

## LE PIATTAFORME ONLINE E LA TUTELA DEGLI UTENTI DIGITALI AL TEMPO DELLA PANDEMIA.

| 466 **Di Maria Concetta Causarano**

**SOMMARIO:** 1. *La rilevanza della natura di credence good dei servizi professionali.* – 2. *Libere professioni e mercato concorrenziale nella giurisprudenza europea e nazionale.* – 3. *L'evoluzione giurisprudenziale nella responsabilità professionale.* – 4. *Professionisti intellettuali e statuto dell'impresa: splitting up o melting down?*

*ABSTRACT.* La gestione della recente emergenza sanitaria ha portato governi ed istituzioni internazionali ad intervenire rapidamente per far fronte agli effetti drammatici legati alla diffusione del virus e per attenuare il più possibile le conseguenze economiche delle rigidissime misure di contenimento. In tale contesto, protagonisti assoluti e anzi necessari alleati delle autorità pubbliche per la prosecuzione della stragrande maggioranza delle attività produttive sono state le piattaforme online. Tuttavia, diverse sono le criticità e i problemi che proprio l'avvento della crisi sanitaria ha avuto il merito di enfatizzare a livello europeo e nazionale e che in un modo o nell'altro sono tutte legate da un medesimo fil rouge: ossia, l'asimmetria di potere (economico e contrattuale) degli intermediari digitali rispetto agli attori privati e pubblici se non addirittura, come mostrato dall'emergenza, la dipendenza di quest'ultimi dalle infrastrutture e servizi offerti dai primi.

Seguendo due percorsi ricostruttivi distinti ma paralleli aventi ad oggetto la tutela dei consumatori, da un lato, e la tutela degli utenti commerciali, dall'altro, il presente contributo mira ad analizzare sotto il profilo giuridico alcune prassi commerciali implementate dai maggiori operatori di mercati online nel contesto della pandemia. In particolare, la crisi sanitaria legata al Covid-19 ha acuito problematiche già esistenti, mettendo in evidenza sia l'urgenza di invertire il binomio responsabilità-responsabilizzazione che ha caratterizzato la tendenza regolativa avviata negli ultimi anni con riguardo agli intermediari digitali; sia la necessità di riflettere sulle carenze della normativa sui contratti asimmetrici nel contesto digitale sul ruolo centrale affidato ai principi e clausole generali del diritto nazionale, in primis la regola di buona fede.

*The management of the recent health emergency has led governments and international institutions to take rapid action to deal with the dramatic effects of the spread of the virus and to mitigate the economic consequences of the strict containment measures. In this context, online platforms have been indeed the absolute protagonists as well as necessary allies of the public authorities for the continuation of the vast majority of productive activities. However, there are a number of issues that the advent of the health crisis has had the merit of emphasizing at European and national level and that are all linked by the same thread, namely the asymmetry of power (economic and contractual) of digital intermediaries with respect to private and public actors and even the dependence of the latter on the infrastructures and services offered by the former.*

*By following two separate but parallel reconstructive pathways, one for consumer protection and the other for the protection of commercial users, this contribution aims at analysing from a legal point of view some commercial practices implemented by the major operators of online markets in the context of the pandemic. The Covid-19 crisis has exacerbated already existing problems, emphasizing the urgency of reversing the binomial responsibility-responsibility that has characterised the regulatory trend started in recent years with regard to digital intermediaries. On the other hand, it has highlighted the need to reflect on the shortcomings of the legislation on asymmetric contracts in the digital context and on the central role played by general clauses under*



## 1. Introduzione.

L'avvento della pandemia legata al Covid-19 ha posto in crisi l'assetto politico, economico e sociale a livello mondiale. La gestione dell'emergenza sanitaria ha portato governi ed istituzioni internazionali ad intervenire rapidamente per far fronte agli effetti drammatici legati alla diffusione del virus e per attenuare il più possibile le conseguenze economiche delle rigidissime misure di contenimento. In tale contesto, protagonisti assoluti e anzi necessari alleati delle autorità pubbliche sono state le piattaforme online.

Quest'ultime si sono dimostrate essenziali per la tenuta del sistema economico e sociale nel contesto dell'emergenza: a parte il settore specifico della sanità pubblica<sup>1</sup>, gli intermediari digitali hanno rivestito un ruolo di primaria importanza per la prosecuzione della stragrande maggioranza delle attività produttive e dei servizi pubblici essenziali al tempo del distanziamento sociale.

Dallo *smart-working* alla didattica a distanza, dall'approvvigionamento di beni e servizi alla divulgazione di informazioni, dalle comunicazioni istituzionali e non all'amministrazione della giustizia, gli intermediari digitali hanno svolto un ruolo assolutamente centrale. In tal senso, l'avvento della pandemia ha sicuramente comportato un'accelerazione evidente del capitalismo digitale<sup>2</sup>, evidenziando al contempo il divario tecnico e giuridico legato alla *platform society*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Considerando 20, Raccomandazione (UE) 2020/518 del 8.4.2020 relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi Covid-19 e uscirne, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'uso di dati anonimizzati sulla mobilità.

Per un approfondimento sui profili critici per la tutela dei dati personali nel contesto emergenziale, cfr. D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Persona e Mercato*, 2/2020, 31 ss.; A. ARAGÃO, *Mobile Apps for the Epidemiological Surveillance of COVID-19: a European Perspective on Reliable Digital Technology*, in *Coronavirus and the Law in Europe* a cura di E. HONDIUS-M. SANTOS SILVA-A. NICOLUSSI-P. SALVADOR CODERCH-C. WENDEHORST-F. ZOLL, Intersentia Online, 2020.

<sup>2</sup> Quello che l'economista Daniel Cohen ha definito 'capitalisme numérique': v. A. REVERCHON, *La crise du coronavirus signale l'accélération d'un nouveau capitalisme, le capitalisme numérique*, *Le Monde*, 2.4.2020.

<sup>3</sup> Il termine si riferisce a una società in cui il traffico sociale ed economico è sempre più incanalato all'interno di un ecosistema globale di piattaforme online, guidato da algoritmi e alimentato da dati, cfr. J. VAN DIJCK-T. POELL-M. DE WAAL, *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, Oxford University press, 2018, 2; J. ANDERSSON SCHWARZ-S. LARSSON, *A Platform Society*, in *Developing Platform Economies: A European Policy Landscape* a cura di S. LARSSON-J. ANDERSSON SCHWARZ, European Liberal Forum asbl, 2018,

Purtroppo, le ragioni di necessità ed urgenza legate agli interventi emergenziali non hanno consentito di effettuare delle scelte pienamente 'consapevoli' in merito all'utilizzo dei servizi offerti dalle piattaforme. Diverse sono infatti le criticità e i problemi che proprio l'avvento della crisi sanitaria ha avuto il merito di enfatizzare a livello europeo e nazionale e che in un modo o nell'altro sono tutte legate da un medesimo *fil rouge*: l'asimmetria di potere (economico e contrattuale) degli intermediari digitali rispetto agli attori privati e pubblici, mettendo in luce in più occasioni la dipendenza di quest'ultimi dalle infrastrutture e servizi offerti dai primi<sup>4</sup>.

Se in tempi "ordinari" le piattaforme hanno svolto un ruolo di supporto alle attività istituzionali legate all'ordine pubblico (es. contrasto al terrorismo, ai discorsi d'odio, alla disinformazione etc.), al tempo della pandemia hanno fornito servizi di interesse generale senza al contempo essere sottoposti alla regolamentazione prevista per quest'ultimi<sup>5</sup>. Inoltre, l'emergenza sanitaria ha messo in luce le carenze che l'attuale quadro normativo, nonostante le recenti riforme europee<sup>6</sup>,

114-140; V. NASH-J. BRIGHT-H. MARGETTS-V. LEHDONVIRTA, *Public Policy in the Platform Society*, [2017] 9 Policy and Internet 368.

