

Guido Smorto *

La tutela del contraente debole nella *platform economy* dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. *Omnibus*) **

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disparità di potere contrattuale nell'economia di piattaforma. – 3. Esistono parti deboli nell'economia di piattaforma?. – 4. Il rapporto tra piattaforma e utenti. – 5. Il rapporto tra *pari*. – 6. Il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. *Omnibus*). – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Con il nome di *platform economy* – o *gig, sharing, peer-to-peer, collaborative economy*¹ – in questi ultimi anni abbiamo assistito alla rapida affermazione di un nuovo modello di organizzazione dell'attività produttiva, nel quale piattaforme digitali mettono in contatto gruppi interdipendenti di agenti economici per facilitare lo scambio di beni e l'erogazione di servizi. Rispetto agli operatori economici tradizionali, tanto online che offline, queste piattaforme non agiscono come fornitori diretti, ma utilizzano internet e

* Università degli Studi di Palermo.

** Una precedente versione di questo articolo è stata pubblicata in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, pp. 423 ss. con il titolo “La tutela del contraente debole nella *platform economy*”. Rispetto alla precedente versione è stato aggiunto un paragrafo che descrive le novità intervenute con il Regolamento UE 2019/1150 e con la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. *Omnibus*).

¹ Nell'uso comune prevalgono le espressioni inglesi, anziché gli equivalenti italiani (economia di piattaforma, economia della condivisione, economia dei “lavoretti”, economia tra pari, economia collaborativa). Per questa ragione si è preferito mantenere anche qui l'espressione straniera.

le nuove tecnologie per coordinare domanda e offerta, fornendo servizi strumentali al funzionamento del “mercato”².

Dinanzi a questa trasformazione nell’organizzazione d’impresa, nel coordinamento del lavoro e nella struttura dei mercati, il diffuso appello a stabilire un “terreno di gioco neutrale” diviene la premessa per proporre la deregolamentazione di interi comparti economici valorizzando la capacità di autogoverno delle piattaforme³. Secondo molti osservatori, infatti, la *platform economy* avrebbe rafforzato sia gli utenti finali che i prestatori di servizi. A vantaggio dei primi – si osserva – gioca una scelta più ampia e prezzi più bassi che in passato. I secondi, a loro volta, si avvantaggiano di nuove opportunità imprenditoriali grazie alla facilità di accesso ai nuovi mercati digitali. In questo contesto, le piattaforme – conclude il ragionamento – agiscono come garanti di uno scambio sicuro ed efficiente, adottando strumenti che favoriscono la fiducia e garantendo il corretto funzionamento del mercato.

La reazione critica rispetto a queste tesi ha riguardato in modo pressoché esclusivo la questione del lavoro, affidata ad una corposa letteratura che ha messo in luce i tanti rischi connessi alla nascita della “economia dei lavoretti” (*gig economy*) ed a una giurisprudenza che ha mostrato l’inconsistenza di una ricostruzione che vede i lavoratori di piattaforma come un mosaico di migliaia di imprese autonome⁴. D’altra parte, minore attenzione è stata dedicata finora un’analisi più generale dei rapporti di forza nell’economia di piattaforma che investa i rapporti tra piattaforme digitali, prestatori di servizi (lavoratori dipendenti o meno) e beneficiari della prestazione.

A partire da queste premesse, l’articolo intende offrire una riflessione critica sulla disparità di potere contrattuale nella *platform economy*. Nella prima parte descrive le ragioni comunemente addotte a sostegno di una loro riduzione (§ 2) e mostra perché una simile conclusione non tenga nel debito conto i molti argomenti di segno contrario (§ 3). Successivamente analizza i contratti impiegati dalle principali piattaforme che operano in rete per verificare se, e in che modo, le clausole che li compongono riflettano una disparità di potere contrattuale tra le parti (§§ 4-5). L’articolo intende dimostrare come il rischio di una disparità di potere contrattuale non sia

² BAMBERGER, LOBEL, 2018; EINAV, FARRONATO, LEVIN, 2016; MARTENS, 2016.

³ Si vedano, a questo proposito, le posizioni di THIERER, KOOPMAN, HOBSON, KUIPER, 2016, pp. 830 ss.; KOOPMAN, MITCHELL, THIERER, 2015, pp. 529 ss.; COHEN, SUNDARARAJAN, 2015, pp. 116 ss.; ALLEN, BERG, 2014.

⁴ Cfr. *Aslam v. Uber*, 2016 (London Employment Tribunal) (“The notion that Uber in London is a mosaic of 30,000 small businesses linked by a common ‘platform’ is to our minds faintly ridiculous”). Per gli Stati Uniti, vedi *O’Connor v. Uber Technologies Inc.*, 82 F.Supp.3d 1133 (N.D. Cal. 2015); *Cotter v. Lyft Inc.*, 60 F.Supp. 3d 1067 (N.D. Cal. 2015).

affatto diminuito, o addirittura scongiurato, e che non sussistano elementi sufficienti a ritenere che stiano emergendo soluzioni spontanee di mercato che contrastino queste disparità. Infine, l'articolo descrive brevemente le novità intervenute con il Regolamento 2019/1150 e con la Direttiva 2019/2161 (c.d. *Omnibus*) (§ 6). Nelle conclusioni (§ 7) presenta alcune raccomandazioni per tutelare le parti deboli nella *platform economy*⁵.

2. La disparità di potere contrattuale nell'economia di piattaforma

L'esigenza di tutelare la parte debole è una delle principali ragioni per limitare l'autonomia negoziale, principalmente in ragione dell'incapacità di uno dei due contraenti di concludere accordi in condizioni di parità con la propria controparte. Tuttavia, con la nascita di internet e dell'economia di piattaforma, da più parti si ritiene che questa esigenza di tutela si sia drasticamente ridotta.

a) *La nascita di internet*. Un primo argomento comunemente invocato a sostegno di questa tesi riguarda soprattutto l'utente finale, il quale con la nascita del web avrebbe rafforzato il proprio potere contrattuale, grazie soprattutto all'abbattimento delle barriere geografiche e temporali che limitano la scelta del consumatore nel commercio tradizionale.

Oggi è disponibile in rete una quantità senza precedenti di dati e valutazioni che offrono un quadro informativo molto ricco. L'enorme quantità di informazioni a disposizione, grazie alle tradizionali fonti professionali, ma anche ad utenti che pubblicano recensioni e commenti su prodotti e servizi, hanno ridotto i costi di ricerca e migliorato la capacità di ottenere beni e servizi, accrescendo così il surplus del consumatore⁶. Quando recensioni e giudizi sono attendibili, diffusi e facilmente consultabili, il consumatore è in grado di acquisire in anticipo i dati che gli servono e di prendere decisioni informate. Nasce così un sistema informativo che favorisce scelte ponderate da parte dei consumatori e fornisce anche alle imprese incentivi efficienti per innalzare la qualità e la gamma dei servizi offerti, con l'effetto di agevolare

⁵ Cfr., SMORTO, 2018.

⁶ HEIMANS, TIMMS, 2014; LABRECQUE, VOR DEM ESCHÉ, MATHWICK, NOVACK, HOFACKER, 2013, p. 257; BRYNJOLFSSON, SMITH, HU, 2003, pp. 1580 ss.; SUNDARARAJAN, 2016, pp. 111 ss. ("As search engine use has become widespread, consumers have become increasingly empowered – they can make better choice with access to superior information, a larger number of markets, and up-to-date feedback and reviews on products").

un abbassamento dei prezzi, semplificare l'ingresso sul mercato di nuovi soggetti imprenditoriali e aumentare la competizione⁷.

