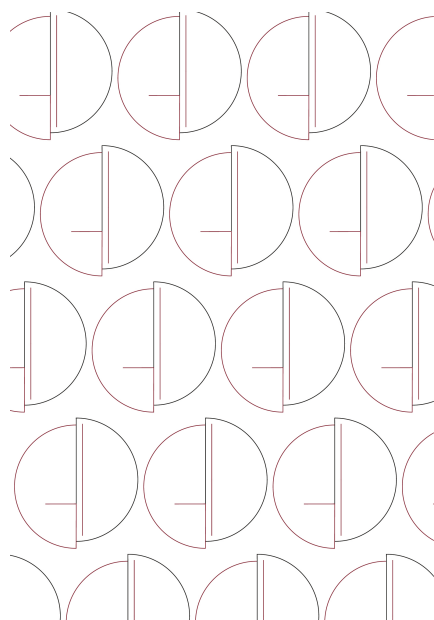


Annuario 2022 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

Yearbook 2022
Juridical Observatory on Digital Innovation

a cura di

Salvatore Orlando e Giuseppina Capaldo



Collana Materiali e documenti 90

Annuario 2022
Osservatorio Giuridico
sulla Innovazione Digitale

Yearbook 2022
Juridical Observatory on Digital Innovation

a cura di
Salvatore Orlando e Giuseppina Capaldo



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2022

Copyright © 2022

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

Registry of Communication Workers registration n. 11420

ISBN 978-88-9377-256-3

DOI 10.13133/9788893772563

Publicato nel mese di dicembre 2022 | *Published in December 2022*



Opera distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione –
Non commerciale – Non opere derivate 3.0 Italia e diffusa in modalità
open access (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

*Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial –
NoDerivatives 3.0 Italy (CC BY-NC-ND 3.0 IT)*

Impaginazione a cura di | *Layout by:* Lucio Casalini e Enzo Maria Incutti

In copertina | *Cover image:* Michela Tenace, *Elaborazione grafica del logo OGDID/JODI, 2022, Archivio personale dell'a.*

Indice

| | |
|--|-----|
| Prefazione | 7 |
| 1. Financial Markets and AI: the Algo-trading Regulation <i>Attilio Altieri</i> | 9 |
| 2. Privacy Enhancing Technologies, trasparenza e tutela della persona nell'ambiente digitale <i>Alessandro Bernes</i> | 23 |
| 3. Dati e identità personale. Note sparse a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato <i>Lucio Casalini</i> | 53 |
| 4. I procedimenti amministrativi di vigilanza sul mercato dei servizi digitali <i>Filippo D'Angelo</i> | 73 |
| 5. Profili di tutela delle persone vulnerabili nell'ecosistema digitale. Il divieto di profilazione dei minori di età ai fini di marketing <i>Ilaria Garaci</i> | 89 |
| 6. Diritti fondamentali e ambienti digitali: prime note di una ricerca sul diritto a non essere sottoposto a una decisione interamente automatizzata <i>Daniele Imbruglia</i> | 113 |
| 7. La tutela giuridica del software: il caso Top System tra diritto di decompilazione e esigenze di conformità <i>Enzo Maria Incutti</i> | 137 |

| | |
|---|-----|
| 8. Platform economy e responsabilità delle piattaforme di intermediazione <i>Silvia Martinelli</i> | 157 |
| 9. Neurorights. Una prospettiva di analisi interdisciplinare tra diritto e neuroscienze <i>Anita Mollo</i> | 191 |
| 10. I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo) <i>Roberta Montinaro</i> | 217 |
| 11. Linguaggi di programmazione e responsabilità <i>Salvatore Orlando</i> | 267 |
| 12. L'intelligenza artificiale nel prisma dell'impresa: evoluzione normativa e prospettive di studio <i>Francesco Pacileo</i> | 289 |
| 13. Trattamento dei dati personali e tutela dei minori <i>Federico Ruggeri</i> | 325 |
| 14. Gli <i>smart contracts</i> nel settore finanziario: questioni irrisolte e prospettive regolatorie fra diritto nazionale e sovranazionale <i>Emanuele Tuccari</i> | 343 |
| Autori | 367 |

Presentazione

L'idea e la realizzazione del presente Annuario, alla seconda edizione, hanno trovato sviluppo nell'ambito delle attività seminariali, di confronto e di studio promosse nel corso del secondo semestre del 2021 e del primo semestre del 2022 dall'Osservatorio Giuridico sull'Innovazione Digitale (OGID), costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università Sapienza di Roma (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid>).

L'Osservatorio promuove lo studio dell'impatto delle applicazioni delle tecnologie digitali sulle relazioni tra i privati, e delle connesse questioni di *governance*, attraverso una serie di attività, tra le quali l'organizzazione, la tenuta e la partecipazione a *webinars*, seminari e convegni, la cura di pubblicazioni e la partecipazione alle procedure di consultazione pubblica delle istituzioni della Unione europea sulle proposte normative aventi ad oggetto le tematiche dell'innovazione digitale.

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

¹ **Numeri del 2022:** 1/2022- <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>. **Numeri del 2021:** 1/2021 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio.pdf>; 2/2021- <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio-1.pdf>; 3/2021- <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/08/Osservatorio.pdf>; 4/2021 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/12/Osservatorio-1.pdf> . **Numeri del 2020:** 1/2020 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/03/Osservatorio-1-2020.pdf>; 2/2020 - <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/05/Osservatorio.pdf>; 3/2020 -

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

Sono contributi che coprono una varietà di temi. Li presentiamo seguendo l'ordine alfabetico degli Autori.

Buona lettura!

I Curatori

Salvatore Orlando

Giuseppina Capaldo



8. *Platform economy* e responsabilità delle piattaforme di intermediazione

Silvia Martinelli (Università di Torino)

8.1. Introduzione

Informatica e Internet hanno profondamente mutato i modi in cui nella nostra società sono create, trasmesse e conservate le informazioni. Trasformazione digitale e rivoluzione dell'informazione¹ sono espressioni ormai di uso comune che descrivono il cambiamento in atto.

Dopo una prima fase nella quale le interazioni online riguardavano essenzialmente la trasmissione di conoscenza tra piccole comunità di persone e la pubblicazione di informazioni su siti web personali, hanno iniziato a diffondersi alcune grandi piattaforme in grado di radunare utenti in quantità molto elevate traendo da essi valore economico. Mediante modelli di business differenti queste piattaforme riescono a estrarre valore dalle informazioni che gli utenti pubblicano e dalle interazioni che tra di essi si svolgono all'interno della piattaforma stessa.

Vengono definite "multi-sided platform", valorizzando una loro peculiare caratteristica: il favorire l'incontro e l'interazione tra due o più categorie di utenti. Nel presente scritto ci si concentrerà, in particolare, sulle piattaforme di intermediazione, come meglio definite nel paragrafo seguente, ovvero quelle piattaforme che mettono in connessione almeno due gruppi di utenti affinché essi scambino beni o servizi tra di loro.

Tali piattaforme presentano caratteristiche comuni ai social network, consentendo di creare profili individuali, di creare connessioni

¹ Floridi, *The Fourth Revolution. On the Impact of Information and Communication Technologies*.

tra i profili e di cercare nuove connessioni, che la piattaforma traccia e gestisce².

Sono modelli di business che si fondano sulla creazione della connessione e dello scambio. Geoffrey G. Parket, Marshall W. Van Alstyne e Sangeet Paul Choudary³, descrivono la piattaforma come un “business based on enabling value-creating interactions”, un nuovo modello di business che utilizza la tecnologia per connettere persone, organizzazioni e risorse “in a interactive ecosystem in which amazing amount of value can be created and exchanged”. Differenti gruppi di utenti entrano in connessione grazie alle possibilità offerte dalla piattaforma “into a variable set of relationship”: “some of them are producers, some of them are consumers, and some of them may play both roles at various times” e, nel processo, scambiano, consumano e talvolta creano “something of value”.

Si tratta di modelli che abilitano nuove forme di comunicazione e interazione, in tal modo anche cambiando le forme organizzative della produzione e dello scambio. Viene eliminata la catena di produzione lineare per sostituirla con un modello più flessibile, in cui i *traditional gatekeepers* sono sostituiti dai segnali provenienti direttamente dai consumatori, mediante gli acquisti e i feedback. La piattaforma, inoltre, in genere non possiede i “physical asset”, ma si limita ad organizzarli: “Airbnb doesn’t own any rooms”.

La piattaforma non si limita al coordinamento di un’attività di distribuzione, ma sposta il focus del business dalle attività interne a quelle esterne, organizzando persone, risorse e funzioni che esistono al di fuori di essa: “platform invert the firm”, “managing external assets the firm doesn’t direct control”⁴. Al contempo, sfruttando i network effects e agendo come “network orchestrator”, la piattaforma trasforma “the value of communities into the value of a firm”, ovvero estrae valore dalla comunità di utenti per sé stessa, trasformando gli utenti in una fondamentale risorsa.

Al centro del modello di business vi è quella che Parket, Van Alstyne e Choudary definiscono “core interaction” (ad esempio, per Facebook l’aggiornamento dello stato, su Youtube il caricamento di video, etc.), che è caratterizzata da tre componenti: participants, value

² Cfr. Katz, *Regulating the Sharing Economy*.

³ Parker, Van Alstyne, e Choudary, *Platform Revolution. How networked markets are transforming the economy and how to make them work for you*.

⁴ Ibidem.

unit (il valore che si crea con l'interazione), filter (ovvero l'algoritmo). La combinazione di più forme di interazione attrae più utenti nella medesima piattaforma e la partecipazione di più utenti consente di incrementare l'utilità del servizio complessivo, del valore creato, dei dati raccolti e, quindi, anche il miglioramento dell'algoritmo, del match e del modello di business stesso.

La nuova forma organizzativa è abilitata dalla tecnologia e dall'utilizzo di un'infrastruttura tecnologica nella quale gli utenti sono messi in relazione sfruttando dati e algoritmi. Ming Zeng⁵, nel descrivere il modello di business di Alibaba, denomina come "smart business" questi nuovi modi di organizzazione produttiva e di creazione di valore, evidenziandone due elementi che li caratterizzano: la "network coordination" e la "data intelligence". Con la prima, si riferisce alla "scomposizione di complesse attività di business in modo che gruppi di persone o aziende possano eseguirle con più efficacia", ovvero alla possibilità, tramite la tecnologia, di coordinare in modo più facile, attraverso le connessioni online, funzioni che storicamente erano isolate in strutture integrate verticalmente o in rigide filiere. Per "data intelligence", intende la combinazione di dati, algoritmi e servizi flessibili, ovvero la capacità di gestire efficacemente prodotti e servizi in base alle attività e alla risposta dei consumatori, mediante analisi con *machine learning* di un costante flusso di dati derivante da interazioni e processi online in tempo reale. La struttura lineare tradizionale viene sostituita da una rete coordinata in modo decentrato, i cui imperativi fondamentali sono: scalabilità, costi, velocità e personalizzazione.