<sup>4</sup> Un esempio per tutti è quello dell'utilizzo di strumenti quali Teams, Google Meet o Zoom per la prosecuzione della didattica a distanza ('Emergency Remote Teaching'). Come ha messo in evidenza un recente studio sul tema, l'uso di piattaforme per la condivisione di contenuti e software per videoconferenze ai fini della didattica di emergenza suscita infatti diverse preoccupazioni sia dal punto di vista della privacy e protezione dei dati, sia da quello della proprietà intellettuale e, in particolare, della tutela del diritto d'autore. Per un approfondimento, v. R. DUCATO-G. PRIORA-C. ANGIOLINI-A. GIANOPOULOU-B.J. JÜTTE-G. NOTO LA DIEGA-L. PASCAULT-G. SCHNEIDER, *Didattica di emergenza o Emergency Remote Teaching: un'analisi empirica in tema di privacy e diritto d'autore dei termini e condizioni dei servizi online più diffusi*, in *Law and Media Working Paper Series n. 2/2020*, consultabile qui: <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2020/06/Law-and-Media-WPS-2-2020.pdf> (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>5</sup> O. POLLICINO, *Una nuova applicazione mobile per Giustizia insieme fa riflettere su distonie e utopie del rapporto tra tecnologia e società*, in *Giustizia insieme*, 18.4.2020, consultabile qui: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/986-una-nuova-applicazione-mobile-per-giustizia-insieme-lo-spunto-per-una-riflessione-sull-oggi-e-sul-domani-dell-impatto-della-tecnologia-digitale> (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>6</sup> A titolo esemplificativo giova ricordare i seguenti interventi normativi: dir. 2019/770/UE del 20.5.2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; dir. 2019/771/UE del 20.5.2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni; reg. 2019/1150/UE del 20.6.2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online; dir. 2019/2161/UE del 27.11.2019 per



sconta nella regolamentazione dei profili tipicamente civilistici che vedono coinvolta una piattaforma online, in particolare la questione della responsabilità.

Il presente contributo intende concentrarsi sull'analisi di alcune prassi emerse nei mercati digitali nel contesto della pandemia seguendo due percorsi ricostruttivi distinti ma paralleli. Da una parte, si affronta il tema della tutela dei consumatori digitali e il regime di responsabilità delle piattaforme per i contenuti illeciti; dall'altra, si approfondiscono i contratti asimmetrici digitali e l'apparato rimediabile a disposizione degli utenti commerciali.

## 2. La vulnerabilità dei consumatori durante l'emergenza sanitaria: pratiche commerciali scorrette e responsabilità delle piattaforme online

Nella congiuntura emergenziale l'attività svolta dagli intermediari digitali ha risentito degli effetti della pandemia secondo intensità differenti. Alcune piattaforme sono state colpite maggiormente dalle restrizioni imposte per esigenze di prevenzione e tutela della salute pubblica e sono state costrette a rimodulare la propria offerta di servizi, elaborando nuove opportunità di business<sup>7</sup>; altre invece operanti nel settore dell'e-commerce hanno registrato un incremento assoluto del proprio fatturato, rappresentando il principale canale di scambio a disposizione di consumatori e operatori commerciali, per la totale chiusura degli esercizi commerciali tradizionali nella fase del lockdown<sup>8</sup> e per le prescrizioni di distanziamento sociale nel post-lockdown. In particolare, l'incremento della domanda verso certi tipi di prodotti (es. mascherine, disinfettanti, prodotti per la casa e alimenti non deperibili) e la maggiore vulnerabilità dei consumatori, hanno comportato un innalzamento in

una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

<sup>7</sup> Per esempio, Airbnb ha tentato di rimediare alle difficoltà del mercato degli affitti brevi durante la pandemia, diversificando l'offerta dei propri servizi e lanciando il programma di esperienze online ('un modo di viaggiare in modo diverso'), <https://news.airbnb.com/it/vivi-la-magia-delle-esperienze-online-comodamente-da-casa-tua/> (ultimo accesso 21.12.2020); A. MACCAFERRI, Airbnb reagisce al tracollo e lancia le Esperienze online, *Sole 24 ore*, 9.4.2020.

<sup>8</sup> Secondo quanto emerge dalla lettura congiunta dell'art. 1 e Allegato I del D.P.C.M. del 22.3.2020 oltre che dalle FAQ Governative 'Emergenza Coronavirus DPCM 11 e 22 marzo 2020', le attività di trasporto e logistica sono state ricomprese tra le attività considerate essenziali; al contrario l'attività di vendita al dettaglio è stata sospesa ma è stata consentita la sua nella modalità a distanza.

senso esponenziale dei prezzi dei beni di prima necessità e favorito l'emersione di truffe<sup>9</sup> e pratiche commerciali scorrette (es. promozione di prodotti non sicuri o contraffatti, false dichiarazioni e pubblicità su prodotti relativi al trattamento o alla prevenzione del virus) a danno degli utenti.

In tale contesto, sia le autorità nazionali che le istituzioni europee sono intervenute a più riprese per evitare ingiustificati e sproporzionati aumenti di prezzo e modalità decettive di commercializzazione e pubblicizzazione online di prodotti per evitare o curare le patologie da Covid-19<sup>10</sup>.

A tal proposito, a fine febbraio l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (di seguito 'AGCM') ha richiesto agli operatori dei principali mercati online informazioni sulle misure adottate per proteggere i consumatori da pratiche commerciali scorrette. Successivamente, l'AGCM ha aperto due distinte istruttorie nei confronti di Amazon ed Ebay<sup>11</sup> in riferimento sia alle modalità di commercializzazione di prodotti igienizzanti per le mani e di mascherine monouso sia in riferimento all'ingiustificato e consistente aumento dei prezzi per la vendita di tali prodotti a partire da inizio marzo<sup>12</sup>.

In armonia con le iniziative internazionali dell'Organizzazione mondiale per il commercio (WTO)<sup>13</sup> e dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)<sup>14</sup>, a livello

<sup>9</sup> A titolo esemplificativo può citarsi il procedimento cautelare avviato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (d'ora in poi 'AGCM') nei confronti della piattaforma di *crowdfunding* 'Gofundme' utilizzata per la raccolta fondi a favore di ospedali e strutture ospedaliere, cfr. AGCM, delibera 22.3.2020 n. 28179, in Bollettino n. 12/2020, 58 ss; AGCM, delibera 1.12.2020 n. 28479 in Bollettino n. 50/2020, 109 ss.

<sup>10</sup> Per esempio, tra le prassi contestate vengono ricomprese l'offerta di kit diagnostici sprovvisti di validazione da parte delle autorità sanitarie nazionali e altresì privi di certificazione CE; l'utilizzo di tecniche di indicazione ambigua dei prezzi con dicitura 'ultimi pezzi' 'ultima disponibilità' accanto al prezzo di vendita proposto, etc.

<sup>11</sup> AGCM, Comunicato stampa del 12.3.2020, 'Coronavirus, l'Autorità avvia istruttoria nei confronti di Amazon e Ebay per claim ingannevoli ed eccessivi aumenti dei prezzi', PS11716-PS11717.

<sup>12</sup> AGCM v Tigershop, delibera del 8.4.2020 n. 28219, in Bollettino n. 15/2020, 30 ss; AGCM v. VOVA.com, delibera del 20.5.2020 n. 28247, in Bollettino n. 22/2020, 21 ss; AGCM v. Geolam, delibera del 20.5.2020 n. 28241, in Bollettino 21/2020, 13 ss; AGCM v. Drug Reposition Technology S.r.l., delibera del 22.3.2020 n. 28202, in Bollettino n.19/2020, 12 ss.