Oltretutto, nell'architettura dei meccanismi reputazionali un posto centrale è occupato dai sistemi di *peer reviewing* o *peer monitoring*, basati sui giudizi degli utenti della comunità. I consumatori non sono, dunque, semplici fruitori delle informazioni ma sono anche soggetti attivi nel produrla. Essi, infatti, possono segnalare direttamente il proprio livello di soddisfazione e influenzare i mercati imponendo sanzioni, ed esercitare così la propria capacità di "voce", in aggiunta a quella alternativa di "uscita", abbandonando quegli operatori che non dovessero soddisfarli per rivolgersi alla concorrenza⁸.

b) Le piattaforme e i mercati digitali. Con la nascita delle piattaforme digitali che fungono da intermediario nell'erogazione della prestazione, questa trasformazione di potere è – a giudizio di molti osservatori – ancora più decisa.

Rispetto ai tradizionali fornitori di servizi che operano attraverso internet, le piattaforme online assumono la funzione di *marketplace* (mercati), ossia di intermediari estranei allo scambio, il cui compito è dar vita ad una piazza virtuale dove agenti economici indipendenti concludono affari tra loro.

Dato che il successo commerciale di queste piattaforme è strettamente legato al buon funzionamento del mercato che offrono e alla riuscita degli scambi che intermediano, le stesse hanno un evidente interesse a ridurre i rischi e garantire un mercato sicuro. Nello svolgimento di questo compito, possono avvalersi di una vasta gamma di strumenti – controlli *ex ante*, sistemi reputazionali ed altre forme di monitoraggio dei comportamenti⁹ – tramite i quali governare gli scambi, stabilendone le regole e sanzionando eventuali condotte difformi. In tal modo, non solamente riescono a replicare meccanismi analoghi a quelli tipici dei mercati tradizionali, ad esempio attraverso immagini e video dei prodotti offerti, descrizioni dettagliate ed elenchi delle specifiche tecniche, assistenza attraverso chat, email e servizio reclami. In aggiunta, hanno a propria disposizione modalità del tutto nuove per segnalare l'affidabilità del servizio offerto, come i sistemi di valutazione e rating¹⁰. Per

⁷ THIERER, 2014.

⁸ L'alternativa tra *voice* e *exit* è stata formulata da Hirschman, 1970, e descrive le due reazioni che hanno a disposizione gli attori sociali rispetto al declino di un'organizzazione di tipo economico o meno: l'uscita, ossia l'abbandono dell'organizzazione, e la voce, cioè lo sforzo di comunicare la propria insoddisfazione dall'interno dell'organizzazione.

⁹ Un sistema reputazionale è una struttura informativa che aggrega e diffonde dati relativi alla reputazione individuale entro un certo contesto di riferimento, con la funzione di offrire indicazioni utili alla conclusione degli affari e favorire la creazione di fiducia nel mercato.

¹⁰ Per una prima ricognizione sul tema v. MASUM, TOVEY (eds.), 2012.

queste ragioni – si ragiona – le piattaforme digitali che intermediano domanda e offerta hanno un evidente interesse, e gli strumenti adeguati, a risolvere molti di quei fallimenti del mercato che normalmente giustificano le limitazioni all'autonomia privata nell'economia tradizionale.

c) *Dai professionisti ai peers*. Un ultimo tassello di questa trasformazione riguarda più direttamente i rapporti tra “pari”, *peer-to-peer* (*p2p*). Con il passaggio dalla grande impresa novecentesca ad un'economia *crowd-based*, in cui ad offrire beni e servizi sul mercato è una “folla” di non professionisti, ad avvantaggiarsi è questa massa di “micro-imprenditori di sé stessi”, come si definiscono secondo la vulgata corrente, che agiscono attraverso la piattaforma. Nascono così nuove opportunità imprenditoriali per chi non è in grado di accedere ai mercati tradizionali o intende aprirsi a mercati nuovi, preferisce la flessibilità sulla certezza, o cerca forme di reddito aggiuntivo.

D'altra parte, anche l'utente finale trae beneficio da questa trasformazione, venendo meno quella disparità di potere contrattuale tra fornitore e utente tipica del modello b2c. Le asimmetrie informative, che normalmente giustificano un intervento nei contratti tra professionista e consumatore, possono riguardare entrambi i contraenti nelle transazioni tra pari (chi ospita a casa propria degli sconosciuti o offre un passaggio con la propria auto può essere altrettanto preoccupato sull'affidabilità della controparte di quanto non lo siano ospiti e passeggeri)¹¹. Analogamente, le differenze di potere economico, che tipicamente caratterizzano i contratti conclusi tra imprese e consumatori, sono meno probabili quando ad offrire servizi è “gente comune” che – secondo l'espedito retorico alla base della cd. *sharing economy* – condivide il proprio tempo e i propri beni. In casi del genere, il potere economico delle due parti è spesso molto più omogeneo e la relazione tra pari più equilibrata di quella che normalmente intercorre tra professionista e consumatore.

3. Esistono parti deboli nell'economia di piattaforma?

Tutte queste novità influenzano certamente la struttura dei mercati e l'organizzazione produttiva. Tuttavia i loro effetti sui rapporti di forza tra i contraenti sono tutt'altro che chiari e il diffuso convincimento di una drastica riduzione delle disparità di potere contrattuale nell'economia di piat-

¹¹ Cfr. TABARROK, COWEN, 2015a; ID., 2015b.

taforma è giustificato solo in parte. Al contrario, se si amplia lo sguardo prendendo in considerazione anche altri fattori, quello che si presenta all'interprete è uno scenario molto diverso¹².

a) *La condizione del lavoro nella gig economy (cenni)*. La prima ragione per una conclusione più cauta sui rapporti di forza nella *platform economy* riguarda la condizione del lavoro. Dinanzi a piattaforme che, definendosi semplici *marketplace*, qualificano i lavoratori come autonomi, il rischio è quello di forme di subordinazione camuffate a bella posta per sottrarsi agli obblighi connessi al rapporto di lavoro dipendente. Il dibattito in corso ruota attorno ai criteri che dovrebbero segnalare l'appartenenza all'una o all'altra categoria e all'opportunità di rivedere la secca dicotomia tra lavoro autonomo e dipendente alla luce dei cambiamenti in atto, nel tentativo di stabilire regole di tutela adeguate per i lavoratori vulnerabili della *gig economy*.

b) *Big data*. Esistono molte altre ragioni, al di là della questione del lavoro, che inducono ad una conclusione più cauta sui rapporti di forza nella *platform economy*. La più evidente riguarda la capacità delle piattaforme di raccogliere, analizzare e mettere in relazione tra loro un'enorme mole di dati. Tale capacità pone la piattaforma in una posizione di vantaggio rispetto ai propri utenti, siano essi fruitori o fornitori di servizi¹³.

Con riferimento ai primi, quegli stessi sistemi reputazionali generalmente considerati la causa principale di un riequilibrio dei rapporti di forza a vantaggio dei consumatori, sono in realtà alla base dell'enorme potere accumulato dalle piattaforme. I contenuti generati dagli utenti sono utilizzati dalle piattaforme per profilare i consumatori stessi, e questo determina non solamente fallimenti del mercato dovuti al verificarsi di asimmetrie informative, ma aumenta le possibilità di pericolose "manipolazioni di mercato"¹⁴, magari sfruttando la maggiore fiducia accordata a questo tipo di informazioni¹⁵.

¹² BENKLER, 2016, pp. 18 ss.; KOSTAKIS, BAUWENS, 2014.

¹³ COHEN, 2017, pp. 133-145 ("Economically speaking, platforms represent both horizontal and vertical strategies for extracting the surplus value of user data").

¹⁴ Vedi, ad esempio, CLIFFORD, 2017; HELVESTON, 2016, pp. 33 ss.; CALO, 2014, pp. 995 ss.; RANCHORDÁS, 2018 ("In the context of the platform economy, reputational feedback does not create a scenario of perfect information. Rather, it creates the illusion thereof").

¹⁵ SCHOR, 2017, p. 263 ("In general, we believe that users are likely overstating the accuracy of the ratings and reputational data on these sites."); UTZ, KERKHOF, VAN DEN BOS, 2012, pp. 49-54 ("The separation of information and product may lead consumer to believe that the information is more objective, making the case more dangerous than old-fashioned conventional advertising").

