legislatore europeo nella regolazione del mercato, proprio in quanto concentra l'attenzione sulla costituita qualifica di utente commerciale. Il quale, nel proprio ruolo di parte debole di un rapporto inevitabilmente asimmetrico, sopporta costantemente il rischio che la piattaforma ponga in essere comportamenti unilaterali, imprevedibili, iniqui, rispetto ai quali è stata constatata la mancanza di

¹⁹⁶ B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective*, cit., p. 10.

¹⁹⁷ Il quadro normativo in questione non si limita infatti al codice del consumo, dovendosi infatti aggiungere le disposizioni di cui al d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in materia di commercio elettronico. Tra i moltissimi approfondimenti dedicati alla materia, si vedano, V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. inf.*, n. 3, 2000, pp. 447 ss.; F. BRAVO, A.M. GAMBINO, F. TOZZI, *I contratti telematici e il commercio elettronico*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 599 ss.; S. SICA, A.G. PARISI, *La tutela del consumatore nel contratto online*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 29 ss.; E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, n. 4, 2014, pp. 1035 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2016.

¹⁹⁸ È noto che la materia sia storicamente oggetto della particolare attenzione, innanzitutto, del legislatore europeo, nella duplice prospettiva di innovazione e ravvicinamento del diritto privato degli Stati membri. G. CAPALDO, *Armonizzazione della disciplina del contratto e attività della Commissione europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007, p. 619, pone in questo senso l'accento su quanto la definizione di un apparato comune di regole in materia contrattuale sia di primaria importanza per la progressiva costruzione del mercato unico. E così già G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene, Napoli, 1997, pp. 104 ss., nell'affermare il valore euristico della categoria generale del contratto in funzione di politica del diritto ed epistemologica, sosteneva convintamente l'opportunità di tendere ad una disciplina uniforme.

strumenti di tutela adeguatamente efficaci¹⁹⁹.

La nuova disciplina, di seguito analizzata nel dettaglio, presenta un carattere fortemente innovativo, mirando alla creazione di un complessivo sistema degli scambi commerciali che sia realmente fondato su criteri di equità, prevedibilità, sostenibilità e sicurezza²⁰⁰. Con il fine ultimo di garantire il corretto ed efficiente funzionamento del mercato interno nel suo complesso²⁰¹, evidentemente anche a tutela dei destinatari finali delle offerte di consumo; e, non da ultimo, di impedire l'eventualità di un'irragionevole e sconveniente frammentazione normativa tra gli Stati membri nella disciplina del settore.

¹⁹⁹ Si rinvia per un approfondimento al documento redatto nel 2017 da Ecorys per la Commissione europea "Business-to-Business relations in the online platform environment".

²⁰⁰ Un sistema che, così, nell'ambito della più ampia e complessa politica europea di regolazione dei mercati digitali, tende finalmente alla costituzione di un «digital habeas corpus of substantive and procedural rights» (O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart Publishing, Oxford, 2021, p. 204).

²⁰¹ Allo stesso modo della disciplina a tutela del consumatore. Cfr. sul punto, A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., pp. 77 ss., che afferma come, infatti, in questo contesto si miri all'efficienza e alla «giustizia» del contratto non solo a livello individuale, ma, più ampiamente, a livello di mercato.

CAPITOLO II

Le piattaforme digitali nel modello regolatorio europeo

SOMMARIO: 1. L'ambito di applicazione e i limiti della disciplina P2B – 2. La predisposizione e la modifica unilaterale di termini e condizioni contrattuali – 3. I provvedimenti di limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione – 4. I criteri di posizionamento nella vetrina virtuale – 5. Il duplice ruolo delle piattaforme: dall'intermediazione alla concorrenza – 6. L'accesso ai dati – 7. Il funzionamento delle c.d. *parity clauses* – 8. Il sistema interno di gestione dei reclami e la mediazione – 9. Considerazioni sulla regolazione dei rapporti P2B.

1. *L'ambito di applicazione e i limiti della disciplina P2B*

La centralità assunta dal regolamento *Platform-to-Business* nell'ambito della strategia europea per la regolazione dei mercati digitali ne impone un'analisi attenta e approfondita¹. La nuova disciplina di tutela degli

¹ Per un quadro completo della disciplina, C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, in A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck, Monaco, 2019, pp. 57 ss. Nella letteratura nazionale, in particolare, A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Giappichelli, Torino, 2019; G. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)*, in V. FALCE (a cura di), *Fairness e innovazione nel mercato digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 49 ss.; M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2021, pp. 920 ss.; C. SARTORIS, *Trasparenza e piattaforme online alla luce del Regolamento (UE) 2019/1150*, in S. ORLANDO, G. CAPALDO (a cura di), *Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, pp. 345 ss. Nel panorama europeo, F. MARTY, *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante: réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, in *RJTUM*, vol. 53, n. 1, 2019, pp. 77 ss.; C. CAUFFMAN, *New EU Rules on Business-to-Business and Platform-to-Business Relationships*, in *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, vol. 26, n. 4, 2019, pp. 469 ss.; nonché già C. TWIGG-FLESNER, *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, in *EuCML*, n. 6, 2018, pp. 222 ss.

utenti commerciali costituisce infatti, si è detto, il primo tassello di un intervento più ampio del legislatore europeo, che, nel riconoscimento della complessità dell'essere e dell'agire delle piattaforme digitali, finalmente si appropria con un intento regolatorio a soggetti soggettivamente qualificati diversi dai consumatori. Seguendo, però, una simile impostazione.

Ecco dunque, si vedrà nelle pagine che seguono, la determinazione di appositi criteri, principalmente di trasparenza², destinati a trovare applicazione in quel peculiare rapporto contrattuale che lega proprio piattaforme e utenti commerciali, protagonisti di un sistema economico proteso verso una conformazione sempre più fortemente *data driven*. Un rapporto generalmente asimmetrico, giova ribadirlo, di cui i fornitori dei servizi di intermediazione *online*, le piattaforme, rappresentano la parte che dispone di maggiore potere contrattuale, la parte le cui prestazioni si rendono indispensabili per restare competitivi e attrattivi sul mercato, la parte da cui inevitabilmente si finisce per dipendere. E dalla cui posizione di forza occorre dunque potersi difendere.

A fronte di un numero in effetti esiguo di piattaforme di intermediazione che, in ultima istanza, rispondono alle esigenze e alle richieste dei consumatori, le imprese che ne ricercano i servizi sono milioni, per lo più trattandosi di realtà di modeste dimensioni³. Ne discende, alla luce dell'importanza strategica del loro ruolo e della progressiva acquisizione di potere in un mercato che si estende ben oltre i confini nazionali ed europei, la necessità di dare forma e sostanza a un impianto regolatorio che funzioni, innanzitutto, da garanzia dei principi di equità e trasparenza nei rapporti P2B⁴.

È dunque il caso di procedere nella presentazione del contenuto di questa disciplina.

² Sulle diverse accezioni della "trasparenza", G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 156.

³ È infatti soprattutto con riferimento alle piccole e medie imprese (PMI) che le piattaforme costituiscono un'opportunità irrinunciabile per accedere al mercato digitale, in considerazione delle maggiori possibilità di posizionamento e di conoscibilità della propria offerta di consumo su vasta scala. Dall'implementazione di un sistema fondato sui principi di fiducia, prevedibilità e certezza del diritto è attesa peraltro una crescita del numero di imprese attive nei mercati digitali, che dovrebbe influire positivamente sulla concorrenza e incrementare la qualità dell'offerta di beni e servizi ai consumatori, anche a prezzi inferiori (Commissione europea, MEMO/18/3373).

⁴ Evidenzia l'importanza di questa scelta C.E. CAZZATO, *Dai robber barons al Leviatano digitale, dall'Agcm all'AGCom: il public enforcement nei rapporti P2B*, in R. TORINO (a cura di), *I diritti dei consumatori digitali. I contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e di beni con elementi digitali*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 235.

L'art. 1, par. 2, reg. P2B permette innanzitutto di circoscriverne l'ambito di operatività, in quanto rivolta ai c.d. servizi di intermediazione *online* e ai motori di ricerca *online*.

Per questi ultimi, dei quali non ci si intende però occupare in questa sede, si intendono tutti quei servizi digitali che consentono agli utenti di formulare domande al fine di effettuare ricerche (tra i più noti, Google o Bing)⁵, in particolare su siti web o applicazioni di offerta di beni e servizi ai consumatori.

Il riferimento ai servizi di intermediazione appare invece più articolato, in quanto concerne «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»⁶, che faciliti gli utenti commerciali nell'offerta di beni e servizi ai consumatori e che costituisca l'oggetto del contratto da questi concluso con il fornitore dei servizi di rete. Un contratto da ritenere del tutto distinto e indipendente da quello che invece intercorre tra la piattaforma e i consumatori-utenti che tramite e su di essa profitano dell'offerta proposta dagli utenti commerciali.

Si tratta di servizi messi a disposizione dai c.d. fornitori⁷, che il regolamento individua innanzitutto nei mercati del commercio elettronico⁸,

⁵ Il *considerando 13* reg. P2B pone l'accento sulla neutralità di tale definizione sotto il profilo tecnologico, in particolare alla luce della rapidità con cui lo sviluppo tecnologico introduce nel mercato strumenti di fruizione dei servizi di intermediazione sempre più innovativi. Il riferimento espresso è dunque alle c.d. richieste vocali (si pensi ai dispositivi Google Home), ma non può escludersi che in un prossimo futuro saranno altresì disponibili nuove tecnologie, ad esempio di realtà aumentata, anch'esse da ricondurre all'interno di questa categoria individuata in senso ampio dal regolamento.

⁶ Art. 1, par. 1, lett. b), della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 settembre 2015 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (codificazione).

⁷ Introdotto dal legislatore europeo proprio con il regolamento oggetto dello studio, il riferimento al "fornitore" verrà spesso preferito, in queste pagine, rispetto al termine "piattaforma", ma devono sempre intendersi in quanto sinonimi.

⁸ G. PICA, *Commercio telematico* (voce), in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Agg., II, Utet, Torino, 2003, suggerisce invero l'utilizzo del termine "commercio telematico", in quanto «lo strumento immediato di trasmissione delle informazioni e delle rispettive volontà delle parti è la telematica, ed è la dimensione telematica a rappresentare lo «spazio» tecnologico entro cui si attuano i rapporti intersoggettivi di commercio; l'elettronica rappresenta piuttosto la sottostante tecnologia di gestione delle forze elettriche che si utilizzano nell'informatica e nella telematica». Il tema è oggetto di attenzione già nella letteratura più risalente: si vedano, R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985; G. FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di*

ovvero gli *online marketplace*, di cui Amazon costituisce l'esempio probabilmente più significativo. Ma anche nei portali di prenotazione alberghiera o di vendita di pacchetti turistici, come Booking o Expedia; negli *store* di applicazioni digitali, quali, su tutti, Google Play e App Store; nonché nei *social network* le cui funzioni permettono lo svolgimento di attività di offerta di beni e servizi, come il *marketplace* di Facebook o l'opzione *shopping* di Instagram; o, ancora, nei siti di comparazione di prezzi e proposte di vendita, ad esempio i noti Skyscanner, Tripadvisor o Trivago⁹.

In considerazione dei soggetti coinvolti si comprende perché l'efficacia del regolamento si estenda sostanzialmente su scala globale, non assumendo alcuna rilevanza il luogo di stabilimento o di residenza del fornitore dei

diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Cedam, Padova, 1997; C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium Iuris*, 1998, pp. 1035 ss.; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002; E. TOSI, *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁹ L'elenco non è tassativo, essendo suscettibile di integrazioni. Occorre quindi precisare che per l'individuazione di ulteriori servizi rilevanti per l'applicazione della disciplina non importa che le transazioni tra utenti commerciali e consumatori avvengano in denaro ovvero tramite altre forme di pagamento, né che, anche solo parzialmente, vengano concluse *offline*. In applicazione del principio di neutralità della rete, è altresì irrilevante il tipo di tecnologia impiegata per la fornitura dei servizi di intermediazione. In ogni caso, però, non vi rientrano i servizi di pagamento *online* (es. Paypal), da considerarsi al più quali servizi ausiliari per la fornitura di beni e servizi; né gli strumenti e gli scambi di pubblicità *online* (es. DoubleClick) «che non sono forniti con l'obiettivo di agevolare l'avvio di transazioni dirette e che non implicano una relazione contrattuale coi consumatori» (art. 1, par. 3, reg. P2B); né i servizi rivolti alle sole relazioni tra imprese, in considerazione del mancato coinvolgimento finale dei consumatori; né, di regola, le piattaforme digitali di intermediazione tra pari, c.d. *peer-to-peer*. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, tuttavia, si ritiene che applicare tale esclusione in modo generalizzato e acritico non costituisca affatto la strada preferibile, occorrendo tenere a mente che molte piattaforme *peer-to-peer* appaiono invece riconducibili alla nozione di intermediario descritta dal regolamento. Si pensi in questo senso ad Airbnb, che costituisce un esempio di piattaforma che, seppur proponendosi quale mero strumento di intermediazione tra pari, di frequente si presta a funzionare in presenza di situazioni di asimmetria tra l'utente-fornitore del servizio e l'utente-fruttore dello stesso; in particolare in tutti quei casi in cui l'offerta a breve termine di un alloggio acquista i connotati di un'attività a carattere professionale e non (più) meramente occasionale. Appare a tal fine possibile richiamare la figura del c.d. *prosumer*, ovvero di quel consumatore che ricopre al tempo stesso il ruolo di produttore di beni o fornitore di servizi, su cui cfr. A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2017, pp. 667 ss. Per un approfondimento critico sia consentito il rinvio a F. RUGGERI, *Not Always So Peer. New Perspectives on the Potential Application of the P2B Regulation in the Digital Collaborative Economy*, in E. BARGELLI, V. CALDERAI (a cura di), *A Contract Law for the Age of Digital Platforms?*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, pp. 111 ss.

servizi di intermediazione o dei motori di ricerca *online*, né il diritto altrimenti applicabile, purché (i) i relativi utenti (commerciali) abbiano sede in uno Stato membro e (ii) i consumatori cui l'offerta di beni o servizi è rivolta si trovino nel territorio dell'Unione europea¹⁰. Condizioni, queste ultime, da intendersi in senso cumulativo e in virtù delle quali l'applicazione della normativa europea ha portata anche esterna ai confini del mercato unico, peraltro coerentemente al fenomeno della fornitura di servizi digitali che, per sua natura, appare impossibile costringere entro rigidi limiti spaziali.

2. *La predisposizione e la modifica unilaterale di termini e condizioni contrattuali*

L'art. 3 reg. P2B introduce i primi requisiti di trasparenza e accessibilità che i fornitori dei servizi di intermediazione *online* devono rispettare nella definizione dei termini e delle condizioni dei contratti a cui gli utenti commerciali interessati si limiteranno ad aderire. Se, come già verificato, i rapporti con le piattaforme si fondano sulle condizioni generali di contratto che queste ultime predispongono unilateralmente, è chiaro che la disponibilità dell'informazione diviene l'unico strumento (almeno astrattamente) idoneo a contenerne il potere e la capacità di generare insostenibili squilibri normativi¹¹.

La norma richiede innanzitutto che i termini e le condizioni vengano redatti in un linguaggio semplice e comprensibile, dovendosi in ogni caso evitare l'utilizzo di frasi o parole fuorvianti, vaghe e non dettagliate¹²; nonché che il relativo contenuto sia facilmente reperibile dagli utenti commerciali

¹⁰ Il *considerando 9* reg. P2B specifica come non sia necessario, ai fini di tale valutazione, che essi risiedano in uno Stato membro né che ne abbiano la cittadinanza.

¹¹ R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubb.*, n. 3, 2021, p. 944.

¹² Si noti però la mancanza di un'apposita indicazione nella norma rispetto alla lingua di elaborazione del testo contrattuale, in ciò avendo verosimilmente prevalso, dal punto di vista del legislatore europeo, l'intenzione di evitare un eccessivo, e probabilmente sproporzionato, aggravio delle prestazioni che obbligano i fornitori. Una specifica attenzione alla necessaria conoscenza della lingua di redazione dei termini e delle condizioni contrattuali trova però riscontro con riferimento ai requisiti di nomina dei mediatori *ex art. 12, par. 2, lett. c)*, reg. P2B.

già nel corso della fase precontrattuale¹³. Tale garanzia di accessibilità al testo è indubbiamente funzionale ad assicurare un ragionevole grado di prevedibilità sugli aspetti più importanti della relazione contrattuale, oltre che ad agevolare l'onere di conoscibilità delle condizioni generali di contratto, rilevante, nella dimensione nazionale, ai sensi dell'art. 1341 c.c. E costituisce una pregevole innovazione nell'ambito della regolazione dei rapporti tra imprese a livello europeo, essendo stata finora impiegata dal legislatore solamente nella dimensione consumeristica¹⁴.

A seguire, si impone di specificare in modo chiaro, già in questa sede, tutte le ragioni giustificative di un'eventuale futura decisione, da parte del fornitore, di sospendere, cessare o limitare, anche solo parzialmente, la prestazione dei servizi di intermediazione. Devono poi essere indicati i canali aggiuntivi di distribuzione e i programmi affiliati di cui il fornitore può avvalersi per commercializzare i beni e i servizi offerti dagli utenti commerciali¹⁵. E, da ultimo, si richiede che il testo negoziale includa le informazioni necessarie a definire i margini e i limiti di incidenza del vincolo contrattuale sulla titolarità e sul controllo dei diritti di proprietà intellettuale vantati dagli utenti commerciali, ad esempio con riferimento all'utilizzo di loghi, marchi o denominazioni commerciali.

Termini e condizioni non conformi a questi nuovi requisiti generali sono sanzionati con la previsione della nullità, anche solamente parziale, disposta *ex art. 3, par. 3, reg. P2B*¹⁶.

¹³ In termini generali, C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 11-12, 1997, pp. 947 ss.; A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 157 ss. Per un riferimento alla buona fede precontrattuale *online*, S. SICA, *Commercio elettronico e categorie civilistiche: un'introduzione*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 6.

¹⁴ Evidenza in ciò la somiglianza tra utenti commerciali e consumatori (art. 35 ss. cod. cons.), G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2022, p. 738.

¹⁵ Da intendersi in modo neutro da un punto di vista tecnologico e che possono includere altri siti web o altre applicazioni digitali da cui i consumatori possano acquistare i beni o i servizi offerti dagli utenti commerciali.

¹⁶ Il *considerando 20* reg. P2B precisa sul punto che «i termini e le condizioni non conformi dovrebbero essere nulli, vale a dire che si dovrebbero considerare come mai esistiti, con effetti *erga omnes* ed *ex tunc*. Ciò dovrebbe tuttavia riguardare solo le disposizioni specifiche dei termini e delle condizioni che non sono conformi. Le disposizioni rimanenti dovrebbero restare valide e applicabili, nella misura in cui possono essere dissociate da quelle non conformi». In argomento, *amplius*, A. GENTILI, E. BATTELLI, *Le patologie del contratto telematico*, in E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 371 ss.

A questi primi obblighi generali di trasparenza si aggiungono gli ulteriori tre di cui al successivo art. 8, rubricato “Clausole contrattuali specifiche”, che avrebbero l’espresa funzione di assicurare «che le relazioni contrattuali tra i fornitori di servizi di intermediazione *online* e gli utenti commerciali siano condotte in buona fede e con correttezza». In particolare, la necessità di garantire prevedibilità e trasparenza dell’agire dei fornitori importa innanzitutto che questi non possano imporre modifiche dei termini e delle condizioni aventi effetto retroattivo, salvo che discendano dall’esigenza di adeguarsi a un obbligo normativo o regolamentare o che attribuiscono un vantaggio proprio agli utenti commerciali. Ne deriva inoltre il dovere di rendere note le condizioni di risoluzione del contratto, che debbono risultare proporzionate e di agevole attuazione; nonché di indicare quali contenuti di carattere informativo, forniti o generati da un utente commerciale nell’utilizzo dei servizi di intermediazione *online*, il fornitore intenda conservare, specie per continuare ad avervi accesso, una volta cessato il rapporto contrattuale.

A differenza del terzo paragrafo dell’art. 3, per tali previsioni, indubbiamente vincolanti, la disciplina del regolamento non si esprime però nel senso della nullità. L’assenza di un qualsiasi riferimento alla sanzione, di per sé inevitabile di fronte alla prescrizione di un obbligo, lascia propendere per la considerazione dei requisiti di cui all’art. 8 quali mere regole di condotta, in quanto tali inidonee ad incidere sulla validità del contratto. Una conclusione, questa, che si spiegherebbe con quella che, almeno apparentemente, risulta essere la volontà del legislatore europeo, in più di un senso: da un lato, per l’espresa riconduzione dei comportamenti descritti alla clausola generale di buona fede; dall’altro, per l’esplicita previsione della nullità in risposta alla violazione di altri obblighi, a maggior ragione in quanto introdotti con il medesimo intervento normativo.

Sembra trattarsi, dunque, di una consapevole scelta del legislatore. Eppure, al contempo, non può non rilevarsi che ne resta dubbia la *ratio*, nella misura in cui la presunta preferenza per il rimedio risarcitorio non sembra giustificata né dalla peculiarità dei doveri considerati, che sono ancora una volta di natura informativa, esattamente come quelli di cui all’art. 3; né da un supponibile interesse dell’utente commerciale a non veder caducato il contratto per intero, atteso che la nullità in questione è parziale: interessa le sole disposizioni non conformi e, per il resto, garantisce la conservazione del rapporto secondo una logica protezionistica del contraente debole.

D’altra parte, lo stesso art. 3, par. 3, reg. P2B, estende la sanzione della nullità alle modifiche dei termini e delle condizioni che non intervengano

in conformità alle previsioni del secondo paragrafo dello stesso articolo, come segue.

Coerentemente all'obbligo di assicurare che il contratto sia facilmente reperibile in ogni fase della relazione negoziale, la norma, combinandovi la lettura del *considerando 18* reg. P2B, richiede innanzitutto che qualsiasi variazione della lettera del contratto che non sia meramente redazionale, ma che ne alteri il contenuto o il significato¹⁷, venga previamente notificata agli utenti commerciali tramite un supporto durevole e con un preavviso di non meno di quindici giorni¹⁸. A meno che, in tal caso non trovando

¹⁷ Il parallelismo con la disciplina consumeristica è ancora una volta evidente, come emerge anche nel discorso di G. ALPA, *Sul potere contrattuale*, cit., p. 737. È infatti vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. m), cod. cons., la clausola che consente al professionista la modifica unilaterale del contratto «senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso». Il simile riferimento alle modifiche che abbiano «un caractère purement administratif et n'ont pas d'incidence négative pour le consommateur» è invece presente nella disciplina francese, all'art. L224-33 *code cons.*

¹⁸ Sul punto, l'art. 3, par. 2, reg. P2B, prevede che il preavviso debba corrispondere a un termine ragionevole e proporzionato alle circostanze del caso concreto, rispetto alla cui valutazione occorre considerare la natura e la portata delle modifiche al contratto, nonché la loro effettiva incidenza sull'andamento dell'attività economica degli utenti commerciali. In quest'ottica, la concessione di un tempo superiore a quindici giorni si intende dunque indispensabile laddove le modifiche proposte dai fornitori dei servizi di intermediazione *online* impongano agli utenti commerciali di effettuare degli adeguamenti di tipo tecnico o commerciale – ad esempio con riferimento all'accesso alla piattaforma digitale o ai beni o servizi per mezzo di essa offerti – necessari per una conveniente prosecuzione del rapporto contrattuale. Si comprende così, peraltro, la ragione per cui, al momento della notificazione della proposta di modifica, è previsto che sorga in capo all'utente commerciale il diritto di risolvere il contratto entro i successivi quindici giorni, purché non trovi applicazione un termine inferiore, come eventualmente disposto dal diritto civile nazionale. Sulle concrete modalità di risoluzione del contratto, e in particolare rispetto alla possibilità di uno scioglimento per via stragiudiziale in un'ottica di protezione che parifica la posizione dell'utente commerciale a quella del consumatore, si interroga, concludendo in senso affermativo, C. SARTORIS, *Trasparenza e piattaforme online alla luce del Regolamento (UE) 2019/1150*, in S. ORLANDO, G. CAPALDO (a cura di), *Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, cit., pp. 354-355. In generale, al termine per la risoluzione del contratto gli utenti commerciali possono anche decidere di rinunciare, sia in modo espresso, mediante una dichiarazione scritta, che implicitamente, attraverso un comportamento inequivocabile, quale ad esempio la pubblicazione sulla vetrina virtuale della piattaforma di nuovi beni o servizi diretti ai consumatori. Quando il termine eccede i quindici giorni, tuttavia, si presume che il compimento di una qualsiasi azione positiva di fruizione dei servizi di intermediazione sia meramente funzionale ad evitare un'interruzione eccessivamente prolungata dell'attività commerciale svolta sul *marketplace* e, in quanto tale, di per sé non idonea a configurare una forma di rinuncia tacita al preavviso.

applicazione alcun termine di preavviso, la piattaforma di intermediazione sia improvvisamente tenuta, in forza di un obbligo legale o regolamentare, ad implementare in tempi rapidi la modifica dei termini o delle condizioni contrattuali. Né qualora le modifiche siano eccezionalmente necessarie a fronteggiare «un pericolo imprevisto e imminente connesso alla difesa dei servizi di intermediazione *online*, dei suoi consumatori o di altri utenti commerciali da frodi, *malware*, *spam*, violazione dei dati o rischi per la sicurezza informatica» (art. 3, par. 4, lett. b), reg. P2B).

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

Ha suscitato una particolare preoccupazione del legislatore europeo la prassi, alquanto diffusa nei contratti con le piattaforme digitali, e in quanto tale oggetto di contestazione da parte della categoria degli utenti commerciali¹⁹, di limitare, sospendere ovvero addirittura cessare definitivamente la fornitura dei servizi di intermediazione *online*.

Se già si è detto del relativo obbligo di trasparenza, l'art. 4 reg. P2B determina alcuni ulteriori requisiti, stavolta di tipo procedurale²⁰, che conducono a una più compiuta regolazione di tali specifiche vicende della relazione contrattuale²¹.

La norma pone in capo alla piattaforma un nuovo dovere di motivazione della decisione di limitare²², sospendere o cessare la prestazione dei propri servizi, da trasmettere all'utente commerciale interessato mediante un

¹⁹ Il riferimento è al ricordato documento di Ecorys “Business-to-Business relations in the online platform environment”.

²⁰ O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, n. 1, 2021, p. 7, esplicita come i meccanismi procedurali, espressione di quel costituzionalismo digitale verso cui tendono gli interventi normativi delle due sponde dell'Atlantico, costituiscano una vera e propria necessità per la tutela effettiva degli utenti: «la libertà (e il diritto) delle piattaforme a rimuovere quanto considerano non consono ai propri standard contrattuali deve accompagnarsi alla conseguente loro accettazione di una maggiore responsabilizzazione, prima di tutto sul piano delle procedure».

²¹ Scettico sull'adeguatezza del proceduralismo, di per sé, a rispondere al potere esercitato dalle piattaforme digitali, M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubb.*, n. 3, 2021, p. 747.

²² Tipicamente attraverso forme di oscuramento o di retrocessione nel posizionamento dei beni o dei servizi offerti da un utente commerciale.

adeguato supporto durevole. A tal fine il fornitore è chiamato a fare apposito riferimento ai fatti o alle circostanze su cui la propria decisione si fonda, nonché, per verificarne la coerenza, alle ragioni descritte nel contratto ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. c), reg. P2B.

In questo modo, non si vuole negare che il fornitore possa vantare motivi ragionevoli a fondamento del proprio provvedimento, provvisorio o definitivo che sia. Tuttavia, si considera al contempo cruciale la tutela dell'interesse dell'utente commerciale, quale parte debole del rapporto, a non essere arbitrariamente estromesso dall'utilizzo della piattaforma e dunque a poter prevedere l'agire della controparte²³. Ciò, soprattutto in considerazione delle conseguenze potenzialmente negative che da tale scelta possono discendere in ordine all'esercizio della propria attività commerciale: che l'uscita – anche temporanea – dalla piattaforma coincida con l'uscita dal mercato è un rischio tutt'altro che remoto.

In virtù di quanto disposto dal terzo paragrafo dell'art. 4, la comunicazione di tali motivazioni costituirebbe inoltre il presupposto per l'avvio del procedimento interno di gestione dei reclami di cui all'art. 11 reg. P2B, volto ad una composizione amichevole della controversia. In questo contesto, all'utente commerciale deve infatti essere offerta l'opportunità di chiarire i fatti e le circostanze addotte a fondamento della decisione del fornitore, il quale potrebbe di conseguenza ritenere di reintegrarlo nell'utilizzo dei servizi della piattaforma, riconoscendo ad esempio di aver compiuto una valutazione sbagliata o, nel caso in cui il provvedimento derivasse da una violazione dei termini e delle condizioni da parte dell'utente commerciale, che quest'ultimo non fosse in mala fede e che vi abbia rimediato in un modo ritenuto soddisfacente.

Quanto al momento in cui provvedere alla trasmissione delle motivazioni, il regolamento distingue sostanzialmente sulla base della severità della sanzione.

La decisione di limitare o sospendere la fornitura dei servizi di intermediazione *online* utili all'offerta dei beni o dei servizi da parte di un utente commerciale viene dunque comunicata «preventivamente o al momento in cui la limitazione o la sospensione prende effetto» (art. 4, par. 1, reg. P2B); mentre quella relativa alla completa cessazione dalla prestazione dei servizi di intermediazione *online*, cui consegue la soppressione dei dati forniti per l'utilizzo degli stessi da parte dell'utente commerciale coinvolto, richiede espressamente un preavviso di almeno

²³ G. SMORTO, *La tutela del contraente debole*, cit., p. 60, segnala l'inserimento di clausole per lo scioglimento, a propria discrezione, del rapporto, nelle condizioni generali di contratto redatte da diverse piattaforme tra cui Airbnb e Uber.

trenta giorni. Un margine di tempo minimo e certo, da rispettarsi necessariamente prima che la decisione del fornitore possa effettivamente spiegare i suoi effetti. Tale determinazione si spiegherebbe allora proprio in ragione delle significative ripercussioni che la scelta del fornitore può avere non solo in relazione all'offerta di beni e servizi ai consumatori, ma anche sulla concreta capacità degli utenti commerciali di esercitare i diritti complessivamente riconosciuti loro dal regolamento²⁴.

Da ciò si evince come la totale cessazione della fornitura dei servizi di intermediazione rappresenti la misura più severa che la piattaforma possa adottare nei confronti di un utente commerciale, risultando pertanto opportuno che tale scelta entri in gioco esclusivamente laddove non appaia utile intervenire tramite provvedimenti meno rigorosi, in applicazione del principio di proporzionalità²⁵. In tal senso, si dovrebbe dunque seguire la strada del progressivo inasprimento delle sanzioni, affinché, se ragionevolmente e tecnicamente possibile, esse vengano in primo luogo dirette verso singole categorie di beni o servizi; e tendano a un esito più grave soltanto ove sia effettivamente inevitabile procedere altrimenti.

La disciplina così delineata per le ipotesi di limitazione, sospensione o cessazione dei servizi di intermediazione *online* non risponde tuttavia ad alcuni interrogativi tutt'altro che irrilevanti. E in particolare tace sulle conseguenze dell'eventuale violazione dell'obbligo di motivazione; o del mancato rispetto delle regole di proporzionalità. L'art. 15, par. 2, reg. P2B si limita invero a puntualizzare che a qualsiasi violazione dello stesso debbano far fronte le misure «efficaci, proporzionate e dissuasive» previste dai singoli ordinamenti nazionali. Sicché pare potersi ritenere che, in questi casi, il

²⁴ La norma prevede anche talune ipotesi senza termine: a) quando il fornitore è tenuto ad adempiere a un obbligo normativo o regolamentare che gli impone la cessazione della fornitura di tutti i suoi servizi nei confronti di un determinato utente commerciale, in modo tale da non permetterne il rispetto; b) quando la terminazione consegue all'esercizio del diritto di recesso a norma del diritto nazionale, purché sulla base delle circostanze del caso di specie e della valutazione degli interessi di entrambe le parti non emerga che possa ragionevolmente proseguirsi il rapporto contrattuale fino al termine convenuto o fino alla scadenza di un termine di preavviso; c) laddove il fornitore possa dimostrare una ripetuta violazione da parte dell'utente commerciale dei termini e delle condizioni contrattuali. In generale, il *considerando 23* reg. P2B prospetta che tali eccezioni possano rilevare «in particolare in relazione a contenuti illeciti o inappropriati, alla sicurezza di un bene o servizio, a contraffazioni, frodi, *malware*, *spam*, violazione di dati, altri rischi per la cibersicurezza o all'adeguatezza del bene o servizio per i minori».

²⁵ Sull'affermazione della proporzionalità quale principio generale del diritto europeo dei contratti, si veda C. CAUFFMAN, *The Principle of Proportionality and European Contract Law*, in J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 69 ss.

provvedimento del fornitore non possa che produrre meri effetti materiali, giuridicamente non rilevanti; sul versante degli utenti commerciali, non sembrano allora porsi ostacoli alla praticabilità di un rimedio risarcitorio, a riparazione dei danni eventualmente sofferti, congiuntamente e una tutela di tipo ripristinatorio.

4. I criteri di posizionamento nella vetrina virtuale

Il tema del posizionamento, o *ranking*, dei beni e dei servizi offerti ai consumatori attraverso piattaforme digitali rappresenta un aspetto cruciale delle relazioni P2B.

La disposizione di ciascuno dei prodotti presenti in un *digital marketplace* ha un'incidenza determinante nelle scelte di acquisto di ogni utente-consumatore e, di riflesso, sul successo commerciale degli utenti-venditori di beni e servizi *online*.

È infatti noto come, in genere, gli utenti della rete tendano a preferire, a parità di caratteristiche, i prodotti o i siti che trovano per primi, più in alto, più evidenti²⁶.

Ne discende quindi il forte interesse, sul versante opposto del mercato, ad evitare che tale aspetto del rapporto contrattuale con le piattaforme digitali sia soggetto all'applicazione di criteri arbitrari, in quanto tali del tutto imprevedibili o incomprensibili, dunque potenzialmente svantaggiosi²⁷. Incontrando tuttavia un limite nella doverosa considerazione

²⁶ Commission Staff Working Document SWD(2018) 138 fin. "Impact Assessment", p. 13. Cfr. già l'analisi di S. ATHEY, G. ELLISON, *Position Auctions with Consumer Search*, in *QJE*, vol. 126, n. 3, 2011, pp. 1213 ss.

²⁷ La preoccupazione è ben espressa, in termini generali e con riferimenti concreti, da F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, p. 9, in quanto «[w]ithout knowing what Google actually does when it ranks sites, we cannot assess when it is acting in good faith to help users, and when it is biasing results to favor its own commercial interests. The same goes for status updates on Facebook, trending topics on Twitter, and even network management practices at telephone and cable companies. All these are protected by laws of secrecy and technologies of obfuscation». G. SMORTO, *La tutela del contraente debole*, cit., p. 66, spec. nota 57, si riferisce alle condizioni generali di contratto delle piattaforme Airbnb, BlaBlaCar e Booking, individuandovi lunghi, ma poco dettagliati e formulati in un linguaggio estremamente vago – riporta ad esempio il riferimento al criterio della "popolarità" –, elenchi di fattori di posizionamento delle rispettive offerte *online*, anche accompagnati da apposite clausole che conferivano loro «il potere di modificare l'ordine di presentazione dei prodotti a proprio piacimento».

del funzionamento degli algoritmi che regolano il posizionamento delle offerte degli utenti commerciali, plausibilmente in quanto oggetto di un segreto commerciale a cui, per forza di cose, il fornitore dei servizi di intermediazione non può voler rinunciare.

Si spiega quindi perché nella formulazione dell'art. 5 reg. P2B, in materia di *ranking* dei prodotti e dei siti web, sia stato necessario seguire una logica di bilanciamento tra interessi fundamentalmente contrapposti. Da un lato, quello degli utenti commerciali al rispetto dei principi di trasparenza e prevedibilità anche con riferimento al loro posizionamento sulle pagine delle piattaforme digitali; dall'altro, quello dei fornitori a mantenere segrete determinate informazioni di cui dispongono in modo esclusivo, caratterizzate in quanto non generalmente note ad altri e in ciò idonee ad attribuire al loro detentore uno specifico vantaggio economico²⁸.

Così, la norma prevede innanzitutto che i fornitori dei servizi di intermediazione *online* debbano indicare, tra i termini e le condizioni contrattuali, i principali parametri che determinano la formazione del *ranking* di quanto sia oggetto delle ricerche degli utenti della piattaforma²⁹; nonché, tra i diversi parametri individuati, i motivi della maggiore rilevanza, ovvero la c.d. importanza relativa, di alcuni rispetto agli altri. Non ogni parametro ha infatti pari valore nella determinazione del posizionamento di un prodotto ed è pertanto opportuno che gli utenti commerciali conoscano l'incidenza di ciascuno di essi nel relativo processo decisionale³⁰. Rilevano quindi taluni fattori, quali le caratteristiche dei

²⁸ Si tratta dei requisiti costitutivi dei segreti commerciali, indicati nel nostro ordinamento dall'art. 98 c.p.i. come da ultimo riformato dal d. lgs. 11 maggio 2018, n. 63, in recepimento della direttiva *Trade Secrets*. In argomento, C. GALLI, *L'attuazione italiana della Direttiva europea sui Trade Secrets tra continuità nella disciplina sostanziale e deviazioni rispetto al testo della Direttiva*, in *Contr. impr./Europa*, n. 1, 2018, pp. 25 ss., nonché, specialmente, M. MAGGIOLINO, *EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency*, in *AIDA*, 2018, pp. 199 ss.

²⁹ Il *considerando* 24 reg. P2B definisce “parametro principale” qualsiasi «criterio generale, processo, segnale specifico integrato negli algoritmi o ogni altro meccanismo di aggiustamento o di retrocessione utilizzato in connessione con il posizionamento».

³⁰ Secondo la stessa logica, la direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. Questa disciplina, di poco successiva al reg. P2B, interviene all'art. 3, par. 4, lett. b), prevedendo che nell'ambito della ricerca sotto forma di parola chiave, frase o altri dati effettuata da un consumatore sono rilevanti – nel senso che la loro omissione deve essere considerata in quanto pratica commerciale ingannevole – le informazioni «in merito ai parametri che principali che determinano

beni o dei servizi offerti ai consumatori, ovvero la loro presentazione nelle immagini e nelle parole.

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

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

la classificazione dei prodotti presentati al consumatore come risultato della sua ricerca e all'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri» (testuale, il nuovo comma 4 *bis* dell'art. 22 cod. cons., oppure, nella relativa traduzione, l'art. VI.99, par. 6, *code dr. éco. belga*; molto simili, presentando la scelta di una formulazione leggermente diversa rispetto alla lettera della direttiva, l'art. L121-3, comma 4, *code cons. francese*, l'art. 20, comma 3, *Ley cons. y us. spagnola* o, ancora, il nuovo art. 10.º-A della disciplina portoghese sulle *práticas comerciais desleais* di cui al decreto legge del 26 marzo 2008, n. 57). Nonché all'art. 3, par. 7, lett. a), nel senso di vietare che un professionista possa fornire al consumatore i risultati di una ricerca *online* «senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all'interno di tali risultati». Rispetto a tale ultimo aspetto si segnala che già il legislatore francese, con la riforma del codice dei consumatori di cui alla legge n. 1321 del 2016, introduceva all'art. L111-7, comma 2, n. 2, l'imposizione alle piattaforme digitali dell'obbligo di fornire al consumatore «une information loyale, claire et transparente sur [...] l'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne».

nell'intera Unione europea attraverso la direttiva (UE) 2016/943³¹, nonché alla luce degli orientamenti espressi dalla Commissione europea all'interno delle apposite linee guida cui si farà approfondito riferimento nel capitolo successivo³².