Il nuovo mezzo comunicativo e la nuova forma organizzativa da esso abilitata modificano, quindi, lo scambio e la produzione di beni e servizi, ma al contempo modificano anche i beni e servizi stessi.

Porter e Heppelmann⁶ individuano tre stadi della rivoluzione digitale: il primo ha portato all'automazione delle attività e dei processi di business standardizzati, il secondo ha riguardato le catene di approvvigionamento, mentre il terzo ha investito lo stesso prodotto. Lo "smart product" è definito come il prodotto che coinvolge una parte fisica, una parte "smart", composta di dati e software, e la connettività e necessità di una "piattaforma" per lo scambio di dati e il loro utilizzo. I dati raccolti consentono di monitorare, controllare e ottimizzare il

⁵ Zeng, *Smart Business. I segreti del successo di Alibaba*.

⁶ Porter e Heppelmann, *How Smart, Connected Products Are Transforming Competition*; Porter e Heppelmann, *How Smart, Connected Products Are Transforming Companies*.

prodotto, anche in modo autonomo, e sono, quindi, essi il fulcro della trasformazione, che dal prodotto va ad investire anche la creazione di valore, la “value chain” e le “companies”.

Le caratteristiche evidenziate sottolineano le peculiarità e l’innovatività di questi nuovi modelli e suggeriscono una più approfondita analisi sui ruoli e le funzioni che tali soggetti svolgono, per poi delimitare le responsabilità ad esse attribuibili, in prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*.

8.2. *Sharing economy, platform economy, collaborative economy: aspetti definitori*

Sharing economy, economia della condivisione, *collaborative economy*, *platform economy*, *gig economy*, piattaforme, intermediari online, sono espressioni che capita sempre più frequentemente di sentire e che vengono variamente usate nel tentativo di descrivere e inquadrare il fenomeno che si sta diffondendo.

Ai fini dell’analisi occorre, in primo luogo, intendersi su cosa si intenda per “piattaforme di intermediazione” e “platform economy”, per circoscrivere l’ambito di indagine e di analisi. Tra le molte espressioni utilizzate per definire le piattaforme che svolgono la funzione di favorire l’incontro di domanda e offerta di beni o servizi, si ritiene preferibile utilizzare l’espressione “piattaforme di intermediazione”, intendendo per tali le piattaforme volte allo scambio di beni o servizi tra gli utenti⁷.

Le piattaforme di intermediazione rientrano nella più ampia categoria delle cosiddette “online platform”, che ricomprende le piattaforme di intermediazione, i *social networks*, ma anche tutte le piattaforme, create per i fini più vari, che si rivolgono a un singolo ed omogeneo gruppo di utenti, come ad esempio le comuni piattaforme di e-commerce⁸.

⁷ Non saranno oggetto della presente analisi attività quali i servizi di mero advertisement offerti dai social network, bensì soltanto quelle attività volte alla conclusione dello scambio tra utente e utente. Nel caso dei servizi pubblicitari, infatti, generalmente i due gruppi di utenti sono entrambi fruitori di un servizio fornito dalla piattaforma e non vengono messi nella condizione di concludere, tra loro, accordi. Saranno, inoltre, escluse, ai fini del presente lavoro, le piattaforme volte alle interazioni tra utenti che non sono volte alla modificazione di rapporti giuridici patrimoniali.

⁸ In senso contrario la definizione utilizzata dalla Commissione europea ai fini dell’indagine pubblica sulle “online platform”, nella quale è stata fornita una definizione che

L'espressione "online platforms" o "piattaforme online" è stata adottata dalla Commissione europea in alcune sue comunicazioni e proposte. In particolare, nella Comunicazione "Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa"⁹ la Commissione, pur senza fornire una definizione, le esemplifica come segue: "piattaforme pubblicitarie online, mercati, motori di ricerca, social media e punti vendita di contenuti creativi, piattaforme di distribuzione di applicazioni, servizi di comunicazione, sistemi di pagamento e piattaforme per l'economia collaborativa". Sebbene si tratti di attività tra loro molto diverse, esse presentano caratteristiche comuni, che paiono fondare la trattazione congiunta come "online platform":

— possono creare e formare nuovi mercati, fare concorrenza a quelli tradizionali e organizzare nuove forme di partecipazione o di esercizio di attività economiche basate sulla raccolta, sul trattamento e sulla modifica di grandi quantità di dati;

— operano all'interno di mercati multilaterali, ma con gradi di controllo variabili sulle interazioni dirette tra gruppi di utenti;

— beneficiano degli "effetti di rete", in virtù dei quali, generalmente, il valore del servizio aumenta con l'aumentare degli utenti;

— spesso si basano sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per raggiungere i propri utenti in modo istantaneo e con facilità;

— svolgono un ruolo chiave nella creazione di valore digitale, in particolare intercettando tale valore in modo rilevante (anche attraverso l'accumulo di dati), agevolando nuove iniziative imprenditoriali e creando nuove dipendenze strategiche".

Nella nuova proposta di Regolamento europeo per la regolamentazione delle piattaforme, cosiddetto "Digital Services Act"¹⁰, la "piattaforma online" è definita come il provider di un servizio di hosting che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde al pubblico informazioni, a meno che tale attività non sia una caratteristica minore e puramente accessoria di un altro servizio e, per ragioni

le limita alle two or multi-sided market platform, per la quale si chiedeva ai partecipanti alla consultazione se la ritenevano adatta o se avessero suggerimenti al riguardo. Cfr. European Commission, *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*.

⁹ Commissione Europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*.

¹⁰ EU Commission, *Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)*.

oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza quell'altro servizio, cosicché l'integrazione del servizio rappresenta solo un mezzo per aggirare l'applicabilità del Regolamento.

Le piattaforme di intermediazione possono essere, quindi, considerate come appartenenti alla più ampia categoria delle "online platform"¹¹, costituendone un sottoinsieme.

Si ritiene che la parola "intermediazione" sia la più appropriata per descrivere ed inquadrare la tipologia di piattaforme analizzate, sebbene un po' riduttiva rispetto al ruolo che la piattaforma in concreto svolge, in quanto solitamente utilizzata per indicare un soggetto in ogni caso terzo rispetto al rapporto instaurato tra i soggetti il cui incontro favorisce¹². Rispetto al suo utilizzo dovranno, inoltre, essere operate le opportune precisazioni, in particolare escludendo, o per lo meno separando, i casi nei quali la piattaforma diviene vero e proprio fornitore del servizio sottostante, intervenendo nel rapporto di scambio tra gli utenti in modo tanto invasivo, ed esercitando sugli utenti e sugli scambi un così alto grado di controllo¹³, da non potersi più sostenere ch'essa svolga un mero ruolo di intermediazione¹⁴.

¹¹ Con riguardo a tale più ampia categoria la Commissione europea ha recentemente nominato un gruppo di esperti per analizzare le problematiche esistenti e monitorare le evoluzioni del mercato in vista di futuri interventi. Cfr. *Expert group to the EU Observatory on the Online Platform Economy | Digital Single Market*.

¹² Per definire con maggior dettaglio cosa si debba intendere con "favorendo l'incontro e facilitando gli scambi" ci si può riferire all'art. 1, secondo comma, delle Model Rules on Online Platform, ove si afferma che le disposizioni sono pensate per essere applicate alle piattaforme che: a) consentano ai clienti di stipulare contratti per la fornitura di beni, servizi o contenuti digitali con i suppliers all'interno di un ambiente digitale controllato dal gestore della piattaforma; b) consentano ai fornitori di inserire annunci pubblicitari in un ambiente digitale controllato dall'operatore della piattaforma che può essere consultato dai clienti per contattare i fornitori e concludere un contratto al di fuori della piattaforma; c) offrano confronti o altri servizi di consulenza ai clienti che identificano i suppliers di beni, servizi o contenuti digitali e che indirizzano i clienti ai siti Web di tali fornitori o forniscono dettagli di contatto; oppure d) consentano agli utenti della piattaforma di fornire recensioni su fornitori, clienti, beni, servizi o contenuti digitali offerti dai fornitori, attraverso un sistema di reputazione. Cfr. EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Model Rules on Online Platforms*, disponibile al seguente link https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf.

¹³ Katz, *Regulating the Sharing Economy*.

¹⁴ L'espressione "online intermediation services" o "servizio di intermediazione online" può essere anch'essa utilizzata, sebbene non preferita ai fini del presente lavoro, in quanto "piattaforme di intermediazione", in ragione del riferimento alla "piattaforma" rende più immediata la comprensione delle tipologie di servizi che possano esservi ricomprese e, in particolare, appare più idonea rispetto alle specifiche

Al fine di definire il fenomeno nel suo complesso, invece, all'espressione "sharing economy"¹⁵, più conosciuta e inflazionata, si preferisce l'espressione "platform economy".

L'espressione "sharing economy" viene comunemente utilizzata per indicare alcune piattaforme, tra le quali, ad esempio, Uber e Airbnb, che, sviluppatasi dopo la diffusione dei *marketplaces* per la vendita al dettaglio, come Ebay e Amazon, connettono tra loro utenti ai fini della conclusione di scambi aventi ad oggetto questa volta non la vendita di beni, bensì la fornitura di servizi.

Non esistendo una definizione univoca, l'espressione potrebbe essere utilizzata anche per descrivere piattaforme molto diverse, che tuttavia operano favorendo l'incontro tra gli utenti; tuttavia vi è chi ritiene che il termine debba essere utilizzato solo al fine di descrivere quelle attività che comportano effettivamente una qualche forma di condivisione. La condivisione, componente importante del legame sociale, secondo alcuni studiosi¹⁶, dovrebbe essere considerata come una

piattaforme che saranno oggetto di analisi (Uber, Airbnb, Amazon, Ebay). L'espressione "online intermediation services" o "servizi di intermediazione online" è, in particolare, utilizzata dalla Commissione europea nel Regolamento 1150/2019 "che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online", nell'ambito del quale è utilizzato per definire i servizi della società dell'informazione che consentono a business users di offrire beni o servizi a consumatori, facilitando la transazione tra questi (indipendentemente da dove queste transazioni siano alla fine concluse), purché sussista un rapporto contrattuale ovvero purché siano forniti in base a rapporti contrattuali tra il fornitore di tali servizi e gli utenti professionali che offrono beni e servizi ai consumatori. Nella legislazione europea si rinviene anche il diverso termine "marketplace" o "mercato online", definito come "un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un'applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori". Cfr. art. 4 della Direttiva 2161/2019, che modifica la Direttiva 83/2011, introducendo all'art. 2, lett. e, n. 17 la nuova definizione.