Rispetto ai prestatori di servizi, invece, in molti casi costoro non hanno accesso a informazioni decisive relative allo scambio, non sono in grado di stabilire il prezzo della prestazione e/o valutare in anticipo la profittabilità di una determinata proposta, essendo costretti ad accettare qualsiasi richiesta indipendentemente dalla propria volontà¹⁶. Una pratica, questa, che può essere particolarmente problematica quando la piattaforma mantenga prezzi bassi per ragioni competitive¹⁷. Inoltre, quasi mai le piattaforme forniscono dati sufficienti sul funzionamento dell' algoritmo che presiede allo scambio e sulle modalità con cui le diverse offerte di beni e servizi vengono presentate e messe in ordine: non specificano il significato esatto dei fattori che concorrono a determinare questa graduatoria, il peso che ognuno di essi assume e in che modo ciascuno di essi venga tenuto in considerazione (v. *infra*, §§ 4 e 6).

Infine, grazie alla capacità di analisi offerta dai “big data” le piattaforme godono di una possibilità del tutto inedita di stabilire, a fronte del medesimo servizio, il cd. “prezzo di riserva”, ossia il prezzo massimo che ciascun utente dei servizi offerti è disposto a pagare¹⁸. Questa maggiore facilità di applicare su vasta scala una discriminazione di prezzo – e anche di condizioni contrattuali – riduce la capacità della controparte di catturare quella “rendita” che, secondo la teoria economica, garantiva un sistema di prezzi statici¹⁹.

c) *Comunicazione, controllo e influenza*. Un altro aspetto fondamentale per stabilire il potere contrattuale degli utenti rispetto alla piattaforma riguarda la ridotta capacità di negoziare e influenzare il contenuto delle regole dello scambio. Le piattaforme normalmente impongono le proprie condizioni di contratto senza che vi sia spazio per una negoziazione. In alcuni rari casi un

¹⁶ Cfr. ROSENBLAT, STARK, 2016, pp. 3758 ss.

¹⁷ Esistono molte ragioni per cui una piattaforma può razionalmente decidere di tenere prezzi molto bassi. In primo luogo, perché la strategia di prezzi nei mercati *two-sided* è stabilita tenendo conto di entrambi i versanti della piattaforma. Cfr. EVANS, SCHMALENSSEE, 2008, pp. 690 ss. (“Profit-maximizing two-sided platforms may find that it is profitable overall to price the product offered on one side below average variable cost, below marginal cost, or even below zero”). Inoltre, le piattaforme possono utilizzare una strategia generalmente descritta come *growth first, revenue later*, ossia prima abbassare i prezzi sotto il costo medio dei propri concorrenti e una volta sconfitta la concorrenza alzarli successivamente conseguendo così rendite da monopolista in modo da recuperare le perdite. Cfr. FLETCHER, 2007, pp. 221 ss.

¹⁸ Sull'effetto di algoritmi e *pricing bots* su concorrenza e discriminazione prezzi, si rinvia a MEHRA, 2016, pp. 1323 ss.; STUCKE, EZRACHI, 2016; EZRACHI, STUCKE, 2017, pp. 1775 ss.

¹⁹ Cfr. LEVMORE, FAGAN, 2018, i quali sostengono la necessità di un sistema di prezzi uniformi e trasparenti per limitare la capacità dei venditori di operare una discriminazione di prezzi nei contratti dei consumatori. Sui rapporti tra discriminazione di prezzi, benessere del consumatore e concorrenza, si rinvia a BERGEMANN, BROOKS, MORRIS, 2015, pp. 921 ss.; VARIAN, 2010, pp. 1 ss.; CORTS, 1998, pp. 306 ss.; UK Office of Fair Trading (2013).

professionista può anche avere la forza contrattuale per negoziare con la piattaforma le condizioni della propria partecipazione al “mercato”²⁰, ma nella stragrande maggioranza delle volte non si tratta di un’opzione realistica.

Spesso il contenuto dei contratti non è neppure realmente noto a chi li sottoscrive: la parte aderente tipicamente dichiara di averli letti cliccando una semplice icona di consenso sul proprio computer, secondo un comportamento che accomuna consumatori e fornitori²¹.

Le piattaforme fanno largo uso di condizioni di contratto e dell’architettura dei propri siti per canalizzare l’interazione tra gli utenti della piattaforma entro binari prestabiliti e limitare le informazioni cui possono avere accesso e/o scambiare tra loro²². Riscontri empirici hanno mostrato che questa chiusura ha condotto a quello che è stato etichettato come *platform churn*, ossia un crescente abbandono della piattaforma specialmente tra i fornitori, sintomo – secondo molti – del fatto che l’uscita (“exit”) sia rimasta l’unica strategia possibile, in assenza di qualsiasi possibilità di negoziare i termini dell’accordo (“voice”)²³.

d) *Il governo dell’algoritmo*. Nell’economia digitale non è soltanto la conclusione del contratto ad essere cambiata, ma anche la sua esecuzione. I contratti conclusi in rete sono spesso eseguiti attraverso algoritmi: “regole meccanizzate” che creano una sorta di “ingiunzione privata automatica” resistente ad ogni sindacato di tipo giuridico e indifferente alle circostanze concrete che possono aver influito su un determinato esito²⁴.

²⁰ Nel caso di eBay, i cd. *power sellers* hanno ottenuto la possibilità di redigere delle *bulk listings*, ossia di presentare essi stessi un elenco completo dei propri prodotti che la piattaforma avrebbe pubblicato in blocco senza intervenire sull’ordine. Sugli effetti di questa esperienza sugli equilibri tra gli attori del mercato, si rinvia a HAGIU, ROTHMAN, 2016 (“Over the years, power sellers came to dominate eBay’s supply side and made it difficult for non professional sellers to compete”).

²¹ La mancata lettura delle clausole da parte dei consumatori potrebbe non essere un problema se esistesse una porzione anche minoritaria di consumatori consapevoli e informati, perché una simile minoranza sarebbe sufficiente a orientare le aziende verso scelte efficienti, beneficiando così anche i cd. *infra marginal consumers*. Su questa constatazione si basa la nota tesi di SCHWARTZ, WILDE, 1979, pp. 630 ss. Questa tesi è stata oggetto di critica per l’assenza di riscontri empirici da BAKOS, MAROTTA-WURGLER, TROSSEN, 2014, pp. 1 ss.

²² COHEN, 2017, p. 155 (“The combination of asserted contractual control and technical control becomes the vehicle through which the platform imposes its own logics on the encounters that it mediates”).

²³ NEWLANDS, LUTZ, FIESELER, 2017, p. 6 (“Sharing economy platforms are facing increasing turnover among their provider base”). Cfr. LEE, KUSBIT, METSKY, DABBISH, 2015, pp. 1603 ss., i quali hanno verificato che la quasi totalità delle email ricevute dalle piattaforme rimanevano senza risposta.

²⁴ Cfr. RADIN, 2017, pp. 505-511.

In casi del genere l'accesso alla giustizia può risultare particolarmente difficile²⁵. Anche quando formalmente esistono rimedi e procedure di reclamo, le piattaforme non sempre forniscono informazioni chiare su modalità operative e procedure. I meccanismi di ricorso interni funzionano spesso per posta elettronica o attraverso sistemi automatizzati che in molti casi non prevedono neppure la possibilità di un contatto umano diretto e l'individuazione di un responsabile. E nonostante i tanti appelli per la trasparenza di questi algoritmi, un simile risultato è molto difficile da ottenere, lasciando così di fatto non solamente i lavoratori, ma più in generale fornitori e utenti privi di rimedi giuridici adeguati²⁶.

e) *La struttura del mercato*. Quando una piattaforma occupa una posizione dominante, divenendo l'unica o la principale porta di accesso ad un dato mercato, il rischio di uno squilibrio di potere contrattuale a danno degli utenti è ancora maggiore. Un mercato dominato da un'unica piattaforma può portare benefici agli utenti, favoriti dalla presenza di numerosi attori economici, ma allo stesso tempo comporta rischi notevoli, che possono tradursi in prezzi più alti e altre forme di sfruttamento della completa dipendenza dall'unica piattaforma che consente l'accesso ad un certo mercato.