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

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

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

L'art. 7 reg. P2B interviene in questo senso a tutela non solo degli utenti commerciali che ne verrebbero coinvolti, ma del funzionamento del mercato nel suo complesso³³. Al fornitore dei servizi di intermediazione

³¹ Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016 sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.

³² Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01) "Orientamenti sulla trasparenza del posizionamento a norma del Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio" dell'8 dicembre 2020.

³³ Si tenga conto di quanto tale modalità operativa sia in grado di compromettere la libertà di scelta dei consumatori nella ricerca e nell'acquisto di beni e servizi. Le piattaforme riescono ad esercitare un notevole potere di controllo sui propri utenti, in particolare grazie all'attività di raccolta e di elaborazione dei dati che permettono di profilare le preferenze dei consumatori, tanto singolarmente quanto nel loro complesso, ad esempio mettendo in evidenza i prodotti più acquistati in un certo periodo di tempo. In questo senso, non appare affatto peregrina l'ipotesi che il fornitore dei servizi di intermediazione approfitti della posizione privilegiata in cui si trova per favorire la vendita dei propri prodotti, come di quelli degli utenti commerciali che controlla, grazie a determinati vantaggi tecnici o economici per l'offerta di beni e servizi di contro negati agli utenti concorrenti. Sul punto, si rinvia alle indagini avviate dalla Commissione europea nei confronti di Amazon, e in particolare ai procedimenti AT.40462 del 17 luglio 2019 e AT.40703 del 10 novembre 2020, per verificare l'effettiva sussistenza di trattamenti di favore per la vendita dei prodotti propri o di utenti commerciali

online si impone infatti di agire secondo trasparenza, dovendo includere nei termini e nelle condizioni contrattuali un'apposita descrizione relativa agli eventuali trattamenti differenziati riservati o riservabili ai beni o ai servizi offerti ai consumatori, sia in via diretta che attraverso utenti commerciali controllati. Misure particolari, di vantaggio per chi possa usufruirne, relative all'accesso a dati personali e non personali, ai criteri di posizionamento, all'uso di servizi, funzionalità o interfacce tecniche in rapporto di connessione o complementarietà con i servizi principali del fornitore, anche avverso il pagamento di un corrispettivo.

Connessa alla (potenziale) duplice veste delle piattaforme di intermediazione è anche la previsione di cui all'art. 6 reg. P2B, rubricato "Prodotti e servizi accessori", che configura un ulteriore obbligo di trasparenza, relativo in questo caso a quei beni e servizi qualificabili, appunto, come accessori, ovvero il cui funzionamento o la cui esecuzione dipendono tipicamente da un altro specifico bene o servizio, cui sono direttamente collegati. Costituiscono oggetto di offerta al consumatore in quella fase immediatamente precedente il completamento della transazione relativa all'acquisto principale, a sua possibile, ma non indispensabile, integrazione. Tra i beni, per esempio, quelli utili ad aggiornare o a personalizzare uno specifico prodotto; tra i servizi, quello di riparazione di un bene o anche prodotti finanziari specifici come l'assicurazione per il noleggio di un'automobile da parte di un viaggiatore³⁴.

Da tale disciplina resterebbero in sostanza esclusi tutti quei beni

controllati, in contrasto con la disciplina europea in materia di concorrenza *ex artt.* 101 e 102 TFUE. Preme infine evidenziare anche in questo passaggio come il regolamento P2B possa complessivamente rappresentare un nuovo strumento della più ampia strategia di regolazione predisposta dalla Commissione europea, che trova il proprio spazio accanto alla già esistente disciplina in materia di concorrenza, di per sé ritenuta ormai non sufficientemente adeguata a far fronte all'affermazione di un sistema di mercato *platform oriented* e di modelli di *business* fondati sull'utilizzo dei dati. Cfr. sul punto C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency*, cit., pp. 59-60.

³⁴ Il comparto turistico risulta particolarmente interessato dall'offerta ai consumatori-viaggiatori di prestazioni accessorie integrative, come ad esempio l'acquisto di un biglietto aereo o di un soggiorno alberghiero, da ultimo avvalorato anche con la direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati. Si veda sul punto A. FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 6, 2018, pp. 1307 ss., che si sofferma peraltro sulla sua attuazione, in Italia, con il d. lgs. 21 maggio 2018, n. 62. In materia di servizi turistici, già G. CAPALDO, *Commento sub artt. 82-84*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007, pp. 687 ss. Per un approfondimento in tema di *ancillary revenues* tramite la prestazione di servizi accessori, si veda V. IAIA, *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Camm. dir.*, n. 9, 2020.

o servizi venduti in aggiunta a quanto costituisca oggetto principale dell'acquisto, ma al contempo in mancanza di un qualsiasi elemento di complementarietà.

Ebbene, l'offerta di beni e servizi accessori è ammissibile solo in quanto il contratto presenti la descrizione delle loro caratteristiche, nonché l'indicazione dei soggetti – la stessa piattaforma, un terzo o anche, purché sia espressamente indicato a quali condizioni, un utente commerciale – che possono offrirli in aggiunta ad altri beni o servizi primari.

6. L'accesso ai dati

Notoriamente, il valore dei dati nell'economia delle piattaforme si individua nella conoscenza, in particolare, delle preferenze e dei consumi degli utenti della rete, in ciò rappresentando, probabilmente, la più importante fonte e il principale strumento per essere competitivi sul mercato³⁵.

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

L'art. 9 reg. P2B introduce perciò degli appositi doveri informativi, chiedendo alle piattaforme digitali di dotare gli utenti commerciali di una chiara descrizione circa la portata, la natura e le condizioni di accesso ai dati generati tramite e su di esse, nonché del loro utilizzo anche da parte di terzi³⁶. Indicazioni, anche generiche, che siano utili a comprendere se e come sia possibile servirsi di tali informazioni per incrementare il livello di qualità della propria proposta commerciale complessivamente intesa. Ma anche a sapere se il fornitore condivide i dati generati dagli utenti commerciali nell'utilizzo dei servizi di intermediazione con soggetti terzi, in particolar modo laddove ciò avvenga per scopi non inerenti al corretto funzionamento dei servizi di intermediazione stessi. Dovendosi altresì indicare, in tale ultimo caso, lo scopo effettivo della trasmissione delle relative infor-

³⁵ Per una lettura del fenomeno dei dati secondo le categorie del diritto civile si veda, in particolare, V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution"*, in *Conc. merc.*, n. 1, 2016, pp. 29 ss.

³⁶ Anche questa norma fissa un requisito di trasparenza contrattuale imposto alla piattaforma, non arrivando a riconoscere in capo agli utenti commerciali un più generale diritto di accesso ai dati. Cfr. ancora C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency*, cit., p. 70.

mazioni e le possibilità a disposizione degli utenti commerciali per evitarla.

In generale, la norma interessa tutti quei dati, personali e non personali, generati o forniti da ogni utente della piattaforma, con riferimento a tutte le attività di offerta, ricerca o acquisto che su essa trovano compimento. Per esempio, le valutazioni e le recensioni di clienti e acquirenti, indubbiamente utili per orientare l'andamento della propria attività commerciale, come si avrà modo di approfondire nel prossimo capitolo. Ma anche i loro contatti, su tutti gli indirizzi di posta elettronica o i numeri telefonici, indispensabili per instaurare un rapporto diretto, che non necessiti dell'intermediazione della piattaforma, così come per la promozione di nuove offerte di vendita o per altre comunicazioni necessarie alla prestazione di un servizio.

Appare quindi evidente come la possibilità di accedere a tali informazioni costituisca il fondamento di notevoli opportunità per l'attività commerciale del beneficiario; nonché come, di contro, la mancata autorizzazione ponga invece dei limiti probabilmente insormontabili e decisivi per il suo svolgimento.

La previsione di apposite misure di trasparenza a regolare un aspetto tanto delicato della relazione tra la piattaforma e i suoi utenti commerciali pare perciò essenziale, anche nell'ottica di sostenere una maggiore condivisione dei dati³⁷, che può risultare funzionale all'innovazione e alla crescita del mercato nel suo complesso. Tutto ciò, chiaramente, in considerazione e nel rispetto dell'intero quadro normativo europeo in materia di protezione dei dati, nel quale rientrano il regolamento (UE) 2016/679³⁸, la direttiva (UE) 2016/680³⁹ e la direttiva 2002/58/CE⁴⁰, per questo opportunamente richiamati dallo stesso art. 9 reg. P2B.

³⁷ Come rileva condivisibilmente S. MARTINELLI, *The Vulnerable Business User: The Asymmetric Relationship between the Business User and the Platform*, in *EJPLT*, n. 2, 2022, p. 90, il perseguimento di tale obiettivo, al centro della strategia europea dei dati, è qui in parte ostacolato dalla mancanza di un riferimento al diritto alla portabilità dei dati, che sarebbe stato particolarmente opportuno.

³⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

³⁹ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

⁴⁰ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle

7. Il funzionamento delle c.d. parity clauses

Ai sensi dell'art. 10 reg. P2B, qualsiasi limitazione alla capacità degli utenti commerciali di offrire beni e servizi tramite ulteriori mezzi di distribuzione e a condizioni diverse rispetto a quelle previste sulla piattaforma del fornitore, deve essere espressamente indicata, motivata e resa facilmente accessibile al pubblico. Si tratta delle c.d. *parity clauses*, anche note come *best-price* o *most-favored-nation* (MFN) *clauses*, volte ad assicurarsi che la propria vetrina virtuale proponga prezzi almeno pari, se non anche inferiori, rispetto a quelli indicati da soggetti concorrenti⁴¹. Con quel che evidentemente ne consegue in termini di capacità attrattiva degli utenti-consumatori, in particolare quando la propria proposta di vendita risulti maggiormente conveniente rispetto ad altre, e di loro fidelizzazione alla piattaforma.

Tali clausole possono avere una portata più o meno ampia, potendosi parlare di *wide parity clauses* quando si nega la capacità degli utenti commerciali di offrire i propri prodotti a prezzi più economici su altre piattaforme concorrenti e sul proprio sito Internet; nonché di *narrow parity clauses* quando la limitazione concerne soltanto l'offerta tramite le proprie pagine web e non anche i concorrenti diretti del fornitore controparte contrattuale. Appare immediatamente intuibile come la previsione di siffatte clausole ponga degli interrogativi sul funzionamento del sistema concorrenziale, soprattutto in relazione alle concrete possibilità per nuovi operatori di entrare ovvero di espandersi all'interno di un mercato rilevante⁴².

Tuttavia il regolamento P2B, sfuggendo qualsiasi considerazione in merito alla loro capacità distorsiva della concorrenza, si limita a formulare il relativo requisito di trasparenza. E sembra però inevitabile chiedersi quanto, ed eventualmente come, tale previsione contrattuale possa in concreto giovare agli utenti commerciali: a loro tutela sarebbe stato probabilmente più efficace prevedere un vero e proprio divieto di tali clausole, come peraltro già previsto da alcuni provvedimenti di carattere nazionale all'interno dell'Unione europea⁴³. In tal senso, il secondo paragrafo dell'art.

comunicazioni elettroniche (Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

⁴¹ A tal fine, si considerano "soggetti concorrenti" sia gli altri *marketplace* presenti sulla rete che il sito web privato del singolo utente commerciale.

⁴² Sul punto si veda M. COLANGELO, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *JECL&P*, n. 1, 2017, pp. 3 ss.

⁴³ In particolare, l'art. 1, comma 166, l. 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato

10 lascia quantomeno impregiudicate le limitazioni a clausole di questo tipo ad opera sia del diritto degli Stati membri che del diritto europeo.

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

Il legislatore europeo completa il quadro delle nuove regole di equità e trasparenza nei rapporti con le piattaforme digitali con alcune disposizioni dedicate alla risoluzione alternativa delle controversie.

È infatti apparso utile intervenire su un sistema che, allo stato, non tutelava la posizione degli utenti commerciali, in assenza di adeguati meccanismi di gestione dei reclami ovvero di soggetti specializzati, come i mediatori, a dirimere questioni sorte nelle dinamiche di questi specifici rapporti contrattuale. Ciò, peraltro, con la garanzia in ogni momento – prima, durante e anche a conclusione del procedimento stragiudiziale – di poter preferire, e adire, l'autorità giudiziaria competente.

L'art. 11 reg. P2B impone alle piattaforme di predisporre dei sistemi interni di gestione dei reclami⁴⁴, che garantiscano agli utenti commerciali, specie quando destinatari di provvedimenti di limitazione, sospensione o cessazione dei servizi, un accesso gratuito e semplice a strumenti di ricorso che siano: immediati, idonei ed efficaci per il conseguimento di un accordo. E che permettano di conseguire un risultato entro «un lasso di tempo ragionevole», naturalmente da considerare in base all'importanza e alla complessità di ogni singolo reclamo.

Organizzato in funzione del rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento a parità di situazione⁴⁵, il sistema concerne in

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

⁴⁴ Il *considerando* 39 reg. P2B precisa che l'utilizzo del termine "interno" non va inteso come un impedimento a delegare tale attività «a un fornitore di servizi esterno o a un'altra struttura aziendale», a condizione che il soggetto prescelto garantisca pienamente la conformità del sistema di gestione adottato ai requisiti del regolamento.

⁴⁵ Che si tratti di principi fondamentali nella regolazione dell'agire delle piattaforme è sostenuto con convinzione da N. SUZOR, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *SM + S*, vol. 4, n. 3, 2018, p.

particolare i reclami proposti per: a) la presunta inadempienza degli obblighi che il regolamento pone in capo ai fornitori di servizi di intermediazione *online*; b) i problemi di natura tecnica nella fornitura dei servizi agli utenti commerciali; oppure, c) l'adozione da parte del fornitore di misure o comportamenti connessi allo svolgimento della propria prestazione. In ciascuna di queste ipotesi occorre che l'utente commerciale che propone reclamo ne abbia anche sofferto le conseguenze.

Tutte le informazioni relative all'accesso alla procedura, nonché al suo svolgimento, devono essere esplicitate nei termini e nelle condizioni del contratto. La trattazione dei reclami deve avvenire in modo rapido ed efficace, pur senza sacrificare la qualità dell'indagine, per poter risolvere adeguatamente le questioni insorte. L'esito del processo deve poi essere comunicato direttamente al reclamante, adoperando un linguaggio semplice e comprensibile⁴⁶.

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

9), il quale afferma che «for a system of governance to be legitimate, decisions must be made according to a set of clear and well-understood rules, in ways that are equal and consistent».

⁴⁶ Ciascuna di tali regole costituisce espressione degli stessi strumenti di costituzionalismo digitale che M. BETZU, *I poteri privati*, cit., p. 746, individua «nella previsione di nuovi diritti di partecipazione, come quello a ottenere una giustificazione per le decisioni automatizzate e la possibilità di un loro riesame, e nella correlata introduzione di obblighi procedurali». Si tratta dunque di diritti che per G. DE GREGORIO, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *I•CON*, vol. 19, n. 1, 2021, p. 67, costituiscono delle «regulatory solutions to protect fundamental rights and democratic values» e il cui esercizio, nell'ambito dei diversi strumenti a disposizione dei cittadini-utenti del contesto digitale (almeno a livello europeo), «would mitigate the gap between humans and machines, individuals and powers».

La previsione di un sistema interno di gestione dei reclami costituisce indubbiamente un passaggio importante verso l'equità e la trasparenza procedurale nei rapporti tra piattaforme, così fortemente responsabilizzate, e utenti commerciali; tuttavia, non può non riscontrarsi come il regolamento resti in verità piuttosto vago su sul contenuto, in particolare, di questa equità. Anche in considerazione della tipologia di atto adottato dal legislatore europeo, sarebbe stato forse maggiormente opportuno incidere in modo più netto, introducendo requisiti più precisi, ad esempio in relazione alla durata massima del procedimento di reclamo o alla maggior tutela degli utenti commerciali da comportamenti imprevedibili o sproporzionati dei fornitori dei servizi di intermediazione⁴⁷.

Un'ulteriore alternativa stragiudiziale per la risoluzione delle controversie relative alla fornitura dei servizi di intermediazione *online* è individuata nella mediazione, cui sono peraltro rimettibili tutti quei reclami che non sia stato possibile risolvere ai sensi del precedente art. 11. Trova così un significativo consolidamento il quadro delle tutele irrinunciabili che l'ordinamento europeo pone a disposizione dei soggetti del mercato.

A tal fine, l'art. 12 reg. P2B esige dunque che il fornitore indichi nel contratto i nominativi di almeno due mediatori con cui sia disposto ad impegnarsi in caso di necessità⁴⁸. Tale designazione non esclude la possibilità, in un secondo momento, di rivolgersi a uno o più soggetti diversi, magari in forza di un accordo con l'utente commerciale di volta in volta coinvolto. In ogni caso, quanto principalmente rileva è che sul fornitore grava l'obbligo di impegnarsi in modo attivo a promuovere ed agevolare il processo di mediazione nel suo complesso, il cui avvio poggia sulla comune volontà delle parti interessate, ferma restando l'opportunità di procedere in via giudiziale.

Tuttavia, il *considerando* 42 reg. P2B ammette anche talune ipotesi in cui il fornitore può legittimamente sottrarsi a tale procedimento, in particolare laddove la relativa richiesta provenga da un utente commerciale

⁴⁷ C. BUSCH, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "Procedural Turn" in EU Platform Regulation?*, in *EuCML*, n. 4, 2020, p. 134.

⁴⁸ Ai fini previsti dal regolamento, sono incaricati come mediatori quei soggetti che: diano garanzia di imparzialità e indipendenza; prestino i loro servizi a prezzi sostenibili dagli utenti commerciali della piattaforma, nonché nella lingua di redazione dei termini e delle condizioni; siano facilmente raggiungibili, fisicamente nel luogo di stabilimento o di residenza dell'utente commerciale oppure virtualmente mediante strumentazione telematica, non costituendo impedimento *ex se* l'ipotesi in cui i servizi di mediazione siano prestati da un luogo esterno all'Unione europea; garantiscano un lavoro puntuale, efficace ed efficiente, anche in considerazione delle proprie conoscenze specifiche in materia di rapporti commerciali tra imprese.

di cui un mediatore abbia già accertato, rispetto alla medesima questione, un agire contrario alle regole di buona fede ovvero con cui ripetuti tentativi di mediazione già esperiti non abbiano avuto successo. Si intende così prevenire qualsiasi situazione di abuso del sistema da parte degli utenti commerciali cui lo strumento è rivolto. Ciò anche in quanto la norma prevede che siano i fornitori dei servizi di intermediazione a sostenere una parte ragionevole dei costi totali di ciascun procedimento di mediazione, quantificata nella proposta del mediatore, che è chiamato a tal fine a tener conto della fondatezza delle ragioni di ciascuna delle parti, del loro comportamento, nonché delle dimensioni e della capacità finanziaria di una parte rispetto all'altra.

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

Infine, in considerazione dei costi e degli oneri amministrativi che il fornitore si trova inevitabilmente a fronteggiare per l'implementazione tanto dei sistemi interni di gestione dei reclami quanto dei procedimenti di mediazione, il regolamento esenta dagli obblighi di cui agli artt. 11 e 12 le piccole imprese, come definite dall'Allegato della Raccomandazione 2003/361/CE⁴⁹. Con ciò restando naturalmente impregiudicato il diritto delle stesse di creare un sistema interno di gestione dei reclami e di indicare nel contratto i nominativi dei mediatori, su base volontaria, in modo conforme ai criteri stabiliti dal regolamento.

Da ultimo, per l'ipotesi in cui il soggetto interessato non voglia seguire la via stragiudiziale, volendosi piuttosto rivolgere al giudice nazionale competente, il regolamento introduce all'art. 14 un'innovativa legittimazione ad agire in capo ad organizzazioni, associazioni o persone giuridiche pubbliche rappresentative di utenti commerciali⁵⁰. In conformità

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 2 dell'Allegato è definita "piccola impresa" l'impresa che occupa meno di cinquanta persone e che realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a dieci milioni di euro.

⁵⁰ Purché le organizzazioni o associazioni siano costituite secondo il diritto di uno Stato membro, perseguano in via continuativa obiettivi di interesse comune, non abbiano scopo di lucro e siano indipendenti; oppure si tratti di organismi pubblici istituiti *ad hoc* (art. 14, parr. 3-5, reg. P2B).

alla legge vigente nello Stato membro in cui l'azione è promossa, tali soggetti – che la norma chiede alla Commissione europea di individuare ed inserire in un apposito elenco da pubblicare, e aggiornare a scadenza semestrale, nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea – avrebbero dunque il diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria al fine di far cessare quell'agire dei fornitori che sia contrario agli obblighi imposti dal regolamento. In particolare per quelle ipotesi in cui, per timore di ritorsioni, potrebbe addirittura apparire più conveniente una definitiva rinuncia all'azione. In questa chiave, la centralizzazione dei loro interessi potrebbe allora riuscire nell'intento di distogliere concretamente i fornitori dal portare avanti condotte lesive dei diritti degli utenti⁵¹.

9. Considerazioni sulla regolazione dei rapporti P2B

Completata la descrizione della disciplina, non resta dunque che interrogarsi su quale sia la portata, oltre che la concreta innovazione, di questo regolamento.

Definirlo limitato ad una generica fissazione di requisiti di trasparenza appare invero non del tutto appropriato. Nel complesso, infatti, il quadro normativo definito dal legislatore europeo sembra strutturare un vero proprio schema contrattuale, tipizzando il contenuto di clausole di cui si impone al tempo stesso la previsione: in ogni caso, alcune; sulla base di determinati presupposti, altre. Regole che si spiegano in un complessivo intento di preservare la posizione degli utenti commerciali dalle azioni imprevedibili o ingiustificate dei fornitori, contrastanti con i doveri, generalmente riconosciuti, di buona fede contrattuale.

L'obiettivo è evidentemente ambizioso, sicché il suo perseguimento non è rimesso al solo regolamento P2B, che costituisce soltanto un primo tassello di una più ampia strategia europea, la quale ha da ultimo portato all'approvazione e all'entrata in vigore delle discipline DMA e DSA⁵², e che

⁵¹ C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency*, cit., p. 73.

⁵² La logica è comune, volendosi rendere «i mercati digitali più equi e più aperti per tutti. Un corpus normativo per tutto il mercato unico promuoverà l'innovazione, la crescita e la competitività e fornirà agli utenti servizi *online* nuovi, migliori e affidabili» (Commissione europea, IP/20/2347). Ne descrive in modo esplicito il ruolo chiave per le mire di governo dell'economia delle piattaforme, F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2, 2021, p. 243, secondo cui tali discipline sono utili ad evitare «il rischio che le *Big Tech* possano, in futuro, trasformare il potere,

già tende verso ulteriori innovazioni a livello normativo⁵³.

Le attenzioni si concentrano, in sostanza, sul legislatore europeo.

Ciò anche in considerazione dei risultati che emergeranno nel tempo dalle ricerche condotte dall'Osservatorio sull'economia delle piattaforme *online*, che sottoporrà pareri e relazioni alla Commissione europea come previsto dall'art. 18 reg. P2B⁵⁴; nonché dalle prassi che troveranno spazio nelle dinamiche contrattuali. Occorre infatti notare, da ultimo, come l'indeterminatezza che in taluni aspetti caratterizza l'attuale disciplina dei rapporti P2B potrà essere equilibrata anche ad opera degli stessi intermediari della rete, ovvero dei destinatari diretti dello schema regolatorio definito dal legislatore europeo⁵⁵. Soggetti regolamentati, dunque, e al tempo stesso in grado, a loro volta, di agire da regolatori⁵⁶. Perciò apparendo, in definitiva, che il regolamento costituisca uno strumento di regolazione di regolatori privati⁵⁷.

D'altronde, che le piattaforme non rappresentino semplicemente dei

che già hanno, in incontrollabile arbitrio».

⁵³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2022, pp. 303 ss.; G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022, pp. 971 ss.; G. BUTTARELLI, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *GDA*, n. 1, 2023, pp. 116 ss.

⁵⁴ L'Osservatorio è stato istituito dalla Commissione europea con la Decisione C(2018) 2393 def. proprio allo scopo di monitorare l'evoluzione e il funzionamento delle piattaforme digitali e permettere alle istituzioni europee di intervenire nei modi più opportuni a tutela del corretto funzionamento del mercato interno.

⁵⁵ Sul rapporto, in generale, tra operatori economici e legislatore, ovvero tra autoregolamentazione e provvedimenti normativi, tra dinamismo del mercato e politica economica, già, P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, pp. 39 ss.

⁵⁶ Ad esempio attraverso l'elaborazione di codici di condotta come previsto dall'art. 17 reg. P2B, dal quale emerge la consapevolezza del legislatore europeo della necessità che i fornitori di servizi di intermediazione *online* e di motori di ricerca manifestino attivamente di adeguarsi alla corretta applicazione del regolamento, tenendo conto delle specificità dei diversi settori di offerta di beni e servizi ai consumatori. A proposito dell'assunzione di un ruolo attivo da parte delle piattaforme, si rinvia ad A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022, pp. 1031 ss.

⁵⁷ Cfr. F. CAFAGGI, *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Merc. conc. reg.*, n. 1, 2006, pp. 9 ss. Nel senso del riconoscimento della piattaforma quale «regolatore privato che, seguendo la logica ad essa sottesa, assume caratteri e funzioni tipiche del regolatore pubblico», anche se nel solo ambito dell'intermediazione tra fornitori e consumatori di beni e servizi, L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubb.*, n. 2, 2021, p. 388.

luoghi virtuali di connessione tra utenti-venditori e utenti-acquirenti, ma dei veri e propri regolatori dei rapporti e delle transazioni che su di esse trovano spazio, risulta oggi indiscusso: gli intermediari tendono ad insidiarsi, attraverso i termini e le condizioni di utilizzo dei propri servizi, nelle relazioni contrattuali instaurate *online*; ad imporre apposite linee guida che dettano determinate regole comportamentali ai loro utenti; o a disporre dei meccanismi di pubblicazione delle valutazioni e delle recensioni dei consumatori⁵⁸.

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

⁵⁸ C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO, H. MICKLITZ (a cura di), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standard, Contracts and Codes*, Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 115 ss.

CAPITOLO III

L'esercizio del potere nell'economia delle piattaforme

SOMMARIO: 1. Le piattaforme digitali e il governo dei poteri privati – 2. Profili di metodo sull'analisi dei fatti – 3. Le regole di posizionamento e i c.d. parametri principali – 3.1. Le pratiche di *self-preferencing* – 4. I provvedimenti escludenti, temporanei o definitivi – 5. La reputazione di imprese e professionisti – 5.1. Funzioni e rischi dei sistemi reputazionali digitali – 6. La portabilità dei dati: per uno schema generale.

1. Le piattaforme digitali e il governo dei poteri privati

Dell'affermazione del fenomeno dei poteri autoritari di fatto, di quei poteri, cioè, il cui stato di dominanza non trova fondamento su particolari prerogative giuridiche conferite dall'ordinamento, ma su posizioni di forza economico-sociale, i civilisti discorrono da tempo, nell'ambito di una più ampia riflessione sulle situazioni di supremazia dei privati nei confronti dei privati, classificate in termini di autorità private¹ o poteri privati². Così, anche in questa sede si è voluto porre l'accento su come l'impresa, e specie la grande impresa, sia capace di costituire un centro di potere tale da poter imporre le proprie condizioni nell'erogazione di beni e servizi a terzi e di conseguenza su come, «sebbene tale erogazione si attui attraverso lo schema del contratto, [...] l'imprenditore possa giungere a dettare unilateralmente e uniformemente il contenuto del rapporto, arrogandosi in definitiva un potere regolamentare che solo apparentemente è subordinato al consenso dei destinatari»³.

Dell'inclusione delle piattaforme digitali nella categoria delle autorità di fatto si dibatte da tempi inevitabilmente più recenti. In effetti, in quanto, in fin dei conti, imprese⁴, la qualifica di poteri privati ben si presta a descriverne

¹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.

² G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970.

³ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 63.

⁴ G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2022,

il ruolo, e trova quindi ampio utilizzo da parte degli studiosi della materia⁵. Tale soluzione, spesso nemmeno incidentalmente argomentata, poggerrebbe su una serie di elementi valorizzati dagli studi sull'economia delle piattaforme e sulle transazioni algoritmiche, utili a dimostrarne la capacità di assumere una posizione di forza sul mercato. Tra questi, l'idoneità e la tendenza delle piattaforme a sostituirsi ai mercati esistenti imponendo «le condizioni tecnologiche e giuridiche che presiedono allo svolgimento degli scambi»; la loro attuazione di «un modello organizzativo imperniato sul controllo centralizzato dei dati»; l'assegnazione nei loro confronti di una *de facto property* sui dati accumulati sull'infrastruttura tecnologica a propria disposizione; la dimensione transnazionale della loro azione, nell'assenza di legami fisici con una comunità o un territorio⁶.

Su questi presupposti, la condizione di soggezione alla piattaforma diviene allora il risultato di dinamiche già note perché tipiche delle autorità private, quali l'esercizio abusivo del potere economico nella dimensione relazionale e la capacità di incidere in via unilaterale sull'altrui sfera giuridica⁷. Il tutto, facendo ricorso allo strumento contrattuale⁸.

Il potere normativo dell'impresa-piattaforma permea in effetti le relazioni che la connettono a ciascuno dei versanti che si avvalgono della sua attività di intermediazione, impiegandosi, tanto lato utenti commerciali quanto lato consumatori finali, le clausole contrattuali che essa stessa predispone⁹. E così la piattaforma è in grado di esercitare una forma di

p. 727.

⁵ In particolare, cfr. R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubb.*, n. 3, 2021, pp. 941 ss.; M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, *ivi*, pp. 739 ss.; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Canterano (RM), 2019; P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2023.

⁶ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, vol. V: Potere e costituzione, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 1026-1027.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sul ruolo del contratto come strumento di produzione normativa da parte dei poteri privati, già P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, p. 13. La sua centralità è altresì enfatizzata da C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civ.*, n. 4, 2021, pp. 870 ss.

⁹ R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali*, cit., p. 944. Nei confronti di entrambe le categorie di utenti, la posizione di forza socio-economica detenuta genera un'asimmetria che E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione*

controllo, per un verso, sull'accesso dei partecipanti all'infrastruttura; per l'altro, sul flusso delle informazioni, intese in senso ampio, che su di essa transitano, presiedendo alla loro selezione all'origine del rapporto, alla loro organizzazione o disposizione nel corso della stessa, finanche alla loro, eventuale, rimozione¹⁰.

Questa capacità di creare – e imporre – le regole più adeguate al soddisfacimento delle proprie esigenze costituisce espressione dell'affermazione di specifici poteri privati¹¹, in questo caso di natura tecnologica, divenuti nell'arco di pochi anni sempre più saldi e sempre meno contendibili¹². Anche in ciò le imprese-piattaforme non differiscono realmente dalle imprese “tradizionali”, costituendo nient'altro che i soggetti privati interpreti del più recente capitolo della storia di privatizzazione del potere¹³, la cui genesi precede evidentemente la rivoluzione digitale. In forza dello sviluppo e della diffusione delle nuove tecnologie nell'economia globalizzata, nonché in considerazione dell'(iniziale) approccio di *laissez-*

antitrust, in *Oss. fonti*, n. 2, 2021, p. 882, descrive come «tale che le regole d'ingaggio per l'utilizzo del servizio somigliano più a *norme* (fonti private) che a condizioni di contratto».

¹⁰ Cfr. R. PETRUSO, *La responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Giappichelli, Torino, 2019, p. XVIII. Sul punto, L.M. KHAN, *Sources of Tech Platform Power*, in *GLTR*, vol. 2, n. 2, 2018, pp. 325 ss., individua tre modalità di espressione del potere delle piattaforme. La prima è rappresentata dal *gatekeeper power*, il controllo del mercato derivante dai *network effect* e dalla conseguente acquisizione di dati; la seconda consiste nel potere di *leveraging*, che permette alla piattaforma di far leva sulla posizione di dominanza di cui gode per ottenere ulteriori benefici da mercati ancillari o separati; la terza, infine, si individua nello sfruttamento delle informazioni a disposizione, in particolare in modo da discriminare i consumatori o gli utenti commerciali che fruiscono dell'intermediazione della piattaforma per raggiungere i mercati di loro interesse.

¹¹ La manifestazione «del potere di creare, entro i limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche» altro non sarebbe che la vera essenza, già nella riflessione di L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 5, dell'autonomia privata. Nell'ambito della considerazione del rapporto tra produzione normativa statale e privata, si ricorda peraltro l'opera di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 26, che qualificava il «*diritto dei privati*», da contrapporre al diritto privato quale espressione della volontà dell'autorità pubblica, «come il complesso delle norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate relazioni giuridiche tra le persone ad esse sottoposte».

¹² M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubb.*, n. 3, 2021, p. 891.

¹³ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 21-22.

faire da parte del potere politico¹⁴, è ormai giunto il momento di riconoscerne la dimostrata capacità di incidere sul funzionamento del sistema ben oltre l'impresa, «tramite decisioni, regole, standard, algoritmi, modelli di comportamento, e altri atipici moduli di regolazione, che hanno una valenza politica e ricadute sul piano pubblico e collettivo a livello mondiale»¹⁵.

Si consideri peraltro, nell'ambito di questo agire, e in generale nell'essere dei poteri privati, il valore di un peculiare connotato: l'invisibilità¹⁶. Gli *arcana imperii*, incompatibili con il processo di istituzionalizzazione del potere nei moderni sistemi democratici¹⁷, sono in effetti tipici dell'attività dei privati, specie nell'epoca della globalizzazione e del ridimensionamento dell'autorità degli Stati, e perciò distinti dai poteri pubblici, la cui visibilità è, al contrario, un requisito indispensabile¹⁸.

Ecco allora la necessità di porsi il problema della conciliabilità, nell'attività praticata e praticabile dalle piattaforme digitali, tra la dimensione privata in cui si collocano perché imprese e il ruolo di regolatori che si sono liberamente attribuiti; tra l'opacità e l'incidenza della loro azione nel contesto sociale e di mercato; tra l'inaccessibilità della *black box*¹⁹ e l'urgenza del suo controllo²⁰.

¹⁴ V. DE LUCA, *Autonomia privata e mercato telematico nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 184, evidenzia come questo modello di sostegno dell'interesse privato sia utile a perseguire il benessere pubblico.

¹⁵ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., pp. 21-22.

¹⁶ Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.

¹⁷ Il concetto è espresso da N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *RISP*, n. 2, 1980, pp. 181 ss., secondo cui la democrazia è proprio «il governo del potere visibile, il governo pubblico in pubblico. La caratteristica principale della democrazia è il controllo del governo da parte dei cittadini, attraverso la libera espressione del consenso e la verifica periodica di questo consenso. Ma come puoi controllarlo se non lo vedi? La ragione profonda della segretezza è proprio lo sfuggire a ogni possibile controllo. Tanto più incontrollabile il potente quanto più invisibile». Sul rapporto tra democrazia e (in) visibilità del potere nella dimensione pubblico-privato, M. CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2014, spec. p. 9.

¹⁸ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., pp. 46 ss.

¹⁹ Il noto riferimento è a F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

²⁰ M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni*, cit., pp. 878-879, descrive la capacità delle grandi piattaforme digitali di far passare quasi inosservato l'esercizio del loro potere, complice il ricorrente ritardo dell'autorità pubblica nel fornire risposte efficaci, in virtù dell'enorme popolarità e del conseguente seguito di cui godono su scala globale. Sotto questo profilo, già G. SCIANCALEPORE, *La tutela del consumatore: profili evolutivi e commercio elettronico*,

Nella ricerca di un equilibrio spicca la funzione del diritto privato regolatorio, cioè di quella complessiva produzione normativa che tradizionalmente si sostanzia nell'imposizione delle regole di allocazione delle risorse, nonché nella prevenzione e nella repressione delle inefficienze²¹. In questo modo, intervenendo a disciplinare e correggere l'autonomia privata in un intreccio sempre più stretto delle relazioni tra la sfera pubblica e quella privata²².

L'espressione del potere pubblico, la norma imperativa, in particolare quella di derivazione comunitaria²³, costituisce infatti uno strumento di indirizzo dell'atto di autonomia²⁴, perseguendo obiettivi di interesse generale, ulteriori rispetto a quelli dei soggetti privati coinvolti nella singola operazione economica²⁵. In ciò, viene recentemente osservato con riferimento al c.d. pacchetto digitale europeo²⁶, non limitandosi però più

in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 198, coglieva l'importanza della questione, arrivando a sollecitare un intervento espressamente contro «quella tendenza, talvolta occulta, attraverso cui meri poteri di fatto tendono silenziosamente ad affermarsi come poteri di diritto, reclutando consensi ed ingenerando affidabilità attraverso l'affermazione dei propri successi commerciali».

²¹ In questi termini, A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2013, p. 526. Cfr. anche R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1, 2020, pp. 134 ss.

²² A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 16 ss. Per un quadro generale, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

²³ Rispetto alla rilevanza del diritto europeo nel rapporto tra autonomia privata e regolazione cfr. S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 2, 2000, pp. 389 ss.; F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nel mercato regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1, 2008, pp. 95 ss.; M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2011, pp. 329 ss.

²⁴ In ciò, precisa A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. banc.*, n. I supplemento, 2020, p. 32, il diritto regolatorio si esprime nell'esercizio di poteri di c.d. regolamentazione, con cui si fissano le norme di *hard law*.

²⁵ F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2018, p. 511. Cfr. *amplius* H.W. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 97 ss. Sull'intervento dei pubblici poteri, «non in ragione di un'utilità sociale determinata, ma al fine di ristabilire un equilibrio economico perduto, capace di offrire adeguate garanzie alle libertà di tutti coloro che animano il mercato», M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 70-71.

²⁶ Per una consapevole visione d'insieme, P.G. PICTH, H. RICHTER, *EU Digital Regulation*

al mero governo dei fallimenti di mercato, di per sé già utile alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al suo migliore funzionamento a garanzia del meccanismo concorrenziale²⁷, bensì introducendo vincoli procedurali e sostanziali tendenti alla creazione di «un quadro di innovazione sostenibile anche e soprattutto sul piano dei valori primari europei»²⁸. In termini più generali, dunque, conducendo (e progressivamente implementando) una politica del diritto che mira all'integrazione economica e alla rimozione delle disparità di trattamento nei rapporti di mercato²⁹.

Nell'attuazione di questa agenda, il controllo delle piattaforme digitali, che qui ci si limita a considerare nel solo ambito dei rapporti con la categoria degli utenti commerciali, passa dunque dall'imposizione generalizzata di appositi obblighi di comportamento *ex ante*, in funzione promozionale di equità – anche nel senso di riduzione dei rischi – e trasparenza, sia sostanziale che procedurale³⁰. I quali integrano così il nucleo regolatorio del diritto privato europeo rivolgendosi a quei soggetti privati che, nel compimento di un'attività per sua natura di dimensione transnazionale³¹, fanno il loro ingresso e acquistano potere nel mercato unico.