<sup>13</sup> WTO, *E-commerce, trade and the covid-19 pandemic information note*, 4.5.2020, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/ecommerce\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/ecommerce_report_e.pdf) (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>14</sup> OECD, *Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), Protecting online consumers during the COVID-19 crisis*, 28.4.2020, <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/protecting-online-consumers-during-the-covid-19-crisis-2ce7353c/> (ultimo accesso 21.12.2020).





europeo la Commissione e la Rete di cooperazione per la tutela dei consumatori (d'ora in avanti 'Rete CPC') hanno pubblicato il 20 marzo 2020 una posizione comune sulle truffe e sulle pratiche commerciali sleali più denunciate durante la pandemia<sup>15</sup>. L'obiettivo è stato quello di acquisire maggiori informazioni possibili, allo scopo di migliorarne l'identificazione delle prassi abusive e prevenirne il più possibile la ricomparsa.

In particolare, il documento evidenzia come dalla lettura del combinato disposto dell'art. 14 della direttiva 2000/31/CE e dell'articolo 5 della direttiva 2005/29/CE sugli obblighi di diligenza professionale, gli operatori delle piattaforme attivi nell'Unione sono chiamati ad adottare misure correttive appropriate, ogniqualvolta vengano a conoscenza di attività illegali che si svolgono sui loro siti web. Inoltre, la Commissione e la Rete CPC notificano alle piattaforme le più comuni violazioni del diritto dei consumatori segnalate nel contesto della pandemia, ossia: i) le affermazioni non supportate che i prodotti prevengono o curano un'infezione da Covid-19<sup>16</sup>; ii) le tecniche di vendita sotto pressione e i prezzi eccessivi<sup>17</sup>.

Sollecitato anche da una lettera del Commissario europeo per la giustizia e i consumatori, Didier Reynders, indirizzata ad una serie di piattaforme online, si è instaurato un dialogo tra istituzioni e intermediari digitali per l'adozione di misure concrete ed efficaci volte ad eliminare le campagne di marketing illegali dai loro siti web e mantenere

un ambiente online sicuro e privo di rischi<sup>18</sup>. La Rete CPC ha inoltre proceduto sotto la supervisione della Commissione ad un ampio screening ('sweep') dei prodotti correlati al Covid-19 pubblicizzati online<sup>19</sup>. Tali interventi si collocano nel quadro della tendenza euro-unitaria verso una maggiore 'responsabilizzazione' delle piattaforme e all'assunzione di un ruolo proattivo di quest'ultime per la lotta ai contenuti illegali online<sup>20</sup>.

Sotto il profilo giuridico, la questione di fondo tocca uno dei temi più spinosi nell'ambito del dibattito sulla responsabilità degli intermediari digitali ossia il rapporto tra la disciplina sul commercio elettronico e il diritto dei consumatori, le quali in linea di principio si applicano in maniera complementare<sup>21</sup>. In particolare, la riflessione si concentra sul coordinamento tra il fatto che non può imporsi agli hosting providers un obbligo generale di monitoraggio delle informazioni memorizzate e il dovere di attivazione scaturente in capo agli stessi dagli obblighi di diligenza professionale previsti

<sup>15</sup> European Commission / Consumer Protection Cooperation (CPC) Network, Common Position of CPC Authorities 'Stopping scams and tackling unfair business practices on online platforms in the context of the Coronavirus outbreak' in the EU, 20.3.2020, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/live\\_work\\_travel\\_in\\_the\\_eu\\_consumers/documents/cpc\\_common\\_position\\_covid19.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/live_work_travel_in_the_eu_consumers/documents/cpc_common_position_covid19.pdf) (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>16</sup> Tali prassi sono in violazione dell'articolo 21 1°, lett. b, d.lg. 6.9.2005, n. 206 (Codice del Consumo) in combinato disposto con l'art. 23, 1°, lett. s, che vieta in ogni circostanza false affermazioni che un prodotto sia in grado di curare malattie, come il Covid-19.

<sup>17</sup> Tali pratiche sono in contrasto con l'articolo 21 1°, lett. b, d.lg. 6.9.2005, n. 206 in combinato disposto con l'articolo 23 1°, lett. g, che vieta in ogni circostanza di dichiarare che un prodotto è disponibile solo per un periodo di tempo molto limitato, quando questo non è vero, al fine di innescare la decisione di acquisto immediata e privarli di sufficiente opportunità o tempo per fare una scelta informata. Inoltre, l'art. 23 1°, lett. t, vieta in ogni circostanza la trasmissione di informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di trovare il prodotto con l'intenzione di far pagare al consumatore prezzi più alti del normale. Per un'analisi del fenomeno dell'innalzamento dei prezzi durante la pandemia e la tutela degli utenti, cfr. M. GROCHOWSKI, *Towards a Renaissance of Price Control in Contract Law? Preliminary Observations on Covid-19 and Price Regulation on Consumer Market*, in *Coronavirus and the Law in Europe*, op. cit.

<sup>18</sup> La lettera del Commissario Reynders e il contenuto delle risposte degli operatori delle piattaforme online con rendicontazione delle misure prese è consultabile qui: [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/enforcement-consumer-protection/scams-related-covid-19\\_en#letters-sent-to-online-platforms](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/enforcement-consumer-protection/scams-related-covid-19_en#letters-sent-to-online-platforms) (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>19</sup> CPC sweep on COVID-19 related consumer scams and unfair marketing, 30.4.2020, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/live\\_work\\_travel\\_in\\_the\\_eu\\_consumers/documents/cpc\\_sweep\\_summary\\_for\\_web\\_update\\_dpublished.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/live_work_travel_in_the_eu_consumers/documents/cpc_sweep_summary_for_web_update_dpublished.pdf) (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>20</sup> Ex multis, S. MARTINELLI, *La Responsabilità del Provider e la gestione dei contenuti illeciti da parte delle piattaforme*, in *Tecnologia e Diritto. II Informatica Giuridica. Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, a cura di P. PERRI-G. ZICCARDI, Milano, 2019, 346 e ss.

<sup>21</sup> Come è stato chiarito, ogniqualvolta una piattaforma sia qualificabile come professionista, essa è tenuta a rispettare gli obblighi scaturenti dalla disciplina posta a tutela del consumatore, e dunque a rispettare le norme di diligenza professionale nel settore di attività specifico e a non ingannare gli utenti/consumatori con azioni od omissioni, v. Documento di Lavoro dei Servizi della Commissione, *Orientamenti Per L'attuazione/Applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle Pratiche Commerciali Sleali*, 25.5.2016, SWD (2016) 163 final, 132-133.

In ambito nazionale, la qualificazione dei gestori delle piattaforme come professionisti è stata affermata in più casi, cfr. AGCM v. Amazon-Marketplace-Garanzia Legale, delibera del 9.3.2016 n. 25911, in Bollettino 11/2016, 38 ss; AGCM, v. Tripadvisor, delibera del 19.12.2014, in Bollettino n. 50/2014, 86, par.87-89 e T.A.R Lazio (Sez. I), sentenza del 13.7.2015 n. 9355, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2015, 494.

Per un commento, G. RESTA, *Digital Platforms under Italian law*, in *Plattformen: Geschäftsmodell und Verträge* a cura di U. BLAUROCK-M. SCHMIDT-KESSEL-K. ERLER, Nomos Verlag, 2018, 99-121; A. DE FRANCESCO, *The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy*, [2016] 1 Journal of European Consumer and Market Law, 56-61.

dalla disciplina sulle pratiche commerciali sleali<sup>22</sup>. In altri termini, la questione è l'individuazione del punto in cui sia possibile tracciare la linea di confine rilevante per gli intermediari online tra l'atteggiamento tendenzialmente passivo richiesto dalla disciplina sul commercio elettronico e quello di attivazione proattiva derivante dai doveri di diligenza professionale<sup>23</sup>.