Non si tratta di un pericolo solo teorico. Da più parti si ritiene che la maggior parte dei mercati online si caratterizzino per una struttura intrinsecamente anti-competitiva ed una tendenza connaturata al monopolio, in cui a vincere è un singolo operatore (*winner-takes-all*). La principale ragione che conduce ad identificare il pericolo di una posizione dominante è l'esistenza di esternalità di rete di tipo indiretto tipica dei cd. *two-sided market*, in cui l'utilità individuale cresce all'aumentare dei partecipanti di agenti economici che operano sull'altro versante della piattaforma. In un mercato del genere – si osserva – potrebbe essere estremamente difficile per un potenziale nuovo operatore raccogliere un numero sufficiente di utenti e risultare realmente competitivo²⁷.

²⁵ ECORYS, 2017, p. 29.

²⁶ In generale, sui rischi legati agli algoritmi, si rinvia al lavoro di Pasquale, 2015.

²⁷ Cfr. Federal Trade Commission, 2016a, p. 26 (“Two-sided network effects may enable a large platform to become dominant and insulated from competition from smaller platforms with fewer participants”); PARKER, VAN ALSTYNE, CHOUDARY, 2016. In senso contrario si vedano HAGIU, ROTHMAN, 2016; EVANS, SCHMALENSEE, 2016; KNEE, 2017 (“Three key structural attributes drive the value of network effects in the digital domain. The first is the minimum market share at which the network can achieve financial breakeven. The second is the nature and durability of the customer relationships spawned by the network. And the third is the extent to which the data generated by the network facilitates product and pricing optimization”). Con riferimento

L'altro fattore alla base della tendenza anti-competitiva dei mercati online è la grande quantità di informazioni che le grandi piattaforme riescono a raccogliere, considerato che più alto è il numero delle transazioni che si svolgono sulla piattaforma, migliore è l'algoritmo che gestisce gli scambi e, di conseguenza, il servizio sottostante²⁸. La combinazione di esternalità di rete e *big data* può generare enormi vantaggi ad un singolo operatore, così che questi possa mettersi al riparo dal gioco concorrenziale creando barriere all'ingresso a danno della sua base di utilizzatori.

f) L'integrazione verticale. Infine, la vulnerabilità degli operatori economici assoggettati alle scelte discrezionali delle piattaforme è ancora maggiore nei casi di integrazione verticale, quando cioè la piattaforma non si limiti a offrire l'infrastruttura tecnologica per l'incontro tra domanda e offerta, ma fornisca direttamente beni e servizi al pubblico, in concorrenza diretta con gli altri operatori economici che operano sulla piattaforma.

In questo modello ibrido, gli incentivi dell'impresa nella veste di "mercato" possono confliggere con quelli della medesima impresa nella veste di fornitore diretto di beni e servizi. L'interesse della piattaforma-mercato è destinato verosimilmente a prevalere quando ancora non abbia conquistato il settore e operi in concorrenza con altri *marketplace*. Tuttavia, l'interesse della piattaforma-fornitore può imporsi una volta che abbia conquistato un certo mercato, divenendo l'unico o il principale *marketplace* e non debba temere altri concorrenti.

Un'eventualità analoga si verifica quando il *ranking* delle diverse offerte dipenda da commissioni pagate dai fornitori alla piattaforma, ossia quando i risultati della ricerca di beni e servizi sia influenzata dalle maggiori somme pagate alla piattaforma da certi operatori rispetto ad altri²⁹.

In entrambi questi casi il rischio è che la piattaforma posizioni le proprie offerte in cima al *ranking* o che fornitori che hanno pagato commissioni più alte ottengano una migliore visibilità sul sito. Pratiche del genere sono chiaramente dannose per gli altri fornitori, i quali possono trovarsi costretti a pa-

specifico alla *sharing economy*, cfr. SUNDARARAJAN, 2016, p. 119 ("the nature of two-sided network effects varies in very significant ways across different sharing economy platforms").

²⁸ Federal Trade Commission, 2016b; Autorité de la concurrence – Bundeskartellamt, 2016 ("The collection of data may result in entry barriers when new entrants are unable either to collect the data or to buy access to the same kind of data, in terms of volume and/or variety, as established companies"); Autoritat Catalana de la Competència, 2016; Oecd, 2014.

²⁹ Cfr. Booking.com General Delivery Terms, § 4.1.2. Le clausole contrattuali cui si fa riferimento in questo articolo riguardano la versione in lingua inglese. L'accesso è stato effettuato il 13 settembre 2017.

gare di più per rimanere competitivi sul mercato. E possono danneggiare i consumatori, i quali non vengono indirizzati verso le offerte migliori e più vantaggiose, ma piuttosto verso quelle della piattaforma o di coloro i quali hanno pagato una commissione per questa maggiore visibilità³⁰.

4. Il rapporto tra piattaforma e utenti

I contratti della *platform economy* riguardano tre diversi soggetti: la piattaforma online ed i suoi utilizzatori – fornitori e utenti – che concludono affari attraverso la piattaforma. Generalmente esiste un solo contratto che governa tutte le relazioni nascenti dallo scambio. Rispetto ai contratti standard tradizionali, tipicamente predisposti dal professionista e sottoposti all'adesione del consumatore, le condizioni di contratto sono redatte dalla piattaforma e sottoscritte dai suoi utilizzatori e, se non altrimenti specificato, le stesse clausole sono applicabili a fornitori e utenti, essendo entrambi qualificati indistintamente come utilizzatori dei servizi forniti dalla piattaforma.

Una ricognizione generale delle condizioni di contratto utilizzate dalle principali piattaforme ci consegna due conclusioni generali.

Generalmente le regole che governano la relazione tra fornitore e utente sono meno sbilanciate di quanto non lo siano normalmente molti dei contratti standard tra professionista e consumatore. Tale conclusione non ha però portata universale. Nonostante le piattaforme si qualificano quasi sempre come semplici intermediari, neutrali rispetto alle parti dello scambio, in molti casi hanno ragione di favorire uno o l'altro dei versanti del mercato che intermediano (sono quelli che si definiscono *king of the platform*)³¹, anziché operare come soggetto terzo e imparziale³². Ciò nonostante, in linea generale è possibile affermare che le condizioni di contratto praticate dalle piattaforme attribuiscono diritti e stabiliscono doveri in misura tendenzial-

³⁰ Anche in questo caso, l'intero meccanismo di funzionamento è tutt'altro che trasparente e il peso effettivo delle commissioni pagate alle piattaforme per ottenere maggiore visibilità risultato poco chiare per gli operatori stessi, oltre che per i consumatori. Cfr. Report of an engagement workshop hosted by the European Commission "Business-to-business relationships in the online platforms environment – algorithms, ranking and transparency" (Brussels, 16 marzo 2017), http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-12/report_on_the_workshop_16_03_2017_clean_F7EF00C2-E39F-1747-949E9C1820629D05_43830.pdf.

³¹ ROGERS, 2016.

³² ROSENBLAT, STARK, 2016, p. 3765. Sulla struttura di prezzo nei *two-sided markets* v. ROCHET, TIROLE, 2003, pp. 990 ss.

mente simmetrica per fornitori e utenti, rendendo entrambe le categorie responsabili per l'adempimento delle obbligazioni assunte.

Allo stesso tempo, controllando l'intero processo negoziale, le piattaforme esercitano un notevole potere sui propri utenti, e questo potere si riflette nelle condizioni di contratto relative ai rapporti tra utenti e piattaforma, le quali contengono molte di quelle disposizioni sintomatiche di una condizione di disparità contrattuale tra i contraenti³³.