Il fatto, dunque, di essere classificate in quanto «private transnational legal orders»³², non esime le piattaforme digitali dall'osservanza del diritto nazionale ed europeo nell'esercizio del loro potere normativo³³. Occorre tuttavia impegnarsi a riconoscere i momenti e le modalità in cui le piattaforme riescono ad abusare di tale potere, non risultando sempre ovvia, per le peculiarità delle dinamiche dei mercati digitali, la disciplina da applicare.

2022: *Data desiderata*, in *GRUR Int.*, vol. 71, n. 5, 2022, pp. 395 ss.

²⁷ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., p. 527.

²⁸ Così, G. RESTA, *Poteri privati e regolazione* (voce), cit., pp. 1026 ss. Questa più recente tendenza dell'approccio comunitario ben pare coordinarsi con quello che A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, cit., p. 23, considera il senso del diritto regolatorio: l'indirizzo dell'attività economica verso un risultato di utilità generale. In concreto, spiega, ciò significa fornire alle imprese delle regole di comportamento in forza delle quali il perseguimento del proprio profitto non escluda quello degli altri interessi presenti nella società.

²⁹ F. MEZZANOTTE, *I poteri privati*, cit., pp. 511-512.

³⁰ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione* (voce), cit., p. 1031.

³¹ Sull'efficacia extraterritoriale del diritto europeo si veda M. CREMONA, J. SCOTT (a cura di), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

³² Il riferimento è allo studio di F. BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 84 ss.

³³ G. ALPA, *Sul potere contrattuale*, cit., p. 728.

2. Profili di metodo sull'analisi dei fatti

Lo studio di un fenomeno nuovo richiede all'interprete di riconoscere e comprendere le forme, le ragioni e le caratteristiche con cui esso si manifesta ai suoi occhi. Quello delle piattaforme digitali e del loro potere contrattuale nei confronti degli utenti commerciali non è estraneo a questa esigenza.

L'indagine sul fatto, o meglio sui fatti, che trova spazio in questa sede è perciò prodromica a procedere nel ragionamento con la ricerca delle regole di diritto applicabili a taluni comportamenti che non sempre costituiscono oggetto di completa e puntuale considerazione da parte del legislatore³⁴. Un'attività, questa, di individuazione del "caso del diritto", per cui si intende «l'impossessarsi dei fatti, il prenderli dentro la norma per conferire ad essi un significato che altrimenti non avrebbero»³⁵ e che si presenta parimenti composto da due elementi complementari e necessari: *factum* e *ius*³⁶.

È solo attraverso il processo di giuridicizzazione del fatto³⁷, di

³⁴ N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, nn. 1-2, 1967, pp. 55 ss. e in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 5 ss., spiega che il fatto è tale in quanto elaborato dal pensiero: «il fatto non pensato è un nulla [...] il fatto non è concepibile al di fuori della scelta, compiuta dal pensiero. Fatto significa fatto scelto, isolato dall'uomo nello spazio e nel tempo». Sul significato di "fatto", già le definizioni di F. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1943, pp. 23-24, per cui «fare è l'espressione attiva del divenire, si dice fatto per denotare qualcosa che si fa e pertanto diviene. La nozione del fatto è, come quella dell'oggetto, relativa in quanto dipende [...] non solo dai limiti che l'osservatore deve, ma da quelli altresì che vuole imporre alla sua osservazione», o di G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 11-12, 1951, p. 410, per cui «il "fatto" è un concetto che la nostra mente costruisce, isolando, per così dire, nel moto continuo del divenire, in cui tutto è evento o serie di eventi e quindi di conseguenze, una parte degli eventi stessi e unificandoli».

³⁵ N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, n. 1, 2019, p. 152.

³⁶ Il riferimento è, storicamente, a G.W. VON LEIBNIZ, *De casibus perplexis in iure*, 1666, in C.M. DE IULIIS (traduzione italiana a cura di), *I casi perplessi in diritto*, Giuffrè, Milano, 2014.

³⁷ È giuridico quel fatto storico che sia conforme a una fattispecie normativa, ovvero al modo, alla forma, con cui esso è contemplato dal diritto in quanto possibile, e di conseguenza riconoscibile e classificabile. Il concetto e il nome di fattispecie si incontra origine nella definizione di norma data da E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova, 1928, p. 35, quale «preetto ipotetico, ossia condizionato, il quale consta di una previsione (condizione) e di una corrispondente disposizione o statuizione. In essa, vale a dire, a) si prevede in astratto e in generale una data ipotesi di fatto o fattispecie; b) si dispone un correlativo trattamento giuridico: si statuisce cioè che ogni volta che si

adeguamento, può dirsi, della fattispecie concreta alla fattispecie astratta³⁸, che questo diventa rilevante per il diritto, acconsentendo all'applicazione di una norma e del relativo effetto. Altrimenti restando, per l'ordinamento giuridico, un evento «privo di forma e di significato»³⁹.

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

3. *Le regole di posizionamento e i c.d. parametri principali*

Nelle pagine precedenti è stato già anticipato che il posizionamento di un bene o di un servizio consiste nella rilevanza relativa ad esso attribuita dalla piattaforma digitale su cui è «illustrato, organizzato o comunicato [...] a prescindere dai mezzi tecnologici usati» (art. 2, n. 8, reg. P2B)⁴⁰.

Determinato per mezzo dell'elaborazione algoritmica di dati, il modo in cui un certo bene o servizio proposto al pubblico si posiziona all'interno di una vetrina virtuale, ovvero lo spazio in cui si colloca tra le pagine del catalogo di vendita della piattaforma, ha un impatto fondamentale sulle scelte dei consumatori⁴¹. Dunque, di riflesso, sul successo commerciale

verifichi tale fattispecie, debba aver luogo un corrispondente determinato effetto».

³⁸ M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 30-31.

³⁹ Così, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1, 2014, pp. 36 ss. G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, n. 1, 2019, pp. 7 ss., descrive a sua volta, nello stesso senso, come il fatto sia di per sé «grezzo e informe», divenendo “caso” soltanto quando ordinato secondo gli schemi del diritto.

⁴⁰ In ciò si esprime il c.d. principio di neutralità tecnologica, in applicazione del quale non interessa conoscere quale sia stata la specifica tecnologia utilizzata nell'ambito di un processo di posizionamento, al fine di verificare in che modo sia stato determinato il *ranking* di una piattaforma.

⁴¹ S. ORLANDO, *Data vs capta: intorno alla definizione di dati*, in *NDC*, n. 4, 2022, p. 37, descrive questa attività di selezione dei contenuti quale espressione di un “potere culturale” delle piattaforme digitali.

dell'utente che si impegna nella sua offerta sul mercato virtuale⁴².

In questo senso, si comprende come la *ratio* dell'art. 5 reg. P2B debba essere individuata nella necessità di aumentare, in favore degli utenti commerciali, il grado di prevedibilità dei metodi di determinazione dei *ranking* da parte delle piattaforme; così da poter anche, eventualmente, ottimizzare la visualizzazione di quanto sia oggetto della propria proposta commerciale. Occorre allora assicurare gli utenti dalle decisioni arbitrarie, improvvisate o ingiustificate dei fornitori dei servizi di intermediazione in rete, il cui potere può tendere sotto questo profilo a situazioni di abuso⁴³.

Le piattaforme sono perciò tenute a spiegare “in modo significativo” – ossia tenendo conto «della natura, della capacità tecnica e delle esigenze degli utenti «medi» di un determinato servizio» – i loro meccanismi di posizionamento; nonché, soprattutto, i principali parametri utilizzati a tal fine, da descrivere in un linguaggio semplice e comprensibile, che faccia ricorso a formule tecniche o particolarmente dettagliate soltanto quando sia possibile presumere che il loro destinatario sia in grado di comprenderne il contenuto o che, addirittura, sia egli stesso a pretendere un elevato grado di specificità della descrizione⁴⁴.

L'individuazione dei parametri maggiormente rilevanti è utile per conoscere, tra i tanti astrattamente impiegabili, quelli che possono avere un maggior impatto sul posizionamento, invero difficilmente definitivo, di ciascun bene o servizio⁴⁵.

⁴² Commission Staff Working Document SWD(2018) 138 fin., “Impact Assessment”, p. 13.

⁴³ Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01) “Orientamenti sulla trasparenza del posizionamento a norma del Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio” dell'8 dicembre 2020, p. 4.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01), cit., pp. 16-17.

⁴⁵ Il riferimento ai “principali parametri” di *ranking* determinati da sistemi algoritmici si ritrova anche nell'art. 27 del ricordato Digital Services Act. Tale norma impone ai «fornitori di piattaforme online» di specificare «in un linguaggio chiaro e intellegibile» i principali parametri (eventualmente) utilizzati in un c.d. sistema di raccomandazione, che l'art. 3, lett. s), DSA definisce come «un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, ai destinatari del servizio o mettere in ordine di priorità dette informazioni anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate». Nel *considerando 70* DSA si spiega infatti come un elemento essenziale dell'attività delle piattaforme digitali sia individuabile nel modo in cui le informazioni vengono messe in ordine di priorità e, dunque, presentate, raccomandate, al destinatario di un servizio. In ciò si spiega come tali sistemi possano quindi incidere sulla capacità di un soggetto di reperire una certa informazione, nonché interagire con essa non solo nel

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

Possono riferirsi alla personalizzazione delle offerte, per cui vengono in rilievo fattori quali i profili personali dei consumatori, i loro interessi, comportamenti o orari di ricerca, la loro ubicazione, l'utilizzo di blocchi di *cookie* o qualsiasi altra fonte di informazione, conseguendone che ciascun consumatore visualizzerà il "proprio" *ranking* sulla base del risultato, personalizzato, risultante dalla loro applicazione⁴⁶.

contesto della singola piattaforma. C. BUSCH, V. MAK, *Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation*, in *EuCML*, n. 3, 2021, p. 114, evidenziano come questa definizione sia idonea a coprire anche il posizionamento automatico di cui all'art. 5 reg. P2B, con la conseguente sovrapposizione delle rispettive discipline di imposizione di obblighi di trasparenza. Le quali, da un lato, appaiono effettivamente simili; dall'altro, potrebbero tendere verso finalità di regolazione non del tutto coincidenti, in quanto, affermano i due Autori, mentre il regolamento P2B promuove l'equità e la trasparenza delle relazioni tra piattaforme e utenti commerciali, i requisiti del DSA si sovrappongono al contempo con la disciplina più strettamente consumeristica, in particolare con l'art. 7, par. 4 *bis*, della direttiva 2005/29/CE (c.d. Unfair Commercial Practices Directive), nonché con il punto 11 *bis* dell'Allegato I alla stessa direttiva, e con l'art. 6 *bis*, par. 1, lett. a), della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. Si tratta di disposizioni recentemente aggiunte con la direttiva (UE) 2019/2161 (c.d. Omnibus), a tutela dei consumatori proprio dai *ranking* ingannevoli. In argomento, cfr. R. MONTINARO, *Online Platforms: New Vulnerabilities to Be Addressed in the European Legal Framework. Platform to Consumer Relations*, in *EJPLT*, n. 2, 2020, pp. 53 ss.; A.R. LODDER, J. MORAIS CARVALHO, *Online Platforms: Towards an Information Tsunami with New Requirements on Moderation, Ranking, and Traceability*, in *EBLR*, vol. 33, n. 4, 2022, pp. 537 ss. Tuttavia, l'aumento del numero di regole dedicate alla trasparenza algoritmica, specie in quanto tendenzialmente coerenti tra loro, non sembra tale da porre problemi applicativi, nella misura in cui il fine ultimo del legislatore europeo è come noto rappresentato dalla garanzia di funzionamento del mercato, comprensiva della tutela di tutti i suoi utenti. La novità, la circostanza che le piattaforme siano oggi considerate quali «ecosistemi generativi che hanno precise responsabilità verso cittadini e autorità pubbliche e non possono pertanto autogovernarsi», non contraddice tale scopo, ma lo rafforza aggiungendovi una funzione di controllo democratico del loro potere anche oltre il mercato (M. SANTANIELLO, *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *RDP*, n. 3, 2021, p. 593). Cfr. sul punto la Comunicazione della Commissione (2021/C 526/01) "Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno", pp. 90 ss.

⁴⁶ Sul punto, cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Pers. merc.*, n. 3, 2022, pp. 368 ss.

Possono altresì imputarsi alla presenza di (un numero o punteggio minimo di) recensioni, anche su piattaforme diverse; al c.d. *multi-homing*, ovvero alla presenza di un utente commerciale su più piattaforme, che può essere inteso come indice di particolare qualità o importanza dello stesso⁴⁷; alla randomizzazione, cioè alla parziale organizzazione della rilevanza relativa di beni e servizi in modo casuale; a criteri determinati, come il successo di un'offerta nell'arco di un certo periodo di tempo, sulla cui quantificazione decidere se eventualmente arretrarne il posizionamento; o ancora al caso in cui vengano utilizzati dei servizi accessori del fornitore, ad esempio nell'ipotesi in cui la velocità di consegna di un prodotto rappresenti un parametro principale di determinazione del posizionamento e la piattaforma offra un servizio di evasione dell'ordine più rapido rispetto ai tradizionali corrieri o servizi postali⁴⁸.

Nonché, obbligatoriamente, alla possibilità di influire sul posizionamento a fronte di un corrispettivo, diretto o indiretto, ovvero, come chiarisce il *considerando 25* reg. P2B, se si riferisce rispettivamente «ai pagamenti effettuati allo scopo principale o unico di migliorare il posizionamento [... o] sotto forma di accettazione, da parte di un utente commerciale, di obblighi aggiuntivi di qualsiasi genere che possono avere questo come effetto pratico». Tra i primi, i pagamenti di commissioni finalizzate ad aumentare la rilevanza relativa o quelli, *una tantum* o regolari, per mettere in evidenza un prodotto; tra i secondi, opportunità come: la partecipazione a programmi premio o di fidelizzazione organizzati dalla piattaforma, l'offerta di acquisti in-app, la conclusione di accordi di esclusiva o la concessione di un accesso o utilizzo più ampio dei dati generati dall'utilizzo dei servizi di intermediazione⁴⁹.

Di ciascuno di tali fattori occorre pertanto illustrare, ed eventualmente aggiornare nel tempo, la modalità applicativa e l'impatto sul *ranking*. Sempre: i fornitori non possono in nessun caso rifiutarsi di indicare i parametri attraverso cui viene determinato il posizionamento, nemmeno quando rientrano tra le informazioni sensibili sotto il profilo commerciale.

Sotto quest'ultimo profilo, la tutela prestata dalla disciplina armonizzata in materia di segreto industriale incontra infatti un limite nella necessità di garantire la trasparenza dei criteri utilizzati per il funzionamento del

⁴⁷ In particolare, sul punto, si veda lo studio della Commissione "Support to the Observatory for the Online Platform Economy", 2021, pp. 38 ss.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01), cit., pp. 9 ss. Un elenco esaustivo ma non tassativo di parametri di posizionamento è contenuto nell'Allegato I alla stessa Comunicazione, pp. 21 ss.

⁴⁹ Allegato II alla Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01), cit., pp. 25-26.

relativo algoritmo, sebbene non venga al contempo richiesto di divulgare nel dettaglio gli aspetti più tecnicamente propri del modo in cui l'algoritmo svolge la sua funzione⁵⁰. Ciò, si ritiene, (anche) in quanto, come tipicamente accade e si afferma con riferimento agli strumenti di tutela della proprietà intellettuale, in mancanza di tale garanzia la piattaforma rischierebbe di perdere il vantaggio competitivo rappresentato dalla conoscenza esclusiva e riservata della tecnologia a disposizione. E, così, l'incentivo a continuare a investire nello sviluppo di tali sistemi⁵¹, la cui riuscita innesca quella reazione a catena che permette la maggiore soddisfazione tanto del consumatore, quanto dell'utente commerciale.

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

Alla luce di quanto considerato, appare dunque comprensibile il motivo per cui gli utenti commerciali hanno interesse e bisogno di rapportarsi a piattaforme che ne permettano e supportino le attività di ottimizzazione del *ranking*, in particolare condividendo informazioni e metodi utili a migliorare la propria posizione in classifica. D'altra parte, la realtà fotografa termini e condizioni dal contenuto generalmente opaco e vago; parametri incerti, specie con riferimento ai pagamenti per un posizionamento più elevato o più visibile, e soggetti a modifiche improvvise e imprevedibili; forti timori di venire declassati o oscurati nelle ricerche dei consumatori. In sostanza, un rischio concreto e significativo di non riuscire a prevedere in alcun modo il comportamento della piattaforma⁵².

La quale, in uno scenario incerto e opaco, potrebbe infatti tenere delle condotte abusive, esercitando un potere idoneo a ripercuotersi negativamente sull'andamento commerciale del soggetto coinvolto⁵³. Occorre dunque evidenziare quali siano questi comportamenti rilevanti.

Innanzitutto, la modifica arbitraria del *ranking*. Si pensi al caso in cui dalla mancanza di trasparenza dei parametri, specie se principali, discenda l'impossibilità per l'utente commerciale di comprendere come migliorare il proprio posizionamento, e quindi quali decisioni o strategie adottare

⁵⁰ Lo stesso approccio si individua, specularmente, al *considerando 23* della dir. Omnibus.

⁵¹ Sull'importanza degli investimenti impiegati, in senso generale, per sviluppare e tutelare gli *asset* informativi, M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di protezione delle informazioni*, in AA. Vv., *Studi in onore di Gerhard Schrickler*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 313.

⁵² Commission Staff Working Document SWD(2018) 138 fin. "Impact Assessment", p. 14.

⁵³ A. MUNDT, *Algorithms and Competition in a Digitalized World*, in *Antitrust Chronicle*, luglio 2020, pp. 2 ss.

nello svolgimento della propria attività di impresa. A maggior ragione se i suoi sforzi convergono sul criterio probabilmente più significativo, ovvero il pagamento di un prezzo. Il rischio è infatti che all'attività compiuta dall'utente commerciale corrisponda un comportamento della piattaforma che non trova riscontro nelle disposizioni contrattuali: tanto più vago e incomprensibile il linguaggio utilizzato, quanto più difficile accertare che l'eventuale arretramento o cancellazione da una vetrina virtuale non sia dipeso dall'inadeguatezza dell'agire dell'utente ma dall'esercizio sleale di un potere da parte dell'intermediario; oppure, che non sia stato riconosciuto un incremento di posizione che il rispetto di taluni parametri avrebbe dovuto garantire⁵⁴.

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

In secondo luogo, pur poggiando sul medesimo presupposto, il comportamento consistente nel trattamento differenziato tra le offerte⁵⁵, e dunque la discriminazione dei risultati di posizionamento per mezzo dello strumento algoritmico⁵⁶. In particolare, in quella situazione di abuso che

⁵⁴ A. MUNDT, *Algorithms and Competition*, cit., p. 81, ove si riporta la prospettiva degli utenti commerciali, ovvero l'urgenza della fissazione di criteri di trasparenza «to make informed and substantiated complaints towards the platforms».

⁵⁵ L'art. 102, lett. c), TFUE lo definisce in termini di abuso in quanto vengano applicate «nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza». Cfr. CGUE, sentenza del 17 luglio 1963, causa C-13/63, *Repubblica italiana c Commissione della Comunità economica europea*, ECLI:EU:C:1963:20. I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *YEL*, vol. 38, n. 1, 2019, pp. 457-458, nota tuttavia che la diversità di trattamento tra gli utenti è in un certo senso connaturata al funzionamento dei *ranking* e alle modalità di determinazione degli stessi, dovendosi considerare tutti i molteplici interessi – specie nelle piattaforme a più versanti – in gioco. Difatti, mentre un utente commerciale vorrà vedersi collocato nel punto più visibile di una vetrina virtuale, la piattaforma dovrà necessariamente assicurarsi che questa opzione risponda alle richieste e ai bisogni dei consumatori. Appare dunque sostanzialmente impossibile richiedere che sotto questo profilo una piattaforma possa essere *fair*, ovvero che il posizionamento possa essere descritto come un'attività neutrale, imparziale o oggettiva.

⁵⁶ L'attenzione a questo profilo si riscontra ulteriormente, in continuità con le previsioni del regolamento P2B, nel Digital Markets Act. L'art. 6, par. 5, DMA dispone infatti il divieto per il c.d. *gatekeeper* – cioè l'impresa che fornisce un servizio di piattaforma di base, ha un impatto significativo sul mercato interno e detiene una posizione consolidata e duratura (cfr. art. 3 DMA) – di trattare in modo più favorevole in termini di posizionamento i servizi e i prodotti che egli stesso offre; nonché l'obbligo di realizzare il posizionamento applicando condizioni eque e non discriminatorie. Come puntualizzato

si concreta nell'adozione di pratiche di trattamento preferenziale o *self-preferencing* ovvero di favore verso soggetti che si presentano come terzi ma che appartengono alla stessa impresa-piattaforma⁵⁷.

3.1. *Le pratiche di self-preferencing*

L'ipotesi che una piattaforma digitale, oltre che come regolatore, si comporti al contempo da concorrente delle imprese operanti in un certo mercato, potendo in questa duplice veste favorire la propria offerta di acquisto ai consumatori, costituisce una forma di *leveraging*, cioè di espansione del potere di mercato già detenuto rispetto a un determinato bene o servizio verso un differente mercato più o meno contiguo al primo⁵⁸. Nello specifico, tale attività consiste in un'integrazione c.d. di tipo verticale, in quanto la medesima piattaforma che detiene una posizione dominante nel mercato a monte (di intermediazione) ha gli strumenti per agevolmente estendere o insinuare questo stesso potere nel mercato a valle (di vendita)⁵⁹.

Va premesso che non si tratta di un comportamento necessariamente contrario alle regole della libera concorrenza⁶⁰. Una strategia di c.d. *self-preferencing* viene infatti considerata abusiva soltanto in quanto produca

da M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2021, pp. 941-942, la *ratio* di tale disposizione si individua nell'intenzione di «assicurare che l'impresa-piattaforma non possa in alcun modo esercitare il proprio potere regolatorio per accaparrarsi un vantaggio che trascende ogni valutazione in termini di *competition on the merits*».

⁵⁷ A differenza della soluzione adottata nel testo definitivo, in sede di proposta DMA, la formulazione del relativo divieto nell'art. 6, par. 1, lett. d), conteneva un espresso riferimento ai terzi che appartengono alla stessa impresa, cioè il *gatekeeper*, rispetto a servizi e prodotti analoghi offerti da altri soggetti.

⁵⁸ Una forma in quanto, come ben sintetizzato da E. DEUTSCHER, *Google Shopping and the Quest for a Legal Test for Self-Preferencing under Article 102 TFEU*, in *European Papers*, vol. 6, n. 3, 2021, p. 1350, «leveraging [...] constitutes a generic term that describes practices that occur in one market and have appreciable results on competition in related adjacent markets [thus representing] an umbrella term to designate various practices as tying, refusal to deal, margin squeeze, or rebates».

⁵⁹ J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era. Final Report*, DG Concorrenza della Commissione europea, 2019, pp. 65 ss. Si consideri peraltro come l'ingresso nel mercato a valle da parte dell'impresa forte nel mercato a monte rappresenti una forma di *free-riding* in quanto essa non svolge alcun ruolo, né sopporta i relativi rischi, nella produzione di effetti di rete.

⁶⁰ Cfr. Trib. UE, Grande Sezione, sentenza del 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2007:289.

effetti escludenti di taluni soggetti o prodotti dal mercato⁶¹, della cui prova sarebbe peraltro onerata la piattaforma, per rafforzare ulteriormente la propria posizione di forza nei diversi mercati interessati. Ciò, specialmente in relazione alla percezione del suo ruolo da parte dei consumatori, ai cui occhi l'impresa dominante può apparire come l'unico soggetto a cui rivolgersi per il soddisfacimento delle proprie richieste⁶². Ugualmente, si è detto, è abusiva quando, e per il solo fatto di essere, messa in pratica da un *gatekeeper*.

In genere, secondo la prospettiva economica, un fornitore di servizi di intermediazione *online* può essere portato ad adottare queste tecniche di trattamento preferenziale soprattutto in quanto tendenzialmente in grado di controllare l'accesso alle informazioni e/o il flusso delle stesse, cioè quel capitale informativo che tale ruolo notoriamente gli garantisce. A costo, tuttavia, di compromettere il grado di partecipazione degli utenti commerciali alla produzione di valore per la piattaforma stessa: questi, svantaggiati dalla perdita e di profitto e di fiducia, verrebbero infatti disincentivati a svolgervi la propria attività di vendita, potendo così provocare una riduzione, più o meno significativa, del traffico di utenti attivi sulla piattaforma; nonché, di riflesso, della sua capacità di attrarre di nuovi. D'altra parte, si segnala anche come tale rischio, per quanto astrattamente concreto, non susciti reale preoccupazione alla *governance* di quelle piattaforme digitali che godono di una posizione di forza, in particolare sull'assunto che perché siffatte conseguenze prendano forma occorre (troppo) tempo⁶³.

Innanzitutto, infatti, lo stato di asimmetria informativa a vantaggio della piattaforma rende difficile il riconoscimento da parte degli utenti del mercato a valle della messa in atto di strategie di *self-preferencing*. In secondo luogo, anche quando questi siano effettivamente ravvisabili, e a maggior ragione secondo una prospettiva di breve periodo, tende a prevalere lo stato

⁶¹ R. MORO VISCONTI, *Danno antitrust e piattaforme digitali*, in *Dir. ind.*, n. 1, 2021, p. 9, sottolinea come la realizzazione di abusi escludenti incida negativamente sul benessere collettivo in quanto impedisce l'ingresso nel mercato ovvero lo sviluppo di soggetti (potenziali o attuali) rivali dell'impresa – la piattaforma – dominante. In questo senso, anche I. GRAEF, *Differentiated Treatment*, cit., p. 463, precisa che «exclusionary behaviour indirectly harms consumers through the foreclosure of rivals from the market thereby diminishing competition on parameters such as price, quality, and innovation».

⁶² A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2021, p. 422.

⁶³ P. BOUGETTE, O. BUDZINSKI, F. MARTY, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, in *Antitrust Bull.*, vol. 67, n. 2, 2022, p. 7.

di dipendenza economica, in virtù del quale «staying on the marketplace may still be better than leaving»⁶⁴. Le ragioni sono varie, quali la presenza di costi di transizione proibitivi, l'impedimento dell'interoperabilità tra servizi alternativi o le clausole contrattuali di esclusiva utili a generare effetti di *lock-in*⁶⁵.

4. I provvedimenti escludenti, temporanei o definitivi

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

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

Ebbene, i descritti obblighi di trasparenza e motivazione rappresentano un primo significativo passo verso l'incremento della tutela dei soggetti deboli di tali relazioni. Tuttavia, in applicazione del principio di proporzionalità – che già deve guidare la scelta della misura che costituirà la risposta a quei comportamenti di un utente commerciale che ne giustificano l'adozione in base alla previsione contrattualmente regolata: in ordine progressivo di gravità, dall'esclusione temporanea a all'esclusione definitiva dai servizi della piattaforma – sembra potersi evidenziare un'importante, ulteriore, necessità. Ovvero che tali provvedimenti non debbono poter rappresentare dei meccanismi utili all'impresa-piattaforma per perseguire in modo assolutamente arbitrario scopi di estromissione o limitazione dell'attività degli utenti commerciali, in tal modo rappresentando, piuttosto, il presupposto, eventualmente addirittura rispettoso della disciplina *Platform-to-Business*, di una forma di distorsione del mercato a violazione delle regole della concorrenza.

In questo senso, può dunque ritenersi ravvisabile una situazione di

⁶⁴ P. BOUGETTE, O. BUDZINSKI, F. MARTY, *Self-Preferencing*, cit., p. 8.

⁶⁵ Cfr. F.M. SCOTT MORTON, G.S. CRAWFORD, J. CRÉMER, D. DINIELLI, A. FLETCHER, P. HEIDHUES, M. SCHNITZER, K. SEIM, *Equitable Interoperability: The "Super Tool" of Digital Platform Governance*, in *Digital Regulation Project of the Tobin Center for Economic Policy at Yale*, Policy Discussion Paper n. 4, 2021, pp. 1 ss.

abuso del potere contrattuale in tutte quelle decisioni della piattaforma che presentano un effetto escludente, che non siano supportate da un effettivo disallineamento tra la cattiva condotta dell'utente commerciale coinvolto, da un lato, e lo scopo di crescita e di buon funzionamento del sistema economico-imprenditoriale da essa proposto e gestito, dall'altro⁶⁶.

5. *La reputazione di imprese e professionisti*

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

Le prime si caratterizzano per l'indicazione di un punteggio sulla base della determinata scala (espressa dall'utilizzo di cifre o simboli, solitamente stelle) proposta dalla piattaforma; le seconde per la messa a disposizione di una casella di testo ove elaborare un commento riferito a un altro utente.

Alle valutazioni e recensioni autonomamente formulate e pubblicate dal singolo utente si affiancano le c.d. valutazioni aggregate o consolidate, effettuate direttamente dalle piattaforme, le quali ne ritraggono una considerazione d'insieme mostrando dunque un punteggio di per sé idoneo a comprendere tutti gli aspetti più rilevanti di un certo prodotto o servizio. Così riuscendo, per un verso, a conferire maggior valore all'informazione finale, in particolare utilizzando informazioni che si trovano nella propria disponibilità esclusiva, ad esempio specifiche statistiche riferite all'attività che ciascun utente svolge sulla piattaforma; per l'altro, a mitigare l'*overload* informativo di un utente che si trovi di fronte a un numero (potenzialmente) indefinito (e in quanto tale frequentemente confusionario o contraddittorio) di valutazioni e recensioni altrui⁶⁷.

Gli scenari sono diversi, tutti generalmente noti agli utenti della rete.

⁶⁶ M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale*, cit., pp. 949-950.

⁶⁷ C. BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 223 ss., che sottolinea d'altra parte come possano in tal modo influenzare le scelte dei consumatori e che «[t]he use of consolidated ratings thus takes into consideration the problems of bounded attention and bounded rationality and increases the salience (i.e. the cognitive accessibility) of the most important information».

Nelle piattaforme dell'economia collaborativa⁶⁸, in cui di regola l'incontro tra domanda e offerta di beni e servizi interessa soggetti in posizione di parità (*peer-to-peer*)⁶⁹, le parti di ciascun rapporto sono tipicamente chiamate a commentare e giudicare reciprocamente il comportamento altrui. Così, nel tempo, contribuendo alla costituzione e al progressivo aggiornamento del rispettivo profilo-utente, che rappresenta allora il prodotto dell'insieme di informazioni che lo riguarda all'interno di un determinato mercato virtuale. Si pensi in particolare all'interazione che coinvolge conducenti e passeggeri (Uber) o *host* e viaggiatori (Airbnb), ai quali la piattaforma chiede – ma non impone – di valutarsi a vicenda una volta che sia compiuta la corsa o terminato il soggiorno.

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

Da ultimo, anche nelle piattaforme di *e-commerce* per l'acquisto di beni e servizi il consumatore ha la possibilità di rendere pubblica la

⁶⁸ La letteratura sull'argomento è ormai vastissima. Per un inquadramento, tra i tanti, si segnalano, G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2015, pp. 245 ss.; S. RANCHORDÁS, *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy*, in *Minn. J. L. Sci. & Tech.*, vol. 16, n. 1, 2015, pp. 413 ss.; G.M. ECKHARDT, F. BARDHI, *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, in *HBR*, 2015; D. DI SABATO, *La prassi contrattuale nella sharing economy*, in *Riv. dir. impr.*, n. 3, 2016, pp. 451; V. MAK, *Private Law Perspectives on Platform Services. Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY*, in *EuCML*, n. 1, 2016, pp. 19 ss.; R. CALO, A. ROSENBLAT, *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, in *Columbia L. Rev.*, vol. 117, n. 6, 2017, pp. 1623 ss.; V. HATZOPOULOS, S. ROMA, *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law*, in *CMLR*, vol. 54, n. 1, 2017, pp. 81 ss.; M. INGLESE, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, Cham, 2019.

⁶⁹ Da intendersi nel senso indicato da A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2017, p. 668, nota 4, che descrive la parità «come assenza di gerarchia e orizzontalità».

propria opinione su quanto acquistato, oltre che dei servizi accessori, come la consegna di un prodotto, che sono spesso offerti in proprio dall'intermediario stesso, che diventa così a sua volta oggetto del giudizio. Come per le piattaforme di recensione, anche in questo caso il ruolo del gruppo di utenti qui rappresentato dai consumatori è decisivo nel determinare la capacità e la qualità della presentazione al pubblico degli utenti commerciali, soprattutto se non già o altrimenti noti; ma anche, eventualmente, della piattaforma stessa⁷⁰. Si ricordano in particolar modo Amazon Marketplace, Zalando o Booking, che, appena eseguita la consegna o terminato il soggiorno, sono ad oggi solite rivolgere al consumatore la richiesta di un riscontro rispetto alla propria esperienza di acquisto. Un *feedback* che questi, pur non essendovi tenuto, pare tendenzialmente invogliato a fornire, specie, si ritiene, in considerazione delle formule utilizzate – rispettivamente, per gli esempi riportati: «[...] Com'è andata la consegna?»; «[...] condividi la tua opinione. Ci piacerebbe sapere di più sulla tua esperienza [...]. Vuoi condividerla?»; «[l]'host [...] vorrebbe sapere com'è andato il tuo soggiorno [...]. Il tuo feedback è prezioso e aiuterà la struttura a migliorare» –, le quali, per l'interesse che dimostrano per l'opinione del singolo, e non da ultimo per la cordialità con cui vengono poste, appaiono funzionali – in questa prospettiva al pari di quanto può affermarsi delle piattaforme dell'economia collaborativa⁷¹ – a

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

⁷¹ La richiesta di *feedback* che giunge all'indirizzo del viaggiatore-utente di Airbnb segue il medesimo approccio, in quanto spiega esplicitamente l'importanza delle recensioni, affermando che «[g]li ospiti contano sull'onestà reciproca per poter viaggiare con sicurezza su Airbnb. Pensa alla tua esperienza con l'host, al suo alloggio e all'impegno che

trasmettere un forte senso di appartenenza ad una comunità, all'interno della quale la propria partecipazione attiva contribuisce a permetterne il miglior funzionamento a beneficio di tutti i suoi membri.

5.1. Funzioni e rischi dei sistemi reputazionali digitali

La circolazione di opinioni individuali riferite ad esperienze di consumo di taluni beni o servizi è in sostanza un fenomeno che caratterizza l'intera economia delle piattaforme. Ma che non nasce con essa⁷². Il ruolo di recensioni e valutazioni nella costruzione della reputazione di un determinato soggetto corrisponde infatti a quanto nel mondo reale da sempre avviene tramite il "passaparola".

Nell'ambito dell'esercizio di attività commerciali, la reputazione, da considerarsi quale stima, considerazione, benevolenza sociale, di cui si gode all'interno di una certa comunità⁷³, in quanto tale elemento oggettivo seppur variabile in relazione sia alla cerchia di consociati in cui si colloca che allo *status* che riveste all'interno del gruppo⁷⁴, rappresenta un fattore estremamente rilevante per l'andamento dei propri affari perché direttamente incidente sulla propria capacità di presentarsi e proporsi sul mercato⁷⁵. È, di conseguenza, un aspetto da controllare e gestire con

ha dimostrato per rendere il tuo soggiorno confortevole. Cosa vuoi far sapere agli altri ospiti? Un feedback onesto genera fiducia [...]».

⁷² P. AUTERI, *La tutela della reputazione economica*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, G. CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983, p. 94, impiegava già il concetto di reputazione economica quale «reputazione che riguarda l'attività economica, e cioè l'attività di produzione o commercio di beni o servizi e più precisamente la considerazione o rappresentazione che il pubblico ha della capacità del soggetto di conseguire risultati positivi soprattutto in termini di bontà dei prodotti o dei servizi e di guadagno (profitto)».

⁷³ Si rinvia alle pagine di J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1962, in A. ILLUMINATI, F. MASINI, W. PERRETTA (traduzione italiana a cura di), *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 103 ss.

⁷⁴ V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Utet, Torino, 1995, p. 91.

⁷⁵ A. RICCI, *Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime considerazioni*, in *Contr. impr.*, n. 6, 2010, pp. 1297 ss., spec. p. 1308, ove sottolinea che «vantare una buona reputazione nel settore economico cui si rivolge la propria attività significa godere di una posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti ed investire in reputazione – attraverso azioni mirate al consolidamento della fama e del credito di cui si gode presso gli operatori del mercato – equivale a compiere un'operazione finalizzata alla crescita del

specifica attenzione, indipendentemente dal contesto analogico o virtuale in cui è espresso, interessando in ogni caso tanto la reputazione del prodotto offerto al pubblico di consumatori, come interesse a carattere patrimoniale, quanto la reputazione dell'imprenditore o del professionista, quale diritto della personalità⁷⁶.

La consistenza del fenomeno nei mercati *online* presenta tuttavia peculiarità tali da richiedere alcune valutazioni autonome⁷⁷.

La proliferazione dei sistemi reputazionali sulle piattaforme digitali (anche detti sistemi di *rating and review*, R&R) è strettamente connessa alla riduzione dei costi di transazione e controllo, che ne costituiscono al contempo una causa e un effetto, in particolare per l'estensione della base dei soggetti coinvolti, ineguagliabile in un corrispondente contesto *offline*⁷⁸. Sotto il profilo tecnico, tali sistemi consistono in strutture informative di aggregazione e diffusione dei dati concernenti la reputazione individuale di un soggetto all'interno di un determinato contesto di mercato, dalla cui lettura si traggono indicazioni utili alla conclusione di affari⁷⁹.

Essi svolgono infatti una funzione e informativa e disciplinare⁸⁰.

Sotto il primo profilo, contribuiscono a ridurre l'asimmetria tipica dei rapporti di consumo e, in generale, a promuoverne la trasparenza. In questo senso, i sistemi di R&R condizionano in modo decisivo la formazione di un complessivo clima di fiducia, tanto nei soggetti quanto nelle transazioni, che favorisce le dinamiche della contrattazione a distanza. E che tende a un miglior funzionamento del mercato: alla diminuzione dell'incertezza sui comportamenti altrui corrisponde l'aumento della propensione all'accettazione del rischio, nel convincimento che la controparte non porrà in essere comportamenti opportunistici e che, in caso di necessità, si renderà disponibile alla rinegoziazione dell'accordo⁸¹.

valore sociale».

⁷⁶ A. FUSARO, *Informazioni inesatte e danno alla "reputazione" d'impresa: le variabili della responsabilità*, in *Resp. civ.*, n. 4, 2009, p. 358.

⁷⁷ Cfr. Cass. civ., ordinanza del 25 maggio 2021, n. 14381, in *Dir. inf.*, n. 6, 2021, pp. 1001 ss., con nota di F. BRAVO.

⁷⁸ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2016, p. 201.

⁷⁹ C. DELLAROCAS, *Designing Reputations Systems for the Social Web*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011, pp. 3 ss.

⁸⁰ R. DUCATO, *Scritto nelle stelle. Un'analisi giuridica dei sistemi di rating nella piattaforma Uber alla luce della normativa sulla protezione dei dati personali*, in *Dir. quest. pubb.*, Special Issue, 2020, pp. 81 ss.