¹⁵ Tra i tanti termini comunemente utilizzati, ma non soddisfacenti per un corretto inquadramento del fenomeno: "the disaggregated economy", "the peer-to-peer economy", "the human-to-human economy", "the community marketplace" "the on-demand economy", "the App economy", "the access economy", "the mesh economy", "the gig economy", "the Uberization of everything". Cfr. ORLY LOBEL, *The Law of the Platform*, «Minnesota Law Review» (2016), 101, 1, pp. 87-166, il quale li elenca al fine di definire il fenomeno della "digital platform revolution" ovvero della trasformazione di ogni cosa in risorsa disponibile (servizi, spazi, prodotti, connessioni, sapere) tramite le tecnologie.

¹⁶ MATTEO ARIA, ADRIANO FAVOLE, *La condivisione non è un dono*, in *L'arte della condivisione*, Milano, Utet, 2015

“terza logica”, da affiancarsi al dono¹⁷ e all’interesse individuale, che non implica l’obbligo di ricambiare e “caratterizza tutte quelle situazioni in cui gli ‘io’ si dissolvono in un ‘noi’”¹⁸. Russel Belk, nei suoi studi sulla condivisione, ha evidenziato come esso si distingua sia dallo scambio che dal dono e l’ha definita come “l’atto e il processo di distribuzione di ciò che è nostro agli altri per il loro uso e/o l’atto e il processo di ricevere o prendere qualcosa dagli altri per il nostro uso”¹⁹. Esempio quasi archetipico è la condivisione degli oggetti in una casa tra i membri del gruppo familiare, dove la condivisione non è una forma di scambio, ma è connessa sia ad un aspetto affettivo sia a una visione di comunità. È una sfera in cui il noi è tanto diffuso che non permane nemmeno quel “grazie” che opera nel dono²⁰.

Se questo è, dunque, il corretto significato da attribuire alla parola “sharing” o “condivisione”, il fenomeno che verrà descritto e che coinvolge la gran parte delle piattaforme si trova da esso molto lontano. Nelle parole di Alec Ross, “la puoi chiamare economia della condivisione, ma non dimenticare la carta di credito”²¹ si tratta piuttosto di “un modo per fare mercato di qualsiasi cosa e per fare di chiunque un microimprenditore”²², di far entrare nel mercato anche ciò che non era sfruttato²³.

Sicuramente l’utilizzo di queste piattaforme, degli algoritmi e dei *big data* può consentire una migliore allocazione delle risorse, permettendo un maggiore sfruttamento delle risorse sottoutilizzate, siano esse beni o persone. Si pensi ad Airbnb e agli immobili prima non pienamente utilizzati ed ora rientrati nel mercato o alle persone che grazie a questi mezzi riescono a trovare un secondo o terzo lavoro, offrendo le proprie capacità.

Inoltre, la possibilità di consentire l’utilizzo temporaneo di una risorsa, in tempi e con costi ridotti, determina una maggior flessibilità nel rapporto con le risorse stesse. Si pensi, ad esempio, ai nuovi servizi come Netflix o Spotify che consentono di accedere a contenuti audiovisivi e musica senza più acquistare il bene, ma mediante un

¹⁷ Da intendersi secondo la nozione elaborata e descritta da Mauss, *Saggio sul dono*.

¹⁸ MATTEO ARIA, ADRIANO FAVOLE, *La condivisione non è un dono*, in *L’arte della condivisione*, Milano, Utet, 2015, p. 23.

¹⁹ Belk, *Sharing*.

²⁰ Aria e Favole, *La condivisione non è un dono*.

²¹ Ross, *Il nostro futuro*, p.121.

²² *Ibidem.*, p. 120.

²³ Lobel, *The Law of the Platform*.

abbonamento che consente l'accesso a molteplici prodotti sotto forma di un servizio.

Sebbene ciò realizzi una diversa e migliore allocazione delle risorse e una maggior flessibilità e dinamicità nel rapporto tra individui e beni, ad avviso di chi scrive, il termine condivisione non è il più indicato, proprio perché richiamante quella sfera di comunità e unione, che generalmente, nonostante l'inflazionato uso del termine "comunità", non si rinviene nelle piattaforme online. Preferibile è, invece, il termine "platform economy"²⁴, che maggiormente evidenzia la presenza della piattaforma e il ruolo centrale che essa svolge.

La Commissione europea, nella sua Comunicazione del giugno 2016²⁵, ha preferito utilizzare una nuova terminologia, coniando il termine "economia collaborativa" e riferendolo ai "modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati". Viene specificato che l'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale ("pari") sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ("prestatori di servizi professionali"); ii) gli utenti di tali servizi; e iii) gli intermediari che mettono in comunicazione — attraverso una piattaforma online — i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ("piattaforme di collaborazione"). È precisato, infine, che "le transazioni dell'economia collaborativa generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro".

Anche tale espressione, ad avviso di chi scrive, presenta alcune problematiche, e non sarà utilizzata ai fini della presente analisi. In primo luogo, la parola collaborazione riporta nuovamente, sebbene in forma più sfumata, ad un'unione comunitaria di persone, non del tutto adatta per la descrizione del fenomeno, che più che delinearlo

²⁴ Assolombarda, *Platform economy : definizioni e prospettive*.

²⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, «Com(2016) 356» (2016). Cfr. Cauffman, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?*; Cauffman e Smits, *The Sharing Economy and the Law. Food for European Lawyers*; Sundararajan e Parlamento Europeo, *The Collaborative Economy: Socioeconomic, Regulatory and Policy Issues*; Petropoulos e Parlamento Europeo, *An economic review on the Collaborative Economy*; Hatzopoulos, *The collaborative economy and EU law*.

oggettivamente intende suggerire un'impressione positiva dello stesso²⁶. Inoltre, al fine di definire l'"economia collaborativa", la Commissione utilizza nuovamente il termine condivisione. In secondo luogo, non convince la limitazione "all'uso temporaneo di beni o servizi", ancor più se coordinato con l'affermazione che le transazioni "generalmente non comportano un trasferimento di proprietà", affermazione che non corrisponde a una distinzione chiara²⁷ e sembrerebbe mettere in dubbio anche la distinzione tra diritti reali e obbligatori²⁸.

Ci si chiede, infatti, se la temporaneità dell'utilizzo di beni o servizi possa essere rilevante ai fini della definizione e regolazione del fenomeno e quali siano i limiti che tale temporaneità dovrebbe rispettare. Sebbene, infatti, si registri più spesso la configurazione di diritti meramente obbligatori e di contratti di servizi, rispetto che di transazioni che comportino il trasferimento di diritti reali e in particolare della vendita, non è affatto chiaro se dall'ambito che si intende definire, ed eventualmente regolare, si ritiene realmente di escludere i trasferimenti di diritti reali e in particolare della proprietà o se, invece, si vuole limitare la definizione ai soli contratti ad effetti obbligatori. Si potrebbe distinguere tra piattaforme "marketplace" tradizionali, quali Amazon e Ebay, dove si concludono contratti di compravendita e piattaforme della nuova "sharing economy", quali Airbnb e Uber, attraverso le quali sono conclusi contratti di servizi²⁹. La Commissione inquadra coloro che offrono i servizi della "sharing economy" come prestatori di servizi, definiti nella Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel

²⁶ Cfr. Cécile Remeur, *Collaborative economy and taxation*, che sottolinea come i termini più ampiamente utilizzati per descrivere il fenomeno non lo descrivano pienamente, ma enfatizzino alcuni aspetti utilizzando parole che contribuiscano a generare una percezione positiva.

²⁷ Cfr. *Ibidem*, ove, invece, si esclude in modo espresso il trasferimento della proprietà dalla definizione di "collaborative economy". Si veda anche Hatzopoulos, *The collaborative economy and EU law*, p. 4, il quale ritiene che il termine "collaborative economy" debba essere riferito ai modelli economici che s'incentrano sul fornire accesso a prodotti e servizi, mediante noleggio, trading o condivisione, anziché attraverso il trasferimento di proprietà.

²⁸ Cfr. anche *Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar nella causa C-434/15 («caso Uber»)*, che, con riferimento alla nozione di economia collaborativa afferma, alla nota 13, che si tratta "di una definizione talmente ampia che vi è motivo di dubitare della sua utilità al fine di individuare una tipologia di attività sufficientemente differenziata che giustificherebbe l'assoggettamento della stessa a un trattamento giuridico specifico".

²⁹ Bamberger e Lobel, *Platform Market Power*.

mercato interno, come “qualsiasi attività economica non salariata di cui all’articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione”³⁰.

La definizione di economia collaborativa fornita dalla Commissione europea ricomprende sia le attività svolte con scopo di lucro che le attività che perseguono altri scopi. La scelta di ricomprendere entrambe non ha, in sé, nulla di sbagliato; tuttavia, con riguardo al tema che ci occupa, la disciplina più adeguata rispetto alla responsabilità per le piattaforme non potrà non tener conto della diversità degli scopi delle diverse piattaforme, anche sociali, politici, culturali o filantropici, al fine di evitare che misure pensate sul modello della piattaforma che opera con fine di lucro possano estendersi senza limiti anche a realtà così differenti, che potrebbero non essere in grado di sostenere i rischi e i costi connessi. Si pensi, ad esempio, al noto caso di Wikipedia, piattaforma con contenuti generati dagli utenti al fine di condividere il sapere, creata e gestita dalla Wikimedia Foundation Inc., fondazione creata nel 2003 senza fini di lucro³¹.

Elemento fondamentale per circoscrivere il fenomeno che s’intende analizzare è, invece, la presenza di (almeno) tre categorie di soggetti, elemento che caratterizza anche la definizione della Commissione europea di economia collaborativa.

In alcuni studi recenti³², l’economia collaborativa è, infatti, definita privilegiando tale ultimo aspetto, descritto come “a new trinity”: “users-providers-platforms’ that does not match with traditional consumer, business and intermediary concepts”, e l’economia collaborativa è descritta come “giving, sharing or swapping services via a platform, for a fee or for free”.

La “nuova trinità” è posta in luce in modo peculiare da una differente definizione, fornita dalle scienze economiche: “multi-sided market platform”. Il termine è utilizzato per definire le piattaforme che servono distinti gruppi di utenti che in qualche modo hanno bisogno l’uno dell’altro, dove il *core business* della piattaforma consiste nel

³⁰ Articolo 4 della citata Direttiva. Cfr. anche Corte di Giustizia, C-291-13 nel caso *Papa-savvas v. Fileleftheros*, punto 30.