Le clausole passate in rassegna riservano alle piattaforme il diritto di modificare unilateralmente il contratto, cui si accompagna quasi sempre una presunzione di accettazione a carico degli utilizzatori derivante dall'uso continuativo della piattaforma³⁴. Studi empirici hanno mostrato chiaramente come le piattaforme facciano un uso costante di questa facoltà impedendo di adattare le strategie commerciali ai cambiamenti in tempo per la loro applicazione³⁵.

Altre clausole stabiliscono il diritto della piattaforma di sciogliere il contratto a propria discrezione³⁶, di sospendere l'account dei propri utenti e/o di eliminare dal sito prodotti o servizi offerti³⁷. Nonostante la cancellazione unilaterale di un'offerta o, a maggior ragione, di un account possa pregiudicare l'esistenza stessa di un'attività commerciale – o, nel caso di lavoratore subordinato, rappresentare un vero e proprio licenziamento mascherato –, le condizioni e le procedure connesse alla sospensione ed al blocco di *account* e prodotti sono tutt'altro che chiare e spesso mancano del tutto.

Disposizioni estremamente diffuse riguardano, inoltre, la scelta del diritto applicabile e del foro competente³⁸, clausole compromissorie e strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, quasi sempre accompagnate da rinunce ad agire attraverso azioni collettive³⁹, clausole che impongono la cd.

³³ La teoria economica spiega le ragioni dello sbilanciamento delle condizioni generali di contratto come il risultato di problemi cognitivi o di *adverse selection*. Cfr. BAR-GILL, 2004, pp. 1373 ss.; POSNER, 1995, p. 283; MEYERSON, 1990, p. 583; AGHION, HERMALIN, 1990, p. 381.

³⁴ Airbnb Terms and Condition, § 3; Uber Terms and condition, § 1; Etsy, Terms of Use, § 12; BlaBlaCar, Terms & Conditions, § 13; Getaround Terms of Service (“Eligibility”); TaskRabbit Terms of Service, § 26.

³⁵ Cfr. CALO, ROSENBLAT, 2017, pp. 1623 ss. HORTON, 2010, p. 605 (secondo cui i cambiamenti nelle condizioni di contratto si risolvono in “clausole ombra” di cui i consumatori non sono consapevoli).

³⁶ Airbnb Terms and Conditions, § 24; Uber Terms and condition, § 1; Etsy, Terms of Use, § 7; Blablacar, Terms & Conditions, § 9; Getaround Terms of Service (“Termination”); TaskRabbit Terms of Service, § 8; Lyft Terms of Service, § 16.

³⁷ Airbnb Terms and Conditions, § 7; Uber Terms and conditions, § 4.

³⁸ Airbnb Terms and Conditions, § 33; Uber Terms and Conditions, § 7; Etsy Terms of Use, § 11.

³⁹ Airbnb Terms and Conditions, § 34; Uber Terms and conditions, § 2; Etsy Terms of Use, §

parità di prezzo⁴⁰ e cd. clausole *bundling*, con le quali si obbligano gli utilizzatori ad avvalersi esclusivamente dei servizi offerti dalla piattaforma stessa, principalmente per sistemi di pagamento, archiviazione dati, canali di comunicazione, logistica⁴¹.

Soprattutto, le piattaforme si autodefiniscono immancabilmente “mercati” (*marketplace*) o “reti” (*network*)⁴². Una simile qualificazione, insieme con le clausole di limitazione o di esonero da responsabilità, implica che i soli responsabili per la fornitura del servizio siano identificati negli utenti, mentre la piattaforma limita le proprie responsabilità alla fornitura di servizi ancillari e strumentali al buon funzionamento del mercato. Una conclusione che è certamente corretta nel caso in cui la piattaforma si limiti davvero ad offrire un’infrastruttura tecnologica per l’incontro di domanda e offerta tra soggetti economici autonomi e indipendenti, ma che è chiaramente inappropriata quando, al contrario, la piattaforma eserciti un intenso livello di controllo e influenza sullo scambio. In casi del genere, la qualificazione come “mercati”, e le relative clausole di esonero da responsabilità, costituiscono un ingiustificato spostamento della responsabilità sugli utenti per fatti estranei alla loro sfera di controllo⁴³.

11; Getaround Terms of Service (“Arbitration”); TaskRabbit Terms of Service, § 20; Lyft Terms of Service, § 17. BlaBlaCar fa riferimento alla piattaforma di online dispute resolution platform della Commissione europea (BlaBlaCar Terms & Conditions, § 15). In alcuni casi, queste clausole si abbinano ad altre che assegnano esclusivamente alle piattaforme la facoltà di scegliere un diritto e/o foro differente. Cfr. Booking.com General Delivery Terms, § 10.6.

⁴⁰ Il caso europeo più importante è quello di Booking.com, aperto contemporaneamente dalle autorità per la concorrenza di Italia, Francia e Svezia. Sul punto si veda European Commission Press release, Antitrust: Commission announces the launch of market tests in investigations in the online hotel booking sector by the French, Swedish and Italian competition authorities (15 dicembre 2014), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2661_en.htm. Al contrario delle altre autorità europee, il Bundeskartellamt tedesco ha vietato a Booking.com di utilizzare questa clausola, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html.

⁴¹ Cfr. Report of an engagement workshop hosted by the European Commission “Business-to-business relationships in the online platforms environment – Legal aspects and clarity of terms and conditions of online platforms” (Brussels, 14 novembre 2016), http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=43829.

⁴² Airbnb Terms and Conditions, § 1.1; TaskRabbit Terms of Service, §§ 1, 12, 17; Lyft Terms of Service, §§ 1, 12.

⁴³ Cfr. C-434/15 *Press and Information Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL* (“Il servizio come quello fornito da Uber deve essere considerato indissolubilmente legato a un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di ‘servizio nel settore dei trasporti’, ai sensi del diritto dell’Unione”). Cfr. inoltre, HAUSEMER, RZEPECKA, DRAGULIN, VITIELLO, RABUEL, NUNU, RODRIGUEZ DIAZ, PSAILA, FIORENTINI, GYSEN, MEEUSEN, QUASCHNING, DUNNE, GRINEVICH, HUBER, BAINES, 2017 (“The discrepancy between the platforms’ level of intervention in the P2P transaction and the liability clauses in its T&Cs risks to confuse or mislead users with regard to the responsibility of the platform in case of problems with the P2P transaction”).

Alcune clausole negoziali, tra quelle esaminate in queste pagine, sono particolarmente rilevanti per i fornitori di servizi che svolgono la propria attività attraverso la piattaforma. E mostrano come, anche quando il fornitore non sia qualificabile come dipendente, il rischio di uno squilibrio delle posizioni di forza a vantaggio della piattaforma non sia affatto da escludere⁴⁴.

Altre clausole negoziali di grande rilievo per i fornitori riguardano l'accesso e l'utilizzo dei dati. Nonostante in molti casi le informazioni siano prodotte dagli stessi utenti, la piattaforma afferma invariabilmente il proprio diritto esclusivo sulle informazioni, il cui uso al di fuori della piattaforma è quasi sempre limitato, se non del tutto escluso, dalle condizioni di contratto ben al di là di quanto richiesto dalle leggi a tutela della riservatezza⁴⁵.

Pratiche del genere possono limitare in modo sostanziale la capacità dei singoli utenti di cambiare piattaforma, poiché innalzano i costi di uscita (cd. *switching costs*). E rendono gli operatori maggiormente dipendenti dalla piattaforma stessa, non essendo in grado di sfruttare la propria reputazione commerciale su altri siti (*lock-in*)⁴⁶. In questo modo, restringendo non solamente la capacità di "voce" ma anche quella di "uscita" come alternativa.