Negli ultimi anni, una serie di atti giuridici non vincolanti emanati dalla Commissione hanno essenzialmente chiarito che l'adozione di misure volontarie e proattive per rimuovere contenuti *latu sensu* illeciti dall'ecosistema digitale – dovere di monitoraggio non in contrasto con l'art. 15 della direttiva e-commerce, che lascia impregiudicati “gli obblighi di sorveglianza in casi specifici”<sup>24</sup> – non implica *ex se* l'automatica perdita del beneficio dell'esenzione da responsabilità prevista dal regime sul commercio elettronico. In particolare, gli operatori delle piattaforme mantengono il regime speciale di irresponsabilità se non appena a conoscenza dei contenuti illeciti procedono immediatamente con la relativa rimozione o blocco, e sempre che non si tratti di hosting provider attivi, come tali esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 14 della direttiva 2000/31/CE.

Tuttavia, nella prassi l'applicazione di tali requisiti risulta alquanto problematica, sia quanto alla definizione dello standard di conoscenza richiesto sia quanto alla nozione di hosting attivo. A tal proposito, una recentissima sentenza del Consiglio di Stato<sup>25</sup> ha affrontato il tema del

rapporto tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e quella sul commercio elettronico sancendo l'assenza di alcuna incompatibilità in linea di principio tra le figure di professionista e hosting provider passivo. Tali figure “devono essere coordinate nel senso che è possibile sanzionare le condotte che violano le regole della correttezza professionale ma non è consentito che mediante l'applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette si impongano all'hosting provider prestazioni non previste dalla disciplina sul commercio elettronico e dallo

specifico contratto concluso”<sup>26</sup>. Secondo i giudici amministrativi, imporre all'intermediario digitale l'obbligo di rendere note informazioni che non risultano essere nella disponibilità della piattaforma e che non è tenuto a pubblicare e controllare, comporterebbe una modifica dell'attività imprenditoriale svolta e il conseguente regime di responsabilità, da intermediario ad hosting provider attivo.

A tal riguardo, l'indirizzo delle istituzioni europee sembrerebbe andare nella direzione opposta, ossia nel senso di interferire nella verifica di comportamenti abusivi nell'indicazione del prezzo e/o altre asserite qualità dei prodotti offerti dagli utenti sui mercati digitali. Tale ruolo di controllo sollecitato a livello europeo nel contesto emergenziale non comporta tuttavia un mutamento della natura giuridica dell'operatore della piattaforma, che mantiene il beneficio del *safe harbour* di cui all'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico. Ciò in quanto, come specificato dalla posizione comune della Commissione e dei Garanti europei, l'art. 14 paragrafo 3 della direttiva e-commerce precisa che il regime di irresponsabilità per l'attività meramente neutrale e passiva dell'intermediario non pregiudica la possibilità di un intervento proattivo volto a porre fine o impedire attività illecite qualora ciò sia richiesto dall'Autorità<sup>27</sup>.

Invero, il documento in parola non ha specificato in che termini le due direttive – direttiva sul commercio elettronico e direttiva sulle pratiche commerciali sleali – si coordinano<sup>28</sup>, tanto che lo scenario di incertezza a livello normativo già presente è stato acuito nel contesto della pandemia. In questo contesto, gli operatori delle piattaforme hanno proceduto ad una massiccia rimozione dei contenuti segnalati come lesivi dei consumatori al fine di evitare di essere ritenute responsabili, senza la previsione di meccanismi efficaci per contestare le decisioni algoritmiche di blocco o rimozione automatizzata dei contenuti leciti.

Nello stato di emergenza, è stato riproposto frettolosamente il meccanismo regolativo adottato

<sup>22</sup> Art. 15 dir. 2000/31/CE e art. 5, 2°, dir. 2005/29/CE così come attuate in Italia dall'art. 17, d.lg. 9.4.2003 n. 70 e art. 20, 2°, d.lg. 206/2005.

<sup>23</sup> A. DE FRANCESCHI, *Uber Spain and the “Identity Crisis” of Online Platforms*, [2018] 7 Journal of European Consumer and Market Law, 3.

<sup>24</sup> Così come è stato chiarito di recente dalla Corte di giustizia europea, cfr. CGUE (sez. III), causa C-18/18, (*Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland*), sentenza del 3.10.2019, par. 34 e ss.

<sup>25</sup> Consiglio di Stato (sez. VI), sentenza 17.2.2020 n. 1217, (*Ticketbis Sociedad Limitad v. AGCM*).

<sup>26</sup> *Ibid.*, punto 4.3.

<sup>27</sup> Così come attuato in Italia dall'art. 16, 3°, d.lg. 9.4.2003 n. 70 ma anche dall'art. 17, 3°, d.lg. 70/2003 con cui si prevede che il prestatore è civilmente responsabile del contenuto dei servizi erogati nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto.

<sup>28</sup> Per un approfondimento, R. M. HILTY-V. MOSCON, *Digital Markets, Rules of conduct and Liability of online intermediaries – analysis of two case studies: unfair commercial practices and trade secrets infringement*, in *The Oxford Handbook of online intermediary liability* a cura di G. FROSIO, Oxford University Press, 2020, 431-433.





negli ultimi anni, secondo cui gli intermediari digitali risultano necessari alleati delle istituzioni per il raggiungimento di obiettivi pubblicistici. Sembrerebbe dunque delinearci un meccanismo in cui la sfera di irresponsabilità degli hosting providers per le attività degli utenti – che rappresenta la regola a fronte di contegni passivi e neutrali dei primi – viene estesa fino a ricomprendere le iniziative proattive degli operatori delle piattaforme quando finalizzate alla repressione dei fenomeni indicati dalle istituzioni.

In particolare, tale soluzione di ‘collaborazione informale’ rispondente al modello del ‘buon samaritano’ – presente nell’ordinamento americano ed introdotto surrettiziamente in via interpretativa dalla Commissione nell’ordinamento europeo<sup>29</sup> – porta con sé una serie di limiti che il contesto della crisi sanitaria ha avuto il merito di sottolineare, rendendo sempre più pressante il bisogno di un intervento riformatore. A tale riguardo, la proposta per un nuovo ‘Digital Services Act’ europeo – il cui testo ufficiale è stato licenziato dalla Commissione a metà dicembre<sup>30</sup> – prevede un intervento legislativo di ampio respiro che mira ad aggiornare le regole della direttiva sul commercio elettronico, mantenendo al contempo i suoi principi base.

In particolare, oltre ai chiarimenti circa gli obblighi e la responsabilità degli operatori delle piattaforme – distinguendo in base al tipo, dimensione e/o rischi che i servizi digitali presentano – si propone all’interno di un quadro giuridico di cooperazione una specifica procedura per la gestione di situazioni emergenziali<sup>31</sup>. In tale direzione, si auspica una maggiore chiarezza e responsabilizzazione delle piattaforme, specialmente di quelle che raggiungono un numero enorme di utenti, tramite un ripensamento dell’apparato rimediabile a disposizione dei

consumatori, la cui effettività è ad oggi ancora discutibile.

### 3. ‘Pandemic side-effects’ e tutela degli utenti commerciali: il caso Amazon Marketplace

L’emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 ha messo in ginocchio le imprese di tutto il mondo ma non Amazon: il gigante dell’e-commerce, nonostante la pandemia, ha raddoppiato l’utile netto annuale a 5,2 miliardi di dollari, rispetto ai 2,6 miliardi di dollari del 2019<sup>32</sup>. Al contempo, però, l’esperienza di vendita da parte degli utenti commerciali sulla piattaforma di e-commerce è assolutamente peggiorata durante la crisi sanitaria<sup>33</sup>.