³¹ Wikimedia è stata peraltro promotrice di alcune campagne per la difesa della sua attività e, più in generale, della libertà di espressione online. Recentemente, in particolare, con riguardo alla riforma della disciplina in materia di diritto d’autore nel mercato unico digitale. Cfr. Wikimedia Italia, *La comunità di Wikipedia si attiva per difendere la libertà di espressione sul web.*

³² Cécile Remeur, *Collaborative economy and taxation*.

consentire l'incontro e facilitare le interazioni tra i distinti gruppi di utenti³³. Vi sono, quindi, almeno due diversi gruppi di utenti, che vengono messi in grado di incontrarsi e dialogare grazie alla piattaforma, che riduce i costi informativi e di transazione³⁴. Senza la piattaforma questi incontri non si sarebbero realizzati e per tale motivo la piattaforma viene anche definita "catalizzatore"³⁵.

Nella definizione di *multi-sided market platform* possono rientrare piattaforme anche molto differenti tra loro ma accomunate dagli aspetti sopra evidenziati. Sono *multi-sided market platform* i *social networks*³⁶, nei quali la piattaforma s'interfaccia con un primo gruppo di utenti, quelli che vengono comunemente definiti "user" - che generano profili, contenuti ed interagiscono tra loro - ed un secondo gruppo di utenti che si relaziona con la piattaforma in modo differente denominati "advertiser", ai quali la piattaforma offre servizi pubblicitari³⁷. Sono certamente *multi-sided market platforms* anche le piattaforme di intermediazione analizzate (Ebay, Amazon, Uber, Airbnb), le quali possono infatti essere definite anche come *multi-sided market platforms* che favoriscono l'incontro tra domanda e offerta di beni e servizi. Rientrano, quindi, in tale definizione Airbnb, Uber e Ebay, ma anche Amazon, quando non opera come venditore ma svolge una funzione di "intermediazione", favorendo lo scambio tra due soggetti.

Si tratta, quindi, di una definizione che pone in evidenza la "nuova trinità" e le peculiarità ch'essa comporta, ma nell'ambito della quale

³³ DAVID S. EVANS, RICHARD SCHMALENSEE, MICHAEL D. NOEL, HOWARD H. CHANG, DANIEL D. GARCIA-SWARTZ, *Platform economics: Essays on multi-sided businesses*, «Competition Policy International» (2011), pp. 459.; JONAS SEVERIN FRANK, *Competition Concerns in Multi-Sided Markets in Mobile Communication*, in *Competition on the Internet*, a cura di RUPPRECHT PODSZUN, JOSEF DREXL, RETO M. HILTY, JOSEPH STRAUS, Springer, 2014

³⁴ Tali costi includono i costi informativi e di ricerca concernenti con chi e quale tipo di accordo s'intende concludere, i costi di contrattazione e decisione, i costi di esecuzione e vigilanza. Con riguardo ad ognuno di tali aspetti la piattaforma fornisce informazioni che riducono i costi. Cfr. Lobel, *The Law of the Platform*.

³⁵ Evans et al., *Platform economics: Essays on multi-sided businesses*.

³⁶ I social network possono essere definiti come servizi online che consentono agli individui di (1) costruire un profilo pubblico o semi-pubblico all'interno di un sistema delimitato, (2) articolare una lista di altri utenti con i quali si condivide una connessione, e (3) vedere e attraversare la propria lista di connessioni e quelle create dagli altri utenti all'interno del sistema. Cfr. Boyd e Ellison, *Social network sites: Definition, history, and scholarship*.

³⁷ Stucker e Grunes, *Big Data and Competition Policy*.

rientrano anche soggetti diversi da quelli che si ritiene di fare oggetto della presente analisi.

Per quanto concerne la precisazione della definizione da un punto di vista tecnologico, si ritiene preferibile evitare di definire la piattaforma da un punto di vista tecnico, con riguardo alle tecnologie utilizzate, analizzando piuttosto le funzioni ch'essa svolge e le dinamiche che in tali contesti si realizzano e sono poste in essere. Mentre l'individuazione di alcuni esempi - nel caso di specie sono stati analizzati Ebay, Amazon, Uber e Airbnb - sia necessaria per dare concretezza all'analisi, una definizione incentrata sulle caratteristiche tecnologiche sarebbe di scarsa utilità e avrebbe poca fortuna, poiché si tratta di realtà in costante evoluzione.

Nella definizione di "Internet intermediaries" dell'OECD sopra citata, infatti, il riferimento è ai "soggetti che forniscono tramite Internet un'infrastruttura o piattaforma che consente comunicazioni e transazioni tra terze parti e fornisce applicazioni e servizi". Gli elementi ivi indicati come necessari sono, quindi, Internet e questa "infrastruttura o piattaforma".

Si consideri, però, che anche la presenza di Internet non è, in realtà, necessaria, potendo essere sostituita da reti private. Forse sarebbe meglio, allora, dire che ciò che è necessario è una connessione. Alla connessione, essenziale, deve aggiungersi la presenza di quella infrastruttura, che si è scelto nel presente lavoro di denominare piattaforma, in particolare in ragione dei modelli di riferimento considerati, ma che in futuro potrà anche trovare nuove forme e denominazioni.

Si consideri, in particolare, l'evoluzione in atto con la diffusione dell' "Internet of Things" o "Internet of Everything", ovvero della sempre maggiore diffusione di oggetti dotati di software e sensori in grado di raccogliere, trasmettere ed elaborare dati. Questi oggetti comunicano, su rete Internet o tramite reti private, mediante infrastrutture tecnologiche, che, che le si chiami piattaforme o meno, svolgono una funzione in parte analoga a quanto descritto, di facilitatore dell'interazione e di aggregatore di più oggetti e servizi, nonché dei dati da essi tratti, al fine di offrire ulteriori servizi a valore aggiunto³⁸. Sebbene dissimili dalle piattaforme considerate, identificabili in un sito web in Internet al quale gli utenti accedono, anch'essi costituiscono "terze

³⁸ European Commission, *Advancing the Internet of Things in Europe*; Commissione Europea, *Digitalizzazione dell'industria europea. Cogliere appieno i vantaggi di un mercato unico digitale*.

parti” che, tramite un’infrastruttura tecnologica, vengono a svolgere nuove funzioni di aggregatore e facilitatore. Sebbene ancora in fase di sviluppo e non ancora oggetto di approfondite analisi, queste nuove terze parti emergenti nell’ambito dell’Internet of Things evidenziano sia come la tecnologia in sé sia continuamente soggetta ad evoluzioni, sia come la diffusione di nuovi soggetti intermediatori, aggregatori e facilitatori costituisca un trend in crescita, rispondente alla necessità di aggregare grandi quantità di dati e, sfruttando questi e la tecnologia, re-intermediare in modo innovativo l’offerta di beni e servizi.

La tecnologia utilizzata incide profondamente sui modi nei quali le persone e, quindi, anche i soggetti del mercato interagiscono, diventando abilitante di nuove strutture relazionali e nuovi mercati e modelli di business. Ciò nonostante, ogni definizione strettamente connessa ad una tecnologia particolare, anziché alla funzione da essa abilitata, tenderà a divenire obsoleta velocemente.

8.3. Ruolo, funzioni e natura della piattaforma

Le piattaforme svolgono un ruolo di governance dell’ecosistema che creano, abilitando e regolando le interazioni tra gli utenti.

Tutte le attività che si svolgono all’interno della piattaforma sono sottoposte alla regolamentazione contrattuale che essa predispone per i propri utenti. Viene creato un “ambiente chiuso”³⁹ ove gli utenti entrano in relazione mediante le possibilità di comunicazione tecnicamente offerte dalla piattaforma e sottostando alle regole ch’essa predispone nell’esercizio della sua autonomia privata.

La piattaforma costruisce tale ambiente, ne detta le regole, vigila sulla loro osservanza, assume decisioni sanzionatorie in caso di violazione ed esegue le decisioni. Si pensi, ad esempio, alla cancellazione di contenuti che violino i termini di servizio, alla sospensione dell’account o anche alla attribuzione o diminuzione di privilegi relativa agli “status utente” premiali sulla base delle recensioni.

L’insieme della struttura tecnica della piattaforma (infrastruttura, dati e algoritmi), delle norme che la regolano e del controllo ch’essa effettua, unitamente ai suoi utenti e ai loro dati, fanno della piattaforma ciò che è, distinguendola dalle altre, determinandone il successo

³⁹ Rodriguez de las Heras Ballell, *The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU*.

o l'insuccesso, costituendo il servizio ch'essa offre. Sono tali aspetti che rendono la piattaforma attraente ed efficiente.

Le piattaforme di intermediazione rendono possibile un incontro tra domanda e offerta di beni e servizi che era impensabile prima della loro diffusione, consentendo anche a soggetti non professionali, che non sarebbero stati in grado di sostenere i costi di ingresso sul mercato, di offrire beni o servizi. Ciò avviene grazie ai servizi che la piattaforma offre, molto variabili in relazione alla piattaforma considerata. Tra questi vi è, in primo luogo, l'incontro mirato, reso possibile anche grazie all'utilizzo di big data, algoritmi e geolocalizzazione, al quale si affiancano la gestione delle comunicazioni, la riduzione dei costi informativi, la gestione dei metodi di pagamento, la creazione di una cornice di regolazione privata entro la quale le relazioni tra gli utenti si svolgono, la gestione delle controversie, le verifiche sulle informazioni e servizi forniti dagli utenti, etc.

Le piattaforme si pongono anche quali risolutori delle controversie insorte tra utenti, decidendo sui reclami dei customers, ponendo altresì in essere direttamente, a seguito della decisione, i trasferimenti monetari conseguenti, grazie alle pre-autorizzazioni fornite dagli utenti al momento della conclusione del contratto.

Dall'analisi dei contratti di Ebay, Amazon, Uber e Airbnb emerge che: il servizio svolto dagli utenti costituisce il fulcro dell'attività economica della piattaforma; le piattaforme, attraverso la definizione di standard di qualità, determinano (seppur in misura diversa) la tipologia e la qualità dei servizi offerti; le performance sono valutate dalla piattaforma, con possibilità di risoluzione dei contratti, sospensione degli account o riduzione dei privilegi laddove non siano mantenuti gli standard di qualità.

Da ultimo, interviene dunque anche un controllo ex post sull'adempimento della prestazione.