In conclusione, mentre in linea di principio le piattaforme hanno senz'altro contribuito a rendere più equilibrati i rapporti tra prestatore e utente che presiedono all'erogazione dei servizi, lo stesso non può dirsi rispetto ai rapporti giuridici che la piattaforma intrattiene con i propri utilizzatori. E molte delle clausole utilizzate dalle piattaforme online negano i diritti più elementari di una relazione contrattuale⁴⁷.

⁴⁴ ECORYS, 2017, IX ("A total of 46% of business users have experienced problems and disagreements with the platforms. Among heavy users the share of those that experienced problems is significantly higher (75%)").

⁴⁵ Airbnb Terms and Conditions, § 24; Uber Terms and Conditions, § 4; Etsy Terms of Use, § 7; TaskRabbit Terms of Service, § 10.

⁴⁶ Lo stesso risultato può essere conseguito con altre pratiche che vincolano l'utente alle piattaforme, come ad esempio il prestito per l'acquisto dell'automobile per gli autisti dei servizi di *ride sharing*, come nel caso di UBER, <https://www.uber.com/en-GB/drive/vehicle-solutions/>. Cfr. NEWLANDS, 2017, p. 8 ("If providers are 'locked-in' to auto-loans for use on the platform, platforms maintain a significant power advantage").

⁴⁷ Vedi, ad esempio, RADIN, 2017, p. 505 ("The technological and concomitant social features of today's information society have enabled private firms to engage in massive re-organization of legal rights in their favor"); BALKIN, 2018 ("Big Data allows new forms of manipulation and control, which private companies will attempt to legitimate and insulate from regulation"). Sulle condizioni generali di contratto nell'economia digitale si rinvia a RADIN, 2013; KIM, 2013; BEN-SHAHAR, ed., 2007.

5. Il rapporto tra *pari*

I rapporti tra fornitore diretto del servizio e beneficiario finale nella *platform economy* possono assumere diverse declinazioni.

Quando colui che fornisce direttamente il servizio sia un lavoratore dipendente della piattaforma, la piattaforma è direttamente responsabile nei confronti dei consumatori per l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione e dei conseguenti danni. In casi del genere, la piattaforma è la controparte professionale dell'utente finale e il diritto dei consumatori è applicabile alla fornitura del servizio, in aggiunta alle normative di settore. Mentre la disciplina del lavoro subordinato si applica ai rapporti tra il lavoratore e la piattaforma.

Nel caso in cui, invece, la piattaforma si limiti ad intermediare lo scambio tra agenti economici indipendenti, possono prodursi due scenari distinti.

È possibile che il fornitore sia un professionista. In questo caso il diritto dei consumatori si applica al rapporto intercorrente tra il consumatore ed il fornitore professionale del servizio. Una conclusione del genere è coerente con l'esigenza di proteggere il consumatore di fronte al professionista ed impedisce inoltre una disparità di trattamento tra nuovi concorrenti e operatori storici, che risulterebbe del tutto ingiustificata alla luce della qualificazione come professionista di entrambe.

Al contrario, è possibile che il fornitore di servizi non sia un professionista. Negli ultimi anni è nata un'intera economia in cui la fornitura di servizi, in passato monopolio di professionisti, avviene da parte di soggetti molto diversi tra loro per competenze e solidità economica. In questi casi i requisiti che il diritto tradizionalmente impone agli operatori professionali per esercitare in un dato mercato – autorizzazioni, controlli preventivi, certificazioni, eccetera – non sono applicabili, abbassando le barriere all'ingresso per la fornitura di questi servizi. Se si considera che gli operatori non professionali non hanno neppure una reputazione commerciale, né hanno effettuato investimenti consistenti in spazi fisici destinati all'esercizio del commercio, il rischio è quello di nuovi fallimenti del mercato e dunque l'esigenza di disciplinare questi mercati è più che mai attuale⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. SMORTO, 2017. Rileva HAUSEMER, 2017, p. 36 ("Peer consumers report frequent problems with transactions on p2p platforms. More than half (55%) have experienced at least one problem over the past year. The most frequent problems relate to the poor quality of goods or services, or to the goods and services not being as described. Problems with the quality of products/services appear to be almost twice as frequent in P2P markets (29%) as in online purchases in general (15%)").

Quando il fornitore non è un professionista non trovano applicazione né il diritto dei consumatori né la disciplina di settore, e l'utente finale può solamente invocare gli ordinari rimedi civilistici di diritto comune.

Nonostante si sia affermato da più parti che l'esclusiva applicazione di soli rimedi *ex post* ai rapporti *peer-to-peer* sia la scelta migliore poiché favorisce l'innovazione⁴⁹, questo spostamento da una tutela fondata sul soddisfacimento di requisiti *ex ante*, tipica dei servizi offerti da operatori professionali, ad un sistema che fa affidamento pressoché esclusivo su rimedi a posteriori non è sempre consigliabile.

Se rimedi *ex post* possono talvolta risultare efficaci, in taluni casi il loro utilizzo esclusivo potrebbe risultare insoddisfacente: ad esempio, quando l'entità del danno atteso sia superiore alle capacità economiche del potenziale danneggiante o quando i comportamenti dannosi siano difficili da identificare e monitorare. In casi del genere, strumenti preventivi di tipo pubblicistico possono risultare senz'altro più efficaci e dimostrarsi preferibili⁵⁰.

6. Il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. *Omnibus*)

Proprio sulla qualificazione del fornitore del servizio è intervenuta la Direttiva 2019/2161/UE (c.d. *Omnibus*)⁵¹, la quale ha integrato la Direttiva 2011/83/UE introducendo l'obbligo per le piattaforme digitali di indicare se il terzo che offre beni, servizi o contenuti digitale attraverso la piattaforma sia un professionista o meno, sulla base della dichiarazione del terzo stesso al fornitore del mercato online (art. 4)⁵².

⁴⁹ KOOPMAN, MITCHELL, THIERER, 2015, p. 18; THIERER, 2014; EPSTEIN, 2014.

⁵⁰ Sulla struttura dell'intervento pubblico in chiave di efficienza v. SHAVELL, 2004.

⁵¹ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori (Testo rilevante ai fini del SEE) PE/83/2019/REV/1, OJ L 328, 18.12.2019, pp. 7-28

⁵² Cfr. Considerando 27 ("I fornitori dei mercati online dovrebbero comunicare ai consumatori se il terzo che offre beni, servizi o contenuto digitale è un professionista o meno, sulla base della dichiarazione effettuata nei loro confronti dal terzo stesso. Nel caso in cui il terzo che offre beni, servizi o contenuto digitale dichiara di essere un non professionista, i fornitori dei mercati online dovrebbero fornire una breve dichiarazione al fine di attestare che i diritti dei consuma-

La disposizione solleva più di una perplessità, in considerazione del fatto che essa non è soggetta a verifica da parte della piattaforma e, soprattutto, della difficoltà di una corretta qualificazione del fornitore del servizio in un'economia nella quale la definizione di attività professionale è sempre più sfumata per effetto della rivoluzione digitale e della nascita degli intermediari online⁵³. Occorre ricordare, a tal proposito, che nel caso Kamenova (C-105/17) la Corte di giustizia ha chiarito che spetta al giudice nazionale stabilire, caso per caso, sulla base di tutti gli elementi di fatto di cui dispone, se una persona fisica abbia agito nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, verificando, in particolare, se la vendita sia stata effettuata in modo organizzato, se essa abbia carattere di regolarità o fini di lucro, se l'offerta sia concentrata su un numero limitato di prodotti, nonché esaminare lo status giuridico e le competenze tecniche del venditore⁵⁴.

Sui temi della tutela dell'utente delle piattaforme di intermediazione è intervenuto anche il Regolamento UE 1150/2019, avente ad oggetto i rapporti tra la piattaforma e il professionista prestatore del servizio sottostante "con lo scopo di promuovere equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online* nei diversi ambiti dei mercati digitali"⁵⁵.