⁸¹ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, cit., p. 203. Ciò in quanto, se di questa

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

D'altra parte, a fare da sfondo alle dinamiche della rete è la quantità indefinita di dati che ivi vengono ininterrottamente generati e fatti circolare. Dati grazie ai quali è ormai agevolmente possibile disporre di un quadro informativo articolato nei confronti di qualsiasi utente del web, specie quando è già lo stesso a proporre i contenuti ovvero ad incrementarne l'estensione associando tra loro diverse fonti di informazioni: si pensi, ad esempio, all'uso comune di collegare i propri profili di diverse piattaforme, in particolare di *social network*⁸². Con l'effetto, inevitabile, di definire e mostrare i tratti di un'identità, non esclusivamente digitale⁸³, che coincide ampiamente con la reputazione di cui si gode, con la garanzia di credibilità e affidabilità che si trasmette all'esterno e soprattutto a coloro che sono,

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

⁸² A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, *How the Internet*, cit., p. 867, rilevano che «any information that confirms a person's identity strengthens the trust and reputational ties between parties. That is why many sharing services prefer people to sign up using their Facebook account, as it is linked to their real identity. Lyft had originally allowed riders to sign up only with a Facebook account (but now also allows a valid cellphone number). The European ride-sharing platform BlaBlaCar will also verify a driver's phone number, email, and Facebook account along with real photos and names». Quanto al rapporto tra informazioni ricavabili dai *social network* e credibilità della persona, S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *CAL*, vol. 5, n. 1, 2018, p. 135, ricorda che è dimostrato che i viaggiatori che cercano ospitalità su Airbnb tendono a fidarsi o meno di un *host* in considerazione del profilo *social* da questi collegato alla piattaforma e in particolare delle sue fotografie.

⁸³ Si rileva peraltro come vi siano tentazioni e tentativi di elaborare sistemi di valutazione universale (c.d. *meta-ranking*), da trasferire da un contesto ad un altro, basato sulle attività che un utente svolge sia in rete che nel mondo reale. Si parla al riguardo di sistemi di *social scoring* o *social credit system* (SCS), oggetto di necessaria attenzione con riferimento all'utilizzo di *big data*, algoritmi e strumenti di intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni, per l'attribuzione di punteggi alla cittadinanza. In argomento, G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *GDA*, n. 3, 2021, pp. 317 ss.; A. SORO, *La protezione dei dati personali nell'era digitale*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 2, 2019, pp. 343 ss.

ancora, dei perfetti sconosciuti. Nella stessa prospettiva, l'attribuzione di punteggi riferiti al modo in cui si viene percepiti dai soggetti partecipanti a una certa comunità concorre ulteriormente alla costruzione del profilo commerciale degli stessi utenti, peraltro coerentemente con quanto avviene anche nella dimensione analogica⁸⁴, ma senza che i relativi giudizi vengano come scolpiti nella roccia⁸⁵.

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

La funzione disciplinare dei sistemi di R&R si considera invece sotto una duplice prospettiva: da un lato, nelle piattaforme in cui gli utenti si valutano a vicenda, tale bi-direzionalità ha l'effetto di spingere entrambe le parti a rispettare tanto le regole imposte dalla piattaforma in cui si incontrano, quanto la normativa vigente sullo specifico rapporto in essere, così da assicurarsi – entrambe – un commento positivo e, di conseguenza, il mantenimento di una buona reputazione all'interno della comunità, la piattaforma, di appartenenza; dall'altro, in generale, le piattaforme, intese non solo come luogo virtuale di incontro tra gli opposti gruppi di utenti, ma soprattutto in quanto soggetti di governo e controllo di questo stesso ambiente, hanno di fatto il potere di stabilire ed attuare una sanzione per un utente, il cui profilo può essere sospeso o disattivato⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. L.J. STRAHILEVITZ, *Reputation Nation: Law in an Era of Ubiquitous Personal Information*, in *Nw. U. L. Rev.*, vol. 102, n. 4, 2008, pp. 1667 ss.

⁸⁵ A. RICCI, *Il valore economico*, cit., p. 1309, precisa come questa, in particolare, rappresenti una peculiare caratteristica – e forse il maggiore rischio – del fenomeno della pubblicazione di un'informazione in rete rispetto al mondo reale, pur ritenendo con ottimismo che in quanto tale sia anche più facilmente cancellabile. Cfr. S. RODÒTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 64, che si riferisce ad Internet come a un luogo in cui nulla può essere perso o dimenticato; P. SAMMARCO, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Dir. inf.*, nn. 4-5, 2006, p. 633, che lo descrive come un luogo in cui il passato non passa mai.

⁸⁶ Cfr. E. MARIQUE, Y. MARIQUE, *Sanctions on Digital Platforms: Beyond the Public-Private divide*, in *CILJ*, vol. 8, n. 2, 2019, pp. 258 ss. Nonché, R. DUCATO, *Scritto nelle stelle*, cit., p. 87, che, nell'ambito di un'analisi approfondita del sistema reputazionale della piattaforma Uber, evidenzia che quella disciplinare rappresenta invero la funzione addirittura esclusiva del relativo meccanismo di R&R, in quanto ne individua il

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

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

Innanzitutto, sebbene le opinioni espresse dagli utenti rappresentino delle considerazioni, in quanto tali, soggettive, la loro espressione in forma di valutazione (ad esempio, su Uber, con il simbolo della stella), nonché la loro presentazione in forma aggregata ad opera della piattaforma (ad esempio, su Booking, con il punteggio in cifre che risulta «dalla somma media di quelli di tutte le recensioni» ricevute⁸⁷), è di fatto in grado di generare un ingannevole senso di oggettività. Laddove, d'altra parte, in quei casi in cui viene richiesta una valutazione onnicomprensiva di un certo servizio, magari strutturato in più momenti o in più elementi, la discrezionalità con cui ciascun utente determina e suggerisce tale attribuzione comporta il rischio di una tutt'altro che irrilevante semplificazione o distorsione della valutazione, a scapito di chi ad essa farà riferimento per compiere delle scelte di consumo ovvero per offrirsi al pubblico⁸⁸.

In secondo luogo, la partecipazione a un sistema di R&R da

principale effetto nella disattivazione dei profili, sia dei conducenti che dei passeggeri, il cui punteggio non superi «una valutazione media minima». A quanto corrisponda tale valore non è però precisato dalle *community guidelines* della piattaforma e l'Autrice ne deduce che «la disattivazione dell'account comporta la risoluzione unilaterale e a discrezione di Uber del contratto tra l'utente e la piattaforma, lasciando pochi dubbi circa la vessatorietà di una simile previsione nel contesto consumeristico». Sul loro utilizzo ai fini della risoluzione delle controversie, M. CANTERO GAMITO, *Regulation.com. Self-Regulation and Contract Governance in the Platform Economy: A Research Agenda*, in *EJLS*, vol. 9, n. 2, 2017, pp. 53 ss. Ancora, A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, *How the Internet*, cit., pp. 542-543, ritengono che il timore di una «sanzione reputazionale» sia probabilmente più avvertito e capace di modificare in meglio i comportamenti individuali degli utenti rispetto alla minaccia del diritto. Proprio su tale aspetto, E. GOLDMAN, *Regulating Reputation*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society*, cit., p. 53, individua una *secondary invisible hand* che garantisce e favorisce l'efficienza del mercato.

⁸⁷ La descrizione delle modalità di calcolo del punteggio è così indicata, all'aprile 2023, nella piattaforma «Partner Hub» di Booking, che propone una serie di informazioni utili per il suo utilizzo più consapevole da parte delle strutture ricettive.

⁸⁸ R. DUCATO, *Scritto nelle stelle*, cit., p. 88.

parte di un utente avviene generalmente su base volontaria⁸⁹, per cui un'eventuale valutazione consolidata non potrà che essere calcolata sul totale delle prestazioni oggetto di *feedback* e non su quello delle prestazioni effettivamente effettuate, che fornirebbe l'unico risultato davvero aderente alla realtà. La parzialità del giudizio è dunque sostanzialmente inevitabile⁹⁰. E ciò a maggior ragione se si considera la diffusa tendenza alla polarizzazione dei giudizi: si conviene infatti che gli utenti sono generalmente portati ad esprimersi su una certa esperienza soltanto quando questa sia stata particolarmente positiva o, al contrario, negativa⁹¹.

⁸⁹ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, cit., p. 209, ricorda gli interrogativi sul perché di tali comportamenti, considerato che «agevolano solo il destinatario mentre chi fornisce le notizie sostiene un costo senza ricevere alcun beneficio (in questa prospettiva, le informazioni relative alla reputazione individuale possono essere considerate “public goods”). Gli studi sul tema, frutto di esperimenti di laboratori e di analisi empiriche, hanno offerto diversi modelli di spiegazione, i quali sottolineano la dimensione di reciprocità che connota la collaborazione in rete, il senso di appartenenza ad una comunità di chi contribuisce, la percezione del proprio apporto come un dovere civico (come per il voto in occasione delle elezioni) e l'esistenza di regole di cortesia, secondo cui siamo disposti a fare qualcosa per gli altri a patto di sacrifici contenuti».

⁹⁰ In questo senso, in giurisprudenza è stato ad esempio ritenuto che le opinioni espresse sui portali di *rating* siano, in quanto strettamente personali, non diffamatorie. Ad esempio, negli Stati Uniti, *Seaton v. TripAdvisor, LLC*, 3:11-cv-549 E.D. Tenn. (2012), in *Casetext*, su cui si veda il commento di S. STCA, *TripAdvisor e responsabilità: il Tennessee non convince!*, in *MediaLaws*, ottobre 2012, ha sostenuto che qualsiasi persona ragionevole non può non comprendere che i giudizi espressi su TripAdvisor sono «inherently subjective» e che, anche laddove si tratti di «merely hyperbolic opinion or rhetorical exaggeration», rientrano nell'esercizio della libertà di espressione garantita dal I Emendamento della Costituzione federale. Similmente, in Italia, Trib. Rimini, 7 maggio 2013, in *Dir. Inf.*, n. 3, 2014, pp. 382 ss., con nota di A. SALERNO, ha affermato la natura personale, nella manifestazione del diritto di critica, delle opinioni espresse pubblicamente. Rispetto ad esse viene ritenuto sussistente l'interesse pubblico «in relazione alla precipua finalità del servizio [...] di offrire ad una cerchia indeterminata di (potenziali) turisti informazioni utili per una scelta consapevole della destinazione per le proprie vacanze»; e si declina «il presupposto della verità [...] nella fedeltà nel resoconto delle proprie impressioni e sensazioni», nella considerazione che le valutazioni personali, «come tali (ontologicamente) opinabili», non rispettano «i canoni di verità/falsità».

⁹¹ C. DELLAROCAS, R. NARAYAN, *A Statistical Measure of a Population's Propensity to Engage in Post-Purchase Online Word-of-Mouth*, in *Statist. Sci.*, vol. 21, n. 2, 2006, pp. 277 ss. S. RANCHORDÁS, *Online Reputation*, cit., p. 134, sottolinea peraltro che da diversi studi dedicati al fenomeno è emerso che tali commenti sono principalmente positivi poiché «consumers leave “five-star reviews” due to feelings of guilt. [...] But [...] when everything gets a five, nothing gets a five, and the ability of ratings and reviews to influence behavior gets lost». Questa conseguenza discenderebbe dal fatto che i relativi giudizi non solo sono di parte, ma provengono da individui che non hanno una specifica competenza da “critici”,

Da ultimo, la concreta possibilità che valutazioni e recensioni di alcuni, più rapidi o persuasivi di altri nell'attribuzione di un giudizio, diventino uno strumento utile a porre in essere comportamenti scorretti o *bias* cognitivi di ancoraggio, cioè basati sulle prime informazioni con cui si è entrati in contatto, oppure di conferma, ovvero fondati su proprie, preesistenti e radicate, convinzioni⁹².

Senza peraltro considerare il rischio concreto, connesso a ciascuno degli aspetti appena considerati, della falsità dei commenti pubblicati, in particolare sulle piattaforme di mera recensione la cui massima libertà di accesso permette a chiunque di esprimere la propria valutazione o recensione⁹³, in senso sia positivo che negativo, senza che sia possibile determinare se la relativa esperienza di acquisto sia realmente avvenuta ovvero se sia avvenuta nelle modalità descritte⁹⁴.

In relazione a tali criticità, oltre all'effetto di (dis)orientare il giudizio degli utenti potenziali e così condizionare l'andamento dell'attività dell'impresa o del professionista oggetto della valutazione o recensione⁹⁵, si pone il rischio che sia la piattaforma stessa a tenere comportamenti, abusivi, idonei ad incidere sulla capacità del soggetto coinvolto a restare competitivo sul mercato: attraverso una valutazione aggregata⁹⁶, soprattutto laddove

pubblicando la propria valutazione o recensione senza alcun impegno.

⁹² G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica*, cit., pp. 267-268. Tali rischi derivano in particolare dalla percezione che quando un altro utente, tendenzialmente un proprio pari, fornisce una determinata indicazione, soggettiva ma anche libera, non ha un interesse di tipo economico da difendere ed è pertanto sincero, e dunque credibile. Non sembra dunque impossibile immaginare che in una certa informazione un altro, successivo, utente possa individuarvi ben più di una semplice opinione, di un avvertimento, quasi si trovi di fronte a un precetto da seguire necessariamente; ovvero ciò che nella lettura del giudizio si vuole, anche inconsciamente, riconoscere, a ulteriore sostegno di quanto si sia in realtà già convinti.

⁹³ Questo profilo del fenomeno è stato approfonditamente oggetto di AGCM, caso PS9345 – TripAdvisor, provvedimento del 19 dicembre 2014, n. 25237, nella cui sede sono stati individuati i presupposti di una pratica commerciale scorretta.

⁹⁴ S. RANCHORDÁS, *Online Reputation*, cit., p. 135. Per alcune precisazioni nella prospettiva di tutela dei consumatori, si veda la Comunicazione (2021/C 526/01), pp. 93 ss.

⁹⁵ G. GIANNONE CODIGLIONE, *Reputazione on line, sistemi di "rating" e anonimato in una recente decisione della Corte di cassazione tedesca*, in *Dir. inf.*, n. 1, 2015, pp. 178 ss., nota ad esempio, condivisibilmente, che la gestione delle recensioni da parte dei sistemi digitali di *rating* ha rilevanza sotto il profilo concorrenziale.

⁹⁶ Scenario già considerato in quanto idoneo a configurare la responsabilità dell'intermediario da G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2014, p. 189.

non sia conosciuto il funzionamento del relativo algoritmo⁹⁷; eliminando taluni commenti, specie quelli più positivi; oppure, disattivando il profilo dell'utente ovvero impedendone l'accesso alla piattaforma⁹⁸.

6. La portabilità dei dati: per uno schema generale

In materia di dati, si è visto che l'art. 9 reg. P2B dedica un apposito spazio al profilo e all'esigenza di trasparenza in materia di accesso a quelli raccolti e trattati dalle piattaforme digitali nell'ambito del rapporto che le lega agli utenti commerciali. In questa fase del ragionamento si ritiene dunque opportuno procedere con un approfondimento circa una specifica ipotesi di richiesta delle informazioni che circolano in quest'ambito della *data driven economy*.

Al fine di creare le migliori condizioni per lo sviluppo e il controllo delle dinamiche dell'economia digitale, il regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali (c.d. *General Data Protection Regulation* o GDPR)⁹⁹ ha infatti posto le basi per la costituzione di uno statuto della portabilità dei dati quale nuovo e fondamentale diritto a tutela della

⁹⁷ Sull'utilizzo dello strumento algoritmico per l'elaborazione di informazioni rilevanti sul piano reputazionale, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Algoritmi reputazionali e confini dell'autonomia dei privati*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2019, pp. 520 ss. Si rinvia *amplius* a G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2, 2019, pp. 211 ss.

⁹⁸ Si rinvia ad esempio alla riflessione di A.S.Y. CHEUNG, W. SCHULZ, *Reputation Protection on Online Rating Sites*, in *Stan. Tech. L. Rev.*, vol. 21, n. 2, 2018, pp. 325 ss., i quali considerano due casi analoghi, *Reit v. Yelp, Inc.*, N.Y. Slip Op. 20362 (2010), in *Casetext*, e *Braverman v. Yelp, Inc.*, N.Y. Slip Op. 04394 (2015), in *Justia*, in cui due dentisti assistevano all'eliminazione di tutti i commenti positivi pubblicati sui loro profili della piattaforma Yelp a fronte di, rispettivamente, uno e due commenti negativi, rilasciati peraltro da utenti anonimi. Nonché ancora a R. DUCATO, *Scritto nelle stelle*, cit., pp. 87-88, la quale rileva criticamente come la soglia minima di valutazione sotto la quale Uber procede alla disattivazione dei profili dei conducenti si riferisce a punteggi, diversi per ogni città, non pubblici sulla piattaforma né resi noti (almeno) agli interessati al momento della conclusione del contratto, e che nel 2018 risultavano corrispondere a 4,6/5 a San Francisco e a 4,5/5 a Bruxelles.

⁹⁹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

persona¹⁰⁰.

Si tratta in sostanza del diritto alla trasmissione dei dati, da un certo titolare del trattamento ad un altro, senza impedimenti e in un formato che sia strutturato, interoperabile, di uso comune e leggibile da un dispositivo automatico¹⁰¹; nonché al loro accesso, ricevimento, mantenimento e riutilizzo, ancora una volta in mancanza di ostacoli per il soddisfacimento della richiesta¹⁰². In ciò, la portabilità realizza un'intenzione e un espediente della più recente disciplina *privacy*, nel suo complesso a supporto della libera circolazione dei dati nel mercato europeo e in favore della concorrenza fra i titolari¹⁰³.

¹⁰⁰ V. FALCE, sub *art. 20 GDPR – Commento*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 350 ss. Sulla progressiva affermazione, negli ultimi anni, del nuovo diritto alla portabilità, cfr. P. DE HERT, V. PAPA-KONSTANTINOU, G. MALGIERI, L. BESLAY, I. SANCHEZ, *The Right to Data Portability in the GDPR: Towards User-Centric Interoperability of Digital Services*, in *CLSR*, vol. 34, 2018, pp. 193 ss., ove si evidenziano le potenzialità pro-concorrenziali della riduzione degli *switching cost* nei passaggi tra diversi fornitori di servizi digitali. Sul punto, *amplius*, M. BORGHI, *Portabilità dei dati e regolazione dei mercati digitali*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2018, pp. 223 ss.

¹⁰¹ Rispetto al ruolo attivo che ci si aspetta a tal fine dai titolari, il *considerando 68* GDPR riporta un accorto riferimento alla c.d. interoperabilità del formato. L'art. 2 della decisione 922/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, sulle soluzioni di interoperabilità per le pubbliche amministrazioni europee (ISA), ne propone una definizione nel senso di «capacità di organizzazioni diverse e disparate di interagire in vista di obiettivi comuni concordati e reciprocamente vantaggiosi, ricorrendo alla condivisione di conoscenze e informazioni tra le organizzazioni, per mezzo dei processi aziendali che su di esse si basano, tramite lo scambio di dati fra i rispettivi sistemi TIC». Lo standard ISO/IEC 2382-01 considera invece il concetto di interoperabilità quale «capacità di comunicare, eseguire programmi o trasferire dati fra diverse unità funzionali in una modalità che richiede all'utente conoscenza minime o nulle delle caratteristiche peculiari di tali unità». Ancora, J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era. Final Report*, DG Concorrenza della Commissione europea, 2019, p. 58, illustrano il concetto di «data interoperability» come «roughly equivalent to data portability but with a continuous, potentially real-time, access to personal or machine user data».

¹⁰² E. BATTELLI, G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 193, descrivono gli obiettivi di riuso dei dati, di facilitazione della circolazione e di interoperabilità dei servizi come propri del diritto alla portabilità, da intendersi in ciò ricompreso, seppur distinto, nel più ampio diritto di accesso di cui all'art. 15 GDPR. Ma anche all'art. 9 reg. P2B, la cui previsione conferma in ciò l'opportunità di discorrere della portabilità dei dati anche nell'ambito delle dinamiche di scambio che coinvolgono le piattaforme digitali e gli utenti commerciali.

¹⁰³ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida sul diritto alla portabilità dei dati*, WP

I benefici di un sistema di gestione dei dati fondato sulla portabilità sono diversi e interessano i versanti del mercato tanto quanto l'intermediario: nell'ottica di bilanciare l'asimmetria (informativa) che coinvolge gli interessati e i titolari del trattamento di dati personali, si aumenta sia il grado che la capacità di controllo da parte dei primi¹⁰⁴; al contempo, viene stimolata non soltanto la partecipazione, ma specialmente la crescita dei secondi – qui, le piattaforme digitali – proprio tramite la movimentazione degli utenti commerciali, resa in questo modo sempre più facile e vantaggiosa dalla contestuale circolazione degli *asset* informativi di cui dispongono¹⁰⁵.

L'art. 20, par. 1, GDPR, in particolare, ne ammette l'esercizio quando il trattamento dei dati avvenga con mezzi automatizzati e si basi su un consenso prestato ovvero su un contratto concluso¹⁰⁶.

Peraltro, ad essere soggetti a portabilità non sarebbero tutti i dati astrattamente richiedibili dall'interessato, bensì, tra le rappresentazioni digitali¹⁰⁷ che lo riguardano¹⁰⁸, soltanto quelle che l'utente abbia fornito su richiesta del (primo) titolare, ad esempio nel momento della compilazione di un modulo di registrazione, e che potrebbero addirittura riguardare dei terzi¹⁰⁹, come nel caso della trasmissione di una rubrica telefonica o di un

242 rev.01, 2017, pp. 3 ss.

¹⁰⁴ V. FALCE, sub *art. 20 GDPR – Commento*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 357.

¹⁰⁵ M.W. MONTEROSI, *La tutela dell'utente commerciale*, cit., p. 941. Così, anche P. NOOREN, N. VAN GORP, N. VAN EIJK, R. Ó FATHAIGH, *Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options*, in *P&I*, vol. 10, n. 3, 2018, pp. 294-295.

¹⁰⁶ Esempi di dati personali trattati nell'ambito dell'esecuzione di un contratto sono l'elenco dei titoli di libri acquistati da un fornitore *online* oppure la lista dei brani musicali ascoltati su una piattaforma di *streaming*.

¹⁰⁷ Il riferimento è alla nozione di "dato" introdotta con il regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (regolamento sulla *governance* dei dati), c.d. Data Governance Act o DGA. Sull'importanza di una definizione normativa autonoma, ma idonea a ricomprendere sia i dati personali che quelli non personali, in una logica promozionale della circolazione e dell'uso dei dati, G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022, pp. 973 ss.

¹⁰⁸ Intendendosi con ciò che devono essere ricondotti ad una persona identificabile, per cui ne restano esclusi i dati resi anonimi e quelli oggetto di esercizio del diritto all'oblio *ex art. 17* GDPR, in quanto tali non più a disposizione del titolare.

¹⁰⁹ P. DE HERT, V. PAPANIKOLAOU, G. MALGIERI, L. BESLAY, I. SANCHEZ, *The Right to Data Portability*, cit., p. 198, sottolineano infatti come il limite riconoscibile *ex art.*

elenco di contatti di posta elettronica; nonché, secondo una condivisibile interpretazione estensiva proposta esplicitamente dal Gruppo di lavoro articolo 29¹¹⁰, ma anche in considerazione della previsione di cui al *considerando 68* GDPR per cui il diritto alla portabilità dei dati svolge la funzione di rafforzarne la capacità di controllo una volta prestato il consenso o concluso un contratto¹¹¹, quei dati generati per tramite delle attività che compie, quali quelli riferiti alla navigazione, i *cookie*, alla cronologia delle ricerche, allo stato di salute o alla localizzazione¹¹².

Nella categoria dei dati trasferibili non rientrano poi – la differenza rispetto a questi ultimi è invero estremamente sottile – i dati che risultano invece dall’analisi, ad opera del titolare, di quelli così ricevuti o raccolti dall’interessato (dati “inferenziali”, se rappresentano il risultato di processi analitici basati sul calcolo delle probabilità, oppure “derivati”, quando, al contrario, non discendono da un ragionamento probabilistico¹¹³), poiché

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

¹¹⁰ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida*, cit., p. 11.

¹¹¹ Su tale aspetto si ritiene interessante notare come, in particolare attraverso la lettura del testo in lingua inglese del già citato *considerando 68* GDPR: «[t]o further strengthen the control over his or her own data», emerge una concezione strettamente dominicale dei dati, che si ritrova anche al *considerando 7* GDPR: «[n]atural persons should have control of their own personal data»; laddove lo stesso legislatore europeo, già nella direttiva 95/46/CE e poi anche nel GDPR, ad esempio ai *considerando 32, 58 e 61* o agli artt. 4, nn. 1 e 11, e 13, ma non solo, ricorra all’espressione «data relating to him or her» o «to the data subject», secondo un’impostazione invece personalistica dei dati in questo senso riferiti o riconducibili ad una persona fisica. Cfr. I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law*, in *GLJ*, vol. 19, n. 6, 2018, pp. 1366 ss.

¹¹² Sul punto, P. DE HERT, V. PAKONSTANTINO, G. MALGIERI, L. BESLAY, I. SANCHEZ, *The Right to Data Portability*, cit., p. 199, precisano che «personal data [...] can be received, observed, inferred, or predicted by companies».

¹¹³ OCSE, *Summary of the OECD Privacy Expert Roundtable on Protecting Privacy in a*

derivanti da una sua attività autonoma di personalizzazione di un processo o di profilazione di un utente, esterna alla sfera del rapporto che lega il titolare e l'interessato¹¹⁴ e in mancanza della quale non avrebbe modo di disporre¹¹⁵.

In ogni caso, anche, comprensibilmente, alla luce di quanto appena evidenziato, la trasmissione dei dati non deve essere idonea a ledere i diritti dei terzi che potrebbero non avervi acconsentito in relazione alle informazioni che li riguardano, ovvero a quelle che siano soggette a diritti di proprietà intellettuale o coperte da segreto industriale, nella misura in cui subirebbero delle ingiuste limitazioni dei diritti e delle libertà riconducibili alla salvaguardia della propria *privacy*¹¹⁶.

L'esigenza di garantire in concreto l'esercizio della portabilità, e specie di impedire la formazione di fenomeni di *lock-in* tenendo sostanzialmente l'interessato costretto e bloccato all'interno di un certo servizio¹¹⁷, impone peraltro il rispetto di tempi certi e rapidi, sicché di regola le informazioni richieste devono essere trasmesse senza ingiustificato ritardo e comunque

Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking, 2014, p. 5. Tra i dati inferenziali, E. BATTELLI, G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale*, cit., p. 197, includono a titolo di esempio il profilo utente creato dal titolare attraverso l'analisi del comportamento dell'interessato, che si estende dagli aspetti relativi alla sua salute fino al suo merito creditizio. Gli Autori precisano che, comunque, tutte le informazioni non trasferibili restano soggette all'esercizio del diritto di accesso.

¹¹⁴ V. FALCE, sub *art. 20 GDPR – Commento*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., pp. 355-356, la quale, condividendo questa distinzione, sottolinea tuttavia quanto una lettura in senso ampio dell'art. 20 GDPR possa risultare critica e di difficile applicazione in sede di individuazione, nell'ambito dei dati "generati", quelli che possano essere concretamente trasferiti. Delle tipologie di dati portabili e delle modalità della loro trasmissione occorre in ogni caso dare adeguata informazione, ad effettiva garanzia del potere e della libertà di controllo da parte degli interessati.

¹¹⁵ Cfr. G. MALGIERI, *Property and (Intellectual) Ownership of Consumer's Information: A New Taxonomy for Personal Data*, in *PinG*, n. 4, 2016, pp. 133 ss.

¹¹⁶ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida*, cit., pp. 12-13, ove si sottolinea che tali dati resteranno nella disponibilità esclusiva dell'utente che ha chiesto la portabilità e non potranno essere utilizzati dal nuovo titolare del trattamento per finalità proprie, ad esempio per proporre offerte di *marketing* o per attività di profilazione, ad insaputa e senza l'apposito consenso del terzo interessato. Su tali ultimi profili si veda lo studio di G. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata on line*. Real-Time Bidding e behavioural advertising, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

¹¹⁷ V. FALCE, sub *art. 20 GDPR – Commento*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 354. Nel senso dell'opportunità di introdurre apposite *policy* per il superamento dei vincoli derivanti dal *lock-in*, M. BETZU, *I poteri privati*, cit., p. 759.

non oltre un mese dal ricevimento della relativa domanda (art. 12, par. 3, GDPR): lo *switch* tra titolari costituisce così, evidentemente, una forma di manifestazione del controllo sui propri dati personali¹¹⁸.

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

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

Ebbene, se la portabilità dei dati, indipendentemente dal loro inquadramento in quanto personali o non personali, non viene prevista o consentita nell'ambito di una relazione tra imprese, si è di fronte a un comportamento idoneo ad assumere i tratti di un abuso di potere che va oltre la lesione del corretto trattamento dei dati personali di un individuo¹¹⁹.

In questo senso, un diritto che è stato pensato e adattato intorno alla necessità di riconoscere nuovi strumenti di tutela della persona estende la propria portata in direzione di tutte quelle situazioni in cui il suo esercizio può garantire il corretto funzionamento del sistema delle attività produttive e di scambio: dalla persona, dunque, al mercato. E viceversa, nella misura in cui la tutela del mercato è protezione degli attori del mercato, e allora, in ultima istanza, proprio dei consumatori.

Ne appare conferma la più recente adozione a livello europeo di una normativa specificamente rivolta alla circolazione dei dati non personali¹²⁰. In particolare, l'art. 6, par. 1, lett. a), reg. 2018/1807, impegnando la Commissione a promuovere una concezione aperta di scambio dei dati, è pienamente collocato nel solco della logica e dell'impostazione del GDPR, che si (im)pone così quale modello per lo sviluppo di una disciplina generale della portabilità di qualsiasi tipologia di dati¹²¹.

¹¹⁸ I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control*, cit., p. 1365.

¹¹⁹ I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control*, cit., pp. 1388-1389.

¹²⁰ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea. Per una riflessione di carattere più generale, cfr. A. VIGORITO, *I dati non personali: modelli di attribuzione e circolazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3, 2020, pp. 369 ss.

¹²¹ I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control*, cit., p. 1396. Tuttavia, sul punto, viene opportunamente precisato da M.L. MONTAGNANI, *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza*

Per comprenderne la necessaria considerazione, si osservi ad esempio che sugli stessi è prevista l'applicazione automatica del regime di portabilità descritto dal GDPR in tutti i casi in cui le diverse tipologie di dati risultino «indissolubilmente legat[e]»¹²². Ma si pensi altresì, nell'ordine, alla proposta – sotto questo profilo non confermata dal testo definitivamente adottato da legislatore europeo, ma utile a comprenderne la tendenza – di direttiva sulla fornitura di contenuti digitali¹²³; al regolamento in materia di portabilità

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

¹²² Art. 2, par. 2, reg. 2018/1807. Tale concetto è descritto dalla Comunicazione COM(2019) 250 fin., "Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union", p. 10, come «una situazione in cui un insieme di dati contiene sia dati personali che dati non personali e separarli sarebbe impossibile o ritenuto dal titolare del trattamento economicamente inefficiente o non tecnicamente realizzabile».

¹²³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM(2015) 634 fin.). In particolare, agli artt. 13, par. 2, lett. c), sulla risoluzione del contratto, e 16, par. 4, lett. b), sull'esercizio del diritto di recesso, dalla cui lettura traspare nuovamente un approccio in senso proprietario della gestione dei dati da parte del consumatore, in senso ancora più ampio rispetto al GDPR, secondo cui il diritto alla portabilità sorgerebbe soltanto nel momento della cessazione del rapporto contrattuale per volontà del consumatore. Per una riflessione sul rapporto tra le citate norme della proposta di direttiva e l'art. 20 GDPR, si veda R. JANAL, *Data Portability – A Tale of Two Concepts*, in *JIPITEC*, vol. 8, n. 1, 2017, pp. 59 ss.

transfrontaliera dei dati¹²⁴; al recente DMA¹²⁵; alla proposta del c.d. Data Act¹²⁶. Una serie, progressivamente integrata, di provvedimenti tra loro complementari che non si riferiscono a una specifica categoria di dati e che sembrano muoversi proprio nella direzione indicata, recuperando unità nel rispetto dei principi comuni di trasparenza, interoperabilità e proporzionalità.

In ciò, l'art. 20 GDPR, pur non potendosi ergere a soluzione definitiva alle esigenze delle imprese, rappresenta il riferimento cardine della portabilità di tutti quei dati il cui trattamento trovi origine nel contratto¹²⁷. Specificamente, nei contratti che suppongono o prevedono il trasferimento di dati in quanto riferiti a contenuti o servizi digitali¹²⁸ e rispetto ad obblighi che sorgono in ragione della cessazione del vincolo negoziale¹²⁹.

Di conseguenza, la conclusione che per ora si può trarre è che l'imposizione di limiti o complicazioni, in termini di fattibilità e di tempistiche necessarie¹³⁰, alla trasmissione dei dati nella disponibilità degli

¹²⁴ Regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti *online* nel mercato interno.

¹²⁵ Art. 6, par. 9, che impone al *gatekeeper* di fornire, su richiesta e a titolo gratuito, «l'effettiva portabilità dei dati forniti dall'utente finale o generati mediante l'attività dell'utente finale nel contesto dell'utilizzo del pertinente servizio di piattaforma di base».

¹²⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati) (COM(2022) 68 fin.).

¹²⁷ R. JANAL, *Data Portability under the GDPR: A Blueprint for Access Rights?*, in GERMAN FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION, MAX PLANCK INSTITUTE FOR INNOVATION AND COMPETITION (a cura di), *Data Access*, cit., pp. 340 ss. Descritta nei termini di una scelta di efficienza, tale conclusione risulta implicitamente considerata anche da T. TOMBAL, *Economic Dependence and Data Access*, in *Int. Rev. IP Comp. Law*, vol. 51, n. 1, 2020, pp. 70 ss.

¹²⁸ R. JANAL, *Data Portability under the GDPR: A Blueprint for Access Rights?*, in GERMAN FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION, MAX PLANCK INSTITUTE FOR INNOVATION AND COMPETITION (a cura di), *Data Access*, cit., pp. 330-331.

¹²⁹ Per un'indagine approfondita ed originale degli interessi successivi ed autonomi rispetto al contratto, ma ad esso naturalmente collegati, si rinvia ad A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, Il Mulino, Bologna, 2019.

¹³⁰ GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida*, cit., p. 17, si esprime nel senso di «ostacoli di natura giuridica, tecnica o finanziaria con cui il titolare evita o rallenta» l'evasione della richiesta ricevuta dall'interessato. A titolo di esempio, si afferma che «potrebbe trattarsi della richiesta di un corrispettivo per fornire i dati richiesti, dell'indisponibilità di formati interoperabili o dell'accesso a un'API [*Application Programming Interface*], per cui occorre precisare che si intendono le interfacce di

utenti commerciali da una piattaforma all'altra costituisce un'ulteriore fattispecie di abuso di potere contrattuale.

applicazioni o i servizi web che i titolari rendono disponibili per permettere a sistemi o applicazioni di terzi di collegarsi ed interagire con i propri] o al formato in cui i dati vengono forniti, dell'eccessiva complessità insita nel recupero della totalità dei dati richiesta o dell'eccessiva lunghezza del periodo necessario a tale scopo, dell'offuscamento deliberato dei dati in oggetto, o di vincoli settoriali specifici e ingiustificati o eccessivi in termini di standard o accreditamenti richiesti».

CAPITOLO IV

Strumenti e rimedi in prospettiva comparatistica

SOMMARIO: 1. Profili di metodo sull'individuazione della disciplina applicabile – 2. Sull'abuso del diritto nei contratti tra imprese – 3. L'abuso di dipendenza economica – 3.1. Condotte abusive della *platform economy*: il modello italo-tedesco – 3.2. Itinerari applicativi dell'abuso relativo – 4. L'abuso di posizione dominante – 4.1. Il mercato rilevante: profili consolidati e adeguamenti necessari – 4.2. Categorie e ipotesi di abuso – 4.2.1. La casistica in materia di *self-preferencing* in Italia e in Europa – 4.2.2. Portabilità dei dati e rifiuto a contrarre – 5. La regolazione, il controllo, le tendenze.

1. *Profili di metodo sull'individuazione della disciplina applicabile*

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

Secondo questo schema di applicazione della regola, dunque, il compito dell'interprete consiste, innanzitutto, nella selezione dei dati rilevanti di un evento della realtà, eventualmente anche attraverso la formulazione di giudizi valutativi; e, a seguire, nella (ri)costruzione del fatto al fine di stabilirne la coincidenza con la fattispecie già configurata dal legislatore².

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

² G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, n. 2, 2015, pp. 257-258, che insiste sulla necessaria preesistenza e indipendenza della *regula iuris* al caso concreto a cui deve essere applicata. La fase, così intesa, di

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

È pertanto ricorrendo a questo approccio che si procederà, nel corso di queste pagine, nell'attività di giuridicizzazione dei fatti sino ad ora presentati. Allo scopo, saranno quindi oggetto di approfondimento le diverse discipline, specialmente nella dimensione nazionale ed europea e nella prospettiva comparatistica, che reagiscono all'esercizio del potere privato delle imprese-piattaforme in senso abusivo, ovvero sfruttando la propria posizione di vantaggio economico nell'ambito di specifici rapporti negoziali (da B2B a P2B) o nell'intero mercato di riferimento.

2. *Sull'abuso del diritto nei contratti tra imprese*

Pur non costituendo di per sé oggetto di limitazioni rivolte, *a priori*, a stabilire i confini del suo agire, l'esercizio del potere contrattuale dell'impresa privata si pone storicamente al centro di un controllo, da parte pubblica, dedicato a verificarne o a valorizzarne l'utilizzo che ne viene fatto in concreto⁴.

Di regola, infatti, il diritto positivo tende ad evitare di comprimere la capacità negoziale delle imprese, anche se e quando acquistano una particolare posizione di forza sul mercato, poiché è proprio sul presupposto

costruzione del fatto sembra peraltro riconducibile alla descrizione di G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, in G. MARINI (traduzione italiana a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 180, per cui «il caso dev'esser stato preparato per la possibilità della sussunzione, cioè innalzato, traendolo fuori dalle sue apparenti caratteristiche empiriche, a fatto riconosciuto e a qualificazione universale». Cfr. A. GENTILI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 318, che distingue i due livelli di applicazione della legge: quello strutturale della sussunzione nella fattispecie e quello funzionale della valutazione secondo la *ratio legis*, ovvero secondo i principi. Nella sua ricostruzione, è soltanto alla luce di quest'ultimo passaggio che è possibile individuare l'elusione del dettato normativo che distolgono il comportamento oggetto dell'analisi dalla fattispecie permissiva verso una norma diversa, di natura repressiva. In questo senso, anche U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.Vv., *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, p. 82.

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

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

dell'attività e dello strumento contrattuale che questo si sviluppa e rafforza nel tempo. D'altra parte, una siffatta impostazione può funzionare, e può quindi escludere un intervento verticale in senso correttivo, fintanto che l'esercizio della propria libertà non riesca ad annichilire quella di una controparte più debole.

Il valore della libertà trova pertanto un limite, una forma di contrasto, soltanto nella misura in cui esprima un disvalore: la lesione della libertà altrui. E cioè quando l'uso di un potere giuridico, da intendersi in un'accezione lata comprendente tutti i comportamenti generalmente permessi, assume una valenza negativa: l'abuso⁵.