Ebay, ad esempio, si riserva il diritto di risolvere il contratto per inadempimento, previa diffida ad adempiere con termine di 15 giorni, nonché di limitare, sospendere, terminare i suoi servizi e l'account degli utenti⁴⁰, senza alcun preavviso, in una serie di casi, tra i quali

⁴⁰ Più precisamente "limitare, sospendere, terminare i suoi Servizi e l'account degli utenti, limitare o altrimenti limitare la visibilità delle inserzioni, nonché proibire l'accesso e le attività degli utenti relative ai Servizi, cancellare le offerte e rimuovere le inserzioni e gli altri contenuti ospitati, nonché ogni stato associato all'account, e adotterà ogni provvedimento tecnico e legale per impedire all'utente di utilizzare i Servizi". Cfr. "Abuso di eBay e risoluzione del contratto" dell'"Accordo per gli utenti".

compaiono: il caso in cui l'utente "abbia gli standard minimi della performance del venditore al di sotto dei minimi previsti dalle regole sullo Standard della performance del venditore o sugli Standard Internazionali della performance dei venditori"; "abbia ricevuto un numero totale di feedback negativi e/o neutri tale da compromettere la sua affidabilità"; "abbia ricevuto un numero di controversie per oggetto non pagato o per oggetto non conforme alla descrizione ai sensi delle relative regole tale da compromettere la sua affidabilità"; ovvero il caso (invero già da solo generico e difficilmente circoscrivibile) in cui "tali provvedimenti possano migliorare la sicurezza della comunità di eBay o ridurre l'esposizione a responsabilità finanziarie di eBay o di altri utenti"; o anche il caso in cui l'utente "abbia concluso transazioni al di fuori del sito".

Gli "Standard della performance del venditore" costituiscono un documento separato e dettagliato, che esordisce con "eBay si aspetta che i venditori forniscano sempre un servizio eccellente agli acquirenti". La prima obbligazione prevista è quella di "risolvere velocemente i problemi degli acquirenti" e si indica come "standard minimo" la garanzia che non più del 2% delle transazioni presentino uno o più difetti "nel periodo di valutazione più recente", al qual fine sarà valutato anche il numero di controversie "chiusse senza risoluzione del venditore" ovvero le controversie che il venditore "non riesce a risolvere con l'acquirente prima che questi chieda a eBay di intervenire o prima che la controversia venga inoltrata a PayPal e che eBay o PayPal determini che il venditore è responsabile".

In Airbnb, l'Host è tenuto a fornire informazioni complete e accurate⁴¹, immagini (della qualità e quantità richiesta), scegliere il prezzo (sebbene ve ne sia uno suggerito), indicare i dati necessari ai fini della gestione dei pagamenti da parte di Airbnb, nonché fornire il servizio offerto mantenendo determinati standard qualitativi.

⁴¹ Cfr. 7.1.1. dei Termini del Servizio. In particolare, "l'utente deve (i) fornire informazioni complete e accurate riguardo al proprio Servizio dell'Host (tra cui, ad esempio, la descrizione dell'annuncio, l'ubicazione e la disponibilità di calendario), (ii) indicare eventuali carenze, restrizioni (ad es. regole della casa) e requisiti che si applicano (ad es. qualsiasi età minima, competenza o requisito di idoneità fisica per un'Esperienza) e (iii) fornire qualsiasi altra informazione pertinente richiesta da Airbnb". Inoltre, è responsabile di "mantenere aggiornate in ogni momento" le informazioni dell'annuncio, compresa la disponibilità di calendario.

Gli “standard qualitativi” si compongono dei termini e delle politiche di Airbnb⁴², suddivise in varie sezioni, tra le quali vi sono gli Standard della Community⁴³, le Linee Guida sul contenuto⁴⁴, i Requisiti di base per gli Host⁴⁵, le politiche per le cancellazioni⁴⁶, ma risultano anche da documenti peculiari quali le politiche di non-discriminazione⁴⁷ o contro l’“estorsione”⁴⁸, quest’ultimo concernente casi quali la minaccia di recensioni negative.

Limitandosi in questa sede ai “Requisiti di base degli host”, essi sono elencati come segue:

“Offrire i servizi essenziali: questa categoria comprende carta igienica, sapone, lenzuola e almeno un asciugamano e un cuscino per ospite.

Essere reattivi: mantieni un tasso di risposta elevato, replicando alle domande e alla richieste di prenotazione entro 24 ore.

Accettare le richieste di prenotazione: fai sentire benvenuti gli ospiti, accettando le loro richieste quando sei disponibile.

Evitare le cancellazioni: prendiamo molto sul serio le cancellazioni delle prenotazioni e chiediamo a tutti i nostri host di evitarle poiché possono rovinare i programmi di viaggio degli ospiti.

Mantenere delle valutazioni elevate: agli ospiti piace sapere che possono aspettarsi un certo livello di qualità, indipendentemente da dove prenotano”.

Si tratta di requisiti considerati “di base”, eppure molto incisivi, che definiscono la prestazione che gli Host sono tenuti ad offrire. Quest’ultima è, inoltre, anche verificata attraverso le valutazioni date nei *reputational feedback systems*, nonché in relazione alle “controversie” che la piattaforma ha dovuto gestire.

Le piattaforme utilizzano tali “standard qualitativi” nella valutazione delle “condotte” degli utenti che offrono beni o servizi. Tali condotte non son altro che le “prestazioni finali” che vengono offerte agli utenti-clienti e vengono valutate in base a quanto previsto nella disciplina contrattuale e nelle linee guida delle comunità, facendo riferimento anche ai *reputational feedback system*, stabilendo valori minimi

⁴² Airbnb, *Termini e politiche Airbnb*.

⁴³ Airbnb, *Standard della Community*.

⁴⁴ Airbnb, *Linee guida sul contenuto*.

⁴⁵ Airbnb, *Requisiti di base degli Host*.

⁴⁶ Airbnb, *Politiche cancellazioni*.

⁴⁷ Airbnb, *Politiche di non discriminazione*.

⁴⁸ Airbnb, *Normative sull’estorsione di Airbnb*.

al di sotto dei quali la piattaforma potrà procedere alla risoluzione del contratto, alla sospensione del servizio o di alcune sue parti, alla diminuzione delle funzionalità e dei privilegi.

Gli standard qualitativi vanno così a determinare le caratteristiche e la qualità della “prestazione finale” offerta agli utenti-clienti, anche in modo dettagliato, includendo il mantenimento di determinati livelli di soddisfazione del cliente valutati attraverso i reputational feedback system, nonché l’assenza di reclami e controversie.

La piattaforma è, quindi, un soggetto che crea nuove forme di interazione estraendo da queste valore. La sua presenza facilita le interazioni e gli scambi, abilitandone di nuovi, riduce i costi di transazione e, al contempo, aumenta la fiducia, riduce i rischi e le incertezze e aumenta la prevedibilità. Svolge non solo un ruolo organizzativo, ma anche di governance rispetto a tutte le relazioni che al suo interno sono poste in essere, compresa l’esecuzione della prestazione.

Ci si interroga, quindi, su come possa essere qualificata la piattaforma nel nuovo scenario, quale forma di organizzazione di risorse produttive che presenta similitudini sia con l’impresa che con il mercato, distinguendosi tuttavia da entrambe⁴⁹. Vi è, infatti, un’organizzazione di risorse per la fornitura di un servizio a un cliente finale, ma con un controllo delle risorse mediato dalla tecnologia e senza acquisizione degli asset organizzati.

Ronald Coase ha evidenziato che l’impresa nasce al fine di ridurre i costi transattivi: sebbene si possa produrre anche in modo decentrato, con singole transazioni, l’impresa emerge, organizzando al suo interno un insieme di relazioni, per ridurre i costi transattivi⁵⁰. L’impresa consente di organizzare le risorse, sotto l’autorità dell’imprenditore, evitando il “meccanismo dei prezzi” e riducendo i costi di produzione e il numero di contratti. Tuttavia, essa richiede un grosso investimento di capitale e l’assunzione del rischio relativo alle decisioni assunte nel management: che una transazione venga organizzata all’interno dell’impresa o che venga conclusa sul mercato da contraenti indipendenti “dipende anche da un confronto tra i costi di conclusione di

⁴⁹ Busch, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*; Acquier, *Uberization Meets Organizational Theory: Platform Capitalism and the Rebirth of the Putting-out System*; Constantiou, Marton, e Tuunainen, *Four Models of Sharing Economy Platforms..*

⁵⁰ Coase, *Impresa, mercato e diritto*.

queste transazioni di mercato con i costi di conclusione di queste transazioni all'interno di un'organizzazione, l'impresa"⁵¹.

Coase si chiedeva anche perché una sola grande impresa non realizzi tutta la produzione, rinvenendo la ragione nei rendimenti decrescenti dell'attività di management e, al contempo, sottolineando che "cambiamenti come il telefono e il telegrafo, che tendono a ridurre il costo di organizzazione nello spazio, tendono ad aumentare la dimensione dell'impresa", e che tutti i cambiamenti che migliorano le tecniche del management tendono ad aumentare le dimensioni dell'impresa"⁵².

Se già il telegrafo e il telefono potevano essere considerati elementi rilevanti e dirompenti, possiamo ora immaginare quanto possano esserlo l'utilizzo di connettività, dati e algoritmi per la produzione di beni e servizi.

Il carattere innovativo della piattaforma quale modello organizzativo deriva, quindi, direttamente dalle nuove possibilità che la tecnologia offre per la comunicazione, l'analisi e la gestione delle informazioni. Le nuove tecnologie abilitano nuove forme di organizzazione e management più efficienti, flessibili, personalizzate; la piattaforma consente di gestire anche risorse esterne, senza investimento di capitali e assunzione del rischio; divengono più profittevoli organizzazioni dalle dimensioni più ampie (e ciò è incrementato dai *network effects* e, in particolare, dal *data network effect*).

Evidenziata l'innovatività del modello, nonché la tipologia di piattaforme sulla quale ci si vuole concentrare, occorre riflettere sulle peculiari problematiche che tali piattaforme sollevano e sulle possibilità di regolamentazione di tali nuovi soggetti.

8.4. Problematiche e responsabilità

Tra le problematiche che tali nuovi modelli sollevano si possono evidenziare, in particolare, i problemi relativi alla tutela della concorrenza, alla tutela dei soggetti deboli in ambito contrattuale, all'applicabilità dei requisiti di accesso al mercato elaborati per i modelli di business tradizionali, al tema della gestione dei dati; ma è al più ampio problema delle responsabilità attribuibili a tali soggetti che la nostra analisi si concentrerà.

⁵¹ Ibidem. p. 116.

⁵² Ibidem., p. 86.

I problemi relativi alla concorrenza sono dovuti alle peculiari concentrazioni del potere di mercato nelle mani di pochi soggetti in ragione dei *network effects*⁵³ e all'efficientamento dei mezzi comunicativi che permette la gestione profittevole di organizzazioni di dimensioni più grandi, come evidenziato da Coase; tali problemi sono oggetto di una nuova proposta normativa europea denominata "Digital Market Act"⁵⁴, che introduce la definizione di piattaforma "gatekeeper" alla quale applicare, in ragione del ruolo nel mercato, obblighi, divieti e un quadro di vigilanza a tutela della concorrenza e del mercato.