In particolare, nella seconda metà di marzo 2020, Amazon ha annunciato di sospendere in Italia e in Francia qualsiasi ordine sulla piattaforma indirizzato ai venditori terzi che usufruivano dei servizi di logistica di Amazon (cd. ‘Fulfillment By Amazon’<sup>34</sup>, di seguito indicato come FBA) per la vendita di beni non rientranti nella lista di prodotti ‘essenziali’ stilata dalla piattaforma stessa. “A partire da oggi, smetteremo temporaneamente di accettare ordini su alcuni prodotti non di prima necessità su Amazon.it. Questa decisione consente ai nostri dipendenti dei centri di distribuzione di focalizzarsi sulla ricezione e spedizione dei prodotti di cui i clienti hanno più

<sup>29</sup> A. KUCZERAWY, *The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?*, KU Leuven CiTiP Blog, 24.4.2018; sull’opportunità di introdurre nel processo di riforma del regime di responsabilità degli intermediari digitali, una disposizione che estenda formalmente l’esenzione di responsabilità agli intermediari digitali in caso di azioni proattive per la lotta ai contenuti illeciti online, v. T. MADIEGA, *Reform of the EU liability regime for online intermediaries. Background on the forthcoming digital services act*, European Parliamentary Research Service, Maggio 2020, PE 649.404, 17-18.

<sup>30</sup> European Commission, Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, 15.12.2020, COM(2020) 825 final.

<sup>31</sup> European Commission, *Combined Evaluation Roadmap/Inception Impact Assessment, Digital Services Act package: deepening the Internal Market and clarifying responsibilities for digital services*, 2.6.2020, 5-6.

<sup>32</sup> C. FAULKNER, *Amazon doubled its profit during a pandemic. Despite spending the entirety of its quarterly operating income*, TheVerge.com, 30.6.2020, <https://www.theverge.com/2020/7/30/21348368/amazon-q2-2020-earnings-covid-19-coronavirus-jeff-bezos> (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>33</sup> A. SEMUELS, *Many Companies Won't Survive the Pandemic. Amazon Will Emerge Stronger Than Ever*, Time.com, 28.7.2020, <https://time.com/5870826/amazon-coronavirus-jeff-bezos-congress/> (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>34</sup> Aderendo al programma ‘Fulfillment By Amazon’ (FBA), il venditore si avvale (a livello mondiale) dei centri di distribuzione di Amazon che si fanno carico della spedizione degli ordini al consumatore finale per conto del venditore. A differenza dello schema ‘Fulfillment by the Merchant’ (FBM) con il quale il venditore si assume la responsabilità e le spese generali per la spedizione all’acquirente, il modello FBA conferisce ad Amazon una delega dell’intera gestione degli ordini: stoccaggio del prodotto nei centri logistici di Amazon, imballaggio e spedizione al cliente finale, nonché assistenza post-vendita e gestione eventuali resi e rimborsi. I venditori possono affidare ad Amazon anche la gestione degli ordini che hanno luogo al di fuori del marketplace di Amazon (sito web del venditore o altri marketplace) attraverso il programma ‘gestione multicanale’. Oltre alle commissioni di Amazon per le vendite, sono applicate commissioni di deposito, spese di spedizione e altre commissioni v. <https://services.amazon.it/servizi/logistica-di-amazon/vendita-online.html> (ultimo accesso 21.12.2020).



bisogno in questo momento. I clienti possono ancora ordinare molti di questi prodotti dai partner di vendita che effettuano direttamente le spedizioni”<sup>35</sup>. In particolare, la lista stilata unilateralmente dalla piattaforma comprendeva: cibo e generi alimentari; prodotti per animali; forniture industriali e scientifiche; prodotti e apparecchiature per la salute; prodotti per la cura della persona e della casa; prodotti per bambini etc.

Con tale decisione, il colosso mondiale dell’e-commerce ha congelato di fatto l’offerta di tutti i prodotti non ritenuti dallo stesso essenziali, eliminandone la disponibilità sul sito, salvo la possibilità per i venditori terzi di offrirli sul marketplace facendo ricorso a servizi di logistica di gestione propria. Di conseguenza, si è di fatto creata una discriminazione nell’offerta online di prodotti qualificati come non essenziali da Amazon, a seconda che i fornitori utilizzassero lo schema FBA o FBM (‘Fulfillment by Merchant’, nel quale l’offerta di prodotti si inserisce all’interno di processi di gestione e spedizione degli ordini in maniera autonoma da parte degli utenti venditori).

Dinanzi a tale scenario, può dirsi che la pandemia ha generato effetti “a geometria variabile” per i venditori che utilizzano regolarmente Amazon come canale commerciale, in ragione del particolare settore merceologico in cui l’utente opera e del grado di dipendenza di quest’ultimo dai servizi di logistica offerti secondo lo schema FBA.

Sotto il profilo giuridico, tale prassi commerciale messa in atto da Amazon, nel contesto della pandemia, suscita diverse perplessità alla luce del canone di buona e fede e correttezza nell’esecuzione del contratto. La sospensione dei servizi, seppur motivata da esigenze di sicurezza di clienti, fornitori e dipendenti, per le concrete modalità in cui è stata realizzata si porrebbe in contrasto con tali principi. Nell’ambito della valutazione comparativa degli interessi contrapposti, sembrerebbe che Amazon abbia trascurato l’interesse alla prosecuzione del rapporto negoziale di quegli utenti commerciali aderenti allo schema FBA, specialmente in un contesto così particolare come quello della crisi sanitaria.

### 3.1. Il Regolamento europeo 1150/2019 e la protezione degli utenti commerciali nel contesto della *platform economy*

<sup>35</sup> Amazon, Priorità agli ordini di prima necessità su Amazon.it, 21.2.2020, <https://www.aboutamazon.it/nella-comunita/le-iniziative-di-amazon-a-supperto-di-clienti-comunit%C3%A0-e-dipendenti-durante-lemergenza-covid-19> (ultimo accesso 21.12.2020).

In riferimento all’ordinamento giuridico europeo, la legittimità della decisione unilaterale di Amazon di sospendere la vendita di prodotti non essenziali secondo lo schema FBA deve essere analizzata alla luce del recente Regolamento UE/1150/2019 (d’ora in avanti regolamento ‘P2B’). Quest’ultimo nasce proprio dall’esigenza di rispondere alle istanze di tutela degli utenti commerciali che offrono i propri beni e servizi tramite piattaforme online, principalmente ‘fornitori di servizi di intermediazione online’ e motori di ricerca<sup>36</sup>. In particolare, in alcuni studi condotti negli ultimi anni sono emerse una serie di prassi abusive nella relazione tra intermediari digitali e utenti commerciali che hanno messo in luce le carenze del sistema e la necessità di rafforzare la posizione di quest’ultimi, al pari dell’utente-consumatore considerato contraente debole per antonomasia. Nell’economia delle piattaforme gli utenti commerciali si trovano di fatto in una condizione di subalternità, essendo costretti ad accettare condizioni gravose per la mancanza di potere economico e di adeguate tutele contrattuali e/o ordinamentali. Si pensi per esempio alla modifica delle condizioni di servizio senza alcun preavviso, all’eliminazione dei propri beni e servizi dall’elenco presente sulla piattaforma, alla sospensione o cancellazione dell’account senza preavviso, alla mancata trasparenza riguardo le logiche sottese al posizionamento o ai termini per l’accesso ai dati dei clienti, etc.<sup>37</sup>