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

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

⁵ A. GENTILI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 314.

⁶ La letteratura in argomento è vastissima. Senza pretesa di completezza, oltre alle citazioni che seguono, si segnalano M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 15, 1923, pp. 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 12, 1958, pp. 18 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto (diritto civile)* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, pp. 1 ss.; D. MESSINETTI, *L'abuso del diritto* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Agg., II, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 1 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, n. 5, 2010, pp. 834 ss.; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2014, pp. 467 ss.; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, n. 4, 2016, pp. 33 ss. Ricchissima è poi la ricostruzione di R. SACCO, *Abuso del diritto* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., VII, Utet, Torino, 2012, pp. 1 ss. Sull'importanza del diritto comparato per comprendere la formula, G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 341 ss.

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

Per la relativa verifica si prendono in considerazione i diversi elementi costitutivi della figura dell'abuso del diritto, presenti in effetti in ogni sua manifestazione, quali: la titolarità di un diritto soggettivo o di un potere; la varietà degli schemi astrattamente possibili per il loro esercizio; il loro esercizio in concreto, che sia soltanto formalmente rispettoso della cornice legale in cui si inserisce; l'ingiustificata sproporzione tra il beneficio che, così, il titolare ottiene, e il sacrificio che la controparte si trova di contro a dover sopportare⁸.

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

In ciò, la formula del divieto dell'abuso, nella legislazione di settore analizzata nel prosieguo del discorso, costituisce pertanto lo strumento funzionale alla regolazione della contrattazione asimmetrica¹¹. Imponendo dei limiti, pur non impedendo il contratto.

⁸ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1, 2004, p. 30. Cfr. anche ID., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 115 ss. Questa stessa ricostruzione si ritrova peraltro nel ragionamento della giurisprudenza della Suprema Corte, e in particolare nella celebre Cass. civ., sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contr.*, n. 1, 2010, pp. ss., con nota di G. D'AMICO. Tra i numerosissimi commenti alla sentenza, il c.d. caso Renault, F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, n. 12, 2009, pp. 1577 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, n. 1, I, 2010, pp. 85 ss.; M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, n. 1, 2011, pp. 109 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, n. 2, 2011, pp. 311 ss.; F. ADDIS, *Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbl. contr.*, n. 4, 2012, pp. 245 ss.

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

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 154.

3. *L'abuso di dipendenza economica*

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

L'origine di questa regola è storicamente riconducibile all'estensione del divieto di abuso di posizione dominante, di cui condivide l'intenzione di limitare il potere di mercato delle imprese che possono agire in modo indipendente dai comportamenti dei concorrenti e dei fornitori¹². E rispetto al quale si distingue in quanto posizione dominante non assoluta ma relativa, incidente su una individuata controparte contrattuale e non necessariamente sull'intero mercato rilevante¹³.

Due gli elementi utili a caratterizzarla: lo stato di dipendenza economica in cui versa un'impresa (debole) nei confronti di un'altra impresa (forte) e l'abuso di tale condizione da parte di quest'ultima¹⁴.

¹² Sul principio dell'indipendenza di comportamento, CGUE, sentenza del 14 febbraio 1978, Causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1978:22, su cui si veda R. PARDOLESI, *Art. 86 Trattato CEE: il prezzo del "decollo"*, in *Foro it.*, n. 12, IV, 1978, pp. 536 ss.

¹³ La Germania fu il primo Paese del continente europeo a dotarsi, già nel 1957, di una compiuta normativa a tutela della concorrenza, la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), nonché a disciplinare ed introdurvi, con la riforma del 1973 (nota come II novella), la nozione di dipendenza economica e di potere di mercato relativo. Ne ripercorre attentamente il processo M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 23 ss. Il fondamento comune dei due divieti spiega il senso dell'accesso dibattito in merito alla riconduzione dell'abuso di dipendenza economica al diritto della concorrenza o al diritto dei contratti, ovvero all'individuazione dell'interesse che, in tale scenario, risulta lesa: se solo quello dell'impresa dipendente o anche quello generale di tutte le imprese che operano nello stesso mercato. Per una ricostruzione – e critica – delle diverse tesi, in particolare, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 7 ss.

¹⁴ S. SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *ODC*, n. 1, 2022, pp. 119-120, nota che si tratta delle condizioni che, nonostante le divergenze strutturali tra le diverse normative, si riscontrano in diversi Stati membri dell'Unione europea. Ad esse si aggiunge, negli ordinamenti che inquadrano questo abuso nell'ambito del diritto della concorrenza, il requisito «[del]l'impatto della condotta (concreto o potenziale) sul funzionamento o sulla struttura del mercato». Sotto il profilo della frammentazione normativa in materia si tenga peraltro conto che il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 92 del trattato, lascia ancora ad oggi impregiudicata la possibilità di adottare e

In Italia, l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, fondamentale riferimento normativo in materia¹⁵, definisce la dipendenza economica come «la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»¹⁶. Nonché, quale ulteriore – se non unico vero e proprio¹⁷ –

applicare a livello nazionale delle norme sulla concorrenza più severe rispetto a quelle europee e che vietino o sanzionino comportamenti unilaterali delle imprese, anche «nei confronti di imprese economicamente dipendenti» (*considerando 8*). A livello europeo manca in sostanza una disciplina uniforme o (anche soltanto) armonizzata sull'abuso di dipendenza economica. Su questa possibile prospettiva, in ottica comparatistica, EAD., *Economic Dependence in Digital Markets: EU Remedies and Tools*, in *M&CLR*, vol. 5, n. 1, 2021, pp. 81 ss.

¹⁵ La letteratura dedicata all'argomento, già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge sulla subfornitura nelle attività produttive, è vastissima. In particolare, tra i tanti, e oltre alle citazioni già riportate, A. BARBA, *Abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1998, pp. 297 ss.; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 1998, pp. 712 ss.; R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, nn. 1-2, 1998, pp. 268 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4, 1999, pp. 1181 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 1999, pp. 639 ss.; A. GEMMA, *Abuse of Economic Dependence Between Competition Law and Contract Law*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2000, pp. 357 ss.; T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2000, pp. 345 ss.; V. PINTO, *Abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, *ivi*, n. 4, 2000, pp. 389 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2003; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004.

¹⁶ La formulazione del primo periodo dell'art. 9, comma 1, ricorda immediatamente quella dell'art. 33 cod. cons., che definisce le clausole vessatorie in quanto «determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». L'elemento comune, lo squilibrio, che in un caso è «significativo», nell'altro «eccessivo», rileva tuttavia sotto profili diversi: di nullità della clausola abusiva nel contratto del consumatore; di presupposto per considerare (eventualmente) abusive le condotte dell'impresa dominante nei confronti di quella dipendente nel contratto tra imprese. Valutazione di abusività del contratto stipulato con un soggetto istituzionalmente debole, nel primo caso, definizione del potere dell'impresa, nel secondo. Sul punto, per un parallelismo nello stesso senso, già con riferimento al vecchio art. 1469 *bis* c.c., si veda V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 394. Rispetto al rapporto tra «significativo squilibrio» e buona fede, A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003, pp. 336 ss.

¹⁷ Nettamente, in questo senso, V. BACHELET, *Il divieto di abuso di dipendenza economica*, in A. D'ADDA, V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici*

criterio di valutazione, in cui manchi una «reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti». Tali circostanze, di per se stesse legittime, non devono in sostanza rappresentare il presupposto su cui perpetrare un abuso, da riconoscersi di volta in volta attivando i rispettivi filtri di indagine.

In particolare, è possibile verificare l'assenza di alternative soddisfacenti, come si osserva anche nella corrispondente esperienza tedesca o francese, quando siano impossibili da reperire ovvero in quanto, seppur esistenti, irragionevolmente onerose¹⁸. L'accertamento di tale elemento della dipendenza consta pertanto di due fasi distinte: innanzitutto, la ricerca sul mercato (rilevante¹⁹) di alternative oggettivamente esistenti; in secondo luogo, sotto un profilo soggettivo, individuale, il controllo della loro reperibilità e attrattività da parte dell'impresa nel caso concreto, da intendersi quale elevata probabilità per quest'ultima di restare competitiva sul mercato anche una volta individuata e portata avanti una scelta, appunto, alternativa²⁰.

del consumatore e d'impresa, Giappichelli, Torino, 2020, p. 169. *Contra*, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 123-124, spec. nota 80, che considera la mancanza di alternative sul mercato come criterio compreso, in quanto sua specificazione, in quello dell'eccessivo squilibrio. Per la totale alternatività tra i due criteri, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 139; ma anche G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1, 2000, p. 31.

¹⁸ M. BAKHOUM, *Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and Its Interface with Abuse of Dominance*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper Series*, 15-15, vol. 7, n. 4, 2015, pp. 11 ss. e in F. DI PORTO, R. PODSZUN (a cura di), *Abusive Practices in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 157 ss.

¹⁹ P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 131-132, insiste sulla definizione del mercato secondo i criteri antitrust, da cui discenderebbe tanto la possibilità che la dipendenza sia circoscritta ad un singolo prodotto o servizio, eventualmente senza nemmeno mettere a rischio la sopravvivenza stessa dell'impresa, quanto il contestuale accertamento di una posizione dominante.

²⁰ Si consideri, come sottolineato da V. BACHELET, *Il divieto di abuso di dipendenza economica*, in A. D'ADDA, V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 169, che la tutela *ex art. 9* della suddetta legge è tuttavia improntata al principio di autoresponsabilità, per cui «ciascuno sopporta le conseguenze negative delle condotte che gli sono imputabili», non potendo pertanto essere invocata da chi non abbia, laddove possibile, evitato l'abuso rivolgendosi ad altri interlocutori commerciali per avviare o proseguire una certa attività. Quanto alla dipendenza di tipo soggettivo, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 132-133, riporta alcuni esempi sintomatici, quali: la convertibilità e l'ammortamento degli investimenti effettuati in funzione dei rapporti con l'impresa dominante; la durata di questi rapporti; il grado di identificazione dell'impresa dipendente con l'immagine commerciale del fornitore; l'importanza del

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

Il divieto persegue in ciò degli scopi inevitabilmente connessi tra loro, ma formalmente distinguibili. A seconda che si consideri come espressione del diritto della concorrenza o dei contratti, l'art. 9 in oggetto può infatti intendersi, rispettivamente, come diretto a tutelare l'intero processo concorrenziale ovvero gli investimenti specifici di un'impresa per l'esecuzione di un certo contratto²¹. Oppure, in una più condivisibile prospettiva di *law and economics*, a proteggere ciascuno di questi interessi, secondo una considerazione della norma quale strumento di riconduzione ad efficienza a fronte di quel fallimento del mercato che è rappresentato dalla sussistenza, di per sé, dell'asimmetria²².

fatturato realizzato con l'impresa dominante; l'impossibilità di cambiare metodo di fabbricazione; l'irragionevolezza delle offerte di altre imprese; l'esistenza di specifici vincoli contrattuali. Cfr. sul punto la delibera dell'AGCM, del 24 luglio 2013, IC43 – Settore della grande distribuzione organizzata.

²¹ Convintamente per la prospettiva civilistica, R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, Giuffrè, Milano, 2014, p. 380. In senso nettamente sfavorevole alla riconduzione delle ipotesi di dominanza relativa sotto la lente antitrust, il parere dell'AGCM, reso il 20 giugno 1995, ai sensi dell'art. 22 della legge sulla tutela della concorrenza e del mercato, che si è posto in evidente contrasto con le iniziali intenzioni del legislatore italiano che, sulla scia delle scelte compiute in Germania e in Francia, voleva introdurre «un ulteriore elemento costitutivo di un efficiente funzionamento del mercato» modificando proprio la disciplina antitrust. Per la tutela esclusiva dell'impresa dipendente, A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 1181 ss.; V. PINTO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 39. Per la connessione, o anche complementarità, tra questa disciplina e quella consumeristica, L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, n. 6, 1998, p. 842. Critico, invece, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 26 ss., che, anche in considerazione della sua rilevanza costituzionale, considera la tutela della concorrenza un principio ordinante dell'intera materia dei rapporti economici, cui ricondurre anche le dinamiche dei rapporti commerciali in stato di dipendenza. In questa prospettiva anche M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, n. 1, 2013, pp. 3-4. In generale, sul ruolo dell'antitrust, diviso tra compiti di protezione sociale e fine, unico, di efficienza, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 107.

²² In questo senso, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 13 ss., sostiene che il diritto della concorrenza, così come quello dei contratti quando interessi gli operatori commerciali, sia indubbiamente ispirato al perseguimento dell'efficienza della negoziazione e dello scambio, rispetto al quale il comune esito delle due discipline non può che essere la condanna di qualsiasi abuso del potere economico. Anche F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, ESI,

In ogni caso, indipendentemente da quale funzione si intenda riconoscere e privilegiare, è opinione convincente e diffusa che la norma non sia rivolta ai soli rapporti di subfornitura, come si potrebbe in effetti ritenere alla luce del contesto, potendo generalmente realizzarsi un abuso di dipendenza economica nei più diversi teatri dei rapporti tra imprese, dai contratti della distribuzione commerciale a quelli della filiera agroalimentare²³.

Questa è la tesi maggiormente sostenuta dalla dottrina, e ormai anche dalla giurisprudenza²⁴. La quale considera che, nonostante la sua collocazione, il divieto presenti una portata generale in quanto norma a «vocazione allargata»²⁵, che, comprendendo finalmente tutti i presupposti necessari ad integrare la fattispecie normativa, trova applicazione in tutte le ipotesi di abuso dello stato di dipendenza economica integrato nell'ambito di qualsiasi relazione di natura commerciale tra imprese, purché destinata a protrarsi nel tempo e implicante il compimento di investimenti specifici²⁶.

Napoli, 2002, pp. 131 ss., riconoscendo una «doppia anima o, se si preferisce, un'anima complessa» alla dipendenza economica, considera «entrambe le traiettorie, assunte singolarmente [...] inadeguate a fornire una chiave interpretativa completa», approdando di conseguenza all'intenzione di seguire un approccio giuseconomico.

²³ In particolare, R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, cit., pp. 380 ss., avvalorata la sostenibilità di questa interpretazione estensiva dell'art. 9 con il dato positivo, che sembra, dalla legge sulla subfornitura in poi, essersi orientato verso la tutela degli investimenti specifici, specie in materia di affiliazione commerciale, di approvvigionamento e affidamento degli impianti di distribuzione di carburanti o, ancora, di ritardo di pagamento.

²⁴ Cass. civ., SS.UU., ordinanza del 25 novembre 2011, n. 24906, in *DeJure*, ha affermato che l'abuso di dipendenza economica «configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura». Nei primi anni di applicazione della norma la giurisprudenza si mostrava infatti orientata nel senso della tesi restrittiva, per cui il divieto era rivolto ai soli rapporti di subfornitura. Per una ricostruzione, M. RUVOLO, *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *Corr. giur.*, n. 5, 2010, pp. 599 ss. Cfr. anche Trib. Bari, 2 luglio 2002, in *Giur. it.*, n. 4, 2003, pp. 724 ss., con nota di R. NATOLI; Trib. Catania, 5 gennaio 2004 e Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, n. 1, I, 2004, pp. 262 ss., con nota di G. COLANGELO; Trib. Roma, 29 luglio 2004, in *AIDA*, 2005, p. 1042; Trib. Roma, 17 marzo 2010, in *Danno resp.*, n. 12, 2010, pp. 1175 ss., con nota di G. COLANGELO.

²⁵ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 76.

²⁶ Tale conclusione appare supportata anche dalla lettera dell'art. 9, che, a differenza delle altre norme della legge in cui è contenuta, non si riferisce all'impresa subfornitrice nei rapporti con la committente, bensì all'impresa cliente – termine che soltanto in questa sede sostituisce quello di committente – che acquista un bene o un servizio da quella dominante, o fornitrice, che le cede beni o servizi in forza di uno schema non riconducibile al contratto

Quanto all'ambito di applicazione della norma, se si assume che la definizione di "impresa" che viene in rilievo in questa sede è ben più ampia di quella ricavabile *ex art.* 2082 c.c., comprendendo infatti ogni persona fisica o giuridica che offre beni o servizi sul mercato²⁷, meno scontata è la possibilità di applicarla ai rapporti della *platform economy*, e più in generale al contesto dei mercati digitali²⁸.

3.1. *Le condotte abusive delle piattaforme digitali: il modello italo-tedesco*

Procedendo dunque all'analisi di questo profilo, evidentemente al centro della presente indagine, occorre innanzitutto riconoscere, ancora una volta, il ruolo di precursore assunto dal legislatore tedesco.

In occasione dell'implementazione della direttiva (UE) 2019/1²⁹, infatti,

di subfornitura. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 133, a sostegno, considera anche il dato comparatistico, segnalando che nemmeno nell'ordinamento tedesco la figura della dipendenza economica è circoscritta ai soli rapporti di subfornitura. D'altra parte, occorre però ricordare che in Germania il relativo divieto di abuso è contenuto nella legge sulla concorrenza e non in altra legge speciale. Nettamente a favore anche M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 2 ss., secondo il quale si tratta di una norma attuativa di principi generali, in quanto tale anche suscettibile di applicazione analogica. Contrario, in dottrina, A. MUSSO, *La subfornitura*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, cit., p. 484, secondo cui, seppur consolidato, l'orientamento maggioritario è insostenibile proprio in considerazione dell'argomento sistematico, che deve invece guidare la ricerca della *ratio* dell'istituto: la scelta del mantenimento della disciplina all'interno di una legge speciale e non della generale legislazione antitrust smentirebbe dunque, a suo avviso, l'interpretazione dominante, imponendo al contrario una conclusione più restrittiva.

²⁷ V. BACHELET, *Il divieto di abuso di dipendenza economica*, in A. D'ADDA, V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 149-150. Cfr. CGUE, sentenza del 23 aprile 1991, causa-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser c Macroton GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

²⁸ Tra le prime decisioni in tal senso, Trib. Milano, 17 giugno 2016, in *AIDA*, 2017, p. 1810, ha condannato Google per l'abuso di dipendenza economica nei confronti di una società di sviluppo e gestione di siti Internet, a cui aveva prima imposto delle condizioni gravose, per poi interrompere arbitrariamente le relazioni contrattuali pendenti, peraltro senza corrispondere gli importi ancora dovuti. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che siffatte condotte avevano impedito all'impresa dipendente di «reperire sul mercato in tempi utili delle alternative soddisfacenti», così individuando i presupposti per la violazione del divieto.

²⁹ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

è stata significativamente innovata la disciplina del già ricordato GWB³⁰, estendendo la portata del divieto di abuso di potere di mercato assoluto o relativo a situazioni proprie delle relazioni P2B, o più precisamente tra le imprese che operano come intermediari nei mercati a più versanti e le imprese che da esse dipendono. È in questa sede che viene quindi tipizzata, ad esempio, la fattispecie del rifiuto di condivisione dei dati di cui un'impresa abbia il controllo e un'altra abbia bisogno per l'esecuzione delle sue attività (sez. 20, par. 1a, GWB).

In questa stessa prospettiva si è ormai posto anche il legislatore italiano³¹.

Il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza (c.d. d.d.l. concorrenza 2021)³² che è stato presentato dal Governo nel 2021 su impulso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)³³, tra le altre cose, intendeva infatti adeguare la lettera dell'art. 9 della legge sulla subfornitura alle dinamiche commerciali P2B. Nello specifico, attraverso l'aggiunta alla norma di un nuovo comma 1 *bis*, diretto all'introduzione della presunzione *iuris tantum* dello stato di dipendenza

³⁰ I riferimenti presenti in queste pagine al contenuto del GWB, «as last amended by Article 2 of the Act of 19 July 2022», ne utilizzano la traduzione ufficiale in lingua inglese resa dal servizio linguistico del Bundeskartellamt, con la collaborazione di Renate Tietjen, e pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia.

³¹ Ma non solo. L'Austria, in particolare, ha modificato con la novella del 9 settembre 2021 la legge sulla concorrenza, la *Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen* (KartG) del 2005. All'esito della riforma i nuovi parr. 4a e 28a si rivolgono alle imprese che agiscono come intermediari sui mercati digitali multiversanti e stabiliscono, rispettivamente, che vi sia dominanza relativa se chi ne acquista i servizi necessita di questa relazione commerciale per evitare di subire seri svantaggi economici; e che il Kartellgericht – il “Tribunale dei cartelli”, coopera con l'Autorità nazionale austriaca, il Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), alla quale non sono attribuiti poteri decisionali – sia tenuto ad indagare sull'eventuale posizione di dominanza assoluta assunta da un'impresa in un mercato digitale multiversante. Diversamente, la Grecia, che ha aggiornato la propria disciplina antitrust da ultimo con la legge 24 gennaio 2022, n. 4886, di “Modernisation of Competition Law for the Digital Era”, non ha introdotto disposizioni in concreto rivolte al controllo delle piattaforme digitali. La riforma, più che alla modernizzazione del diritto della concorrenza, sembra dunque limitarsi a quella dell'attività svolta dall'Autorità nazionale. Recentemente, anche i legislatori di Francia e Belgio hanno modificato le regole interne a tutela della concorrenza (rispettivamente, l'*ordonnance* del 3 luglio 2019, n. 698 e la legge del 28 febbraio 2022), tuttavia senza interessare significativamente il contesto dei mercati digitali, se non, per quanto di interesse, il primo con il già citato art. L442-1, comma 3, *code comm.* e il secondo con l'art. XV.125/4/1 *code dr. éco.*, entrambi concernenti l'applicazione del regolamento P2B.

³² Annunciato nella seduta del Consiglio dei Ministri n. 386 del 14 dicembre 2021.

³³ Segnalazione dell'AGCM, del 22 marzo 2021, AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021.

economica di «un'impresa che utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati» (art. 29 d.d.l. concorrenza 2021).

Tale previsione è infine confluita, testuale, nel primo comma dell'art. 9, a seguito dell'approvazione della legge 5 agosto 2022, n. 118³⁴.

In questo modo, si ripropone un approccio invero ricorrente nella disciplina del divieto di abuso di dipendenza economica, che già conosceva in effetti il ricorso allo strumento della presunzione. L'ultima novità legislativa si affianca così ad altre presunzioni già note, ma previste in via assoluta, quali quella del comma 3 *bis* dello stesso art. 9, aggiunto dalla legge 11 novembre 2011, n. 180, per cui la violazione diffusa e reiterata della disciplina in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, posta in essere in danno delle imprese creditrici, configura un abuso a prescindere dall'accertamento dello stato di dipendenza economica. Oppure quella di cui all'art. 17, comma 3, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. decreto liberalizzazioni), dedicato ai rapporti fra i gestori di impianti di distribuzione di carburante e le grandi imprese che ne sono titolari o fornitrici, per cui i comportamenti posti in essere da questi ultimi «allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore integrano abuso di dipendenza economica»³⁵.

La scelta di questa tecnica normativa³⁶, in senso per di più relativo,

³⁴ Si tratta della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, entrata in vigore il 27 agosto 2022, di cui rileva in questa sede l'art. 33, che ha apportato le modifiche a cui si fa riferimento. Per una dettagliata analisi della riforma, V. BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1, 2023, pp. 51 ss.

³⁵ Cfr. Trib. Massa, 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 3, 2015, pp. 218 ss., con nota di V. BACHELET.

³⁶ In senso contrario il punto di vista di S. SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 146-147, che sostiene come non sia opportuno ragionare per presunzioni in sede di accertamento di uno stato di dipendenza economica, nella fase di valutazione oggettiva come in quella soggettiva, nella misura in cui, in questo modo, non viene adeguatamente verificata la «intrusione opportunistica dell'impresa forte nelle scelte di autonomia dell'impresa debole, erodendone uno dei momenti fondamentali e tipici dell'attività d'impresa», con effetti disfunzionali «nel sistema dei rimedi ai comportamenti abusivi». L'opinione dell'Autrice non appare tuttavia suffragata dalla descritta tendenza del legislatore in questo senso, che si spiega nell'ottica di individuare situazioni in cui, all'opposto, sarebbe eccessivamente gravoso per l'impresa dipendente dimostrare di essere tale. Anche il confronto (pp. 147-148), critico, con la definizione di *gatekeeper* contenuta nella disciplina del DMA, che non necessariamente coincide con la piattaforma cui fa

si spiega in quanto potrebbe rappresentare un incentivo all'adozione di comportamenti virtuosi da parte delle piattaforme digitali, in virtù del principio dell'*accountability*, nel solco delle più recenti proposte e riforme, a livello europeo, in tema di dati e mercati digitali³⁷. Perché se, da un lato, occorre ammettere che queste ultime difficilmente riusciranno, in concreto, a superare la presunzione e a dimostrare l'effettiva assenza di uno stato di dipendenza, specie quando detengono un significativo potere di mercato – stavolta in senso assoluto, oltre che relativo; dall'altro, il divieto dell'abuso così realizzato non potrebbe comunque considerarsi violato laddove la condotta della piattaforma rispetti i criteri imposti dalla normativa nazionale e comunitaria³⁸.

Ancora, il comma 2 dell'art. 9, che già proponeva un'elencazione non tassativa di fattispecie abusive, è stato a sua volta integrato³⁹, sul modello della recente riforma tedesca, con ulteriori esempi di condotte, abusive, specifiche delle «piattaforme digitali di cui al comma 1». Nello specifico, il riferimento attuale è quindi alla fornitura di «informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito»⁴⁰; ma

riferimento la riforma italiana, non appare costituire un aspetto effettivamente centrato, in quanto per la violazione del divieto di abuso di dipendenza economica è sufficiente l'individuazione di un potere di mercato relativo, non assoluto. Pertanto, il riferimento al «ruolo determinante» da essa assunto non interessa il mercato in senso generale, ma va inteso, alla luce di una visione sistematica della disciplina di questo abuso, comunque riferito al rapporto intercorrente con l'impresa (presuntivamente) in stato di dipendenza.

³⁷ Il riferimento è, ancora una volta, alla strategia europea dei dati e al pacchetto digitale europeo.

³⁸ Si pone in senso critico il Prof. Giuseppe Colangelo, con una relazione presentata in sede di esame del d.d.l. concorrenza 2021 presso la X Commissione del Senato, in data 16 febbraio 2022, laddove ritiene, in particolare, che l'introduzione di questa presunzione realizzi una discriminazione del tutto ingiustificata, oltre che unica nel panorama normativo europeo, tra operatori dei mercati digitali e non, nonché che l'onere probatorio così posto in capo alla piattaforma sia eccessivamente difficile da superare.

³⁹ Rispetto all'elenco proposto dall'AGCM in sede di segnalazione (si veda spec. p. 56), sebbene anch'esso formulato a titolo soltanto esemplificativo, sia il Governo (art. 29 d.d.l. concorrenza 2021), prima, che il Parlamento (art. 33 legge concorrenza 2021), poi, hanno accolto, seppur in modo diverso, soltanto quelle più generiche, come quelle riportate nel corpo del testo. Per conto suo, l'Autorità aveva invece manifestato l'opportunità di una maggiore concretezza nella descrizione delle condotte vietate, nell'ottica privilegiare «il profilo della certezza giuridica» e agevolare l'adeguamento delle piattaforme entro un chiaro perimetro di liceità.

⁴⁰ La formulazione di questa condotta ricalca quella di cui alla sez. 19a, par. 2, n. 6, GWB, ai sensi della quale il Bundeskartellamt può vietare di «providing other undertakings with insufficient information about the scope, quality or success of the service rendered or commissioned, or otherwise making it more difficult for such undertakings to assess the

anche alla richiesta «di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta»⁴¹; nonché, infine, all'adozione di «pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere», la quale si propone quale regola generale di contrasto dei fenomeni di *lock-in*, non solo quando siano generati da apposite clausole negoziali, ma anche quando costituiscano l'effetto di comportamenti della piattaforma utili a dissuadere i clienti (sia consumatori che utenti commerciali) dalla migrazione verso altri fornitori⁴².

Fino a quest'ultima riforma, il capoverso dell'art. 9 considerava in effetti tre sole ipotesi di condotte rilevanti sotto il profilo dell'abuso: l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie⁴³,

value of this service».

⁴¹ V. BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi*, cit., pp. 64-65, precisa come la condotta sia abusiva per la sola e semplice richiesta di tali prestazioni, a prescindere dalla circostanza del loro effettivo adempimento. In ciò, coglie la somiglianza della disposizione con quella di cui all'art. 5, lett. g), del d. lgs. 8 novembre 2021, n. 198, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, che vieta invece «il conseguimento di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali».

⁴² In questi termini, condivisibilmente, V. BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi*, cit., pp. 66-67, che guarda con favore a questa previsione introdotta nel corso dell'esame del disegno di legge in Senato. A differenza della versione definitivamente approvata dal Parlamento, l'art. 29 d.d.l. concorrenza 2021 prevedeva un'ulteriore condotta abusiva, consistente «nell'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti». La quale, si noti, ricalcava quasi interamente la disposizione di cui all'art. 102, par. 2, lett. c), TFUE, per cui tra le pratiche di sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato unico rientra proprio l'applicazione nei rapporti commerciali di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, a svantaggio della concorrenza; nonché allo speculare art. 3, comma 1, lett. c), della normativa nazionale antitrust.

⁴³ Lo squilibrio così ingenerato è frutto di quell'asimmetria di tipo economico che qualifica il c.d. terzo contratto, in ciò generalmente distinto da quello del consumatore, ove la subordinazione del soggetto debole al professionista si parametrizza sulla base del diverso patrimonio informativo a disposizione delle due parti del rapporto. Mentre allora la tutela dell'impresa dipendente si estende a quelle condizioni contrattuali che riguardano anche il contenuto economico del contratto; quella del consumatore è limitata al solo contenuto normativo del contratto, in quanto, ex art. 34, comma 2, cod. cons., la valutazione del carattere vessatorio di una clausola si estende alla determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, soltanto nel caso in cui tali elementi non siano stati individuati in modo chiaro e comprensibile. Peraltro, a ulteriore distinzione, se l'art. 33, comma 2, cod. cons. presenta un elenco di clausole il cui carattere di abusività è presunto, fino a prova contraria, in quanto determinanti a carico

l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto⁴⁴ e il rifiuto di contrarre (di vendere o di comprare)⁴⁵. Ciascuna di queste è caratterizzata – forse potendosi in ciò spiegare la scelta del Governo e del Parlamento di non procedere nel senso proposto dall'AGCM – da una genericità tale da attribuire all'interprete un notevole margine di azione, cui è peraltro lasciato, al contempo, il compito di individuare eventuali ulteriori modalità di realizzazione di comportamenti abusivi. La lettera del nuovo art. 9, comma 2, per cui «[I]e pratiche abusive [...] possono consistere anche [...]», permette infatti di considerare, da un lato, che le pratiche indicate al primo periodo si estendano anche ai comportamenti delle piattaforme digitali; dall'altro, che l'elenco di cui al secondo periodo sia pacificamente esemplificativo, essendo suscettibile di essere di volta in volta integrato in base alle circostanze del caso concreto.

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

Occorre allora verificare se e come possano essere ricondotte alla sua

del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi che discendono dal contratto, il corrispondente parametro contenuto a titolo esemplificativo dall'art. 9, comma 2, in commento, chiede al giudice di valutare autonomamente e in concreto che una certa condizione contrattuale sia ingiustificatamente gravosa o discriminatoria. Da questo punto di vista, per quanto la proposta di riforma di questa stessa disposizione da parte dell'AGCM intendesse mantenere il carattere esemplificativo della lista di condotte abusive, sembra potersi ritenere che la direzione auspicata dall'Autorità fosse in effetti quella di tipizzare quante più fattispecie possibili, similmente all'approccio adottato alle relazioni B2C, probabilmente anche in considerazione della sempre maggiore standardizzazione dei rapporti contrattuali tra le piattaforme e le imprese nell'economia digitale.

⁴⁴ Il termine interruzione viene qui in rilievo in quanto cessazione di fatto, e può qualificarsi, a seconda delle circostanze, come disdetta di un contratto a termine non rinnovabile; come mancato rinnovo; come recesso da un contratto a tempo indeterminato, anche quando viene rispettato il termine di preavviso previsto o la clausola prevede la possibilità di recedere *ad nutum* (M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 5, 2019, p. 963). Perché il comportamento interruttivo di un rapporto possa essere considerato abusivo è richiesto necessariamente l'intervento del giudice, chiamato a valutare secondo le circostanze del caso concreto. Infatti, a differenza delle condotte di cui sopra, che si concretizzano nella previsione di una clausola del contratto P2B, in questi casi difficilmente l'abuso potrà essere riconosciuto all'interno dell'accordo, dovendosi piuttosto verificare il concreto agire dell'impresa.

⁴⁵ V. BACHELET, *Il divieto di abuso di dipendenza economica*, in A. D'ADDA, V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 153, precisa che anche questa condotta tipica, sebbene non sia specificato espressamente come per la precedente, deve presentare il carattere dell'arbitrarietà. Sul punto, M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 15-16.

disciplina le fattispecie già considerate in termini astratti, sia quando lo stato di dipendenza economica tra un'impresa-piattaforma digitale e un'impresa-utente commerciale costituisca l'oggetto di un apposito procedimento di accertamento, sia quando venga presunto, e non adeguatamente contestato.

Rispetto al primo scenario, si tenga a mente che lo stato di dipendenza nell'ambito dei rapporti della *platform economy* viene comunemente riconosciuto in considerazione di quanto risulti in concreto complessa per gli utenti commerciali la ricerca, prima, e l'individuazione, poi, di valide alternative sul mercato – specie sotto il profilo dei costi – per la vendita di beni e servizi ai consumatori. E ciò è vero anche quando non entrano in gioco le piattaforme più diffusamente conosciute e utilizzate dal grande pubblico, in quanto tali tendenzialmente capaci di godere di un potere di mercato assoluto, sicché, in generale, tutti i fornitori di servizi di intermediazione il cui potere rilevi nel semplice rapporto bilaterale con un utente commerciale – potendo peraltro costituire, questo, il preludio del consolidamento di un più ampio potere – sembrano soggetti all'applicazione della disciplina in discorso⁴⁶.

D'altra parte, nella misura in cui il meccanismo presuntivo si rivolge non a qualsiasi piattaforma digitale di intermediazione, ma solo a quella che abbia «un ruolo determinante per raggiungere utenti finali e fornitori», sembra che il relativo procedimento non segua, in sostanza, uno schema difforme⁴⁷. E tanto trova una significativa conferma in sede di prima applicazione, da parte dell'AGCM, dell'art. 9 riformato, che ha peraltro interessato una delle c.d. GAFAM⁴⁸. In occasione della verifica circa la sussistenza della dipendenza economica della Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE) nei confronti di Meta⁴⁹, l'Autorità ha infatti descritto, con opportuni riferimenti ai servizi offerti dai *social network* del gruppo e ai numeri che ne dimostrano il successo e l'ampia diffusione a fini commerciali e di consumo⁵⁰, i motivi per cui si tratta di piattaforme che hanno un ruolo,

⁴⁶ Ciò, si ritiene, in quanto, come efficacemente descritto da R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubb.*, n. 3, 2021, p. 958, «annidarsi stabilmente nella piattaforma è, per l'utente commerciale, strategia vitale per propiziare il successo (o, almeno, la sopravvivenza) sul mercato digitale, quello che ormai conta davvero, perché, se non vi si atterra radicandosi in modo consistente, è come se non si esistesse».

⁴⁷ In questa prospettiva anche V. BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi*, cit., p. 60.

⁴⁸ La sigla, ormai diffusamente utilizzata, include come è noto Google (Alphabet), Apple, Facebook (Meta), Amazon e Microsoft.

⁴⁹ AGCM, caso A559 – Meta/SIAE, provvedimento del 20 aprile 2023, n. 30606, spec. parr. 49 ss.

⁵⁰ *Ivi*, spec. parr. 57 ss.

appunto, determinante. In particolare, in relazione ai «volumi di utenti raggiungibili», che, poiché «le piattaforme di *social network* fondano la propria redditività sulla *customer experience* degli utenti e sugli effetti di rete», costituiscono il parametro di riferimento per indicarne la posizione «di maggior rilievo» sul mercato sia europeo che statunitense⁵¹. Una considerazione, questa, che si pone in stretta continuità con le conclusioni cui era già pervenuta l'Autorità tedesca⁵², nell'applicazione di una disciplina che, si diceva, costituisce il precedente che ha ispirato l'intervento del legislatore italiano. Così, non accogliendo le argomentazioni di Meta, l'AGCM ha ritenuto applicabile la presunzione⁵³.

3.2. *Itinerari applicativi dell'abuso relativo*

Tentando ora di mettere effettivamente in pratica l'approccio metodologico prescelto, si vuole dunque dare spazio ad alcune considerazioni rispetto alla fase applicativa delle disposizioni normative appena esaminate, ovvero alla sussunzione dei fatti che compongono quelle condotte che, nell'ambito delle relazioni P2B, è stato detto presentare specifici profili di abusività.

Si consideri innanzitutto la condotta consistente nella modifica arbitraria del *ranking* da parte di una piattaforma digitale, la quale sembra poter ben integrare la nuova fattispecie dell'insufficienza delle informazioni relative al servizio di intermediazione fornito, oppure, guardando alle originarie ipotesi dell'art. 9, comma 2, dell'imposizione di condizioni contrattuali gravose o discriminatorie in assenza di alcuna giustificazione. Peraltro, pur non volendo individuare la soluzione nella disciplina di settore, tale pratica si presta ad essere considerata abusiva anche perché contraria a buona fede, in quanto condotta in ogni caso idonea ad incidere negativamente sull'esercizio dell'attività d'impresa. L'elemento dell'arbitrarietà, necessario alla qualificazione dell'abuso, verrebbe riconosciuto nel comportamento tenuto nell'inosservanza o in violazione dei criteri di posizionamento che la normativa europea impone di determinare ed indicare a fini di trasparenza

⁵¹ *Ivi*, par. 63-64.

⁵² Bundeskartellamt, decisione B 6 – 27/21, del 2 maggio 2022, che considera, nel senso di cui alla sez. 19a, par. 1, GWB, il ruolo di *paramount significance for competition across markets* di Meta nell'offerta, nell'ambito della domanda globale di servizi di *social media*, «to several billion private users from all age and target groups as well to business user groups consisting of, for example, advertisers and service providers, content providers, news and product providers, website and software developers» (par. 640).

⁵³ AGCM, caso A559 – Meta/SIAE, cit., par. 66.

(art. 5 reg. P2B). Specificamente, nella misura in cui lo spostamento di un'offerta commerciale da una posizione all'altra, dall'alto verso il basso o viceversa, avvenga in mancanza di informazioni chiare rispetto al criterio utilizzato – a maggior ragione se principale – oppure alle modalità con cui ne sia stato fatto ricorso.

L'area grigia che si genera attorno alla necessità di bilanciare il relativo obbligo informativo con la tutela dell'eventuale segreto industriale concernente il funzionamento dello strumento, tendenzialmente algoritmico, di determinazione del *ranking*, permette infatti alla piattaforma di far apparire il suo comportamento in linea con i criteri di posizionamento adottati, in quanto la modifica non è abusiva *per se*. Allo stesso tempo, però, impedisce all'utente commerciale coinvolto di prevenire e scongiurare un esito svantaggioso in termini di visibilità, ovvero di adoperarsi adeguatamente al fine di migliorare la propria condizione o, ancora, di valutare, laddove esistenti, altre opportunità commerciali che potrebbero risultare più favorevoli.