La tutela dei soggetti deboli deve essere rivisitata alla luce dell'utilizzo dei nuovi mezzi tecnologici, con riferimento soprattutto alla profilazione e all'utilizzo di algoritmi, come evidente nel caso dei *reputational feedback system*, ma nel senso di un'estensione dei soggetti protetti, potendosi ravvisare una posizione di debolezza anche dei business users, rispetto ai quali il nuovo Regolamento europeo 1150/2019 introduce alcune prime forme di tutela⁵⁵, fino a giungere alla posizione di debolezza di chi offre un servizio sulla piattaforma, come i riders o i drivers, rispetto ai quali si sollevano interrogativi in merito al corretto inquadramento contrattuale nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Con riguardo ai requisiti di accesso al mercato sorgono interrogativi sull'applicazione delle normative settoriali ai nuovi modelli di business, come evidente nel caso di Uber e delle controversie diffuse in tutto il globo sui requisiti di tale servizio e le normative ad esso applicabili⁵⁶.

⁵³ Cfr. Bambergert e Lobel, *Platform Market Power*; Stucker e Grunes, *Big Data and Competition Policy*; Evans et al., *Platform economics: Essays on multi-sided businesses*; OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*; Colangelo e Zeno-Zencovich, *Online Platforms, Competition Rules and Consumer Protection in Travel Industry*; Katz e Sallet, *Multisided platforms and antitrust enforcement*.

⁵⁴ Proposal for a Regulation on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector, Digital Markets Act, COM (2020)842

⁵⁵ Cfr. European Commission, *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*; Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*; Cauffman, *New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships*; Twigg-Flesner, *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on online platforms – Transparency, Fairness and Beyond*; Martinelli, *The vulnerable business user: the asymmetric relationship between the business user and the platform* -.

⁵⁶ Cfr. De Franceschi, *Uber Spain and the "Identity Crisis" of Online Platforms*; De Franceschi, *The adequacy of Italian law for the platform economy*; Resta, *Uber di fronte alle corti europee*; Ruotolo e Vaira, *Il caso Uber nel mercato unico digitale*; Turci, *Sulla natura dei servizi offerti dalle piattaforme digitali: il caso Uber*; Pollicino e Lubello, *Un monito*

Infine, rispetto ai dati, sussistono le più ampie problematiche concernenti non solo la protezione dei dati personali, ma anche quelle relative ai diritti sui dati non personali e alle possibilità di accesso, di utilizzo e riutilizzo⁵⁷.

Questo saggio vuole concentrarsi, in ogni caso, sui problemi connessi alla responsabilità della piattaforma stessa, alla luce dei ruoli che essa ricopre nei modelli sopradescritti.

Tale problema è tradizionalmente analizzato sotto il profilo della cosiddetta “responsabilità del provider”, o “secondary liability”, ovvero della responsabilità della piattaforma per i contenuti immessi in essa dagli utenti, disciplinata dalla Direttiva 31/2000, cosiddetta Direttiva sul commercio elettronico.

Da tempo ci si interroga, infatti, sulla responsabilità di quei soggetti che offrono agli utenti uno spazio nel quale memorizzare le informazioni, e dunque in altre parole che offrono il “contenitore” rispetto alle informazioni memorizzate ma caricate da altri.

I medesimi problemi si pongono non soltanto per le piattaforme di intermediazione, ma per tutte le “online platform” che consentono agli utenti di pubblicare contenuti, riguardando tutti i casi in cui i contenuti sono caricati direttamente dagli utenti su uno spazio gestito da un altro soggetto, ma si complicano ulteriormente nelle piattaforme di intermediazione, ove la funzione della piattaforma non è più soltanto quella di ospitare contenuti, bensì quella di favorire la conclusione di contratti tra gli utenti.

La disciplina della “secondary liability” muove dall’assenza di un obbligo di sorveglianza da parte della piattaforma sui contenuti immessi dagli utenti, in mancanza del quale probabilmente le piattaforme sarebbero oggi molto diverse da come le conosciamo. Viene stabilito una sorta di “safe harbor” per le piattaforme, ritenute non responsabili rispetto ai contenuti, indipendentemente dalla tipologia di responsabilità considerata, salvo in casi determinati e purché la Direttiva sia applicabile alla specifica piattaforma e attività considerata.

complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: uber tra giudici e legislatori; Caruso, Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber; Hatzopoulos, After Uber Spain: the EU's approach on the sharing economy in need of review?

⁵⁷ Graef, Wahyuningtyas, e Valcke, *Assessing data access issues in online platforms*; Martinelli, *Sharing Data and Privacy in the Platform Economy: The Right to Data Portability and «Porting Rights»*; Prüfer, *Competition Policy and Data Sharing on Data-driven Markets*.

Tale disciplina è oggetto della nuova proposta normativa della Commissione europea, cosiddetto “Digital Services Act”⁵⁸. Il Regolamento proposto mira a ridefinire la disciplina applicabile alle piattaforme *online*, modificando la Direttiva 31/2000 ed introducendo nuove disposizioni in materia di trasparenza, obblighi informativi e *accountability* per la moderazione dei contenuti. La proposta è parte del “Digital Services Act package”, che ricomprende la “Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and Amending Directive 2000/31/EC, COM(2020)825” e la “Proposal for a Regulation on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector, Digital Markets Act, COM (2020)842”.

All’interno di tale più ampio quadro, ci si vuole qui concentrare sulle piattaforme di intermediazione, volte allo scambio di beni e servizi, come meglio in precedenza definite, in quanto si ritiene che in tali casi la piattaforma riveste una funzione ulteriore rispetto a quello di mero contenitore di informazioni: un ruolo organizzativo, di governance e di intermediazione.

La tesi che si sostiene, in estrema sintesi, è che la piattaforma consenta forme di organizzazione e controllo inedite, che richiedono una nuova riflessione anche giuridica, in primo luogo con riguardo alla loro responsabilità.

La soluzione non potrà peraltro essere omogenea per tutte le piattaforme, necessitando di un’analisi e valutazione del potere direttivo, organizzativo e di controllo esercitato sugli utenti. Alti livelli di controllo porteranno all’inclusione delle attività degli utenti tra le attività controllate dalla piattaforma e rispetto alle quali, quindi, sorgerà una sua responsabilità; livelli di controllo più bassi potranno dar luogo a suddivisioni delle responsabilità tra piattaforma e utenti o addirittura l’assenza della responsabilità della piattaforma.

Sebbene relative ad altro profilo (quello dei requisiti di accesso), illuminanti appaiono a tal proposito le pronunce della Corte di Giustizia rese nei casi Uber e Airbnb.

Nell’analisi del caso Uber, causa C-434/15, la Corte di Giustizia ha affermato che il servizio deve essere considerato come un “overall service whose main component is a transport service”. La Corte ha affermato che Uber esercita un’influenza determinante (“decisive influence”) sulle condizioni in cui i servizi di trasporto erano forniti dai

⁵⁸ Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and Amending Directive 2000/31/EC, COM(2020)825.

conducenti, esercitando un controllo attraverso la stessa applicazione (sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, determinando la tariffa massima per il viaggio, etc). Alla luce di tale controllo, Uber è stata qualificata come “organizer of the general operation of the services that were not provided by electronic means”.

Diversamente, nel caso Airbnb, causa C-390/18, la Corte di Giustizia non ha rilevato tale “decisive influence over the conditions for the provision of the accommodation services to which Airbnb intermediation service relates”. In particolare, la Corte ha affermato che la piattaforma “is intended to connect, for remuneration, potential guests with professional or non-professional hosts offering short-term accommodation services, while also providing a certain number of services ancillary to that intermediation service”.

La Commissione europea, già nella Comunicazione “Un’agenda europea per l’economia collaborativa”, individuava un elenco di criteri, “fattuali e giuridici”, per la valutazione del “livello di controllo e di influenza che la piattaforma di collaborazione può esercitare sul prestatore di tali servizi”, ritenuto “in genere il fattore determinante”: determinazione del prezzo; di altre condizioni contrattuali fondamentali che definiscono la relazione contrattuale tra il prestatore dei servizi sottostanti e l’utente; proprietà dei beni essenziali; assunzione del rischio e sostenimento delle spese; esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la piattaforma di collaborazione e la persona che ha prestato il servizio sottostante in questione. Tali elementi sono però qualificati come “indizi”: non sono ritenuti determinanti, ma “potrebbero indicare che la piattaforma di collaborazione esercita un livello di controllo e di influenza elevato sulla prestazione del servizio sottostante”⁵⁹.

Tali pronunce e considerazioni, suggeriscono di indagare se, nei casi di *decisive influence*, il prestatore del servizio sulla piattaforma (es. il driver) possa essere ritenuto un ausiliario della piattaforma stessa; ausiliario in senso stretto ove realizzi l’adempimento e in senso ampio ove cooperi con il debitore per l’esecuzione della prestazione. Ove sussistessero i requisiti, in Italia si potrebbe applicare l’art. 1228 c.c., ove prevede che “salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell’adempimento dell’obbligazione si vale dell’opera dei terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro”.

⁵⁹ European Commission, *A European agenda for the collaborative economy*.

Analogamente, con riguardo alla responsabilità civile extracontrattuale, la natura del rapporto tra la piattaforma e il “prestatore del servizio” assume un rilievo determinante, in quanto la piattaforma potrebbe essere ritenuta responsabile per l’operato degli utenti-prestatori del servizio, ai sensi dell’art. 2049 c.c., ovvero per i fatti illeciti compiuti dai suoi preposti nell’esercizio delle incombenze loro affidate. La responsabilità ex art. 2049 c.c., infatti, è applicabile in presenza di un potere di direzione e vigilanza del preponente, anche se temporaneo o occasionale.

Le nozioni civilistiche di ausiliario o soggetto preposto sono più ampie e indipendenti dalla qualificazione giuslavoristica, e potrebbero trovare applicazione anche al di là della qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato, in relazione a quei rapporti tra piattaforma e prestatori del servizio che, pur non essendo qualificabili come lavoro subordinato, presentino le caratteristiche della preposizione.

L’attribuzione alla piattaforma di responsabilità, contrattuali o extracontrattuali, derivanti dalle condotte dei “suppliers” potrà, quindi, avvenire, secondo i principi civilistici, in tutti i casi nei quali l’agente è qualificabile come preposto della piattaforma.