Ad una prima lettura, il testo finale del regolamento P2B sembrerebbe risentire dell’intrinseca tensione tra due canoni normativi differenti, l’equità (*fairness*) da una parte e la trasparenza dall’altra, con un evidente

<sup>36</sup> Ai sensi del combinato disposto degli artt.1 e 2 n. 2 del reg. 2019/1150/UE, la definizione di ‘servizi di intermediazione online’ è molto ampia e non presuppone né l’esistenza di una relazione contrattuale tra gli utenti commerciali e i consumatori (v. considerando n. 10) né che il contratto a valle tra gli utenti sia concluso all’interno della piattaforma stessa, cosicché accanto ai mercati online e ai servizi di prenotazione alberghiera, possono essere ricompresi anche social network che permettono aziende per presentare i loro prodotti (ad es. Facebook Shops, Shoppable Posts su Instagram, Shoppable Pins su Pinterest) o siti di confronto prezzi (ad es. Skyscanner, Tripadvisor). Per un approfondimento, v. C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, in *Digital Revolution – New Challenges for Law*, a cura di A. DE FRANCESCHI-R. SHULZE, Beck-Nomos, 2019, 60.

<sup>37</sup> European Commission, *Business-to-Business relations in the online platform environment*, FWC ENTR/300/PP/2013/FC-WIFO Final Report, 2017; N. DUCH-BROWN, *Platforms to business relations in online platform ecosystems*, JRC Digital Economy Working Paper 2017-07, JRC109186.





sbilanciamento a favore di quest'ultima<sup>38</sup>. In realtà, al di là degli innumerevoli obblighi di natura informativa, il regolamento prevede che nei rapporti con gli utenti commerciali gli operatori delle piattaforme siano tenuti a rispettare una serie di passaggi procedurali nel caso in cui intendano modificare o limitare l'offerta dei propri servizi.

Anche se non è stato introdotto nel testo definitivo un controllo di abusività sulle prassi commerciali delle piattaforme, pur tuttavia il regolamento ha introdotto un principio di 'giustizia o equità procedurale' (*'procedural fairness'*) nel contesto dei rapporti contrattuali tra piattaforme ed utenti commerciali<sup>39</sup>.

In tal senso, gli operatori delle piattaforme, oltre all'ipotesi di modifica ai termini e condizioni<sup>40</sup>, nel caso in cui intendano limitare, sospendere o cessare la fornitura dei propri servizi nei confronti di un determinato utente devono: i) definire *ex ante* nei propri termini e condizioni delle ragioni giustificative dell'adozione di tali misure<sup>41</sup>; ii) comunicare su un supporto durevole le motivazioni concrete in maniera preventiva o al momento dell'adozione della sospensione o limitazione dei servizi (almeno 30 giorni prima nel caso di cessazione definitiva)<sup>42</sup>; iii) fornire all'utente commerciale l'opportunità di discutere in contraddittorio le ragioni comunicate dalla piattaforma nell'ambito del processo interno di gestione dei reclami<sup>43</sup>.

Alla luce di quanto esposto, è chiaro che la sospensione temporanea dei servizi offerti da Amazon per gli utenti aderenti al programma FBA e fornitori di beni qualificati dalla piattaforma come non essenziali ricada nell'ambito di applicazione del regolamento europeo. A tal riguardo, se è vero che

in linea di principio le disposizioni europee non impediscano al gestore del mercato online di porre in essere un trattamento differenziato in riferimento a categorie diverse di utenti (nel caso di Amazon, utenti FBA e utenti FBM)<sup>44</sup>, in concreto l'adozione delle misure di sospensione dei servizi è stata adottata senza alcun preavviso e soprattutto senza dare la possibilità agli utenti di opporvisi<sup>45</sup> in violazione dell'articolo 4 paragrafo 3.

Il regolamento europeo tace sulle conseguenze giuridiche applicabili al gestore della piattaforma nel caso di violazione dei requisiti procedurali previsti dall'Articolo 4<sup>46</sup>. Com'è stato opportunamente sottolineato in fase di primo commento alla disciplina, gli Stati Membri potranno introdurre in sede di coordinamento ed esecuzione del regolamento la sanzione dell'inefficacia delle misure adottate dal gestore della piattaforma, facendo salvo il diritto al risarcimento del danno secondo le regole tradizionali di ciascun ordinamento<sup>47</sup>.

### 3.2. Le lacune del regolamento P2B e il ruolo del diritto privato nazionale nell'ambito dei contratti asimmetrici digitali

L'ambizioso progetto europeo volto ad introdurre delle regole per disciplinare i rapporti contrattuali tra piattaforme ed utenti commerciali è risultato nel testo definitivo certamente ridimensionato. In particolare, nonostante le proposte del Parlamento europeo verso una maggiore incisività della disciplina, diversi sono gli aspetti che il regolamento ha tralasciato nella sua versione finale<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> Ciò è ben visibile, per esempio, nelle disposizioni dedicate ai termini e condizioni contrattuali (Artt. 3 e 8 reg. 2019/1150/UE), al posizionamento o 'ranking' (Art. 5 reg. 2019/1150/UE), al trattamento differenziato riservato a prodotti o servizi offerti dall'operatore della piattaforma stessa o da una particolare categoria di utenti (Art. 7 reg. 2019/1150/UE) o ancora quelle relative all'accesso ai dati (Art. 9 reg. 2019/1150/UE).

<sup>39</sup> C. BUSCH, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "procedural turn" in EU platform regulation?*, in *Journal of European consumer and market law*, 4/2020, 134.

<sup>40</sup> Ai sensi dell'articolo 3, 2°, reg. 2019/1150/UE, i gestori delle piattaforme online sono tenuti a comunicare su supporto durevole le modifiche che intendono apportare ai propri termini e condizioni e le modifiche non hanno effetto prima della scadenza di un termini di preavviso, pari almeno a 15 giorni dalla data in cui le modifiche proposte sono comunicate. Agli utenti commerciali è riconosciuto il diritto di risolvere il contratto con la piattaforma prima della scadenza del termine di preavviso.

<sup>41</sup> Art. 3, 1°, lett. c, reg. 2019/1150/UE.

<sup>42</sup> Ibid. art. 4, 1° e 2°.

<sup>43</sup> Ibid., artt. 4, 3° e art. 11.

<sup>44</sup> Ibid., art. 7.

<sup>45</sup> «Amazon stabilisce se si tratta di un prodotto per la casa, di una fornitura medica o entrambi in base all'offerta. Al momento, non accettiamo richieste di riclassificazione delle offerte», Amazon FAQ, Priorità temporanea assegnata ad alcuni prodotti che arrivano nei nostri centri logistici, [https://sellercentral.amazon.com/gp/help/external/F37V7QBB8WSVF43?language=it\\_IT](https://sellercentral.amazon.com/gp/help/external/F37V7QBB8WSVF43?language=it_IT) (ultimo accesso 21.12.2020). Per un approfondimento, G. DANNEMANN-C. BUSCH-H. SCHULTE-NÖLKE, *Digital Platforms and COVID-19*, in *Coronavirus and the Law in Europe*, op. cit.

<sup>46</sup> L'unica sanzione è quella prevista dall'articolo 3, 3°, reg. 2019/1150/UE che sancisce la nullità delle clausole dei termini e condizioni delle piattaforme che violano i requisiti previsti dalla medesima disposizione paragrafi 1 e 2.

<sup>47</sup> In questo senso si esprime, C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, cit., 64.