In sostanza, l'abuso si cela in questa rischiosa incertezza sul funzionamento di strumenti qualificanti i rapporti P2B. In totale contrasto con un intervento normativo che si pone invece nell'ottica di riequilibrare il più possibile quell'asimmetria informativa che, come si è detto a più riprese, caratterizza le rispettive posizioni dei contraenti similmente al rapporto diseguale oggetto della disciplina consumeristica.

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

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

Il rimedio individuabile per queste forme di abuso appare dunque quello della nullità delle condizioni gravose o discriminatorie previste senza

giustificazione nel contratto; ovvero, quando l'abuso si riscontri nel solo comportamento dell'impresa forte, dell'inibitoria, un provvedimento del giudice che, accertata l'antigiuridicità della condotta, impone all'autore della stessa di astenersi dal compiere ulteriori violazioni. Oltre, evidentemente, alla possibilità di procedere in via risarcitoria.

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

Gli utenti commerciali non possono vantare alcun diritto a rimanere illimitatamente su una piattaforma, come viene confermato anche dall'apposita previsione *ex art. 4 reg. P2B*. Tuttavia, non ogni comportamento interruttivo di rapporti di durata può dirsi giustificato, conseguendone l'opportunità di prestare adeguate forme di tutela.

Pertanto, per le ipotesi in cui manchi il relativo supporto motivazionale ovvero non vengano rispettati i termini previsti⁵⁴, si può sostenere che l'interruzione arbitraria del rapporto, temporanea o definitiva che sia, faccia sorgere in capo alla parte lesa – l'utente commerciale – il diritto al risarcimento del danno subito per la perdita di un affidamento ragionevolmente riposto nella prosecuzione del rapporto, nella considerazione tanto del danno emergente, la mancata fruizione del servizio di intermediazione sulla vetrina virtuale, quanto del lucro cessante, la mancata opportunità di concludere nuove operazioni commerciali. La circostanza appare inoltre idonea ad ammettere l'intervento della tutela inibitoria, ad opera del giudice, diretta alternativamente alla cessazione dell'abuso (inibitoria negativa) oppure al prolungamento del rapporto (inibitoria positiva)⁵⁵.

Quando, invece, la cessazione del rapporto opera in forza dell'applicazione di apposite previsioni imposte dal regolamento negoziale, sembra poter trovare spazio la sanzione della nullità di protezione dell'art. 9, nella misura in cui si intendano applicare in tal modo delle condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie⁵⁶. Pure in questo caso, se ne

⁵⁴ In particolare, cfr. art. 4 reg. P2B.

⁵⁵ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso*, cit., p. 967, la quale considera come la valutazione sull'affidamento riposto dalla parte debole alla prosecuzione del rapporto richieda al giudice di «interrogarsi sul tempo astrattamente necessario all'impresa dipendente per ricollocarsi sul mercato», tenendo conto «della durata dei rapporti pregressi, del numero di contratti intercorsi fra le parti, degli usi, degli atteggiamenti dell'impresa forte, insomma di tutto ciò che razionalmente induce a porre affidamento nella prosecuzione del rapporto».

⁵⁶ A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Cedam, Padova, 2018, pp. 50

ricorrono i presupposti, non si riscontrano limiti per una tutela anche di tipo risarcitorio.

Secondo la stessa bipartizione sembra potersi procedere di fronte agli abusi rivolti alla reputazione di un utente commerciale ovvero di un professionista, ad esempio attraverso l'eliminazione di recensioni positive o il trattamento aggregato, incontrollato e imprevedibile, dei dati ad esso riferiti.

Ciò in quanto le azioni di carattere inibitorio ammesse dal terzo comma dell'art. 9 appaiono idonee ad ottenere l'imposizione di obblighi tanto di *facere* quanto di *non facere*⁵⁷ in senso utile a reintegrare l'immagine, ampiamente intesa, del soggetto leso all'interno della piattaforma, ad esempio ripubblicando i commenti positivi cancellati o ricalcolando il punteggio, espresso in cifre o simboli, risultante dai tutti i voti degli utenti. La tutela invalidatoria potrebbe proporsi invece quale strumento funzionale a caducare il regolamento negoziale intercorrente tra le parti da quelle previsioni che, ingiustificatamente, impongano condizioni gravose o discriminatorie: dalle regole di funzionamento dei sistemi di *rating and review*, potenzialmente contenuto di un segreto industriale, agli effetti relativi alla presenza di recensioni negative sul profilo dell'utente commerciale o del professionista, la piattaforma è infatti in grado, con la predisposizione unilaterale e non negoziabile delle regole di esercizio dell'intermediazione, di determinarne il destino anche oltre il termine del rapporto negoziale, da cui la loro idoneità ad essere dichiarate nulle.

A prescindere dalle considerazioni, comunque necessarie, sulle occasioni di un utente commerciale o di un professionista di seguire altre vie, rivolgendosi ad un'altra piattaforma di intermediazione o utilizzando esclusivamente canali propri, ovvero ancora abbandonando definitivamente

ss., le cui considerazioni riferite al recesso sembrano estendibili anche al caso in esame, laddove ritiene che il giudice possa sottoporlo «a un controllo di razionalità materiale, ossia a un controllo equitativo», nonché, in relazione alle circostanze del caso concreto e in particolare rispetto ai costi di riconversione degli investimenti idiosincratici, impedirne l'efficacia e riconoscere «un'indennità in relazione alle spese sostenute».

⁵⁷ L'utilizzo del termine al plurale, «inibitorie», lascia infatti propendere per la considerazione del rimedio in questione in senso positivo o negativo a seconda del provvedimento emesso. In questo senso, P. FABBIO, *Labuso di dipendenza economica*, cit., p. 512. Cfr. ID., *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 7-10, 2002, pp. 326 ss.; M.R. MAUGERI, *Modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica e agli artt. 8 (imprese pubbliche e in monopolio legale) e 15 (diffide e sanzioni) della legge antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 5, 2001, pp. 1061 ss., spec. p. 1078; nonché R. NATOLI, *Labuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 152-153, che si pone in senso favorevole all'applicazione analogica dell'art. 2599 c.c. a qualsiasi ipotesi di conflitto tra imprenditori.

la dimensione digitale per offrirsi ai propri utenti o per cercarne di nuovi, non può non tenersi conto delle ripercussioni che il fattore reputazionale può avere, in senso negativo e definitivo, sulla sua capacità di restare competitivo in quanto tale. Di continuare cioè, proprio in termini generali, lo svolgimento della propria attività d'impresa.

In questo senso, appaiono altresì individuabili i presupposti per agire, in via esclusiva o cumulativa, per il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione della propria reputazione⁵⁸.

Infine, guardando al profilo della portabilità dei dati, la forma di abuso che si realizza in particolare nella formazione di fenomeni di *lock-in* all'interno di una piattaforma⁵⁹, potrebbe considerarsi riconducibile alla fattispecie dell'adozione di pratiche (a livello contrattuale o meramente comportamentali) che inibiscono o ostacolano la richiesta del medesimo servizio ad un altro fornitore. Ciò, nella misura in cui, si è detto, l'imposizione di limiti o complicazioni alla trasmissione dei dati da un titolare a un altro, che certamente si riferisce anche alla determinazione di un corrispettivo ingiustificato per procedere a questo specifico adempimento, sia in grado di impedire la mobilità degli utenti commerciali sul mercato ovvero di arrecare loro un danno.

Il rimedio potrebbe allora consistere alternativamente nella nullità del patto ovvero in un provvedimento del giudice di condanna a un apposito obbligo di *facere*, che sbrighi il trasferimento dei dati da inutili difficoltà, oltre che nel risarcimento del danno patito di fronte agli ostacoli alla circolazione dei dati – dal semplice ritardo alla definitiva negazione – posti dal primo titolare.

⁵⁸ Sulla risarcibilità del danno patrimoniale per la diminuzione delle opportunità di intrattenere nuovi rapporti commerciali o sviluppare quelli esistenti, già, in senso generale, V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, p. 307.

⁵⁹ Tale ipotesi ben si presta a descrivere un esempio concreto degli effetti generati dall'esposizione dell'impresa dipendente all'eccessiva pressione economica indotta dalla controparte che abusa della propria posizione di forza, in quanto, come descritto in termini generali da V. FALCE, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, nn. 4-5, 2021, p. 192, «in presenza di un grave squilibrio, la parte contrattualmente debole diventa economicamente *captive*, prigioniera cioè di un rapporto che non è in grado di sostituire e dal quale non è in grado di liberarsi».

4. *L'abuso di posizione dominante*

Ampliando l'orizzonte dell'analisi nella prospettiva più generale della tutela del mercato, nella progressione dei profili discussi sinora, occorre volgere lo sguardo al diverso ma congiunto divieto di abuso di posizione dominante, che, specialmente negli ultimi dieci anni, ha costituito un importante strumento di contenimento del potere delle grandi imprese del digitale all'interno del mercato unico e nazionale⁶⁰.

La materia, infatti, a differenza di quanto ricordato relativamente al divieto di abuso di dipendenza economica, è contestualmente regolata da normativa e interna e comunitaria, seppur con norme quasi del tutto coincidenti: a) l'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287; e b) l'art. 102, par. 1, TFUE, laddove il primo vieta «l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante» e il secondo dichiara «incompatibile con il mercato interno e vietato [...] lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». Accanto all'abuso in senso generale, in entrambi i casi vengono inoltre specificate quattro ipotesi tipiche di comportamenti vietati, riferite all'imposizione di prezzi o condizioni a) ingiustificatamente gravose o b) non eque; alla limitazione alla produzione, agli sbocchi o a) agli accessi al mercato, allo sviluppo tecnico o a) al progresso tecnologico, a danno dei consumatori; all'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, in modo tale da determinare per i propri contraenti uno svantaggio nella concorrenza; alla necessaria accettazione per la conclusione di un contratto di prestazioni supplementari che, per loro natura o per gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dello stesso: le c.d. pratiche leganti.

Queste condotte non sono tuttavia vietate *per se*⁶¹, ma esprimono una

⁶⁰ In termini economici, il concetto di potere di mercato viene definito dalla Commissione europea nella Comunicazione della Commissione (2004/C 101/08) "Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato" come «la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore a quello competitivo per un periodo significativo o di mantenere la produzione, in termini di quantitativi prodotti, di qualità e varietà dei prodotti o di innovazione, ad un livello inferiore a quello competitivo».

⁶¹ G. D'IPPOLITO, *L'abuso di posizione dominante*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Milano, 2018, p. 551, introduce infatti il proprio discorso evidenziando che l'acquisizione, anche progressiva, di potere di mercato «può essere considerata come il motore fisiologico del processo concorrenziale, idoneo a contribuire all'efficienza del mercato».

forma di abuso rilevante per la disciplina antitrust soltanto nella misura in cui vengano poste in essere da un'impresa che detiene una quota di mercato tale da permetterle di influire sul funzionamento complessivo dello stesso tenendo comportamenti «alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»⁶². Ostacolando in questo modo la libera concorrenza, a svantaggio di tutti gli operatori del mercato: ancora, dai concorrenti ai consumatori.

Lo scopo della disciplina antitrust è in sostanza quello di impedire l'abuso e lo sfruttamento illegittimo di una posizione dominante, non le possibilità di ambirvi, di ottenerla o di consolidarla⁶³.

Proprio perché rivolto espressamente ed esclusivamente a tali soggetti, il divieto dell'abuso si dice attribuire loro la "speciale responsabilità" di garantire il mantenimento di una concorrenza effettiva nel mercato in cui operano, che si traduce in particolare nell'attribuzione di obblighi di trasparenza, di equità e di non discriminazione, la cui violazione realizzerebbe il superamento del limite massimo di tolleranza, o meglio il perimetro dell'agire lecito, oltre il quale il restringimento della concorrenza nelle dinamiche del libero mercato non viene più considerato ammissibile⁶⁴.

⁶² CGUE, sentenza del 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1979:36, spec. par. 38. Che si tratti della definizione cui fare riferimento è esplicitato dalla Comunicazione della Commissione (97/C 372/03) "Sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza", p. 6. Cfr. anche CGUE, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c Commissione delle Comunità europee*, cit.

⁶³ A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Utet, Milano, 2018, pp. 456 ss., che considera a tal riguardo la funzione essenzialmente repressiva e non preventiva della normativa in oggetto. Da ciò consegue peraltro che certi comportamenti vengono considerati abusivi solo perché tenuti da un'impresa dominante, laddove se tenuti da un soggetto diverso sarebbero invece considerati legittimi (cfr. CGUE, sentenza del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA, Dafra-Lines A/S c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2000:132).

⁶⁴ M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *ODC*, n. 3, 2018, p. 7, ricorda come la formula della speciale responsabilità, elaborata dalla giurisprudenza europea degli anni Settanta e Ottanta, oggetto di critiche per il suo apparente moralismo, sia ormai indicata quale carattere essenziale dell'abuso di posizione dominante, utilizzata in quanto tale nei documenti della Commissione europea (es. Comunicazione della Commissione (2009/C 45/02) "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti", p. 7, che già nell'introduzione richiama la «responsabilità speciale [dell'impresa in posizione dominante] di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente priva di distorsioni nel mercato comune») e nelle pronunce della Corte di giustizia (*ex multis*, tra le più recenti,

Ai fini dell'individuazione di una posizione dominante, è dunque necessario dare sostanza alla generica indicazione circa la sussistenza di una quota di mercato particolarmente elevata, in mancanza tuttavia di apposite istruzioni da parte del legislatore. Tanto è allora possibile soltanto ricorrendo a taluni fattori elaborati dalle autorità di settore e dalla giurisprudenza, a livello sia comunitario che nazionale, tra cui la distanza rispetto al titolare della seconda quota di mercato e la c.d. polverizzazione delle altre; l'esistenza di barriere all'ingresso, tipicamente finanziarie, tecniche e commerciali, nonché, nei casi di interesse in questa sede, tecnologiche; l'offerta particolarmente vasta di una certa gamma di prodotti o servizi; o, ancora, l'esistenza di una forte integrazione verticale. Su queste basi, la posizione dominante viene considerata sempre esistente quando risulta una quota di mercato superiore al 70%; mentre è relativamente presunta se compresa tra il 50% ed il 70%, ponendosi in questo caso in capo all'impresa interessata l'onere di dimostrare l'esistenza di una concorrenza effettiva⁶⁵.

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

Perché la ricerca degli indicatori da ultimo considerati abbia un significato per l'interprete, occorre che sia contestualizzata all'interno del mercato in cui una certa impresa è attiva, oltre che in considerazione dei suoi concorrenti. È, questa, la definizione del c.d. mercato rilevante.

Tale operazione costituisce «condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale»⁶⁶, rappresentando, nell'ambito dell'analisi concorrenziale, la fase funzionale

CGUE, Grande Sezione, sentenza del 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. c Commissione europea*, ECLI:EU:C:2017:632, spec. par. 135, ove si afferma che «all'impresa che detiene una posizione dominante incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno»).

⁶⁵ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 623-624. Cfr. CGUE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c Commissione delle Comunità europee*, cit.; CGUE, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1996:436. Cfr. A. CONTALDO, F. PELUSO, *L'abuso di posizione dominante in internet*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., pp. 589-590.

⁶⁶ Trib. UE, sentenza del 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen AG c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2000:180, par. 230.

per delimitare il contesto in cui determinate imprese sono in concorrenza tra loro e individuare le pressioni concorrenziali a cui sono sottoposte. A tal fine, si ricorre così alla verifica circa la sostituibilità della domanda e la sostituibilità dell'offerta, da eseguire nella duplice dimensione merceologica (c.d. mercato del prodotto) e geografica (c.d. mercato geografico)⁶⁷.

Considerando il lato della domanda, l'indagine richiede di interrogarsi sulla possibilità che i consumatori intendano sostituire un prodotto con un altro, rispetto al primo fungibile in ragione delle caratteristiche, del prezzo e dell'uso a cui è destinato; e/o, rivolgersi ad operatori attivi in una zona diversa, ma le cui condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee. Quanto al lato dell'offerta, invece, il quesito concerne la possibilità per produttori e distributori di riconvertire, rispettivamente, la produzione e il sistema di distribuzione per far fronte, in tempi ragionevolmente rapidi e senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi, all'aumento o al mutamento della richiesta di un certo prodotto o servizio, eventualmente anche se proveniente da un'area geografica diversa da quella di stabilimento⁶⁸.

In entrambi i casi, il controllo richiede l'applicazione di un particolare strumento econometrico, il c.d. SSNIP (*small but significant non transitory increase in price*) test, con cui si analizza il comportamento, per un verso, dei consumatori, per l'altro, delle imprese, tenuto in presenza di una ipotetica piccola variazione – un aumento tendenzialmente tra il 5 e il 10% – non transitoria, dunque permanente, del prezzo di un certo prodotto o servizio in una determinata area, per verificare la loro propensione alla sostituibilità merceologica o geografica.

In considerazione dell'esito dell'esame, tanto lato consumatori quanto lato impresa, è allora possibile definire il mercato rilevante del prodotto e/o geografico: fino a quando l'incremento permanente dei prezzi non diventi redditizio – e quindi, per esempio, le perdite dovute al calo delle vendite del più costoso prodotto A non siano bilanciate dal passaggio dei consumatori all'acquisto del prodotto sostituibile B; ovvero, la modifica del processo produttivo da A a B non costringa l'impresa a sostenere significativi costi aggiuntivi o a sopportare rischi eccessivi – i prodotti o le zone fungibili appartengono a uno stesso mercato rilevante; risultando altrimenti, si assisterà invece alla formazione di due, o più, mercati rilevanti distinti⁶⁹.

⁶⁷ C. OSTI, *L'abuso di posizione dominante* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-4.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione (97/C 372/03), cit., pp. 7-8.

⁶⁹ *Ibidem*.

Questo strumento, già concepito e adottato per le dinamiche dei mercati tradizionali, non è automaticamente estendibile a quelli digitali⁷⁰. La sua applicazione nel contesto dell'economia delle piattaforme è, cioè, tutt'altro che scontata. E ciò in quanto se, da un lato, le imprese che ne costituiscono gli attori ben possono comportarsi alla stregua di un loro corrispettivo del mondo analogico, attraverso l'esecuzione di uno scambio economico; dall'altro, molti tra gli intermediari più noti si distinguono per un'interazione con i loro utenti fondata esclusivamente sullo scambio di dati personali, fattore apparentemente attinente al solo funzionamento della piattaforma, e non anche al tema dell'accesso su di essa, dietro corrispettivo ovvero gratuitamente⁷¹.

Per quanto quest'ultima considerazione appaia ormai generalmente superata, riconosciuta la considerazione economica anche dei dati personali⁷², da intendersi quale prezzo per ricevere una determinata

⁷⁰ Per un'analisi, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Dir. inf.*, nn. 4-5, 2015, pp. 909 ss. I relativi limiti sono ben rappresentati da G. CONTALDI, *La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"*, in *Papers dir. eu.*, n. 1, 2021, pp. 76 ss.

⁷¹ Così, agli esordi di questi studi si considerava certamente estranea alle caratteristiche degli scambi commerciali la trasmissione, in vece di un corrispettivo tradizionale, di dati personali. Ad esempio, I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms, in World Competition*, vol. 38, n. 4, 2015, p. 490, rilevava che «[c]ontrary to usual economic transactions, users as suppliers of data cannot determine the amount and type of information they want to supply and do not have any influence on what they will get in return. Instead, the providers of the online services unilaterally decide what type and which amount of data will be retrieved and impose their practices on users as a take-it-or-leave-it offer».

⁷² Per uno studio iniziale, già BKARTA, B6-113, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, giugno 2016, pp. 36 ss. Nella letteratura italiana, cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2017, pp. 418 ss.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 2018, pp. 411 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 125 ss.; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23 ss.; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, n. 2, 2020, pp. 760 ss.; C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it.*, n. 2, 2021, pp. 321 ss.; E. BATTELLI, *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono "gratuiti"*, in *Contr.*, n. 2, 2022, pp. 355 ss.

controprestazione, la distinzione tra i due modelli di scambio sembra ancora fondarsi principalmente in virtù dei partecipanti considerati, i professionisti-utenti commerciali o i consumatori attivi sui diversi versanti delle piattaforme digitali. E in questa sede si intende considerare soltanto il primo profilo, giacché nell'ambito dei rapporti P2B, gli utenti commerciali retribuiscono la piattaforma tendenzialmente con il pagamento di un prezzo in senso stretto monetario e, solo indirettamente, attraverso la produzione di valore tramite la circolazione di dati, personali e non.

Ebbene, in considerazione delle peculiarità del contesto digitale, l'analisi antitrust relativa all'individuazione del mercato rilevante di interesse per i fornitori di servizi di intermediazione *online* richiede di compiere uno specifico passaggio relativo a una delle loro caratteristiche più significative, quale l'essere mercati a più versanti. La piattaforma, quindi, qualificandosi come è noto per la produzione di esternalità di rete, è di per sé, semplicemente in quanto tale, idonea a collocare gli utenti commerciali che ad essa si rapportano in una posizione di subalternità. Sicché, i rischi per la tenuta del gioco concorrenziale appaiono particolarmente elevati⁷³.

Nel corso dell'analisi antitrust, la presenza di un mercato multiversante pone dunque di fronte a un bivio: o definire dei mercati distinti per ciascun versante della piattaforma; o definire un unico mercato comprensivo di tutti i versanti coinvolti.

E allora, per comprendere in che modo procedere, occorre valersi ancora una volta della più attenta letteratura economica, per cui si considera la possibilità di riconoscere un unico mercato rilevante soltanto nelle ipotesi di mercati multiversanti c.d. *transaction*, caratterizzati dalla

⁷³ M.W. MONTEROSI, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2021, pp. 925 ss., precisa come, su questi presupposti, si stimoli significativamente l'estensione progressiva del bacino di nuovi utenti, serviti a costi marginali prossimi, se non addirittura pari, allo zero, con la conseguente acquisizione da parte dell'intermediario-piattaforma di un sempre maggiore potere di mercato. In questo senso, la ricostruzione di M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 57-58, per cui attraverso la circolazione e il trattamento di dati si determina «un doppio circolo virtuoso (*positive feedback effect*) a favore delle piattaforme che peraltro rafforza l'effetto di network indiretto. Da un versante, infatti, migliorando la loro offerta di pubblicità comportamentale, le piattaforme vedono aumentare gli inserzionisti determinati a comprare spazi pubblicitari a fronte di sempre più denari. Dall'altro versante, perfezionando i propri servizi offerti a prezzo nullo, le piattaforme accrescono il numero di utenti interessati a utilizzarle i quali non solo, in ragione del già menzionato effetto di rete indiretto, attraggono sempre più inserzionisti, ma altresì mettono a disposizione delle piattaforme sempre più dati, consentendo che il ciclo ricominci».

visibile esecuzione della transazione tra i gruppi di utenti della piattaforma, come nel caso dei mercati delle carte di pagamento. Diversamente, la definizione di due mercati correlati interesserebbe i mercati multiversanti c.d. *non-transaction*, cioè quelli in cui tale transazione, anche se presente, non risulta osservabile, ad esempio perché si realizza in una fase e in un contesto che esula dalla sfera di controllo dell'intermediario, come avviene nei mercati delle inserzioni pubblicitarie⁷⁴.

A seconda dell'esito di questa valutazione – ma tenendo in considerazione che lo stesso studio citato suggerisce anche in quest'ultimo caso, di regola, di tenere in considerazione entrambi i mercati⁷⁵ – è dunque possibile inoltrarsi nella successiva analisi delle diverse pressioni concorrenziali, dal lato della domanda e dell'offerta, ed individuare finalmente la sussistenza della posizione dominante⁷⁶.

⁷⁴ L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME, P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, in *J. Comp. Law Econ.*, vol. 10, n. 2, 2014, pp. 293 ss.

⁷⁵ Cfr. A. MINUTO RIZZO, *I profili antitrust del nuovo web e della nuova economia digitale*, in *Dir. ind.*, n. 2, 2019, p. 115.

⁷⁶ Cfr. la decisione della Commissione europea del 3 ottobre 2014 nel caso COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp. G. COLANGELO, Big data, *piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3, 2016, p. 441, puntualizza che, nell'analisi di un *two-sided transaction market*, il ricorso allo SSNIP test richiede un adattamento, dovendosi tenere conto dei cambiamenti nei profitti su tutti i versanti della piattaforma e degli effetti di rete indiretti tra loro. Peculiare, peraltro, la considerazione che, nel caso in cui la definizione del mercato rilevante riguardasse una piattaforma in cui beni e servizi vengono offerti gratuitamente, mancherebbe l'elemento centrale della sua applicazione: la presenza di un prezzo monetario da aumentare. Si ritiene infatti che una modifica della richiesta dei dati da fornire in cambio dell'utilizzo della piattaforma non sia infatti totalmente equiparabile, pur volendovi riconoscere un valore di scambio economico. Pertanto, ne è stata proposta (cfr. D.S. EVANS, *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, n. 753, 2016, pp. 1 ss.) una versione che non valuta la piccola, ma significativa, e permanente variazione verso l'alto del prezzo, bensì la variazione verso il basso della qualità: il c.d. SSNDQ (*small but significant non transitory decrease in quality*) test, ad esempio utilizzabile per verificare se un peggioramento – frequenti difficoltà di accesso, interruzioni improvvise, diffusa sottrazione di informazioni – della qualità del servizio di un *social network*, spinga i suoi utenti a utilizzarne un altro. Sulla sua applicazione cfr. la decisione della Commissione europea del 7 ottobre 2011 nel caso COMP/M. 6281 – Microsoft/Skype; nonché, in commento alla Corte Suprema cinese, D.S. EVANS, V.Y. ZHANG, *Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by the Supreme Court*, in *Asia Column*, 21 ottobre 2014.

4.2. *Categorie e ipotesi di abuso*

Per meglio inquadrare le condotte che acquistano rilievo in questo discorso, e di riflesso gli effetti che sono in grado di produrre, pare preliminarmente utile distinguere le due diverse categorie di abusi incidenti sul corretto funzionamento del mercato. In particolare, il riferimento è agli abusi di sfruttamento e agli abusi escludenti⁷⁷.

Rispetto ai primi, trattasi di un genere cui confluiscono le ipotesi di iniquo sfruttamento da parte di un'impresa del proprio potere di mercato, al fine di ricavare dei profitti sovra competitivi. Esse sono abusive a prescindere dall'impatto che hanno, in concreto, sulla struttura concorrenziale del mercato. Quanto ai secondi, si intendono abusive perché escludenti tutte quelle condotte realizzate allo scopo di ridurre o eliminare la capacità competitiva delle imprese concorrenti per poter, di contro, (tendere a) monopolizzare il mercato e godere dei profitti che tale posizione consente di conseguire⁷⁸.

Proprio queste ultime risultano invero maggiormente diffuse, richiedendo più di frequente l'intervento antitrust, a tutela non tanto del singolo concorrente leso quanto dell'intero sistema concorrenziale, al cui interno si realizza una deviazione dalla c.d. concorrenza basata sui meriti⁷⁹. Se, da un lato, all'impresa dominante non è infatti vietato competere sul mercato, dall'altro, occorre assicurarsi che il suo comportamento non pregiudichi la normale partecipazione allo stesso di altri soggetti, verificata in misura al loro apprezzamento, in termini di prezzi, scelte, qualità e innovazione,

⁷⁷ Categorie individuate in primo luogo nell'ambito del dibattito dottrinale. In Europa cfr., sugli abusi di sfruttamento, R. JOLIET, *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1970; e sugli abusi di impedimento, E.J. MESTMÄCKER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, C.H. Beck, Monaco, 1974. Nonché, per una terza categoria c.d. degli abusi di ritorsione, R.A. O'DONOGHUE, A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 174 ss. Negli Stati Uniti, cfr. R.A. POSNER, *Exclusionary Practices and the Antitrust Laws*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 41, n. 3, 1974, pp. 506 ss.

⁷⁸ G. D'IPPOLITO, *L'abuso di posizione dominante*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., p. 560.

⁷⁹ Cfr. la Comunicazione della Commissione (2009/C 45/02), cit., pp. 7 ss., che propone una nozione di abuso escludente che poggia su due attività: precludere l'ingresso dei concorrenti, attuali o potenziali, alle forniture o ai mercati e, come conseguenza, riuscire – in ciò riscontrandosi l'impatto anticoncorrenziale della condotta – ad aumentare i prezzi o a peggiorare le condizioni di offerta a danno dei clienti.

da parte dei consumatori⁸⁰. Nel corso di tale controllo non risulta peraltro determinante l'eventuale sussistenza, anche quando dimostrata, di un effettivo intento escludente da parte dell'impresa dominante: l'attribuzione dell'abuso non passa dalla valutazione dell'elemento soggettivo⁸¹.

La procedura di accertamento di uno sfruttamento abusivo non è semplice. In breve, occorre in prima battuta individuare un certo standard di comportamento, si pensi ad esempio al prezzo da ritenere equo in relazione al rapporto costi-benefici in una data situazione; successivamente, lo si deve raffrontare con quello tenuto in concreto dall'impresa dominante. L'esito di questa operazione dovrebbe permettere di rispondere al quesito circa la sussistenza dell'abuso, condizionata dalla perfetta coincidenza tra le due condotte. La difficoltà di distinguere tra i comportamenti che rientrano nel regolare andamento del processo concorrenziale e quelli che si scontrano con il divieto di abuso assoluto, potrebbe, da un lato, far apparire che la più adeguata reazione allo sfruttamento abusivo del potere di mercato, tale da porre degli ostacoli strutturali alla concorrenza, consista nell'intervento di regolazione *ex ante*. Dall'altro, però, si deve considerare che di fronte a tali scenari potrebbe essere anche il mercato stesso a risolvere la distorsione del processo concorrenziale che consegue all'abuso assoluto, come quando l'applicazione di prezzi troppo onerosi induce l'ingresso di nuovi concorrenti e l'offerta di prodotti alternativi, laddove l'intervento regolatorio potrebbe avere effetti addirittura dannosi per il sistema⁸².

4.2.1. *La casistica in materia di self-preferencing in Italia e in Europa*

Tra le condotte analizzate come potenzialmente abusive, quelle riferite al tema del posizionamento, e in particolare quelle concernenti il favore per se stessi, sono probabilmente, ad oggi, le più discusse, o comunque quelle che pongono maggiori interrogativi.

In materia, non si è ancora sviluppata, invero, una casistica particolarmente ampia, non da ultimo per via delle specifiche condizioni

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Si veda, da ultimo, CGUE, sentenza del 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA, ENEL SpA, Enel Energia SpA c Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2022:379.

⁸² G. BRUZZONE, *L'abuso di posizione dominante*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 101 ss., spec. pp. 108-109. In generale, sul rapporto tra attività di regolazione e disciplina della concorrenza, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 11 ss.

che devono essere soddisfatte nel contesto digitale, quali l'essere un'impresa verticalmente integrata e l'interpretazione del ruolo di regolatore privato del mercato⁸³.

Un vero e proprio *landmark case* si può tuttavia riconoscere nel noto caso Google Shopping⁸⁴, nella cui occasione la Commissione europea ha considerato abusivo il comportamento di *self-preferencing* tenuto da Google e identificabile nel trattamento di favore assicurato, nelle pagine del proprio motore di ricerca, al posizionamento e alla visualizzazione del proprio servizio di acquisti comparativi rispetto a tutti quelli, dello stesso genere, offerti da operatori concorrenti⁸⁵. Tale servizio, noto in origine come Froogle e successivamente come Google Shopping, appunto, veniva infatti collocato in un punto immediatamente visibile della pagina di ricerca e con elementi grafici facilmente distinguibili, comprensivi di immagini e informazioni dinamiche⁸⁶. Al contempo, per ciò che concerne il profilo più strettamente tecnico, questa stessa posizione restava stabile nel tempo, attraverso l'impiego di algoritmi programmati in modo tale da non far mai retrocedere i propri servizi, riuscendo ad indirizzare a proprio vantaggio il traffico degli utenti⁸⁷.

Ad avviso della Commissione, Google riusciva così a generare degli effetti anti-competitivi: con il rischio, per un verso, di far aumentare i costi per gli esercenti commerciali e i prezzi per i consumatori; per l'altro, di

⁸³ Sul punto, A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2021, pp. 407-408. Un'analisi delle decisioni più note è offerta da G. COLANGELO, *Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing*, in *GRUR Int.*, vol. 72, n. 6, 2023, pp. 538 ss.

⁸⁴ Caso AT.39740 – Google Search (Shopping), concluso con la decisione della Commissione del 27 giugno 2017 (C(2017) 4444 fin.).

⁸⁵ Per una ricostruzione, A. LICASTRO, *Il self-preferencing*, cit., pp. 409 ss. Per un'analisi critica della decisione, P. AKMAN, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law*, in *J. Law Tech. Pol.*, n. 2, 2017, pp. 301 ss. Si segnala peraltro che, più recentemente, nello stesso senso della Commissione europea si è posta l'*Autorité de la concurrence*, il Garante francese, con la decisione 21-D-11 del 7 giugno 2021, ancora nei confronti di Google, per abuso di posizione dominante nel mercato degli annunci pubblicitari su siti web o app.

⁸⁶ Cfr. F. BUFFA, *The dark side of Google nella sentenza della Corte dell'Unione del 10 novembre 2021, in causa T-612/17, Google c. Commissione*, in *Quest. giust.*, n. 1, 2022.

⁸⁷ A. BUTTÀ, *Google Search (Shopping): An Overview of the European Commission's Antitrust Case*, in *Riv. it. antitrust*, n. 1, 2018, p. 53, ricorda i motivi per cui la conseguente diminuzione del traffico di rete relativo ai servizi offerti dagli altri operatori leda la capacità di questi ultimi di competere sul mercato, ovvero: il minore scambio – e dunque la minore possibilità di sfruttamento – di dati; il minore profitto da investire nel miglioramento dell'offerta; la minore interazione e la minore partecipazione degli utenti finali.

incidere negativamente sulla capacità di ricerca e innovazione delle imprese e ridurre le alternative di ricerca e comparazione per i consumatori⁸⁸. Considerazioni, queste, che sono state interamente fatte proprie, in sede di ricorso avverso la decisione, anche dal Tribunale dell'Unione europea, che ha riconosciuto la sussistenza di un abuso di posizione dominante da parte di Google in violazione delle regole concorrenziali, confermando l'applicazione dell'art. 102 TFUE alle ipotesi di *self-preferencing* di cui vengono dimostrati gli effetti escludenti attuali o potenziali e il prevalente impatto anti-competitivo⁸⁹.

Ancora più recentemente, nel panorama nazionale, l'AGCM ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di Amazon⁹⁰, in quanto, nella sua duplice veste di *online marketplace* e venditore di prodotti e servizi, si supponeva aver conferito «unicamente ai *seller* che aderiscono al servizio di logistica offerto da Amazon stessa (“Logistica di Amazon” o, anche, “*Fulfillment by Amazon*” [FBA]) vantaggi in termini di visibilità della propria offerta e di miglioramento delle proprie vendite su *marketplace Amazon.com*, rispetto ai venditori che non sono clienti di Logistica di Amazon»⁹¹. Con ciò veniva dunque attribuito alla società californiana di aver tenuto una condotta potenzialmente di *self-preferencing*, con cui poteva restringere la concorrenza sia nel mercato dei servizi di logistica

⁸⁸ M. MAGGIOLINO, M. COLANGELO, *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1, 2019, p. 183.

⁸⁹ Trib. UE, sentenza del 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google LLC, Alphabet c Commissione europea*, ECLI:EU:T:2021:763, impugnata da Google e pendente, al momento in cui si scrive, dinanzi alla Corte di giustizia (C-48/22 P). Il Tribunale, spec. parr. 150 ss., sostiene espressamente che le imprese in posizione dominante devono sottostare al principio generale di parità di trattamento quale vero e proprio obiettivo di *policy* della disciplina antitrust, in ciò superando o completando le meno esplicite considerazioni, relativamente all'idoneità dell'applicazione di condizioni dissimili a transazioni equivalenti a generare ingiustificati svantaggi competitivi, già espresse da CGUE, sentenza del 19 aprile 2018, causa C-525/16, *MEO c Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2018:270. Sui pregi di quest'ultima decisione, E. DEUTSCHER, *Google Shopping and the Quest for a Legal Test for Self-Preferencing under Article 102 TFEU*, in *European Papers*, vol. 6, n. 3, 2021, pp. 1355 ss.

⁹⁰ Si noti come il procedimento dell'Autorità nazionale sia anteriore rispetto a quello avviato dalla Commissione europea (AT.40462 del 17 luglio 2019, Amazon Marketplace, successivamente seguito dal connesso procedimento AT.40703 del 10 novembre 2020, Amazon – Buy Box) che ha pertanto scelto di escludere l'Italia dall'ambito della propria indagine, con ciò provocando la reazione di Amazon che ha lamentato la violazione delle regole procedurali, come notato da M. BARBANO, *Verso un antitrust italiano 4.0? I GAFAM e i big data all'esame dell'AGCM*, in *Riv. comm. int.*, n. 4, 2021, pp. 979-980.

⁹¹ AGCM, caso A528 – FBA Amazon, provvedimento del 10 aprile 2019, n. 27623.

che in quello dei servizi d'intermediazione su *marketplace*, sfruttando indebitamente la propria posizione dominante.

In effetti, l'indagine portata avanti dall'Autorità si è poi conclusa proprio con l'accertamento di quanto sin da subito contestato⁹², ovvero il riscontro di un trattamento differenziato a proprio vantaggio consistente nell'imposizione di talune soluzioni tecnologiche e commerciali – l'uso del sistema di logistica FBA – per il conseguimento di vantaggi, quali: la disapplicazione delle metriche di valutazione da parte di Amazon, cioè degli standard che di regola pretende che vengano rispettati dagli utenti commerciali della sua rete; l'integrazione dei prodotti con l'etichetta *Prime*, associata all'omonimo programma di fidelizzazione dedicato ai consumatori; l'accesso alla c.d. *Buy Box*, ovvero al riquadro per l'acquisto diretto posto accanto alla scheda-prodotto; la partecipazione ad eventi, note occasioni di offerte e promozioni speciali, quali i c.d. *Black Friday* o *Cyber Monday*; l'idoneità ad ottenere i servizi di spedizione gratuita; nonché, addirittura, la cancellazione delle recensioni negative eventualmente presenti⁹³.

Con questo comportamento Amazon avrebbe quindi fatto leva (*to leverage*) sulla propria posizione dominante nel mercato italiano delle piattaforme di commercio elettronico, provocando un pregiudizio non giustificato da ragioni di efficienza oggettive, dimostrate e non perseguibili altrimenti, non soltanto a ogni altro fornitore di servizi di logistica, potenziale o attuale. Ma anche ad altri *marketplace*, ovvero a dei diretti concorrenti nell'attività di intermediazione digitale. Così operando, Amazon ha fatto sì che gli utenti commerciali adottassero il servizio FBA in quanto scoraggiati dalla piattaforma ad accedere e utilizzare i servizi di altre piattaforme di vendita per l'offerta dei propri prodotti, poiché tale scelta avrebbe richiesto loro di sopportare una duplicazione dei costi connessi all'integrazione di altri magazzini e corrieri⁹⁴. Con l'effetto, in definitiva, di comprimere la loro libertà di scelta a vantaggio di Amazon,

⁹² AGCM, caso A528 – FBA Amazon, provvedimento del 30 novembre 2021, n. 29925. Per un commento, F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon: nulla di nuovo sotto il sole?*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2, 2022, pp. 478 ss.