Il problema che si pone, in conclusione, è che, nelle piattaforme considerate, si realizzano forme di direzione, coordinamento e controllo inedite e poste in essere in differente grado, nelle quali però si vuol porre il rischio a carico del prestatore del servizio. Diviene, quindi, fondamentale stabilire ed identificare il limite entro il quale l’esercizio di tali poteri da parte della piattaforma, e dunque l’influenza posta in essere, siano tali da attribuire alla piattaforma i rischi connessi. Ove si possano ravvisare il controllo e la direzione dell’attività in capo alla piattaforma, necessariamente anche le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali dovranno esserle imputate.

Guardando, invece, a una prospettiva *de iure condendo*, interessante sul punto è la proposta delineata nel “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”⁶⁰. Si tratta di un documento elaborato dal Research group on the Law of Digital Services al fine di sollecitare il dibattito, pubblicato nel 2016, che propone una bozza di direttiva che regoli l’attività delle piattaforme di intermediazione. A tale

⁶⁰ Research group on the Law of Digital Services, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*; Christoph et al., *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. Commentary*; Busch et al., *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*

documento hanno fatto seguito le Model Rules on Online Intermediary Platform⁶¹, che hanno ricevuto stimoli e commenti, proponendo un insieme di disposizioni volte a regolare la *platform economy*, non più nella forma della Direttiva ma come *model rules* che possano fungere da modello per legislatori nazionali, europei e internazionali, o da fonte d'ispirazione per l'autoregolamentazione e la standardizzazione. Tra le proposte ivi presenti vi è l'introduzione di una nozione di "predominant influence", diversa dalla "decisive influence" prima citata, che può essere utilizzata per descrivere e regolare una nuova categoria; si tratterebbe di un primo passo verso il riconoscimento dell'esistenza di un soggetto che assume un ruolo diverso da quelli che conosciamo, che è non una semplice impresa che racchiude tutti i servizi complessivi e sottostanti, ma nemmeno un mero intermediario, in nessun senso in cui oggi si intende "intermediario".

Per questa categoria intermedia di piattaforme è prevista, nella proposta, l'introduzione di una responsabilità solidale con il fornitore, sia per l'inadempimento dei fornitori che per la responsabilità da prodotto. L'articolo 20 prevede: "If the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, the customer can exercise the rights and remedies for the non-performance available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator". La proposta prevede che la piattaforma con predominant influence sia "jointly-liable for failure to perform the service", assuma quindi un ruolo di garanzia rispetto all'adempimento, configurandosi come garante con responsabilità senza colpa. La disposizione dovrebbe applicarsi non solo ai consumatori, ma a tutti i clienti.

I criteri da considerare per determinare se sussista tale predominant influence sarebbero: a) il contratto *supplier-customer* è concluso esclusivamente mediante facilities fornite dalla piattaforma; b) la piattaforma può trattenere il pagamento eseguito dal customer in esecuzione del contratto *supplier-customer*; c) i termini del contratto *supplier-customer* sono determinati principalmente dalla piattaforma; d) il prezzo pagato dal customer è determinato dalla piattaforma; e) la piattaforma fornisce un'immagine unitaria dei *suppliers* o un marchio; f) il marketing è realizzato incentrandosi sulla piattaforma e non sui

⁶¹ European Law Institute, «Model Rules on Online Platforms», disponibile al seguente link https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf.

suppliers; g) la piattaforma promette di monitorare le condotte dei *suppliers*⁶².

Si porrebbe in essere così un'ulteriore categoria di piattaforme, rispetto a quelle delineate nei casi Uber e Airbnb, a cui applicare una disciplina differente, in particolare attribuendo un ruolo di garanzia.

8.5. La piattaforma come intermediario

Nelle piattaforme di intermediazione l'interazione principale tra gli utenti consiste in uno scambio, che prevede la conclusione e quindi l'esecuzione di un contratto.

Per definire ulteriormente quale ruolo svolgano tali piattaforme e quali responsabilità possano essergli attribuite, occorre indagare più approfonditamente anche quale sia il ruolo della piattaforma in relazione al contratto concluso tra gli utenti.

Guardando al mandato, all'agenzia, alla mediazione e all'intermediazione si possono trarre alcune conclusioni *de iure condito* e *de iure condendo*.

Allo schema del mandato o del contratto di commissione si potrebbe pensare, ad esempio, rispetto ad Amazon, ove, come si è visto, la piattaforma si occupa della gestione di molti degli aspetti relativi alla vendita dei beni. Tuttavia, non sussiste alcun obbligo, per Amazon, di concludere contratti, non vi è rappresentanza e gli effetti del contratto si producono in capo al prestatore del servizio.

Per ritenere applicabile la disciplina del mandato, si potrebbe affermare che il prestatore del servizio agisce per conto della piattaforma o viceversa, ma ciò non appare aderente alla realtà, in quanto tutti e tre i soggetti coinvolti agiscono autonomamente e per sé stessi, realizzando però un'operazione negoziale complessa che presenta un collegamento funzionale in senso lato, essendo l'intera operazione volta all'esecuzione delle "prestazioni finali", ma manchevole dello scopo comune in senso stretto. Salvo nei casi in cui si giunga a considerare la piattaforma come prestatore di un servizio complessivo, comprensivo del "servizio sottostante", i tentativi di qualificare l'intero rapporto bilateralmente sembrano nascondere la natura "multi-sided" di queste piattaforme. D'altra parte, anche nell'ambito di "servizi complessivi" come descritti nel paragrafo precedente, l'attività posta in essere dal

⁶² Cfr. *Ibidem*.

supplier sembrerebbe un'attività materiale posta in essere per l'adempimento dell'obbligazione della piattaforma e non, invece, l'adempimento di un mandato ad agire contrattualmente per suo conto, qualificandosi pertanto il *supplier* come ausiliario della piattaforma e non come suo mandatario.

Con riguardo al contratto di agenzia, che ai sensi dell'art. 1742 è il contratto mediante il quale "una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata", le similitudini rispetto al caso della piattaforma si rinvergono nell'attività di "promozione" e convincimento del cliente, nonché nella stabilità del rapporto, non episodico.

Il contratto di agenzia non pare, in astratto, lontano dai rapporti analizzati e sembrerebbe possibile una qualificazione della piattaforma come agente. Tuttavia, la disciplina codicistica è interamente volta alla tutela dell'agente quale parte debole del rapporto, mentre nel caso della piattaforma di intermediazione è tipicamente la parte contrattualmente più forte.

La posizione terza della piattaforma sopra descritta induce a ritenere ancor più significativi i punti di contatto con la mediazione, caratterizzata dall'intervento di un terzo estraneo alle parti che le mette in relazione per provocare o agevolare la conclusione di un affare, senza obbligo di conclusione né per il mediatore, né per le parti che gli abbiano conferito l'incarico, anche con possibilità di impegno generico del mediatore di favorire la conclusione di contratti cercando di procurare il consenso di un altro soggetto.

Sulla mediazione la dottrina è divisa con riguardo alla sua natura contrattuale, non essendovi l'obbligo di concludere il contratto mediato: secondo si tratterebbe di una fattispecie progressiva nella quale alcuni effetti sarebbero riconducibili alla messa in relazione, mentre sarebbero legati alla successiva conclusione dell'affare.

Ai sensi del codice civile, il mediatore è tenuto a comportarsi secondo correttezza, secondo il criterio della diligenza media professionale di cui all'art. 1176, secondo comma c.c., nonché ad alcuni obblighi di informazione e di garanzia; in particolare, l'art. 1759, primo comma, impone al mediatore l'obbligo di "comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione della sicurezza dell'affare, che possano influire sulla conclusione di esso".

Particolarmente interessante è la disposizione di cui all'articolo 1762 c.c. ("Contraente non nominato"), che prevede che "il mediatore che non manifesti a un contraente il nome dell'altro risponde dell'esecuzione del contratto e, quando lo ha eseguito, subentra nei diritti verso il contraente non nominato", nonché, al secondo comma, che "se dopo la conclusione del contratto il contraente non nominato si manifesta all'altra parte o è nominato dal mediatore, ciascuno dei contraenti può agire direttamente l'uno contro l'altro, ferma restando la responsabilità del mediatore".

I contratti delle piattaforme di intermediazione potrebbero, quindi, essere ritenuti contratti di mediazione, sebbene diversi dalle ipotesi più tradizionali, e si potrebbe allora prospettare l'applicazione degli artt. 1762 e 1759: il primo consentirebbe di attribuire alla piattaforma la responsabilità relativa all'adempimento della prestazione per il caso in cui il supplier non sia identificabile; il secondo, che prevede in capo al mediatore l'obbligo di "comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione della sicurezza dell'affare, che possano influire sulla conclusione di esso", legittimerebbe l'imputazione alla piattaforma di tutte le responsabilità relative all'affare concluso tra gli utenti, ove essa sia stata manchevole, secondo la diligenza professionale, di fornire agli utenti le adeguate informazioni.

Oltre alla figura del mediatore, rispetto al quale le specifiche discipline prevedono obblighi di trasparenza, professionalità e imparzialità, esistono altre figure di "intermediari", regolati con riguardo ad alcune specifiche attività. Il termine viene utilizzato in modo aspecifico per indicare attività, professionalità e contratti molto diversi, tra i quali il mandato, il contratto di agenzia e la mediazione. Sebbene tali discipline non possano essere ritenute direttamente applicabili, se non eventualmente per analogia, alle piattaforme di intermediazione, da esse possono trarsi alcuni spunti per meglio comprenderne natura e funzione, nonché in vista di futuri interventi regolatori.

Tra gli intermediari di assicurazione o riassicurazione, definiti dall'art. 1, lett. cc-quinquies del Codice delle Assicurazioni come "qualsiasi persona fisica o giuridica, diversa da un'impresa di assicurazione o riassicurazione o da un dipendente della stessa e diversa da un intermediario assicurativo a titolo accessorio, che avvii o svolga a titolo oneroso l'attività di distribuzione assicurativa"⁶³, si ritrovano due

⁶³ Cfr. art. 1 del Codice delle Assicurazioni Private, D.lgs. 209/2005, ove sono altresì definite le figure dell'intermediario riassicurativo (cc-sexies: "qualsiasi persona fisica o

figure: gli agenti e i mediatori, iscritti in due distinte sezioni. Agenti di assicurazione sono coloro che “agiscono in nome o per conto di una o più imprese di assicurazione o di riassicurazione”; i mediatori di assicurazione o di riassicurazione, denominati anche “broker”, “agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione”⁶⁴.

La figura del broker presenta alcune affinità rispetto alle piattaforme analizzate, ovvero un’attività di intermediazione in assenza di mandato definita con il termine “mediazione”, sebbene il mediatore agisca “su incarico del cliente”⁶⁵, mentre la piattaforma di intermediazione instaura relazioni contrattuali con entrambi i soggetti, seppur dimostrando chiaramente un favor verso il *customer*. Ulteriore elemento di distinzione è la molteplicità dei contratti che saranno conclusi e dei soggetti con i quali i contratti potranno essere posti in essere.