<sup>48</sup> Per esempio, il diritto alla portabilità delle recensioni, del posizionamento e dei dati dei clienti non condivisi con gli utenti commerciali che vogliono risolvere il rapporto negoziale in corso e ricorrere ad un'altra piattaforma, cfr. Parlamento europeo, Commissione per il mercato interno e la protezione



Tra questi sicuramente si colloca la mancata inserzione di un controllo sostanziale di abusività delle clausole e delle prassi delle piattaforme sul modello della disciplina a tutela dei consumatori<sup>49</sup>. A tal proposito, il principio di buona fede e correttezza è richiamato in alcuni considerando del regolamento e nell'incipit dell'Articolo 8 sulle prescrizioni relative a specifici termini contrattuali: tuttavia si dubita che tali richiami incidentali consentano in via interpretativa di ricavarne uno strumento su cui fondare un sindacato sostanziale di merito sulle clausole o sulle pratiche commerciali delle piattaforme. Al fine di colmare tale lacuna occorre dunque fare riferimento al diritto nazionale e in particolare al ruolo della clausola generale di buona fede nello specifico contesto dei contratti asimmetrici.

Nel caso più volte richiamato della sospensione dei servizi di Amazon, nel contesto emergenziale, potrebbe prospettarsi secondo il diritto nazionale l'applicazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica di cui all'articolo 9 della Legge 18 giugno 1998 n. 192. Quest'ultimo, infatti, tramite una formulazione ampia introduce un principio riconosciuto di portata generale<sup>50</sup>, sancendo in via legislativa la rilevanza della correttezza e buona fede oggettiva anche nella contrattazione tra imprese<sup>51</sup>. La disposizione in commento vieta infatti l'abuso dello stato di dipendenza economica nei rapporti tra imprese, definendola come uno "stato di approfittamento" di una situazione di dominio, che consente ad una parte di dettare ad un'altra condizioni eccessivamente squilibrate a proprio vantaggio. Tra le ipotesi di abuso, viene ricompresa proprio l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto (articolo 9 comma 2), ossia la cessazione di fatto dei rapporti contrattuali la cui arbitrarietà può risiedere sia nelle ragioni giustificative sia nelle concrete modalità dell'interruzione.

Alla luce di tale presupposti, la relazione contrattuale tra Amazon e gli utenti commerciali

---

dei consumatori (IMCO), *Relazione sulla proposta di regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online* (COM(2018)0238 – C8-0165/2018 – 2018/0112(COD)), emendamenti nn. 18bis, 57.

<sup>49</sup> Cfr. artt. 33 e ss. d.lg. n. 206/2005 sul sindacato di vessatorietà della clausole e artt. 20 e ss. d.lg. n. 206/2005 sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

<sup>50</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU., ordinanza 25.11.2011 n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805; a cui fa seguito Cass. civ., 23.7.2014 n. 16787, in *Contratti*, 2015, 241. In dottrina, di recente, cfr. F. MACARIO, *Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 3/2016, p. 509 ss.

<sup>51</sup> *Ex multis*, U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 161 ss.

aderenti allo schema FBA può sicuramente configurarsi come uno stato di dipendenza economica. La posizione di forza sul mercato detenuta da Amazon e la dipendenza di fatto degli utenti commerciali dai suoi servizi consente alla prima di imporre condizioni particolarmente onerose.

Più complessa e articolata si presenta la considerazione sulla legittimità o meno della sospensione dei servizi FBA adottata da Amazon nell'ambito della crisi sanitaria. L'esito del bilanciamento di interessi in gioco – da una parte la salute e sicurezza dei lavoratori e più in generale il contenimento del numero dei contagi, dall'altra parte, l'interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale degli aderenti al programma FBA – potrebbe astrattamente portare a ritenere prevalenti le superiori ragioni di tutela della sicurezza e salute pubblica e dunque ritenere legittima la giustificazione alla base della decisione di Amazon. Tuttavia, anche in tal caso il carattere di abusività della sospensione dei servizi da parte del gigante dell'e-commerce nei confronti degli utenti commerciali emerge chiaramente dalle modalità concrete con cui sono state attuate le misure in questione.

Innanzitutto, il gestore della piattaforma non ha fornito alcuna forma di preavviso ai propri utenti circa l'interruzione della fornitura dei servizi ricompresi nel programma FBA, creando notevoli difficoltà per la riorganizzazione della propria attività. La gravità della sospensione si apprezza ancor di più alla luce dell'importanza e quasi necessità<sup>52</sup> del marketplace di Amazon per molti venditori nell'ambito della pandemia, date le restrizioni governative adottate nel periodo del lockdown. In tal senso, la concreta possibilità di reperire tempestivamente alternative soddisfacenti sul mercato risultava alquanto ridotta dato il sovraccarico di domanda di servizi di logistica e trasporto nel contesto emergenziale.

A ciò si aggiunge il fatto che la piattaforma non ha minimamente preso in considerazione l'interesse al mantenimento di una soglia minima di clientela e dunque di reddito specialmente per quegli utenti che avevano aderito al programma FBA per necessità, non possedendo alcuna capacità organizzativa di impresa. In tal senso, a differenza di altre piattaforme (es. Ebay), Amazon non ha previsto alcuna misura di tipo economico (es. sospensione del pagamento dei canoni mensili) o di altra natura (es. congelando la valutazione dello standard di

---

<sup>52</sup> G. BENSINGER, *We Need Amazon During the Coronavirus. That's a Problem*, *New York Times*, 31.3.2020, disponibile qui: <https://www.nytimes.com/2020/03/31/opinion/covid-delivery-amazon.html> (ultimo accesso 21.12.2020).

performance dell'utente<sup>53</sup>) per sostenere gli utenti commerciali penalizzati dalla decisione di interruzione dei propri servizi per i prodotti non essenziali.

Nel quadro delineato, gli utenti commerciali non hanno avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni e di instaurare un contraddittorio circa la qualificazione dei propri prodotti come non essenziali. Anzi, a seguito delle molte lamentele, Amazon ha prontamente replicato di non accettare alcuna richiesta di riclassificazione dei prodotti così come effettuata dalla piattaforma, in tutto ciò mantenendo i propri dispositivi (es. altoparlanti Echo, Amazon Fire TV ed altri) nella lista dei prodotti essenziali.

Infine, la temporaneità della sospensione ma al contempo l'incertezza della sua durata, così come l'arbitrarietà della scelta dei prodotti inseriti nella lista determinata unilateralmente da Amazon, non collegata alle determinazioni ministeriali sulle attività essenziali tramite i Codici ATECO<sup>54</sup>, costituiscono ulteriori indici che conducono ad una valutazione di sostanziale abusività della prassi commerciale della piattaforma durante la crisi sanitaria.

In virtù delle circostanze esaminate, per gli utenti commerciali penalizzati dalla decisione di 'interruzione arbitraria' delle relazioni commerciali parrebbe prospettarsi la possibilità concreta di far valere nei confronti di Amazon sia una forma di tutela risarcitoria per la perdita dell'affidamento ragionevolmente posto nella prosecuzione del rapporto in corso, sia una tutela inibitoria negativa (ordinando alla parte forte di cessare l'abuso) o positiva (ordinando il prolungamento del rapporto con l'impresa dipendente) così come previste dall'art. 9 comma 3 della legge n.192/1998.