In particolare, l'art. 3 del Regolamento ha disposto che i termini e le condizioni d'uso unilateralmente predisposti dalle piattaforme debbano essere redatti in un linguaggio semplice e comprensibile ed essere facilmente reperibili. Tali termini devono enunciare le ragioni che giustificano la decisione di sospendere, cessare o limitare la fornitura dei servizi di intermediazione e la comunicazione delle modifiche deve essere contenuta in un supporto durevole. Inoltre, le modifiche devono essere comunicate al pre-

tori derivanti dal diritto dell'Unione sulla tutela dei consumatori non si applicano al contratto concluso. Inoltre, i consumatori dovrebbero essere informati sul modo in cui gli obblighi legati al contratto sono ripartiti tra i terzi che offrono beni, servizi o contenuto digitale e il fornitore del mercato online. Tali informazioni dovrebbero essere fornite in modo chiaro e comprensibile e non solo mediante i termini e le condizioni standard o ad analoghi documenti contrattuali.”).

⁵³ Cfr. SUNDARARAJAN, 2016.

⁵⁴ Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 4 ottobre 2018 *Komisija za zaščita na potrobitelce* contro Evelina Kamenova. Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Administrativen sad – Varna. Rinvio pregiudiziale – Tutela dei consumatori – Direttiva 2005/29/CE – Articolo 2, lettere b) e d) – Direttiva 2011/83/UE – Articolo 2, punto 2 – Nozioni di “professionista” e di “pratiche commerciali”. Causa C-105/17.

⁵⁵ Cfr. Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online (Testo rilevante ai fini del SEE) PE/56/2019/REV/1, OJ L 186, 11.7.2019, pp. 57-79.

statore con un preavviso di almeno quindici giorni, a pena di nullità, di modo che egli possa esercitare il diritto di risolvere il contratto prima della scadenza del termine (art. 3). Il Regolamento obbliga altresì la piattaforma a dare comunicazione preventiva al professionista della decisione di limitare o sospendere la fornitura del servizio di intermediazione, indicando le motivazioni. E nel caso in cui la disattivazione sia definitiva, la decisione e le sue motivazioni devono essere comunicate con un preavviso di almeno trenta giorni dalla sua effettiva applicazione (art. 4).

Una particolare attenzione è dedicata dal Regolamento al posizionamento delle offerte, in considerazione del fatto che in molti casi le piattaforme non forniscono informazioni sufficienti ai fornitori di servizi su come le loro offerte sono ordinate e classificate sul sito⁵⁶. Difatti, le piattaforme godono di una discrezionalità pressoché assoluta al riguardo, esercitata attraverso la presentazione di un lungo elenco di fattori di carattere generale e non esaustivi, spesso accompagnati da clausole che conferiscono alla piattaforma il potere di modificare l'ordine di presentazione dei prodotti a proprio piacimento⁵⁷. Tali fattori sono sovente espressi in un linguaggio estremamente vago (il significato di criteri come, ad esempio, quello della "popolarità" sfugge alla gran parte degli operatori economici che, pure, vi sono sottoposti)⁵⁸. Le scelte operate dalle piattaforme sul posizionamento delle offerte incidono significativamente sulla loro conoscibilità, e poiché il modo in cui le offerte sono presentate ed elencate costituisce la variabile più rilevante per stabilire quali beni e servizi vengono scelti dai consumatori⁵⁹,

⁵⁶ Cfr. Considerando 24, Direttiva *Omnibus* ("Il posizionamento si riferisce alla rilevanza relativa delle offerte degli utenti commerciali o alla rilevanza attribuita ai risultati della ricerca come presentati, organizzati o comunicati dai fornitori di servizi di intermediazione online o dai fornitori di motori di ricerca online, risultante dall'utilizzo di meccanismi algoritmici di ordinamento in sequenza, valutazione o recensione, dalla messa in evidenza visiva o da altri strumenti di messa in rilievo, o da una combinazione tra questi. (...) La nozione di parametro principale dovrebbe intendersi riferita a qualunque criterio generale, processo, segnale specifico integrato negli algoritmi o ogni altro meccanismo di aggiustamento o di retrocessione utilizzato in connessione con il posizionamento.").

⁵⁷ Airbnb Terms and Conditions, § 7; BlaBlaCar Terms & Conditions, § 4.1; Booking.com General Delivery Terms, § 4.1.1.

⁵⁸ Report of an engagement workshop hosted by the European Commission "Business-to-business relationships in the online platforms environment – algorithms, ranking and transparency" (Brussels, 16 marzo 1027), http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-12/report_on_the_workshop_16_03_2017_clean_F7EF00C2-E39F-1747-949E9C1820629D05_43830.pdf.

⁵⁹ Vedi, ad esempio, GOLDMAN, RAO, 2014 (secondo cui i compratori hanno il doppio delle possibilità di scegliere servizi e prodotti che stanno più in alto nella presentazione dei risultati), <https://ssrn.com/abstract=2524688>.

la flessibilità di cui beneficia la piattaforma può determinare le sorti degli operatori economici che vi sono soggetti⁶⁰.

Alla luce di queste premesse, il Regolamento dispone che i parametri che determinano il posizionamento debbano essere descritti nei termini d'uso della piattaforma che offre il servizio di intermediazione. Nella stessa direzione, la Direttiva c.d. *Omnibus* integra la Direttiva 2005/29/CE vietando che un professionista fornisca risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all'interno di tali risultati (art. 3(7) Direttiva *Omnibus*)⁶¹.

Quanto alla possibilità di un trattamento differenziato, merita di essere sottolineato come nessuna prescrizione ulteriore rispetto al rispetto di obblighi di trasparenza sia imposta nel caso in cui sia lo stesso fornitore di servizi di intermediazione online a offrire determinati beni o servizi ai consumatori attraverso i suoi stessi servizi, o mediante un utente commerciale che controlla.

È lo stesso Regolamento 2019/1150 a riconoscere che in una circostanza del genere il fornitore “potrebbe entrare in concorrenza diretta con altri utenti commerciali dei suoi servizi di intermediazione online che non sono da lui controllati”, e che ciò possa rappresentare “un incentivo economico per il fornitore e può farlo nelle condizioni di utilizzare il proprio controllo sul servizio di intermediazione online per garantire alle proprie offerte, o a quelle di un utente commerciale da esso controllato, vantaggi tecnici o economici che potrebbe negare agli utenti commerciali concor-

⁶⁰ ECORYS, 2017, p. 38 (“To business users it is not clear when their ranking drops due to their own mistakes and transgressions and when it drops due to the proper functioning of the ranking algorithm”).

⁶¹ Cfr. inoltre Considerando 24 (“Il posizionamento dei beni e dei servizi da parte del fornitore dei servizi di intermediazione online ha un impatto importante sulla scelta del consumatore e, di conseguenza, sul successo commerciale degli utenti commerciali che offrono tali beni e servizi ai consumatori. (...) La prevedibilità fa sì che i fornitori di servizi di intermediazione online stabiliscano il posizionamento in modo non arbitrario. I fornitori dovrebbero pertanto delineare preventivamente i principali parametri che determinano il posizionamento, al fine di migliorare la prevedibilità per gli utenti commerciali, per consentire loro di comprendere meglio il funzionamento del meccanismo di posizionamento e di confrontare le pratiche di posizionamento dei vari fornitori. La concezione specifica di tale obbligo di trasparenza è importante per gli utenti commerciali, in quanto comporta l'identificazione di una serie limitata di parametri maggiormente rilevanti, a partire da un numero possibilmente molto più elevato di parametri che hanno un impatto sul posizionamento. Tale descrizione ragionata dovrebbe aiutare gli utenti a migliorare la presentazione dei loro beni e servizi, o di talune caratteristiche inerenti a tali beni e servizi.”).

renti”⁶², compromettendo così la concorrenza leale e limitando le possibilità di scelta dei consumatori, simili pratiche non sono oggetto di restrizioni.