All’art. 107, terzo comma, del Codice delle assicurazioni si specifica che non costituisce attività di intermediazione “la mera fornitura a potenziali assicurati di informazioni su prodotti assicurativi o riassicurativi, su un intermediario assicurativo o riassicurativo, su un’impresa di assicurazione o riassicurazione, se il fornitore non intraprende ulteriori iniziative di assistenza nella conclusione del contratto”. La distinzione tra un intermediario e un soggetto che si limita a fornire informazioni viene rinvenuta, quindi, nelle “ulteriori iniziative di assistenza nella conclusione”.

Il medesimo principio potrebbe essere applicato alla piattaforma di intermediazione, quest’ultima certamente fornisce informazioni su

giuridica, diversa da un’impresa di assicurazione o di riassicurazione o da un dipendente di essa, che avvii o svolga a titolo oneroso l’attività di distribuzione riassicurativa”) e dell’intermediario assicurativo a titolo accessorio (cc-septies: “qualsiasi persona fisica o giuridica, diversa da uno dei soggetti di cui alla lettera d), comma 2, dell’articolo 109, che avvii o svolga a titolo oneroso l’attività di distribuzione assicurativa a titolo accessorio”).

⁶⁴ Cfr. art. 109, secondo comma, del Codice delle Assicurazioni Private.

⁶⁵ La legge 792/1984, art. 1, definiva, invece, il mediatore, come “chi esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione e riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione”. L’agire “su incarico del cliente” ha risollevato dubbi sulla natura della mediazione assicurativa, che comporta sia l’attività di mediazione che un’attività di consulenza professionale all’assicurando. La giurisprudenza, pur riconoscendo i connotati intellettuali, ha affermato la prevalenza della mediazione. Cfr. Cass. 6874/2003.

prodotti, servizi e prestatori del servizio, ma a tale attività informativa si affiancano tutte le ulteriori attività che la piattaforma pone in essere tra le quali la fornitura del canale di comunicazione, i *reputational feedback systems*, ma anche le possibilità di proporre reclamo e di avvalersi di strumenti di risoluzione delle controversie, attinenti invece a fasi successive rispetto alla conclusione. Ci si chiede, quindi, se e quando, tali attività, considerate caso per caso e complessivamente, possano essere considerate intermediazione.

Il mediatore creditizio, ai sensi degli artt. 128-sexies e ss. del T.U.B., è “il soggetto che mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari previsti dal Titolo V con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma”. Deve svolgere esclusivamente tale attività ed è tenuto a svolgerla “senza essere legato ad alcuna delle parti da rapporti che ne possano compromettere l’indipendenza”⁶⁶. Deve essere iscritto negli appositi elenchi, può essere soggetto a ispezioni dell’Organismo di cui all’art. 128-undecies, per il tramite della Guardia di Finanza. Risponde in solido dei danni causati nell’esercizio dell’attività dai dipendenti e collaboratori di cui si avvale, anche in relazione a condotte penalmente sanzionate⁶⁷.

Sono, inoltre, applicabili le norme del Titolo VI per garantire trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela. Tra le disposizioni ivi previste, di particolare interesse ai nostri fini sono quelle sulla pubblicità delle condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti e degli indicatori che assicurano la trasparenza informativa alla clientela, nonché sulla possibilità di degli organi di vigilanza di determinare criteri e parametri per determinare le commissioni massime e elementi essenziali da indicare negli annunci pubblicitari (art. 116). Vi sono, inoltre, ulteriori disposizioni alle quali si potrebbe guardare *de iure condendo* relative alla forma dei contratti (art. 117), alla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (art. 118), alle comunicazioni periodiche alla clientela (art. 119), al recesso (120-bis), alla portabilità (120-quater).

Si tratta, quindi, di una figura che presta attività consulenziale, ma con i caratteri dell’indipendenza. Viene definito come “un consulente qualificato la cui indipendenza dalle parti e l’adeguata capacità reddituale gli consentono di avere un potere contrattuale tale da

⁶⁶ Cfr. art. 128-sexies, quarto comma, del T.U.B.

⁶⁷ Cfr. art. 128-nonies, quarto comma, del T.U.B.

permettergli di ottenere condizioni più favorevoli al cliente nella contrattazione con l'intermediario finanziario"⁶⁸.

La piattaforma presenta caratteristiche analoghe: sia la terzietà rispetto alle parti, sia il potere contrattuale, esercitato con un favor verso il *customer*. Tuttavia, nel caso della piattaforma, il *supplier* non può considerarsi normalmente un contraente forte.

Le norme in materia di mediazione creditizia rimangono peculiari, specifiche per l'attività considerata; tuttavia si rinvengono disposizioni volte a rispondere ad esigenze di tutela dell'indipendenza e della trasparenza, che si estendono anche alle piattaforme di intermediazione. Le disposizioni di cui al Titolo VI regolano, infatti, aspetti che sollevano problematiche anche nella *platform economy*.

Con riguardo all'intermediazione finanziaria è possibile qualche riflessione ulteriore, di più ampio respiro, essendo l'attività finanziaria l'ambito nel quale l'intermediazione si è ad oggi maggiormente sviluppata.

La teoria economica degli intermediari finanziari rinviene le cause della necessità di un'intermediazione nella divergenza delle preferenze degli scambisti (propensione al rischio e alla liquidità), nella razionalità limitata (decisioni non puramente razionali e informazione eccessiva rispetto alle capacità) e nei costi di transazione (di ricerca, selezione, valutazione etc., influenzati dalla dimensione e dalla frequenza dello scambio).

Un ulteriore aspetto che caratterizza tali mercati e che si vuole sottolineare è che con riguardo ai prodotti finanziari l'informazione relativa a prodotti e servizi è già da tempo gestita attraverso sistemi computazionali connessi.

Le caratteristiche sopra descritte e che valgono per i mercati finanziari si rinvengono anche nell'offerta di beni e servizi al consumo: rilevanza delle preferenze, razionalità limitata e costi di transazione alti rispetto a piccoli scambi. La digitalizzazione e la possibilità di raccogliere dati consentono di accedere al patrimonio informazionale che, a sua volta, permette, tramite gli algoritmi, di identificare le preferenze. La piattaforma appare, quindi, come l'interprete del patrimonio informazionale relativo a prodotti e servizi che oggi possono essere digitalizzati, e dunque un nuovo intermediario. Tuttavia, l'analogia funziona fino a che non si considerino i poteri organizzativi e di direzione che la piattaforma esercita sugli utenti, che la qualificano come

⁶⁸ Ciani, *Agenti in attività finanziaria, mediatori creditizi, ed altri intermediari del credito*.

qualcosa di ulteriore, non già realmente terza rispetto al rapporto. Di nuovo, è l'influenza che determina il grado di somiglianza rispetto al modello offerto dall'intermediazione finanziaria: solo ove questa sia ridotta, potrà ravvisarsi una forma analoga di intermediazione.

La contrattualistica in materia di intermediazione finanziaria è caratterizzata dalla presenza di contratti "cornice", cui seguono singoli ordini, dei quali la dottrina ha dato differenti interpretazioni, ricostruite dalla dottrina⁶⁹ come segue: 1) contratto normativo in cui il primo contratto ha per oggetto la disciplina dei futuri singoli contratti; 2) fattispecie a formazione progressiva dove il primo livello sarebbe rappresentato dal contratto quadro e il secondo dai singoli ordini; 3) "contratto quadro come un obbligo, ovvero una sorta di mandato conferito all'intermediario finanziario, affinché costui esegua gli incarichi di volta in volta conferitogli dall'investitore". Come noto, rispetto a tali contratti centrale era il problema della validità degli ordini in presenza di patologie del contratto quadro.

Nelle piattaforme ritroviamo la presenza di "contratti quadro" e di "singoli ordini", ma in un contesto in cui i due soggetti da intermediare vengono messi in contatto attraverso la piattaforma cosicché la manifestazione della volontà di concludere il contratto viene mediata attraverso lo strumento informatico, ma resa direttamente tra i "mediati". Nell'intermediazione finanziaria il cliente impartisce ordini e istruzioni all'intermediario, nella piattaforma utilizza il servizio da questa offerto per individuare le possibili controparti contrattuali.

Similmente a quanto avviene nell'intermediazione finanziaria, l'intermediario è in possesso di un patrimonio informativo al quale l'utente non ha accesso e al quale si affida, tuttavia tali informazioni sono raccolte dalla piattaforma attraverso gli spazi e i *tools* che mette a disposizione, ma fornite e inserite dagli utenti: i *providers* forniscono le informazioni relative al bene o prodotto, i *customers* i *feedback* tramite le recensioni e i sistemi di valutazione. La piattaforma, sfruttando i dati da questi forniti e gli ulteriori raccolti dall'utilizzo del servizio da parte degli utenti, offre le informazioni e il canale di comunicazione.

In conclusione, le piattaforme di intermediazione, al di fuori dell'ipotesi della piattaforma che regoli e controlli anche il servizio sottostante sopradescritta, introducono una nuova forma di intermediazione, svolta attraverso un'infrastruttura IT.

⁶⁹ Iudica, *La responsabilità degli intermediari finanziari*.

Potrebbe essere introdotta una nuova normativa, riferita ad un contratto di mediazione caratterizzato dall'elevato utilizzo della tecnologia e dalla fornitura di servizi "come prodotto".

La disciplina inoltre potrebbe essere divisa in due, come avviene nel Codice delle Assicurazioni, con una doppia opzione tra mediazione e contratto di agenzia (seppur con le peculiarità evidenziate e legate al diverso equilibrio di forza contrattuale).

Escludendo il caso in cui la piattaforma possa essere considerata un fornitore di un servizio complessivo, compreso il servizio offerto dai *suppliers*, le nuove forme di intermediazione descritte richiedono nuove normative con riguardo a tali aspetti. Il livello di controllo esercitato dalla piattaforma sugli utenti e sull'ecosistema creato, suggeriscono la necessità di ulteriori misure e la nuova disciplina può essere ispirata dalla regolamentazione dei servizi di mediazione, intermediazione bancaria e intermediazione assicurativa, tenendo conto però delle peculiarità dei nuovi modelli.

Le attività di intermediazione, mediazione o agenzia è posta in essere attraverso un'infrastruttura informatica, ma nonostante la peculiarità, anche la piattaforma abilita e governa rapporti contrattuali, influenzando le relazioni tra gli utenti.

Le nuove proposte normative europee, Digital Services Act e Digital Markets Act, introducono nuove nozioni e disposizioni per introdurre regimi di responsabilità più severi ma non tengono, tuttavia, conto dei livelli di controllo della piattaforma rispetto agli utenti e agli scambi che questi pongono in essere.