<sup>53</sup> Ebay, *Proteggiamo la tua performance del venditore durante l'epidemia da COVID-19*, 19.3.2020: <<eBay si rende conto che la flessibilità nelle operazioni commerciali è essenziale in questo momento. Desideriamo rassicurarti: non verrai penalizzato se non riesci a condurre la tua attività in modo normale. Sappiamo che potrebbero presentarsi delle situazioni tali per cui non riesci a spedire un oggetto nei tempi previsti, oppure che ti trovi costretto a cancellare improvvisamente un ordine. Per venire incontro alle tue necessità, dunque, i tuoi standard della performance del venditore non ne risentiranno in questo periodo. Il tuo account sarà protetto e il tuo status non verrà abbassato di livello a partire dalla valutazione degli standard della performance del venditore del 20 marzo e fino alla valutazione del 20 giugno>>, <https://community.ebay.it/t5/Annunci-di-eBay/Proteggiamo-la-tua-performance-del-venditore-durante-l-epidemia/ba-p/861020> (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>54</sup> Art. 1 e Allegato I D.P.C.M., 22.3.2020; Decreto del Ministero dello Sviluppo economico, 25.3.2020.

#### 4. Osservazioni conclusive

L'emergenza sanitaria ha acuito problematiche già esistenti nel contesto dell'economia digitale mettendo in luce le sfide che le piattaforme online pongono per l'ordinamento giuridico europeo e nazionale. Gli esempi richiamati, nella duplice prospettiva della tutela dei consumatori finali, da un lato, e degli utenti commerciali dall'altro lato, sono accomunati da un medesimo *leitmotiv*, ossia l'assoluta dipendenza di istituzioni ed utenti dalle piattaforme per il raggiungimento di interessi pubblici e privati.

Difatti, le piattaforme online rappresentano al contempo un target regolativo e uno strumento di attuazione di obiettivi di natura pubblicistica. Negli ultimi anni, gli intermediari digitali sono stati coinvolti nel dialogo interistituzionale con le istituzioni europee e con gli Stati membri per l'attuazione di obiettivi di politica pubblica come la lotta all'odio, alla discriminazione online, alle fake news, all'evasione fiscale, ecc<sup>55</sup>. Senza soluzione di continuità, tale modello è stato riproposto durante la fase dell'emergenza per la tutela dei consumatori da pratiche commerciali abusive poste in essere nel contesto digitale.

Tuttavia, la mancanza di allineamento tra i diversi sistemi di valori e interessi rende altamente problematica la partecipazione degli intermediari digitali alla realizzazione di obiettivi di politica pubblica. L'ecosistema delle piattaforme non è neutrale: al contrario, i principi ideologici incorporati nelle infrastrutture digitali finiscono per definire cosa sia l'interesse pubblico e come debbano essere raggiunti gli obiettivi comuni. Inoltre, i giganti di Internet godono di una posizione strategica di supremazia che non si esaurisce con il loro ruolo di guardiani ('*gatekeepers*') della Rete. Bisogna al contrario prendere consapevolezza che dietro le rivendicazioni di natura efficientistica, i meccanismi delle piattaforme sfuggono a qualsiasi forma di controllo democratico e di responsabilità, in dispregio dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale ed europeo.

Tale relazione di subordinazione si osserva a maggior ragione nell'ambito dei rapporti economici tra piattaforme ed utenti commerciali, specialmente

<sup>55</sup> A livello europeo, cfr. *European Code of conduct on countering illegal hate speech online* (2016); *The EU Code of Practice on Disinformation* (2018). In Italia, si vedano per esempio gli accordi stipulati tra numerosi comuni e la piattaforma di affitti brevi Airbnb per la riscossione dell'imposta di soggiorno, v. <https://www.airbnb.it/help/article/2287/riscossione-e-pagamento-della-tassa-di-soggiorno-in-italia-da-parte-di-airbnb> (ultimo accesso 18.9.2020).



piccole e medie imprese. Lo squilibrio dei poteri contrattuali deriva non soltanto dalle asimmetrie informative ma anche dalle caratteristiche tecniche ed economiche del modello di piattaforma online. A titolo esemplificativo può ricordarsi come l'enorme quantità di dati raccolti dal gestore della piattaforma e il valore delle recensioni ricevute per i servizi offerti dai fornitori creino un effetto di "lock-in", impedendo o almeno rendendo più difficile il passaggio ad altre piattaforme o canali di distribuzione.

In altri termini, l'operatore della piattaforma si comporta al tempo stesso come regolatore e supervisore delle condotte dei propri utenti. Anzi, proprio la combinazione di controllo contrattuale e tecnologico diventa il veicolo attraverso il quale la piattaforma impone le proprie logiche e direttive alle relazioni per cui intercede, alla maniera di un 'involucro performativo'<sup>56</sup>.

La presa d'atto che gli strumenti offerti dal diritto dalla concorrenza non si rivelano in molti casi funzionali alle esigenze di tutela degli utenti commerciali – stante un approccio rimediabile ex post e non preventivo rispetto al danno – ha condotto il legislatore europeo a puntare l'attenzione sul ruolo dominante delle piattaforme rispetto a tali utenti, emanando per la prima volta una disciplina giuridica specifica.

Tuttavia, nonostante il regolamento P2B sia da accogliere con favore per aver specificato una serie di doveri ed obblighi funzionali alla protezione degli utenti, sotto il profilo dell'apparato rimediabile, come mostrato dal caso Amazon Marketplace, gran parte delle tutele disponibili per gli utenti commerciali resta affidato al diritto contrattuale nazionale ed *in primis* alla clausola generale di buona fede. In un contesto emergenziale anche di tipo ordinamentale, clausole generali e principi civilistici sono proprio gli strumenti elettivi per governare dimensioni fattuali particolari: il canone di buona fede e correttezza viene recuperato in via interpretativa tramite l'addentellato normativo dell'art. 9 legge 192/98 per costruire un sindacato di abusività sulle prassi commerciali delle piattaforme nei contratti asimmetrici digitali, colmando le lacune presenti nella disciplina europea.

Rimane in ogni caso il problema dell'*enforcement* dei diritti degli utenti nel contesto della *platform economy*. Ancora una volta, come mostrato dall'emergenza sanitaria legata al Covid-19, sono le Autorità garanti nazionali, eventualmente in collaborazione tra loro nell'ambito della Rete CPC (la rete di cooperazione

per la tutela degli interessi dei consumatori), a doversi far carico delle istanze di tutela degli utenti nel mercato digitale per arginare lo strapotere delle piattaforme, con tutti i limiti in termini di risorse e capacità operative che ne conseguono.

Anche sul piano privatistico, pur potendo ricorrere ai mezzi di tutela collettiva<sup>57</sup>, gli utenti digitali non hanno alcun potere di incidere sulle regole e prassi adottate dalle piattaforme, le quali sono sensibili unicamente alle azioni dei colossi economici che orbitano intorno al loro ecosistema<sup>58</sup>. In tale prospettiva, l'esperienza della pandemia impone e rende impellente l'esigenza di approfondire la ricerca sugli strumenti più idonei per bilanciare il forte squilibrio esistente tra la 'forza' del diritto e dei diritti e la 'forza' economica delle piattaforme.

<sup>57</sup> Art. 14 reg. 2019/1150/UE e dir. 2020/1828/UE del 25.11.2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE la proposta di direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

<sup>58</sup> Si pensi per esempio all'impatto della campagna 'Stop hate for profit' che ha portato al blocco dei finanziamenti a livello pubblicitario nei confronti di Facebook da parte delle maggiori multinazionali (es. Microsoft, Coca Cola etc.), cfr. A. AZIZ, *Facebook Ad Boycott Campaign 'Stop Hate For Profit' Gathers Momentum And Scale: Inside The Movement For Change*, Forbes.com, 24.6.2020, <https://www.forbes.com/sites/afdelaziz/2020/06/24/facebook-ad-boycott-campaign-stop-hate-for-profit-gathers-momentum-and-scale-inside-the-movement-for-change/#6ce749031668> (ultimo accesso 21.12.2020).

<sup>56</sup> J. E. COHEN, *Law for the platform economy*, [2017] U.C. Davis L. Rev. 133–2014, 155 ss.