⁹³ Cfr. B. CAROTTI, *La sanzione dell'AGCM ad Amazon: uno squarcio nel velo*, in *Oss. Stato dig.*, 10 febbraio 2022. Dettagliatamente, F. PETROCELLI, *Il caso Fba Amazon tra pratica legante e self-preferencing (vorrei ma non posso!)*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2022, pp. 353 ss.; e si veda ancora A. LICASTRO, *Il self-preferencing*, cit., p. 426.

⁹⁴ Per una ricostruzione del medesimo fenomeno, ma nel contesto e nella prospettiva statunitense, L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale L. J.*, vol. 126, n. 3, 2017, pp. 774 ss.

che vedeva progressivamente aumentare il proprio potere, e in generale quale *marketplace* più utilizzato dai venditori e specialmente nel segmento delle consegne⁹⁵.

Ebbene, tale condotta, anche sulla scia della sentenza Google Shopping, è stata pertanto considerata abusiva perché, si sostiene al par. 849 della decisione, «unitaria, complessa e articolata strategia con finalità escludente in violazione dell'art. 102 TFUE»⁹⁶.

In questo senso, il favore per se stessi appare astrattamente riconducibile alla teoria del danno da pratiche leganti (*c.d. tying practice*)⁹⁷.

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

L'assenza di una ragione tecnica, di efficienza economica o legata agli usi commerciali vigenti, che giustifichi il collegamento tra i due prodotti o servizi; lo scopo di un'impresa forte di creare o rafforzare una situazione di dipendenza economica nei confronti di altre imprese contraenti ovvero di estendere la propria influenza verso un mercato collegato a quello già dominato; nonché l'effetto coercitivo della strategia di vendita gemellata, per cui i clienti sono forzati, o per un rifiuto totale a vendere altrimenti o a fronte della paventata perdita di benefici come sconti o premi, all'acquisto combinato, rappresentano così i presupposti per l'individuazione di una pratica legante per come prevista – e vietata – dal diritto della concorrenza⁹⁸.

⁹⁵ F. PETROCELLI, *Il caso Fba Amazon*, cit., pp. 368-369.

⁹⁶ Diversamente, i simili precedenti oggetto di indagine da parte delle Autorità di Germania e Austria non erano andati a fondo rispetto alla qualificazione della condotta ritenuta abusiva, concludendosi, entrambi in data 17 luglio 2019, con l'accettazione degli impegni proposti da Amazon di modificare quelle clausole dei contratti con i venditori che erano state contestate – le quali nel caso austriaco riguardavano anche, tra gli altri, i servizi di logistica.

⁹⁷ OCSE, *Abuse of Dominance in Digital Markets*, 2020, p. 54.

⁹⁸ G. D'IPPOLITO, *Labuso di posizione dominante*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., pp. 580-581. Le condizioni perché una pratica legante possa dirsi anti-competitiva sono state altresì indicate, in senso cumulativo, da Trib. UE, Grande Sezione, sentenza del 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:T:2007:289, come segue: la posizione dominante dell'impresa nel mercato

Tale descrizione non pare in effetti tanto distante da quella, appena esaminata, di *self-preferencing*, specie in considerazione delle citate decisioni sia a livello nazionale che europeo⁹⁹. Un comportamento abusivo della piattaforma verrebbe pertanto individuato nell'adozione delle pratiche leganti in sede di determinazione del posizionamento: un'eventuale retrocessione costituirebbe cioè una forma di coercizione idonea ad integrare la previsione dell'art. 102, lett. d), TFUE, soltanto laddove il mancato adeguamento alla previsione della piattaforma – nel caso considerato, l'adesione al servizio FBA – condizionasse irreparabilmente la capacità dell'utente commerciale di competere¹⁰⁰.

Sebbene questa risulti essere la conclusione ritenuta maggiormente coerente e convincente rispetto al quadro normativo attuale, non ci si può esimere dal constatare come il *tying* si contraddistingua per la sussistenza di una forma di costrizione della prestazione, per obbligo contrattuale o per integrazione tecnica, che è indispensabile ad integrarne la fattispecie, ma che non trova necessariamente consistenza nell'attuazione delle pratiche di favore per se stessi, delle quali non rappresenta infatti un elemento costitutivo¹⁰¹; ma anche come, dalle linee guida sulla trasparenza del posizionamento che hanno fatto seguito all'applicazione del regolamento

legante; l'esistenza di un legame tra prodotti distinti; la coercizione del soggetto debole, nel caso di specie dei consumatori; l'esistenza di una ragionevole probabilità di preclusione nel mercato legato; l'assenza di giustificazioni oggettive al comportamento dell'impresa dominante.

⁹⁹ Cfr. F. MARTY, J. PILLOT, *Cooperation, Dependence, and Eviction: How Platform-to-Business Competition Relationships Should Be Addressed in Mobile Telephony Ecosystems*, in D. BOSCO, M.S. GAL (a cura di), *Challenges to Assumptions in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 2 ss.

¹⁰⁰ I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *YEL*, vol. 38, n. 1, 2019, pp. 470-471, che richiama proprio il caso Amazon all'attenzione dell'Autorità nazionale italiana.

¹⁰¹ I. GRAEF, *Hybrid Differentiation and Competition Beyond Markets*, in *Antitrust Chronicle*, giugno 2020, p. 6. Anche nella riflessione di F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon*, cit., pp. 506-507 si evidenzia la differenza strutturale di queste condotte, che alla luce della giurisprudenza europea più consolidata presentano specifiche condizioni cumulative. Guardando poi al caso concreto della decisione dell'AGCM viene condivisibilmente considerato come sia del tutto mancato l'elemento della coercizione dell'utente commerciale, nella misura in cui «venire indotti a fare una scelta [...] non significa perdere del tutto la facoltà di assumere una decisione alternativa», diversamente da quanto accade in presenza di vincoli tecnologici o contrattuali che impediscono del tutto soluzioni diverse (spec. nota 114).

P2B¹⁰², emergano elementi contrari di cui si ritiene necessario tenere debitamente conto.

In tale ultima sede, infatti, è presente un significativo riferimento ai “servizi accessori” da intendersi in quanto esempio di corrispettivo indiretto ai fini della determinazione del *ranking*, e tra i quali vengono proprio indicati quei servizi di logistica posti al centro delle più recenti indagini nei confronti di Amazon¹⁰³.

Ebbene, non convince che un certo criterio di posizionamento possa costituire e uno strumento a tal fine espressamente riconosciuto da parte della stessa Commissione – quale soggetto cui è demandato il compito di garantire il rispetto della disciplina antitrust nel mercato unico –, per quanto a titolo meramente esemplificativo e non vincolante¹⁰⁴, e un indice della sua violazione. A maggior ragione se si osserva che le piattaforme che detengono una posizione dominante e che sono per ciò soltanto destinatarie della responsabilità di non abusare di questo loro – di per sé non illegittimo – potere, sono le stesse a cui si rivolge tanto, principalmente, il regolamento P2B, quanto, con un esplicito riferimento ai *gatekeeper*, il DMA, secondo un indirizzo di totale continuità e complementarità di tali interventi normativi comunitari nell’ottica della costruzione di una disciplina generale dei rapporti tra le imprese del digitale¹⁰⁵.

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

D’altra parte, si nota come, nella più recente istruttoria avviata dall’AGCM nei confronti di Apple¹⁰⁶, le pratiche di *self-preferencing* poste in essere dalla società californiana, specie «approfittando della propria posizione dominante (di monopolio) nel mercato delle piattaforme per la

¹⁰² Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01) “Orientamenti sulla trasparenza del posizionamento a norma del Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio”.

¹⁰³ Allegato II alla Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01), cit., p. 25.

¹⁰⁴ Comunicazione della Commissione (2020/C 424/01), cit., p. 4.

¹⁰⁵ Cfr. M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2021, pp. 111 ss.

¹⁰⁶ AGCM, caso A561 – App tracking transparency di Apple, provvedimento dell’11 maggio 2023, n. 30620.

distribuzione on-line di *app* per utenti del sistema operativo iOS», siano state ricondotte entro l'ampio perimetro delle politiche discriminatorie adottate falsando il gioco della concorrenza. Ebbene, il trattamento differenziato che ne costituisce l'effetto, in quanto proprio di ciascuna condotta escludente¹⁰⁷, pare di per sé sufficiente a giustificare come il favore per se stessi ne costituisca espressione al pari di ogni altra pratica che minaccia la struttura concorrenziale dei mercati.

4.2.2. Portabilità dei dati e rifiuto a contrarre

Un profilo particolarmente interessante riguarda poi la condotta abusiva che può concernere la portabilità dei dati.

Il GDPR, che all'art. 20 ne riconosce espressamente il diritto, si riferisce ai soli dati personali, trasmissibili soltanto se oggetto di un trattamento basato sul consenso o su un contratto ed effettuato con mezzi automatizzati. L'ambito di applicazione della normativa è dunque evidentemente ristretto.

In questo contesto, l'opportunità di valersi della disciplina antitrust si presenta in effetti funzionale ad estendere le maglie della portabilità, in una dimensione entro cui ricondurre anche le informazioni non personali. All'osservanza della disciplina vigilerebbero da questo punto di vista le *competition Authorities*, da chiamare in causa di fronte a qualsiasi comportamento anticoncorrenziale configurabile come abuso di posizione dominante.

Seguendo questa impostazione, la portabilità dei dati sembra poter assurgere a diritto da proteggere, oltre che da promuovere, non solo perché *species* del diritto di ogni persona fisica al corretto trattamento dei propri dati personali. Ma anche in quanto fondamentale al corretto ed efficiente funzionamento del mercato digitale, sia nazionale che unico a seconda del livello dell'indagine, nella misura in cui la sua violazione implica un pregiudizio al sistema concorrenziale, al benessere dei consumatori e alla libertà d'impresa¹⁰⁸.

¹⁰⁷ F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon*, cit., p. 506.

¹⁰⁸ I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law*, in *GLJ*, vol. 19, n. 6, 2018, p. 1389. Si consideri da ultimo l'istruttoria nei confronti di Google per «ostacoli alla portabilità dei dati» di cui ad AGCM, caso A552 – Google, provvedimento del 5 luglio 2022, n. 30215. Sulla valenza concorrenziale del diritto alla portabilità dei dati, E. BATTELLI, G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 187 ss. Che praticare la portabilità dei dati sia utile a promuovere l'innovazione,

Che la connessione tra circolazione, in senso ampio, dei dati e mercato abbia propria rilevanza in tema di politiche e controllo antitrust non è peraltro una novità, trattandosi di una considerazione che precede di diversi anni il GDPR¹⁰⁹.

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

Ebbene, il rifiuto alla richiesta di trasmissione dei dati, opposto da parte di un'impresa-piattaforma in posizione dominante, è idoneo a costituire una forma di rifiuto a contrarre. Questo comportamento, di per sé ammesso, diviene però abusivo laddove manchi di una giustificazione oggettiva, ovvero nel caso in cui non risulti alcun contemperamento tra i contrapposti interessi all'esercizio dell'autonomia privata e alla tutela del mercato¹¹⁰.

Tale rifiuto acquista particolare rilievo quando ne è oggetto una c.d. *essential facility*, la cui nozione è comprensiva di tutte quelle infrastrutture – porti, aeroporti, ferrovie, reti di comunicazione – e, in generale, risorse, materiali o immateriali, legittimamente detenute da un'impresa, tendenzialmente un monopolista, e non replicabili da un'altra per ragioni giuridiche, perché ad esempio sono coperte da una concessione in esclusiva, oppure economiche, se il costo dell'intera operazione è del tutto

purché in via complementare alla loro interoperabilità, è peraltro l'opinione espressa dal SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL, AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF THE HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Investigation of Competition in Digital Markets*, Part I, 2022, pp. 325 ss.

¹⁰⁹ I. GRAEF, M. HUSOVEC, N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control*, cit., p. 1389, ove, nella prospettiva che possa assumere i tratti di un abuso funzionale a una limitazione della concorrenza, si riporta che già «before the GDPR was adopted, former Competition Commissioner Almunia made clear in a speech that the [right to data portability] “goes to the heart of competition policy”, and that “portability of data is important for those markets where effective competition requires that customers can switch by taking their own data with them”». Il tema è stato peraltro oggetto della decisione della Commissione del 3 ottobre 2014 nel caso COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, nel corso della cui investigazione veniva considerato, concludendosi però in senso negativo, se misure restrittive della portabilità dei dati potessero costituire una barriera per i consumatori al cambiamento di fornitore di servizi digitali (nel caso di specie di diverse app di messaggistica e comunicazione).

¹¹⁰ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 182. Sul punto, in una prospettiva comparatistica, V. MELI, *Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 55 ss.

insostenibile¹¹¹. Ma che, al contempo, sono necessarie, essenziali appunto, per qualsiasi altra impresa alla quale occorran per lo svolgimento della propria attività economica, come può accadere tanto sul mercato a valle quanto su quello a monte, in quest'ultimo caso proprio in concorrenza con l'impresa detentrica della *facility*.

Secondo l'*essential facility doctrine* (EFD), che trova la sua origine nella giurisprudenza statunitense¹¹², la risposta consiste nell'imposizione dell'obbligo di permettere l'accesso alla risorsa¹¹³, laddove ricorrano tre condizioni, che, sebbene emergano dal discorso, è bene precisare in termini chiari: innanzitutto, che sia indispensabile – nel senso che non sussistano soluzioni alternative concretamente praticabili – per compiere una certa attività d'impresa; poi, che non vi siano ragioni obiettive che giustifichino un rifiuto; infine, che a un eventuale rifiuto consegua, verosimilmente, l'esclusione dal mercato dell'impresa richiedente l'accesso¹¹⁴.

¹¹¹ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., pp. 633-634.

¹¹² *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912), in *Justia*. Cfr. L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., p. 801.

¹¹³ OCSE, *The Essential Facilities Concept*, Policy Roundtables, 1996. G. COLANGELO, *Big data*, cit., pp. 445-446, ricorda come tale dottrina, sviluppata nell'ottica di favorire il processo di liberalizzazione dei mercati, sia storicamente al centro di un confronto acceso tra chi ne esalta la capacità di abbattere le barriere all'entrata per l'ingresso di nuovi potenziali concorrenti e chi, al contrario, insiste sulla compressione del diritto proprietario, per cui viene di fatto impedita la facoltà di escludere gli altri dal godimento di un proprio bene. In quest'ultimo senso, la previsione di un *compulsory access* avrebbe dunque l'effetto, tutt'altro che auspicabile nella prospettiva del diritto della concorrenza, di disincentivare gli investimenti e l'innovazione da parte sia del monopolista che delle altre imprese, favorendo d'altra parte i comportamenti di *free riding*. In senso contrario all'EFD, negli Stati Uniti, la decisione della Corte Suprema nel caso *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), in *Justia*. Quanto alla sua complessiva funzione, se già in *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919), in *Justia*, si chiariva che lo Sherman Act non avesse alcun intento di limitare l'autonomia contrattuale delle imprese, in occasione della decisione *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992), in *Justia*, la Corte Suprema ha precisato che, nonostante «a firm can refuse to deal with its competitors [...] such a right is not absolute; it exists only if there are legitimate competitive reasons for the refusal».

¹¹⁴ Sulla sua applicazione nella giurisprudenza europea, in particolare, CGUE, sentenza del 6 marzo 1974, cause riunite C-6/73 e C-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A., Commercial Solvents Corporation c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1974:18; CGUE, sentenza del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd (ITP) c Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1995:98; CGUE, sentenza del 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG*

In questo senso, contestualizzandone il contenuto allo scenario di riferimento, l'impresa dominante è pertanto tenuta a permettere l'accesso ai dati ai terzi, anche dietro un compenso, a condizioni ragionevoli e non discriminatorie¹¹⁵, in tutti i casi in cui ciò non sia impossibile per questioni tecniche, per ragioni di sicurezza, per la sussistenza di diritti di proprietà intellettuale o di rischi per la *privacy* tali da giustificare in modo oggettivo il rifiuto o l'imposizione di condizioni particolarmente onerose¹¹⁶.

La sua applicazione riferita ai dati come risorsa richiede pertanto di verificare se essi, e in particolar modo i *big data*, possano essere effettivamente considerati degli strumenti di lavoro indispensabili, nel senso che la loro negazione possa ritenersi idonea ad impedire del tutto ad altri operatori nello stesso mercato rilevante in cui è attiva la piattaforma di parteciparvi o di introdurvi proposte nuove di beni e servizi, specie se si considera il significativo vantaggio di cui godono i *first mover* anche nell'economia digitale. A scapito, in questa prospettiva, dell'intero ed efficiente funzionamento del mercato¹¹⁷.

Un approccio *case by case*, che permetta di riconoscere se una determinata quantità di dati, con determinate caratteristiche, con un determinato contenuto e in un determinato contesto di raccolta e utilizzo si possa ritenere essenziale, sembra, dunque, la soluzione preferibile da percorrere¹¹⁸.

e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, ECLI:EU:C:1998:569; CGUE, sentenza del 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:257. Rispetto a quest'ultima decisione, e specificamente sul rapporto intercorrente tra proprietà intellettuale ed EFD, si veda, R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Riv. dir. ind.*, nn. 4-5, 2004, pp. 323 ss. Per una ricostruzione complessiva e chiara, attenta a distinguere le specificità della sua applicazione nei diversi contesti degli Stati Uniti, da un lato, e dell'Unione europea, compresi i singoli Stati membri, dall'altro, V. HATZOPOULOS, *The EU Essential Facilities Doctrine*, Research Papers in Law, n. 6, 2006.

¹¹⁵ Che la determinazione del compenso debba rispondere ai due criteri di non discriminazione e di ragionevolezza è peraltro indicato, nell'ambito una nuova tendenza all'affermazione di una cultura di condivisione dei dati, dall'art. 9 della proposta Data Act. Per un'analisi della norma, G. MONTI, T. TOMBAL, I. GRAEF, *Study for Developing Criteria for Assessing "Reasonable Compensation" in the Case of Statutory Data Access Right*, Study for the European Commission Directorate-General Justice and Consumers, 2022, pp. 7-8.

¹¹⁶ Cfr. I. GRAEF, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*, in *RJTUM*, vol. 53, n. 1, 2019, pp. 39 ss.

¹¹⁷ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 249 ss.

¹¹⁸ G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big Data as Misleading Facilities*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 13, nn. 2-3, 2017, pp. 249 ss. In senso favorevole anche L.M. KHAN, *Amazon's*

In generale, non può non rilevarsi che contro il carattere essenziale dei dati convergono diversi fattori, in effetti non trascurabili: la loro natura non esclusiva e non rivale; la facilità e l'economicità della loro raccolta nei contesti digitali; la loro titolarità facente simultaneamente capo a diversi *provider*; la loro rapida obsolescenza¹¹⁹. D'altra parte, tali considerazioni, per quanto ritenute condivisibili, tengono conto del solo aspetto relativo alla disponibilità dei dati, intesa in un certo senso in modo statico, laddove il più significativo problema per il processo concorrenziale sembra collocarsi, in una visione invece più dinamica, nel momento dell'estrazione di informazioni utili da un grande volume o da una certa varietà di dati¹²⁰. E la bontà di quest'approccio trova da ultimo conferma nella disciplina generale della proposta Data Act, che riconosce diritti e impone obblighi in relazione alla condivisione e al riutilizzo dei dati nella disponibilità delle imprese, per un verso, assicurando il rispetto del principio di libertà contrattuale, per l'altro, limitandola, nella misura in cui impone il perseguimento della sempre più ricorrente nel linguaggio del legislatore europeo *fairness* contrattuale.

Resta, in ogni caso, anche se non in quanto risorsa essenziale e non altrimenti replicabile, che il rifiuto oggettivamente ingiustificato di trasmettere dei dati tecnicamente portabili non può non avere rilevanza sotto il profilo antitrust¹²¹. In ciò dovrebbe pertanto ammettersi, tornando in conclusione alla specifica del discorso, che l'utente commerciale cui è negata la portabilità dei dati disponga della tutela risarcitoria quale rimedio

Antitrust Paradox, cit., p. 802, che ritiene adattabili ai *business* digitali i requisiti dell'EFD, che richiama come definiti in *MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, 708 F.2d 1081 (1983), in *Justia*, ovvero: «(1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility».

¹¹⁹ G. COLANGELO, *Big data*, cit., p. 448.

¹²⁰ OCSE, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, Background note by the Secretariat, 2016, p. 22. Tale rischio è altresì avvertito da G. FERRARI, M. MAGGIOLINO, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, in *ODC*, fascicolo speciale, 2021, pp. 473-474, secondo le quali il vantaggio competitivo dato dai *big data* diviene «impareggiabile» nel momento in cui permette alle pochissime imprese che ne dispongono «di collocarsi ovunque prima e meglio dei propri rivali», sfruttando in partenza, specie nello sviluppo di nuovi prodotti e servizi, una maggiore «conoscenza del mondo e dei comportamenti umani».

¹²¹ La sua centralità trova peraltro conferma dal dato comparatistico, laddove la sez. 19a, par. 2, n. 5, *GWB*, prevede una sostanziale presunzione di anti-competitività del comportamento, ancora da parte di un'impresa c.d. di importanza fondamentale, che nega o rende particolarmente difficoltosa la portabilità dei dati.

di *private enforcement* per riparare l'illecito così perpetrato¹²². D'altra parte, dal punto di vista della piattaforma, si nota come indipendentemente dall'applicazione dell'EFD la stessa possa comunque svolgere un ruolo attivo affinché la condivisione dei dati avvenga in modo agevole e proficuo per le imprese richiedenti. E sembra andare in questa direzione l'offerta di impegni recentemente sottoposta all'AGCM da parte di Google, che ha dichiarato di voler fornire agli utenti degli strumenti efficaci per facilitare la selezione e l'esportazione dei dati (impegno 1); ma anche la loro estrazione, c.d. *parsing*, e importazione, c.d. *ingestion*, (impegno 2); nonché «l'accesso al c.d. *early adopter program* che Google renderà disponibile in relazione a una nuova soluzione [...] che permetterà la portabilità diretta dei dati da servizio a servizio» (impegno 3)¹²³. Se quest'ultimo impegno appare più strettamente tecnico, i primi due consistono in sostanza nella messa a disposizione di documenti e informazioni utili a semplificare le relative attività di trasmissione dei dati, in conformità al principio di trasparenza. Così, pare diffondersi, pur mediata dall'apertura di un procedimento – peraltro ancora non concluso – da parte dell'Autorità, la consapevolezza anche nelle relazioni tra privati dell'importanza della condivisione dei dati per il funzionamento e per lo sviluppo dei mercati digitali in un sistema di libera concorrenza, di per sé non incompatibile con il lecito e ragionevole interesse di conservare una certa posizione di forza o un certo vantaggio competitivo.

¹²² E. CAMILLERI, *Conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., p. 296. Sulla riforma ad opera della direttiva (UE) 2014/104 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, implementa con d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, si vedano ID., *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1, 2018, pp. 143 ss.; V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, *ivi*, pp. ss.; G. VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, n. 4, 2017, pp. 441 ss.; nonché già G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, n. 6, 2015, pp. 1227 ss., spec. p. 1238.

¹²³ AGCM, caso A552 – Google, Allegato al provvedimento del 21 marzo 2023, n. 30508.

5. La regolazione, il controllo, le tendenze

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

D'altra parte, le più recenti attenzioni e del legislatore e della giurisprudenza – a livello europeo e nazionale, non soltanto in Italia – risultano dirette verso una maggiore contaminazione, per la specifica dei mercati digitali, tra strumenti di regolazione del mercato e rimedi di diritto della concorrenza (ivi compresa, ai fini di queste osservazioni, la disciplina sulla dominanza relativa). In particolare, in considerazione della constatata inadeguatezza di questi ultimi, da soli, a garantire la tutela degli utenti commerciali, i contraenti deboli dei rapporti qui esaminati¹²⁴.

L'intervento delle Autorità, infatti, difficilmente riesce negli obiettivi di rapidità ed efficacia verso cui dovrebbe tendere l'azione antitrust: la dinamicità di questi mercati, in continua evoluzione, destinatari delle più varie e sviluppate innovazioni tecnologiche di elaborazione e utilizzo dei dati, impatta in effetti sull'idoneità della disciplina di loro competenza a rispondere tempestivamente, oltre che utilmente, al perpetrato abuso¹²⁵. Richiede indagini lunghe, personalizzate e complesse, in particolare rispetto alla dominanza assoluta, dalla definizione del mercato rilevante all'individuazione dell'abuso del caso concreto, dalla prova della posizione dominante a quella dei suoi effetti sul mercato. Lo sforzo delle Autorità per arrivare a sanzionare i comportamenti anticoncorrenziali è insomma tale che, nell'osservare l'attività che svolge per stare al passo con l'evoluzione continua dei mercati digitali, sovviene una modernissima rappresentazione del noto paradosso zenoniano di Achille e la tartaruga¹²⁶.

¹²⁴ M. LIBERTINI, *Digital Markets and Competition Policy. Some Remarks on the Suitability of the Antitrust Toolkit*, in ODC, fascicolo speciale, 2021, p. 357.

¹²⁵ M.W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale*, cit., p. 928.

¹²⁶ Un'efficace nota di colore è anche offerta da W.E. KOVACIC, *Antitrust in High-Tech Industries: Improving the Federal Antitrust Joint Venture*, in *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 19, n.

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

Più che per correggere un fallimento del mercato, per supplire al fallimento dell'*enforcement*¹²⁷.

La regolazione dell'economia delle piattaforme intrapresa principalmente ad opera delle istituzioni europee, a partire dal regolamento P2B fino alla più recente proposta Data Act, e passando in particolare dall'adozione del DMA, ruota attorno alla definizione di un contesto di mercato che mira alla trasparenza¹²⁸ e alla *fairness*¹²⁹, che ostacola la formazione di barriere all'ingresso o alla crescita, che stimola e incentiva l'innovazione e la concorrenza¹³⁰.

5, 2012, p. 1102, per cui «the antitrust system peddles furiously on a bicycle to catch up with industry developments that speed ahead in a Formula One racer».

¹²⁷ M. CAPPAL, G. COLANGELO, *Taming Digital Gatekeepers: The 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law*, in *CLSR*, vol. 41, 2021, p. 13.

¹²⁸ La centralità del principio di trasparenza nel contesto dell'economia dei dati è peraltro evidente dal simile – almeno sotto questo profilo – intervento di regolazione degli algoritmi, rispetto al quale, ricorda G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2, 2019, p. 235, si assiste all'emersione di un ampio diritto a conoscere dell'utilizzo dei trattamenti automatizzati, della logica del loro funzionamento, nonché dell'influenza che hanno avuto sull'esito delle decisioni che coinvolgono la sfera del singolo.

¹²⁹ G. FERRARI, M. MAGGIOLINO, *Il potere across markets delle GAFAM*, cit., p. 481, spiegano come il DMA, in particolare, «avrebbe il merito di imporre una serie di divieti e obblighi applicabili, a prescindere dai loro effetti, in capo ai soggetti che ai sensi della medesima disciplina si qualificano alla stregua di *gatekeeper*, di là dal fatto che questi ultimi risultino o meno dominanti». Così, la nuova normativa europea svelerebbe la propria «natura eminentemente regolatoria» tesa a garantire che nei diversi settori dell'economia dei dati in cui operano i *gatekeeper*, i mercati siano contendibili ed equi, senza che per ciò venga in alcun modo limitato il campo di applicazione della disciplina della concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. La medesima posizione è assunta da V. FALCE, *Rapporti asimmetrici tra imprese*, cit., p. 200. Nel senso della compatibilità dell'intervento *ex ante*, tramite la determinazione di appositi obblighi, con il divieto di dipendenza economica, che chiede alle Autorità di accertare le disfunzioni dei mercati e individuare i rimedi da adottare, V. BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi*, cit., pp. 77-78. Si veda infine anche M. LIBERTINI, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022, pp. 1069 ss.

¹³⁰ Cfr. G. COLANGELO, *The European Digital Markets Act and Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse*, in *E. L. Rev.*, n. 5, 2022. Sotto questo profilo, evidenzia i limiti

In questo senso, il diritto privato regolatorio (europeo) genera un effetto di contenimento della forza dei poteri privati nell'ambito di una politica del diritto protesa verso l'integrazione economica e la rimozione di disparità e asimmetrie¹³¹, laddove l'autoregolazione dimostra di non essere una scelta sufficientemente affidabile. E realizza così il perseguimento di obiettivi anche pubblicistici, non limitati cioè alla sola e semplice tutela dei soggetti privati interessati da ciascuna, singola, operazione economica¹³².

Rispetto, nello specifico, al potere delle piattaforme digitali, che si colloca ben al di là delle mere, per quanto significative, dinamiche dei rapporti di mercato, ciò è tanto più vero che l'orientamento diffuso è notoriamente quello di regolare, anche con atti di *soft law*, l'attività, l'incidenza, il ruolo, di questi soggetti del diritto, nella prospettiva decisamente più ampia del corretto funzionamento dei sistemi democratici.

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

dell'intervento regolatorio europeo B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 4, 2022, pp. 997 ss. Similmente, e a sua volta con alcune contraddizioni, la strategia europea di regolazione dell'intelligenza artificiale, su cui la riflessione in prospettiva comparatistica di E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1, 2020, pp. 29 ss.

¹³¹ Cfr. P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 335 ss.

¹³² F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2018, p. 511. Rileva V. BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi*, cit., p. 80, come possa intendersi in questa stessa ottica la nuova previsione di cui al comma 3 dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, laddove incarica la Presidenza del Consiglio di adottare delle linee guida volte proprio ad assicurare che la disciplina dell'abuso relativo venga applicata, «in coerenza con i principi della normativa europea», in modo tale da non limitare la libertà d'impresa, a maggior ragione nei mercati digitali, a beneficio della collettività.

Bibliografia

- ADDIS F., «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbl. contr.*, n. 1, 2012;
- ADDIS F., Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault", in *Obbl. contr.*, n. 4, 2012;
- AKERLOF G.A., *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *QJE*, vol. 84, n. 3, 1970;
- AKMAN P., *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law*, in *J. Law Tech. Pol.*, n. 2, 2017;
- ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4, 1999;
- ALBANESE A., *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3, 2013;
- ALPA G., *Contratti di massa* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Agg., I, Giuffrè, Milano, 1997;
- ALPA G., *Postfazione*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2002;
- ALPA G., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2006;
- ALPA G., *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012;
- ALPA G., *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, n. 6, 2015;
- ALPA G., *Réflexions sur le projet de réforme du droit des contrats*, in *RIDC*, vol. 67, n. 4, 2015;
- ALPA G., *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2022;
- ALPA G., *I principi generali*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2023;
- AMADIO G., *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2005;

- AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998;
- AMMANNATI L., *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubb.*, n. 2, 2021;
- ANCEL F., *Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle?*, in *D.*, n. 13, 2017;
- ANCEL F., FAUVARQUE-COSSON B., GEST J., *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, Parigi, 2017;
- ANDREU L., *Le Nouveau contrat d'adhésion*, in *AJ Contrat*, n. 6, 2018;
- ANDRIEU T., DREUX M.C., *La Réforme du droit des contrats ratifiée: la cohérence et la sécurité juridique préservées*, in *GP*, n. 16, 2018;
- ANGELICI C., *La contrattazione d'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985;
- ARMSTRONG M., *Competition in Two-Sided Markets*, in *RAND J. Econ.*, vol. 37, n. 3, 2006;
- ASTONE F., *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2003;
- ATHEY S., ELLISON G., *Position Auctions with Consumer Search*, in *QJE*, vol. 126, n. 3, 2011;
- AULETTA G., *Atto di commercio* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959;
- AULETTA G., *Contratto e mercato*, in G. AULETTA, *Scritti giuridici*, VIII, Giuffrè, Milano, 2001;
- AUTERI P., *La tutela della reputazione economica*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, G. CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983;
- AYNÈS L., *Le Juge et le contrat: nouveaux rôles?*, in *Rdc*, HS, 2016;
- AZZARO A.M., *I contratti non negoziati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000;
- AZZARO A.M., *Abusi nell'attività economica e tecniche di tutela del contraente debole*, in A.M. AZZARO (a cura di), *Contratto e mercato. Atti del convegno*

- tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 7-8 novembre 2003*, Giappichelli, Torino, 2004;
- AZZARO A.M., SIRENA P., *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in E. GABRIELLI, E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, I, Utet, Torino, 2005;
- AZZARRI F., *Profili soggettivi e influenze sistematiche dei contratti dei consumatori nel diritto francese*, in *Pactum*, n. 2, 2022;
- BACHELET V., *Il divieto di abuso di dipendenza economica*, in A. D'ADDA, V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici del consumatore e d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2020;
- BACHELET V., *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1, 2023;
- BAKHOUM M., *Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and Its Interface with Abuse of Dominance*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper Series*, 15-15, vol. 7, n. 4, 2015 e in F. DI PORTO, R. PODSZUN (a cura di), *Abusive Practices in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2018;
- BARBA A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1998;
- BARBA A., *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Cedam, Padova, 2018;
- BARBANO M., *Verso un antitrust italiano 4.0? I GAFAM e i big data all'esame dell'AGCM*, in *Riv. comm. int.*, n. 4, 2021;
- BARBERO D., *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 1935;
- BARBIER H., *Les Grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *RTD civ.*, n. 2, 2016;
- BARBIER H., *Le Point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat*, in *RTD civ.*, n. 1, 2020;
- BARCELLONA M., *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2011;
- BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2014;

- BARCELLONA P. (a cura di), *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole (Atti della Tavola rotonda, Catania 17-18 maggio 1969)*, Giuffrè, Milano, 1970;
- BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996;
- BARCELLONA P., HART D., MÜCKENBERGER U., *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, De Donato, Bari, 1973;
- BARELA M., *Accordo, consenso e assenso (brevi note nella prospettiva della crisi del contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2018;
- BARENGHI A., *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Cedam, Padova, 2003;
- BARENGHI A., sub *art. 33 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Giuffrè, Milano, 2019;
- BARGELLI E., *Art. 1341 – Condizioni generali di contratto*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2011;
- BASEDOW J., *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contr. impr.*, n. 2, 1985;
- BASSAN F., *Digital Platforms and Global Law*, Elgar, Cheltenham, 2021;
- BASSINI M., *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Canterano (RM), 2019;
- BATTELLI E., *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contr.*, n. 2, 2010;
- BATTELLI E., *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione online delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, n. 4, 2014;
- BATTELLI E., *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Jovene, Napoli, 2017;
- BATTELLI E., *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono "gratuiti"*, in *Contr.*, n. 2, 2022;
- BATTELLI E., D'IPPOLITO G., *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019;

- BENATTI F., *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa*, n. 5, 2016;
- BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002;
- BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012;
- BENEDETTI A.M., PATTI F.P., *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2017;
- BENEDETTI G., *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, n. I, 1991;
- BENEDETTI G., *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Jovene, Napoli, 1997;
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999;
- BERLIOZ G., *Le Contrat d'adhésion*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Parigi, 1973;
- BERTANI M., *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di protezione delle informazioni*, in AA. Vv., *Studi in onore di Gerhard Schricker*, Giuffrè, Milano, 2005;
- BERTI C., GRAZZINI B., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2005;
- BERTOLINI A., *Il postcontratto*, Il Mulino, Bologna, 2019;
- BERTOLINI A., CHERCIU N.A., EPISCOPO F., *Liability of Online Platforms*, European Parliamentary Research Service, 2021;
- BESSONE M., *Gli standards dei contratti d'impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giur. mer.*, nn. 4-5, 1984;
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova, 1928;
- BETZU M., *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubb.*, n. 3, 2021;
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977;

- BIANCA C.M., *I contratti digitali*, in *Studium Iuris*, 1998;
- BLANC N., *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, in *Rdc*, HS, 2018;
- BKARTA, B6-113, *Working Paper – Market Power of Platforms and Networks*, giugno 2016;
- BOBBIO N., *La democrazia e il potere invisibile*, in *RISP*, n. 2, 1980;
- BORGHINI M., *Portabilità dei dati e regolazione dei mercati digitali*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2018;
- BOSTOEN F., *Online Platforms and Vertical Integration: The Return of Margin Squeeze?*, in *JAE*, vol. 6, n. 3, 2018;
- BOUGETTE P., BUDZINSKI O., MARTY F., *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, in *Antitrust Bull.*, vol. 67, n. 2, 2022;
- BRAVO F., *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, n. 6, 2016;
- BRAVO F., GAMBINO A.M., TOZZI F., *I contratti telematici e il commercio elettronico*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2009;
- BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998;
- BRIZZOLARI V., CERSOSIMO C., *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, RomaTrE-Press, Roma, 2018;
- BRUZZONE G., *L'abuso di posizione dominante*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013;
- BUCCIROSSI P., *Background note*, in OCSE, *Vertical Restraints for On-line Sales*, Policy Roundtables, 2013;
- BUFFA F., *The dark side of Google nella sentenza della Corte dell'Unione del 10 novembre 2021, in causa T-612/17, Google c. Commissione*, in *Quest. giust.*, n. 1, 2022;
- BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1995;

- BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000;
- BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006;
- BUSCH C., *Crowdsourcing Consumer Confidence. How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in DE FRANCESCHI A. (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016;
- BUSCH C., *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO, H. MICKLITZ (a cura di), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standard, Contracts and Codes*, Elgar, Cheltenham, 2019;
- BUSCH C., *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, in A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck, Monaco, 2019;
- BUSCH C., *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a “Procedural Turn” in EU Platform Regulation?*, in *EuCML*, n. 4, 2020;
- BUSCH C., DANNEMANN G., SCHULTE-NÖLKE H., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA A., ZOLL F., *The ELI Model Rules on Online Platforms*, in *EuCML*, n. 2, 2020;
- BUSCH C., MAK V., *Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation*, in *EuCML*, n. 3, 2021;
- BUSCH C., SCHULTE-NÖLKE H., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA A., ZOLL F., *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *EuCML*, n. 1, 2016;
- BUTTÀ A., *Google Search (Shopping): An Overview of the European Commission's Antitrust Case*, in *Riv. it. antitrust*, n. 1, 2018;
- BUTTARELLI G., *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *GDA*, n. 1, 2023;
- BUY F., *La (Décevante) réforme du droit des relations commerciales*, in *D.*, n. 20, 2019;

- CAFAGGI F., *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Merc. conc. reg.*, n. 1, 2006;
- CAFAGGI F., *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1, 2008;
- CAFAGGI F., *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- CAILLAUD B., JULLIEN B., *Competing Cybermediaries*, in *Eur. Econ. Rev.*, vol. 45, nn. 4-6, 2001;
- CAILLAUD B., JULLIEN B., *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, in *RAND J. Econ.*, vol. 34, n. 2, 2003;
- CALAIS-AULOY J., *L'Influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *RTD civ.*, n. 2, 1994;
- CALO R., ROSENBLAT A., *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, in *Columbia L. Rev.*, vol. 117, n. 6, 2017;
- CALZOLAIO E., *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 4, 2017;
- CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4, 2005;
- CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4, 2008;
- CAMARDI C., *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civ.*, n. 4, 2021;
- CAMBINI C., MECCHERI N., SILVESTRI V., *Competition, Efficiency and Market Structure in Online Digital Markets. An Overview and Policy Implications*, in *ERIEP*, n. 2, 2011;
- CAMILLERI E., *Conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2013;
- CAMILLERI E., *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1, 2018;