Ciò nonostante, il Regolamento si limita a stabilire che il fornitore dei servizi di intermediazione online debba agire in maniera trasparente fornendo una descrizione e un esame appropriati per eventuali trattamenti differenziati, attraverso mezzi legali, commerciali o tecnici⁶³. Come è stato messo in luce in letteratura, simili disposizioni rischiano di avere un’efficacia molto limitata con riguardo tanto ai fornitori di servizi⁶⁴ che ai consumatori⁶⁵, anche in ragione dei limiti posti dal Regolamento all’estensione di tali obblighi, in nome della tutela del segreto industriale⁶⁶.

⁶² Cfr. Considerando 30.

⁶³ Cfr. art. 7 (“I fornitori di servizi di intermediazione online inseriscono nei loro termini e nelle loro condizioni una descrizione di qualunque trattamento differenziato che riservino o possano riservare ai prodotti o ai servizi offerti ai consumatori attraverso i servizi di intermediazione online dal fornitore di servizi stesso o da utenti commerciali controllati da detto fornitore, da un lato, e ad altri utenti commerciali, dall’altro. Tale descrizione fa riferimento alle principali considerazioni di ordine economico, commerciale o giuridico per tale trattamento differenziato.”).

⁶⁴ Cfr. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, 26.4.2018 COM (2018) 238, spec. 14 ss. (“14 ff. (‘However, while informative to the consumer, the distinction between paid-for and organic search results is not sufficient to reassure business users of fair delivery of the improved paid-for ranking service across the different consumer segments and in comparison to other competing businesses.’).”)

⁶⁵ Cfr. ad esempio, E. GOLDMAN, *Deregulating Relevancy in Internet Trademark Law*, in 54 *EMORY L.J.*, 507, 518 (2005) (“Ultimately, searchers care only about the relevancy of the information they see, and artificial divisions between “ads” and “content” mask important similarities in the searcher’s relevancy determination process”); G. LASTOWKA, *Google’s Law*, in 73 *BROOK. L. REV.*, 1327, (2008), at 1345 (“The [organic-paid] distinction ... is not important to the average user. In fact, the average Google user does not distinguish between the two types of links. According to one recent study, five out of six search engine users cannot tell the difference between sponsored links and organic results, and roughly half are unaware that a difference between the two exists.”).

⁶⁶ Tale limite è espressamente contemplato dal Considerando 27 del Regolamento, il quale dispone che ai fornitori di servizi di intermediazione online o di motori di ricerca online “non dovrebbe essere richiesto di divulgare il funzionamento dettagliato dei loro meccanismi di posizionamento, inclusi gli algoritmi”, specificando inoltre che il regolamento non pregiudica la Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l’acquisizione, l’utilizzo e la divulgazione illeciti.

7. Conclusioni

In queste pagine abbiamo mostrato come nella *platform economy* i contratti siano spesso conclusi in una condizione di disparità di potere contrattuale a vantaggio delle piattaforme. Allo stesso tempo, non è affatto chiaro se, e in che misura, stiano effettivamente emergendo – come da più parti sostenuto – soluzioni spontanee di mercato che contrastino queste disparità.

Al contrario, l'effetto combinato di clausole contrattuali, della struttura di app e siti internet e il governo di parti sostanziali del rapporto da parte di oscuri algoritmi sta determinando una sostanziale ridefinizione dei diritti e doveri a tutto vantaggio delle piattaforme, rendendo estremamente difficile un controllo pubblico trasparente sul loro operato.

Per queste ragioni, il tanto spesso invocato affidamento esclusivo a soluzioni spontanee di mercato per regolare l'economia di piattaforma trova scarse giustificazioni. E sebbene l'assenza di trasparenza sia una delle questioni di maggior rilievo nell'economia di piattaforma⁶⁷, come abbiamo visto nel paragrafo precedente l'imposizione esclusiva di obblighi di trasparenza è senz'altro insufficiente a tutelare gli utenti degli intermediari digitali.

Certamente, è molto importante riconoscere e valorizzare adeguatamente l'innegabile capacità di queste piattaforme di stabilire efficaci meccanismi di monitoraggio e controllo dei comportamenti. Tuttavia questa capacità non deve in alcun modo mettere in discussione la necessità di regole eteronome per il governo dello scambio e dei mercati, con riferimento alle tante questioni che le piattaforme non hanno gli strumenti o l'interesse a risolvere.

Se in alcuni casi la protezione del contraente debole nell'economia di piattaforma può essere garantita attraverso il ricorso alle tradizionali tutele – dalle protezioni del lavoro al diritto del consumo, fino alla responsabilità civile – in altri casi un intervento regolativo è assolutamente necessario.

Nel merito, un certo grado di regolazione preventiva è indispensabile anche negli scambi tra “pari”, in aggiunta agli ordinari rimedi di diritto comune, al fine di assicurare le condizioni base per un mercato sicuro e di qualità, almeno per il rispetto di quegli standard minimi che è ragionevole aspettarsi indipendentemente dal fatto che il servizio sia fornito o meno da un professionista.

⁶⁷ Cf. HAUSEMER, 2017, p. 8 (“One of the main issues concerning the relationship between platforms and their users relates to the lack of transparency in online p2p platform rules and practices”).

In aggiunta, dato l'effetto combinato di un controllo di tipo negoziale con uno esercitato attraverso strumenti tecnologici, è essenziale interpretare le condizioni generali di contratto predisposte dalle piattaforme in un quadro più complessivo, che tenga nel debito conto i sistemi di funzionamento e la struttura di siti, app e algoritmi, che nei fatti contribuiscono a plasmare questa complessa relazione trilaterale. In molti casi, la presenza di una piattaforma su cui avviene lo scambio, e lo stesso fatto che un certo fornitore sia ammesso ad operare su un sito, può ragionevolmente indurre a pensare che sia garantito un certo livello di qualità e di sicurezza, e spesso che sia la piattaforma stessa a fornire direttamente il servizio. Per questa ragione, l'intermediario deve essere considerato responsabile per l'eventuale confusione che abbia contribuito a creare sull'affidabilità della controparte o sull'identificazione stessa del fornitore del servizio⁶⁸, anche andando oltre il contenuto delle disposizioni contrattuali, specialmente quando vi sia una ragionevole possibilità di fraintendimento.

Non è, dunque solamente una questione di tutela del lavoro. La *platform economy* modifica radicalmente i tradizionali rapporti di forza, creando un complesso ecosistema che trasforma in profondità l'organizzazione d'impresa e la struttura dei mercati, oltre che il coordinamento del lavoro, risolvendo o mitigando alcuni fallimenti del mercato ma, allo stesso tempo, creando nuovi bisogni di tutela. Ed è per queste ragioni che, se davvero si vuole realizzare il tanto invocato "terreno di gioco neutrale", occorre pianificare fin da subito un sistema adeguato di regole, tenendo in mente che la nuova economia da "pari a pari" non sempre comporta parità di potere contrattuale.

⁶⁸ Vedi, ad esempio, ECORYS, 2017, p. 29 ("Consumers are unable to differentiate who is responsible for what with regard to the online transaction and usually contact the business with which they are dealing"); HAUSEMER, 2017 ("On the larger platforms peers are likely to be confused or misled about who is responsible when something goes wrong: platform's practices may give the impression they assume at least partial responsibility in case of problems, but their Terms and Conditions exclude any liability. (...) About 60% of peer consumers say they do not know or are not sure who is responsible when something goes wrong, what the responsibility of the platform is or if they have a right to compensation or reimbursement. About 40% of peer providers say they do not know or are not sure about their rights and responsibilities, and about 30% think they know more or less. (...) At the same time about 85% of peer consumers find it important or very important that P2P platforms are clear and transparent about who is responsible when something goes wrong"); MÖHLMANN, 2016 ("Trust in the platform has a positive effect on the trust in peers' sharing on this platform").