- CANTERO GAMITO M., *Regulation.com. Self-Regulation and Contract Governance in the Platform Economy: A Research Agenda*, in *EJLS*, vol. 9, n. 2, 2017;
- CAPALDO G., *Armonizzazione della disciplina del contratto e attività della Commissione europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007;
- CAPALDO G., *Commento sub artt. 82-84*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Cedam, Padova, 2007;
- CAPO G., *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2001;
- CAPPAI M., COLANGELO G., *Taming Digital Gatekeepers: The 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law*, in *CLSR*, vol. 41, 2021;
- CARNELUTTI F., *Introduzione allo studio del diritto*, Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1943;
- CAROTTI B., *La sanzione dell'AGCM ad Amazon: uno squarcio nel velo*, in *Oss. Stato dig.*, 10 febbraio 2022;
- CAROTTI B., *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022;
- CARTWRIGHT J., WHITTAKER S. (a cura di), *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reform*, Hart Publishing, Oxford, 2017;
- CASO R., *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, nn. 1-2, 1998;
- CASO R., PARDOLESI R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 1998;
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 2, 2000;
- CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000;
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, nn. 2-3, 1981;
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2006;

- CATANZARITI M., *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2014;
- CAUFFMAN C., *The Principle of Proportionality and European Contract Law*, in J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, Cambridge, 2015;
- CAUFFMAN C., *New EU Rules on Business-to-Business and Platform-to-Business Relationships*, in *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, vol. 26, n. 4, 2019;
- CAZZATO C.E., *Dai robber barons al Leviatano digitale, dall'Agcm all'AGCom: il public enforcement nei rapporti P2B*, in R. TORINO (a cura di), *I diritti dei consumatori digitali. I contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e di beni con elementi digitali*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023;
- CENINI M., *La «trattativa individuale» nei contratti con il consumatore: spiegazioni esaurienti o concreta influenza?*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2006;
- CENINI M., GAMBARO A., *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, n. 1, 2011;
- CERDONIO CHIAROMONTE G., *Specificata approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on line*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 3, 2018;
- CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963;
- CHAGNY M., *La Règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation!*, in *RTD comm.*, n. 3, 2015;
- CHAGNY M., *Les Contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *AJ Contrats d'affaires*, n. 3, 2016;
- CHAGNY M., *Le Droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats*, in *RTD comm.*, n. 3, 2016;
- CHANTEPIE G., *Le Déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation*, in *AJ Contrats d'affaires*, n. 5, 2015;
- CHANTEPIE G., LATINA M., *Le Nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Parigi, 2018;
- CHAZAL J.P., *Le Consommateur existe-t-il?*, in *D.*, n. 31, 1997;
- CHÉNEDÉ F., *Le Contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, in *SJ*, n. 27, 2016;

- CHÉNÉDÉ F., *La Réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres*, in *AJ Contrat*, n. 1, 2018;
- CHEUNG A.S.Y., SCHULZ W., *Reputation Protection on Online Rating Sites*, in *Stan. Tech. L. Rev.*, vol. 21, n. 2, 2018;
- CHIRICHELLO G., *I fondamenti economici dell'ordine giuridico del mercato*, in AA.Vv., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1999;
- CHITI E., MARCHETTI B., *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1, 2020;
- COASE R.H., *The Problem of Social Cost*, in *JLE*, vol. 3, 1960;
- CIAN G., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1974;
- CLARIZIA R., *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985;
- COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004;
- COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3, 2016;
- COLANGELO G., *The European Digital Markets Act and Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse*, in *E. L. Rev.*, n. 5, 2022;
- COLANGELO G., *Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing*, in *GRUR Int.*, vol. 72, n. 6, 2023;
- COLANGELO G., MAGGIOLINO M., *Big Data as Misleading Facilities*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 13, nn. 2-3, 2017;
- COLANGELO M., *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *JECL&P*, n. 1, 2017;
- COLANGELO M., ZENO-ZENCOVICH V., *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Dir. inf.*, n. 1, 2015;
- CONTALDI G., *La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"*, in *Papers dir. eu.*, n. 1, 2021;
- CONTALDO A., PELUSO F., *L'abuso di posizione dominante in internet*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Milano, 2018;

- CORDIER Q., *L'Économie de plateforme: description d'un phénomène d'intermédiation*, in J. CLESSE, F. KÉFER (a cura di), *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, Anthemis, Liegi, 2019;
- CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.A., SCHWEITZER H., *Competition Policy for the Digital Era. Final Report*, DG Concorrenza della Commissione europea, 2019;
- CREMONA E., *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Oss. fonti*, n. 2, 2021;
- CREMONA E., *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2023;
- CREMONA M., SCOTT J. (a cura di), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019;
- CUSUMANO M.A., GAWER A., YOFFIE D.B., *The Business of Platforms: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power*, Harper Business, New York, 2019;
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008;
- D'AMICO G., *Il procedimento di formazione del contratto di «franchising» secondo l'art. 4 della legge 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2005;
- D'AMICO G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2005 e in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006;
- D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, n. 2, 2015;
- D'AMICO G., *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2019;
- D'ANDREA S., *Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, ESI, Napoli, 2006;

- D'IPPOLITO G., *L'abuso di posizione dominante*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Milano, 2018;
- D'IPPOLITO G., *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021;
- DE GREGORIO G., *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *I•CON*, vol. 19, n. 1, 2021;
- DE HERT P., PAPA-KONSTANTINO V., MALGIERI G., BESLAY L., SANCHEZ I., *The Right to Data Portability in the GDPR: Towards User-Centric Interoperability of Digital Services*, in *CLSR*, vol. 34, 2018;
- DE LUCA V., *Autonomia privata e mercato telematico nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2004;
- DE MARTINI A., *Contratti per adesione e approvazione specifica delle clausole vessatorie*, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, III, 1948;
- DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 1976;
- DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova, 2002;
- DELLA NEGRA F., *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contr.*, n. 11, 2013;
- DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, n. 6, 1998;
- DELLI PRISCOLI L., *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, n. 5, 2010;
- DI AMATO A., *Impresa e nuovi contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998;
- DI BONA L., *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi urbinati*, vol. 65, nn. 2-3, 2014;
- DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2002 e in *AA.VV., Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Giuffrè, Milano, 2004;

- DI MARZIO F., *Contratti d'impresa* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., III, Utet, Torino, 2007;
- DI MARZIO F., *I contratti d'impresa. Profili generali*, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2007;
- DI MARZIO F., *I contratti tra imprese*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2009;
- DI MARZIO F., *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010;
- DI PACE P., *Il negozio di adesione nel diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1, 1941;
- DI SABATO D., *Contratti dei consumatori e contratti d'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1995;
- DI SABATO D., *La prassi contrattuale nella sharing economy*, in *Riv. dir. impr.*, n. 3, 2016;
- DALIA C., *A proposito di abuso di autonomia contrattuale di impresa*, in *Comp. dir. civ.*, n. 1, 2017;
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1954;
- DALMARTELLO A., *Contratti d'impresa* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1998;
- DELFINI F., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002;
- DELLAROCAS C., *Designing Reputations Systems for the Social Web*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011;
- DELLAROCAS C., NARAYAN R., *A Statistical Measure of a Population's Propensity to Engage in Post-Purchase Online Word-of-Mouth*, in *Statist. Sci.*, vol. 21, n. 2, 2006;
- DESHAYES O., *La Formation des contrats*, in *Rdc*, HS, 2016;
- DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, Parigi, 2018;

- DEUTSCHER E., *Google Shopping and the Quest for a Legal Test for Self-Preferencing under Article 102 TFEU*, in *European Papers*, vol. 6, n. 3, 2021;
- DONATI F., *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2, 2021;
- DOSSETTO M., *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Utet, Torino, 1959;
- DUCATO R., *Scritto nelle stelle. Un'analisi giuridica dei sistemi di rating nella piattaforma Uber alla luce della normativa sulla protezione dei dati personali*, in *Dir. quest. pubb.*, Special Issue, 2020;
- EBERS M., *The Notion of "Consumer"*, in H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS (a cura di), *EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and Its Transposition in the Member States*, SELP, Monaco, 2008;
- ECKHARDT G.M., BARDHI F., *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, in *HBR*, 2015;
- EVANS D.S., *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, in *Yale J. Regul.*, vol. 20, n. 2, 2003;
- EVANS D.S., *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, n. 753, 2016;
- EVANS D.S., SCHMALENSEE R., *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, in *CPI*, vol. 3, n. 1, 2007;
- EVANS D.S., ZHANG V.Y., *Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by the Supreme Court*, in *Asia Column*, ottobre 2014;
- FABBIO P., *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 7-10, 2002;
- FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006;
- FALCE V., *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, nn. 4-5, 2021;
- FALCE V., sub *art. 20 GDPR – Commento*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021;

- FALZEA A., *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2005;
- FALZEA A., *Introduzione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006;
- FARMER R., *Web Reputation System and the Real World*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011;
- FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010;
- FAUCEGLIA G., *L'integrazione dei contratti di impresa: profili generali ed introduttivi*, in *Giur. comm.*, n. 1, 2017;
- FEMIA P., *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contraffazione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- FERRANTE E., KOCH R., *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. impr./Europa*, n. 2, 2011;
- FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000;
- FERRARESE M.R., *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in *Dir. pubb.*, n. 3, 2021;
- FERRARESE M.R., *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022;
- FERRARI G., MAGGIOLINO M., *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, in *ODC*, fascicolo speciale, 2021;
- FERRI G.B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 1-2, 1977;
- FERRI G.B., *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in G.B. FERRI, *Le anamorfose del diritto civile attuale*, Cedam, Padova, 1994;
- FERRI G.B., *Une cause qui ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del Code civil*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1, 2017;

- FERRI L., *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959;
- FILISTRUCCHI L., GERADIN D., VAN DAMME E., *Identifying Two-Sided Markets*, in *World Competition*, vol. 36, n. 1, 2013;
- FILISTRUCCHI L., GERADIN D., VAN DAMME E., AFFELDT P., *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, in *J. Comp. Law Econ.*, vol. 10, n. 2, 2014;
- FINESSI A., *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 6, 2018;
- FINOCCHIARO G., *I contratti informatici*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1997;
- FINOCCHIARO G., *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2022;
- FLORIDI L., *The Fourth Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford University Press, Oxford, 2014;
- FORTI V., *Le Déséquilibre significatif dans les projets français et espagnol de réforme du droit commun des contrats: délimitation du domaine*, in J. LETE, E. SAVAUX, R.N. SCHÜTZ, H. BOUCARD (diretto da), *La Recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2016;
- FORTIER G., *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, Imprimerie Darantière, Dijon, 1909;
- FRANCESCHELLI V., LEHMANN M., *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Foro it.*, V, 1978;
- FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, Padova, 2010;
- FUSARO AN., *Gli effetti del contratto nella riforma del Code civil francese*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2017;
- FUSARO AR., *Informazioni inesatte e danno alla "reputazione" d'impresa: le variabili della responsabilità*, in *Resp. civ.*, n. 4, 2009;
- GABRIELLI E., FUSARO AN. (a cura di), *La riforma dei contratti in Francia*, in *Giur. it.*, 2018;
- GAGGERO P., *Contratti, persone, mercato: una prospettiva su tutela del consumatore*

- e controlli sull'impresa*, in A. SOMMA, AN. FUSARO, G. CONTE, V. ZENOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma TrE-Press, Roma, 2018;
- GALGANO F., *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Zanichelli, Bologna, 1980;
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, n. 2, 2011;
- GALLI C., *L'attuazione italiana della Direttiva europea sui Trade Secrets tra continuità nella disciplina sostanziale e deviazioni rispetto al testo della Direttiva*, in *Contr. impr./Europa*, n. 1, 2018;
- GAMBINO A.M., *Clausole vessatorie e internet*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2002;
- GAUDEMET S., *Ratification de la réforme du droit des obligations: le droit transitoire*, in *Rdc*, HS, 2018;
- GAWER A., SRNICEK N., *Online Platforms: Economic and Societal Effects*, European Parliamentary Research Service, 2021;
- GEMMA A., *Abuse of Economic Dependence Between Competition Law and Contract Law*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2000;
- GENOVESE A., *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, n. 3, 2005;
- GENOVESE A., *L'interpretazione del contratto standard*, Giuffrè, Milano, 2008;
- GENOVESE A., *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2019;
- GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3, 2004;
- GENTILI A., *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2006 e in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Giuffrè, Milano, 2006;

- GENTILI A., *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2011;
- GENTILI A., *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Riv. dir. impr.*, n. 1, 2012;
- GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2012 e in A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013;
- GENTILI A., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II – Tecnica, Giappichelli, Torino, 2015;
- GENTILI A., *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2016;
- GENTILI A., *L'interpretazione dei contratti nella riforma del code civil*, in G. VETTORI, E. NAVARRETTA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *La riforma del Code civil*, in *Pers. merc.*, n. 1 Monografico, 2018;
- GENTILI A., *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. banc.*, n. I supplemento, 2020;
- GENTILI A., E. BATTELLI, *Le patologie del contratto telematico*, in E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2012;
- GHEZZI F., MAGGIOLINO M., *Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon: nulla di nuovo sotto il sole?*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2, 2022;
- GHIDINI G., *I diritti dei consumatori come civil rights nel mercato*, in L. KLESTA DOSI (a cura di), *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, CLEUP, Padova, 2000;
- GIANNONE CODIGLIONE G., *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Dir. inf.*, nn. 4-5, 2015;
- GIANNONE CODIGLIONE G., *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione della privacy"*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2017;
- GIANNONE CODIGLIONE G., *Algoritmi reputazionali e confini dell'autonomia dei privati*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2019;
- GIANOLA A., *Terzo contratto* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., IV, Utet, Torino, 2009;

- GIORGIANNI M., *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2009;
- GITTI G., *Premessa*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- GITTI G., VILLA G., *Introduzione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- GOLDMAN E., *Regulating Reputation*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society. How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, The MIT Press, Cambridge, 2011;
- GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 11-12, 1951;
- GORLA G., *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 3-4, 1963;
- GRAEF I., *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition*, vol. 38, n. 4, 2015;
- GRAEF I., *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016;
- GRAEF I., *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *YEL*, vol. 38, n. 1, 2019;
- GRAEF I., *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*, in *RJTUM*, vol. 53, n. 1, 2019;
- GRAEF I., *Hybrid Differentiation and Competition Beyond Markets*, in *Antitrust Chronicle*, giugno 2020;
- GRAEF I., HUSOVEC M., PURTOVA N., *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law*, in *GLJ*, vol. 19, n. 6, 2018;
- GRAZIADEI M., *Le Contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Rdc*, n. 3, 2015;
- GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee guida sul diritto alla portabilità dei dati*, WP 242 rev.01, 2017;
- GUARNERI A., *La scomparsa delle bonnes moeurs dal diritto contrattuale francese*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 3, 2017;
- HABERMAS J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1962, in A. ILLUMINATI, F.

- MASINI, W. PERRETTA (traduzione italiana a cura di), *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2005;
- HALPÉRIN J.L., *Le fondement de l'obligation contractuelle chez le civilistes français du XIXe siècle*, in J.F. KERVÉGAN, H. MOHNHAUPT (a cura di), *Gesellschaftliche Freiheit und Vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Francoforte, 1999;
- HATZOPOULOS V., *The EU Essential Facilities Doctrine*, Research Papers in Law, n. 6, 2006;
- HATZOPOULOS V., ROMA S., *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law*, in *CMLR*, vol. 54, n. 1, 2017;
- HEGEL G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, in G. MARINI (traduzione italiana a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004;
- IAIA V., *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Camm. dir.*, n. 9, 2020;
- IMBRUGLIA D., *Appunti di storia della ricodificazione francese*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2019;
- IMBRUGLIA D., *La loi de ratification dell'ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 4, 2019;
- INGLESE M., *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Springer, Cham, 2019;
- INZITARI B., *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, II, Cedam, Padova, 1978;
- IRTI N., *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, nn. 1-2, 1967 e in N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984;
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979;
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1998;
- IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2002;
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004;
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1, 2014;
- IRTI N., *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione*

- leibniziana*), in *Ars interpretandi*, n. 1, 2019;
- JANAL R., *Data Portability – A Tale of Two Concepts*, in *JIPITEC*, vol. 8, n. 1, 2017;
- JANAL R., *Data Portability under the GDPR: A Blueprint for Access Rights?*, in GERMAN FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION, MAX PLANCK INSTITUTE FOR INNOVATION AND COMPETITION (a cura di), *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, Nomos, Baden-Baden, 2021;
- JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo. L'attività e il contratto*, III, Cedam, Padova, 2003;
- JOLIET R., *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1970;
- KANT I., *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, in G. GENTILE, G. LOMBARDO RADICE (traduzione italiana a cura di), *Critica della ragion pura*, Laterza, Bari, 1924;
- KATZ M.L., SHAPIRO C., *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *AER*, vol. 75, n. 3, 1985;
- KHAN L.M., *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale L. J.*, vol. 126, n. 3, 2017;
- KHAN L.M., *Sources of Tech Platform Power*, in *GLTR*, vol. 2, n. 2, 2018;
- KOVACIC W.E., *Antitrust in High-Tech Industries: Improving the Federal Antitrust Joint Venture*, in *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 19, n. 5, 2012;
- LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000;
- LANDO O., *Should Business Enterprises Benefit from Consumer Protection?*, in I. SCHWENZER, G. HAGER (a cura di), *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003;
- LIBERTINI M., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna, 2012;
- LIBERTINI M., *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, n. 1, 2013;
- LIBERTINI M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *ODC*, n. 3, 2015;

- LIBERTINI M., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *ODC*, n. 3, 2018;
- LIBERTINI M., *Digital Markets and Competition Policy. Some Remarks on the Suitability of the Antitrust Toolkit*, in *ODC*, fascicolo speciale, 2021;
- LIBERTINI M., *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022;
- LICASTRO A., *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2021;
- LIEBER E., SYVERSON C., *Online versus Offline Competition*, in M. PEITZ, J. WALDFOGEL (a cura di), *The Oxford Handbook of the Digital Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2012;
- LIPARI N., *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2004;
- LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, n. 4, 2016;
- LEVI G., *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Giuffrè, Milano, 1996;
- LOBEL O., *The Law of the Platform*, in *Minn. L. Rev.*, vol. 101, n. 1, 2016;
- LODDER A.R., MORAIS CARVALHO J., *Online Platforms: Towards an Information Tsunami with New Requirements on Moderation, Ranking, and Traceability*, in *EBLR*, vol. 33, n. 4, 2022;
- LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970;
- LONGU T., *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2000;
- MACARIO F., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, ESI, Napoli, 2002;
- MACARIO F., *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. contr.*, n. 11, 2006;
- MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, n. 12, 2009;

- MAGGIOLINO M., *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in G. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Il Mulino, Bologna, 2017;
- MAGGIOLINO M., *EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency*, in *AIDA*, 2018;
- MAGGIOLINO M., COLANGELO M., *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1, 2019;
- MAGGIOLO M., *Il contratto predisposto*, Cedam, Padova, 1996;
- MAK V., *Private Law Perspectives on Platform Services. Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY*, in *EuCML*, n. 1, 2016;
- MALGIERI G., *Property and (Intellectual) Ownership of Consumer's Information: A New Taxonomy for Personal Data*, in *PinG*, n. 4, 2016;
- MALLET-BRICOUT B., *2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats*, in *RTD civ.*, n. 2, 2016;
- MALLET-BRICOUT B., *Une Ratification multidimensionnelle – À propos de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018*, in *RTD civ.*, n. 3, 2018;
- MARIQUE E., MARIQUE Y., *Sanctions on Digital Platforms: Beyond the Public-Private divide*, in *CILJ*, vol. 8, n. 2, 2019;
- MARTENS B., *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, Institute for Prospective Technological Studies, Digital Economy Working Paper, JRC101501, 5, 2016;
- MARTINELLI F., GADREY J., *L'economia dei servizi*, Il Mulino, Bologna, 2000;
- MARTINELLI S., *The Vulnerable Business User: The Asymmetric Relationship between the Business User and the Platform*, in *EJPLT*, n. 2, 2022;
- MARTY F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante: réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, in *RJTUM*, vol. 53, n. 1, 2019;
- MARTY F., PILLOT J., *Cooperation, Dependence, and Eviction: How Platform-to-Business Competition Relationships Should Be Addressed in Mobile Telephony Ecosystems*, in D. BOSCO, M.S. GAL (a cura di), *Challenges to Assumptions in Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2021;
- MAUGERI M.R., *Modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica e agli artt. 8 (imprese pubbliche e in monopolio legale) e 15 (diffide e sanzioni) della legge antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 5, 2001;

- MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003;
- MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 5, 2019;
- MAZEAUD D., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 2014;
- MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2016;
- MAZEAUD D., *Le Nouveau droit des obligations: observation conclusives*, in *Rdc*, HS, 2018;
- MAZEAUD D., *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *D.*, n. 17, 2018;
- MAZZAMUTO S., *Il diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr./Europa*, n. 2, 2005;
- MEKKI M., *L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *D.*, n. 9, 2016;
- MELI V., *Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008;
- MELI V., *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1, 2018;
- MESSINETTI D., *L'abuso del diritto* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Agg., II, Giuffrè, Milano, 1998;
- MESTMÄCKER E.J., *Europäisches Wettbewerbsrecht*, C.H. Beck, Monaco, 1974;
- MESTRE J., *L'Article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels*, in *RTD civ.*, n. 2, 1997 ;
- MEZZANOTTE F., *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2018;
- MICKLITZ H.W., *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts – Ius commune praeter legem?*, in *ZEuP*, n. 2, 1998;
- MICKLITZ H.W., *The Politics of Justice in European Private Law. Social*

- Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018;
- MIDIRI M., *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2021;
- MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. contr.*, n. 1, 2008;
- MINERVINI E., *Il «terzo contratto»*, in *Contr.*, n. 5, 2009;
- MINERVINI E., *Contratti per adesione e clausole abusive nel codice civile francese riformato*, in *Contr. impr.*, n. 2, 2018;
- MINUTO RIZZO A., *I profili antitrust del nuovo web e della nuova economia digitale*, in *Dir. ind.*, n. 2, 2019;
- MONTAGNANI M.L., *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2019;
- MONTEROSSO M.W., *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2021;
- MONTI G., TOMBAL T., GRAEF I., *Study for Developing Criteria for Assessing "Reasonable Compensation" in the Case of Statutory Data Access Right*, Study for the European Commission Directorate-General Justice and Consumers, 2022;
- MONTINARO R., *Online Platforms: New Vulnerabilities to Be Addressed in the European Legal Framework. Platform to Consumer Relations*, in *EJPLT*, n. 2, 2020;
- MONTINARO R., *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Pers. merc.*, n. 3, 2022;
- MORELLO U., *Condizioni generali di contratto* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, III, Utet, Torino, 1988;
- MORO VISCONTI R., *Danno antitrust e piattaforme digitali*, in *Dir. ind.*, n. 1, 2021;
- MUNDT A., *Algorithms and Competition in a Digitalized World*, in *Antitrust Chronicle*, luglio 2020;
- MURATI E., *What Are Digital Platform? An Overview of Definitions*,

- Typologies, Economics, and Legal Challenges Arising from the Platform Economy in EU*, in *EJPLT*, n. 1, 2021;
- MUSSO A., *La subfornitura*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2003;
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli, 2004;
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, Giuffrè, Milano, 2014;
- NATOLI R., *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1, 2020;
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 12, 1958;
- NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2011*, Giappichelli, Torino, 2012;
- NAVARRETTA E., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 43, 2014;
- NERVI A., *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2018 e in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, RomaTrE-Press, Roma, 2018;
- NONNE L., *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2013;
- NOOREN P., VAN GORP N., VAN EIJK N., Ó FATHAIGH R., *Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options*, in *PE&I*, vol. 10, n. 3, 2018;
- O'DONOGHUE R.A., PADILLA A.J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, 2006;
- ÖBERGFELL E.I., THAMER A., *(Non-)Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts: Context and Overview of the State of Play*, in *JIPLP*, vol. 12, n. 5, 2017;
- OCSE, *The Essential Facilities Concept*, Policy Roundtables, 1996;
- OCSE, *Two-Sided Markets*, Policy Roundtables, 2009;
- OCSE, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, 2010;

- OCSE, *Summary of the OECD Privacy Expert Roundtable on Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking*, 2014;
- OCSE, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, Background note by the Secretariat, 2016;
- OPPO G., *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1995;
- OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2004;
- ORESTANO A., *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3, 1996;
- ORLANDI M., *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- ORLANDI M., *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021;
- ORLANDO S., *Commento all'art. 1341 c.c.*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, Utet, Milano, 2009;
- ORLANDO S., *Data vs capta: intorno alla definizione di dati*, in *NDC*, n. 4, 2022;
- OSTI C., *L'abuso di posizione dominante* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012;
- PALMIERI A., *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, in *Foro it.*, n. 2, I, 2003;
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, n. 1, I, 2010;
- PANCALLO A.M., *Funzione del contratto e regolazione del mercato*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Cedam, Padova, 2019;
- PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Utet, Milano, 2018;
- PARDOLESI R., *Art. 86 Trattato CEE: il prezzo del "decollo"*, in *Foro it.*, IV, 1978;
- PARDOLESI R., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, V, 1994;

- PARDOLESI R., *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004;
- PARDOLESI R., *Conclusioni*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- PARDOLESI R., *Clausole abusive e «terzo contratto»*, in *Foro it.*, n. 5, V, 2020;
- PARDOLESI R., *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubb.*, n. 3, 2021;
- PARDOLESI R., GRANIERI M., *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Riv. dir. ind.*, nn. 4-5, 2004;
- PARKER G., PETROPOULOS G., VAN ALSTYNE M., *Digital Platforms and Antitrust*, Bruegel Working Paper, n. 6, 2020;
- PASQUALE F., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015;
- PATTERSON M.R., *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 52, n. 2, 2010;
- PELLET S., *Contrat d'adhésion et clauses abusives*, in *Defrénois*, n. 40, 2018;
- PERLINGIERI P., *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, n. 4, 2000 e in P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2003;
- PETROCELLI F., *Il caso Fba Amazon tra pratica legante e self-preferencing (vorrei ma non posso!)*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2022;
- PETRUSO R., *La responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Giappichelli, Torino, 2019;
- PICA G., *Commercio telematico* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., II, Utet, Torino, 2003;
- PICHON V., *Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature*, Imprimerie de la «Revue Judiciaire», Lione, 1912;
- PICHT P.G., RICHTER H., *EU Digital Regulation 2022: Data desiderata*, in *GRUR Int.*, vol. 71, n. 5, 2022;
- PIGNALOSA M.P., *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2016;

- PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1, 2004;
- PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006;
- PINTO V., *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 2000;
- PIZZETTI F.G., *Nell'era della Rete*, Giappichelli, Torino, 2000;
- POLLICINO O., *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart Publishing, Oxford, 2021;
- POLLICINO O., *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, n. 1, 2021;
- POSNER R.A., *Exclusionary Practices and the Antitrust Laws*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 41, n. 3, 1974;
- POUMARÈDE M., *Règles générales*, in P. LE TOURNEAU (diretto da), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Parigi, 2021;
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 1999;
- PURTOVA N., *The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law*, in *Law Inn. Tech.*, vol. 10, n. 1, 2018;
- QUARTA A., *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contr. impr./Europa*, n. 1, 2017;
- QUARTA A., *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2017;
- RAISER L., *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Amburgo, 1935;
- RANCHORDÁS S., *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy*, in *Minn. J. L. Sci. & Tech.*, vol. 16, n. 1, 2015;
- RANCHORDÁS S., *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *CAL*, vol. 5, n. 1, 2018;
- REICH N., *Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz*, in *ZRP*, n. 8, 1974;

- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998;
- RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in *EuCML*, n. 4, 2016;
- RESTA G., *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2014;
- RESTA G., *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018;
- RESTA G., *Digital Platforms under Italian Law*, in U. BLAUROCK, M. SCHMIDT-KESSEL, K. ERLER (a cura di), *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträge*, Nomos, Baden-Baden, 2018;
- RESTA G., *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2, 2019;
- RESTA G., *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, Torino, 2019;
- RESTA G., *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022;
- RESTA G., *Poteri privati e regolazione* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, vol. V: Potere e costituzione, Giuffrè, Milano, 2023;
- RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V., *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 2018;
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007;
- REVEY T., *Les Critères du contrat d'adhésion*, in *D.*, n. 30, 2016;
- RICCI F., *Le clausole vessatorie nei contratti on line*, in *Contr. impr./Europa*, n. 2, 2014;
- RICCIO G.M., *Social networks e responsabilità civile*, in *Dir. inf.*, n. 6, 2010;
- RICCIUTO V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019;
- RIVOLTA G.C.M., *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1991;

- ROCHET J.C., TIROLE J., *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *J. Eur. Econ. Assoc.*, vol. 1, n. 4, 2003;
- ROCHET J.C., TIROLE J., *Two-Sided Markets: A Progress Report*, in *RAND J. Econ.*, vol. 35, n. 3, 2006;
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006;
- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Seconda edizione a cura di G. ALPA, M.R. MARELLA, G. MARINI, G. RESTA, Il Mulino, Bologna, 2021;
- ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975;
- ROPPO V., *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, nn. 5-6, 1975;
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2001;
- ROPPO V., *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001;
- ROPPO V., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: A Trend in European Contract Law?*, in *ERCL*, vol. 5, n. 3, 2009;
- ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, n. 2, 2009;
- ROSTOW W.W., *The Stages of Economic Growth. A Non-Communist Manifesto*, Cambridge University Press, Cambridge, 1960;
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 15, 1923;
- RUGGERI F., *Not Always So Peer. New Perspectives on the Potential Application of the P2B Regulation in the Digital Collaborative Economy*, in E. BARGELLI, V. CALDERAI (a cura di), *A Contract Law for the Age of Digital Platforms?*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022;
- RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, n. 1, 2009;
- RUVOLO M., *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *Corr. giur.*, n. 5, 2010;

- RYSMAN M., *The Economics of Two-Sided Markets*, in *J. Econ. Perspect.*, vol. 23, n. 3, 2009;
- SALANDRA V., *I contratti di adesione*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 10-11, 1928;
- SALEILLES R., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, Parigi, 1901;
- SALVI C., *Abuso del diritto (diritto civile)* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988;
- SAMMARCO P., *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006;
- SAMMARCO P., *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Dir. inf.*, nn. 4-5, 2006;
- SAMMARCO P., *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in *Dir. inf.*, n. 6, 2008;
- SAMMARCO P., *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, nn. 4-5, 2010;
- SANTANIELLO M., *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *RDP*, n. 3, 2021;
- SANTINI G., *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988;
- SANTORO PASSARELLI F., *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1, 1942;
- SARTORIS C., *Trasparenza e piattaforme online alla luce del Regolamento (UE) 2019/1150*, in S. ORLANDO, G. CAPALDO (a cura di), *Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021;
- SCAGLIONE F., *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010;
- SCALZINI S., *Economic Dependence in Digital Markets: EU Remedies and Tools*, in *M&CLR*, vol. 5, n. 1, 2021;

- SCALZINI S., *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *ODC*, n. 1, 2022;
- SCIANCELEPORE G., *La tutela del consumatore: profili evolutivi e commercio elettronico*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, Milano, 2002;
- SCIASCIA G., *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *GDA*, n. 3, 2021;
- SCOGNAMIGLIO C., *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e tutela del "contraente debole"*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 9-12, 1987;
- SCOGNAMIGLIO C., *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 11-12, 1997;
- SCOGNAMIGLIO R., *I contratti per adesione e l'art. 1341 del codice civile*, in *Banca borsa*, n. 1, 1954;
- SCOTT MORTON F.M., CRAWFORD G.S., CRÉMER J., DINIELLI D., FLETCHER A., HEIDHUES P., SCHNITZER M., SEIM K., *Equitable Interoperability: The "Super Tool" of Digital Platform Governance*, in *Digital Regulation Project of the Tobin Center for Economic Policy at Yale*, Policy Discussion Paper n. 4, 2021;
- SÉNÉCHAL J., *The Diversity of the Services Provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-Performance of these Services – A Double Challenge for European and National Contract Law*, in *EuCML*, n. 1, 2016;
- SENIGAGLIA R., *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, n. 2, 2020;
- SICA S., *Commercio elettronico e categorie civilistiche: un'introduzione*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, Milano, 2002;
- SICA S., *Tripadvisor e responsabilità: il Tennessee non convince!*, in *MediaLaws*, ottobre 2012;
- SICA S., PARISI A.G., *La tutela del consumatore nel contratto online*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2011;
- SIMONCINI A., *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022;

- SIMONCELLI SCIALOJA V., *Il c.d. contratto per adesione e gli art. 1341 e 1342 cod. civile*, in *Foro it.*, IV, 1949;
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2004;
- SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2006;
- SIRENA P., *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016;
- SMORTO G., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2, 2015;
- SMORTO G., *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2016;
- SMORTO G., *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)*, in V. FALCE (a cura di), *Fairness e innovazione nel mercato digitale*, Giappichelli, Torino, 2020;
- SOLINAS C., *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it.*, n. 2, 2021;
- SOMMA A., *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in *Pol. dir.*, n. 4, 1998;
- SOMMA A., *Scienza giuridica, politica ed economia nell'uniformazione del diritto privato*, in *Oss. fonti*, n. 1, 2021;
- SORO A., *La protezione dei dati personali nell'era digitale*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, n. 2, 2019;
- STANZIONE P. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022;
- STIJNS S., JANSEN S. (a cura di), *The French Contract Law Reform: A Source of Inspiration?*, Intersentia, Cambridge, 2016;
- STOFFEL-MUNCK P., *Le Nouveau droit des obligations: les questions en suspens*, in *Rdc*, HS, 2018;
- STRAHILEVITZ L.J., *Reputation Nation: Law in an Era of Ubiquitous Personal Information*, in *Nw. U. L. Rev.*, vol. 102, n. 4, 2008;

- STROWEL A., VERGOTE W., *Digital Platforms: To Regulate or not to Regulate?*, in B. DEVOLDER (a cura di), *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Intersentia, Cambridge, 2018;
- SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL, AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY OF THE HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Investigation of Competition in Digital Markets*, Part I, 2022;
- SUZOR N., *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *SM + S*, vol. 4, n. 3, 2018;
- TERLIZZI G., *Il contrat d'adhésion nel code civil riformato: problemi e prospettive*, in *Jus civ.*, n. 3, 2022;
- TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, Parigi, 2018;
- THIERER A., KOOPMAN C., HOBSON A., KUIPER C., *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the “Lemons Problem”*, in *U. Mia. L. Rev.*, vol. 70, n. 3, 2016;
- TISSEYRE S., *Clauses abusives: application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun*, in *D.*, n. 10, 2022;
- TOMBAL T., *Economic Dependence and Data Access*, in *Int. Rev. IP Comp. Law*, vol. 51, n. 1, 2020;
- TONNER K., *Zum Stellenwert des Verbraucherschutzes*, in *DuR*, n. 3, 1975;
- TORCHIA L., *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 4, 2022;
- TOSI E., *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Giuffrè, Milano, 2005;
- TOSI E., *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Giuffrè, Milano, 2018;
- TOSI E., *Diritto privato delle nuove tecnologie. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, Giuffrè, Milano, 2021;
- TRABUCCHI A., *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Cedam, Padova, 1992;

- TWIGG-FLESNER C., *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016;
- TWIGG-FLESNER C., *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, in *EuCML*, n. 6, 2018;
- VAGNI L., *Asimmetria contrattuale e tutela dell'imprenditore debole nel diritto inglese: prime riflessioni*, in *Comp. dir. civ.*, n. 2, 2020;
- VALENTINO D., *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3, 2008;
- VALENTINO D. (a cura di), *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, ESI, Napoli, 2018;
- VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2018;
- VECCHIO G.F., *In tema di contratti d'impresa*, in *Giur. it.*, n. 7, 1999;
- VETTORI G., *Introduzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999;
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1, 2000;
- VETTORI G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2003;
- VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2005;
- VIGORITO A., *I dati non personali: modelli di attribuzione e circolazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3, 2020;
- VILLA G., *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, n. 4, 2017;
- VOLPE F., *Contratto giusto* (voce), in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., III, Utet, Torino, 2007;
- VON LEIBNIZ G.W., *De casibus perplexis in iure*, 1666, in C.M. DE IULIIS (traduzione italiana a cura di), *I casi perplessi in diritto*, Giuffrè, Milano, 2014;
- VON SAVIGNY F.C., *System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlino, 1840;

- WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA A., *Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?*, Briefing (PE 607.323), 2017;
- ZACCARIA G., *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, n. 1, 2019;
- ZACCHEO M., *Le “Tuileries” del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, nn. 1-3, 2004;
- ZENO-ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985;
- ZENO-ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»*, in *Giur. it.*, n. 2, 1993;
- ZENO-ZENCOVICH V., *Onore e reputazione*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Utet, Torino, 1995;
- ZENO-ZENCOVICH V., *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. inf.*, n. 3, 2000;
- ZENO-ZENCOVICH V., GIANNONE CODIGLIONE G., *Ten Legal Perspectives on the “Big Data Revolution”*, in *Conc. merc.*, n. 1, 2016;
- ZENO-ZENCOVICH V., MEZZANOTTE F., *Le reti della conoscenza: dall’economia al diritto*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2008;
- ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008;
- ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, 2008;
- ZOPPINI A., *Premesse sistematiche all’analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale*, Il Mulino, Bologna, 2009;
- ZOPPINI A., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2013;
- ZUBOFF S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.

Nella moderna economia delle piattaforme, la regolazione giuridica dei rapporti contrattuali *Platform-to-Business* ha acquisito un rilievo centrale, in particolare nell'esperienza europea. La tutela degli utenti commerciali si affianca in questa prospettiva a quella dei consumatori, con l'obiettivo ultimo e comune di assicurare il corretto ed efficiente funzionamento dei mercati digitali. Il contesto, le caratteristiche soggettive delle parti e le dinamiche tipiche di questa nuova tipologia di relazioni asimmetriche tra imprese consentono una riflessione, da un lato, sulle modalità con cui le piattaforme digitali esercitano i loro poteri privati; dall'altro, sul controllo dei comportamenti idonei alla realizzazione di un abuso. Su queste linee, lo studio propone pertanto una scrupolosa ricostruzione della disciplina di riferimento, nella dimensione sia nazionale sia sovranazionale e valorizzando i profili di comparazione, e si inserisce nel dibattito scientifico per una compiuta comprensione del fenomeno adoperando le lenti del diritto privato regolatorio e del diritto della concorrenza.

Federico Ruggeri è Dottore di ricerca in “Diritto dei contratti ed economia d'impresa” presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza” ed è attualmente Assegnista di ricerca in diritto privato presso l'Università degli Studi di Palermo. Laureato con una tesi in diritto privato comparato presso l'Università degli Studi Roma Tre, nel corso della sua formazione ha trascorso diversi periodi di ricerca all'estero. Ha partecipato in qualità di relatore a convegni e seminari dottorali, svolge regolarmente attività didattica anche *post lauream* ed è autore di pubblicazioni scientifiche su riviste e opere collettanee. Tra i suoi principali interessi di ricerca, il diritto delle nuove tecnologie, il diritto nazionale ed europeo dei contratti, il trattamento dei dati personali, la regolazione del mercato.