



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**  
**Cattedra di Diritto Privato Comparato**

**L'INTERMEDIAZIONE ONLINE: IL RUOLO MEDIATIVO-  
COMPOSITIVO DELLE PIATTAFORME DIGITALI**

**RELATORE**

**Chiar.ma Prof.ssa**  
**Barbara De Donno**

**CANDIDATA**

**Eleonora Maggio**  
**Matr. 128073**

**CORRELATORE**

**Chiar.mo Prof.**  
**Eugenio Ruggiero**

**Anno accademico 2017-2018**

# SOMMARIO

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>4</b>
--------------------------	----------

## **CAPITOLO 1**

<b>INTERMEDIAZIONE DIGITALE: DALLA <i>SHARING ECONOMY</i> ALLA COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE.....</b>	<b>9</b>
---	----------

1. Premessa.....	9
2. Il mercato digitale: l' <i>e-commerce</i> (brevi cenni).....	11
3. La <i>sharing economy</i> .....	16
4. La piattaforma <i>online</i> .....	23
4.1 Situazione italiana: una proposta di legge per la disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione.....	26
5. Sistemi reputazionali.....	35
6. Strumenti di risoluzione delle controversie.....	43
7. Ruolo mediativo/compositivo degli intermediari digitali: i tre macro-modelli.....	45

## **CAPITOLO 2**

<b>ANALISI DI UN CASO: EBAY.....</b>	<b>56</b>
--------------------------------------	-----------

1. Cenni storici.....	56
2. Modalità di vendita: la natura legale delle aste <i>online</i> .....	59
3. Ebay non è un banditore d'asta tradizionale.....	62
3.1 Applicazione del "Three-prong Test" per determinare la classificazione legale delle aste <i>online</i> .....	64
4. Ebay offre un servizio della società dell'informazione.....	73
5. Regime di responsabilità di eBay.....	76
6. Fiducia e reputazione su eBay: il sistema dei <i>feedback</i> .....	84
6.1 Difetti del sistema.....	88
6.2 Possibili soluzioni per migliorare il sistema.....	93
6.3 Responsabilità di eBay per il funzionamento del suo sistema reputazionale.....	96
7. Strumenti volti alla prevenzione e risoluzione delle controversie.....	106
7.1 Il sistema di risoluzione delle controversie di eBay.....	107

## **CAPITOLO 3**

### **DALL'ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ALL'ONLINE DISPUTE**

#### **RESOLUTION.....113**

1. Premessa.....	113
2. ODR: definizione e svolgimento.....	114
3. Vantaggi dell'ODR.....	122
4. Svantaggi dell'ODR.....	124
5. ODR <i>hard</i> e ODR <i>soft</i> .....	129
6. Processi ODR <i>hard</i> in dettaglio.....	134
6.1 Negoziazione automatizzata o “offerta cieca”.....	134
6.2 Negoziazione assistita.....	135
6.3 Mediazione.....	137
6.4 Arbitrato.....	138
6.5 Il processo UDRP.....	141
6.6 Principali sistemi di ODR <i>hard</i> esistente.....	149
7. Quadro giuridico dell'UE.....	154
7.1 Lo <i>European Extra Judicial Network</i> (c.d. ECC-Net).....	159
7.2 La piattaforma ODR promossa dall'UE.....	160
7.3 Criticità del regolamento 524/2013/UE.....	169
8. Verso un ODR globale: il lavoro del Working Group III.....	172
8.1 Osservazioni sull'anatomia di un modello di ODR globale.....	178
9. Delocalizzazione della procedura ODR e <i>Internet jurisdiction</i> .....	186

#### **CONCLUSIONI.....193**

#### **BIBLIOGRAFIA.....197**

#### **GIURISPRUDENZA.....208**

## INTRODUZIONE

Negli ultimi anni l'avvento di Internet e il successivo sviluppo del *World Wide Web* (o semplicemente il *web*) hanno inaugurato una nuova era di comprensione del mondo, soprattutto per quanto attiene l'interazione umana e il modo di intendere i rapporti. Oggi è possibile comunicare senza che le barriere geografiche costituiscano un ostacolo, in un ambiente (il *cyberspazio*) che per sua natura non conosce confini. Il *web* non costituisce soltanto un mezzo di comunicazione in continua e rapida evoluzione, ma anche uno strumento di *business* ormai privilegiato. Infatti, in un contesto siffatto anche le modalità di conduzione delle attività economiche e commerciali hanno conosciuto importanti cambiamenti: il commercio tradizionale si è trasformato in un nuovo tipo di commercio elettronico – il c.d. *e-commerce* – un nuovo modo di scambiare beni e servizi in un ambiente totalmente digitale, che si avvale di tutti gli strumenti offerti dall'evoluzione tecnologica e, quindi, soggetto a continuo mutamento ed evoluzione.

L'*e-commerce* comprende “*qualsiasi forma di transazione commerciale in cui le parti interagiscono elettronicamente piuttosto che tramite scambi fisici o contatto fisico diretto*”<sup>1</sup> e presenta diversi vantaggi rispetto al commercio tradizionale: prezzi più bassi, scelta più ampia, un numero maggiore di fornitori e acquirenti di beni e servizi, con conseguente aumento della diversità e della concorrenza sul mercato, migliori informazioni per i consumatori (tradizionalmente situati nel polo svantaggiato di quell'asimmetria informativa che caratterizza i rapporti commerciali con i professionisti). In un mercato che elegge come sua sede esclusiva il *web* il contatto personale tra venditori, distributori e acquirenti diventa obsoleto poiché un'intera transazione può essere conclusa attraverso un solo contatto impersonale.

---

<sup>1</sup> K. ALBOUKREK, Note, *Adapting To a New World of E-Commerce: The Need for Uniform Consumer Protection in the International Electronic Marketplace*, 35 GEO. WASH. INT'L L. REV. 427 (2003) (citando L. ENOS, *Lawyers Call for International Web Standards*, E-COM. TIMES, (disponibile online su <http://www.ecommercetimes.com/story/3744.html>).

L'*e-commerce business-to-business* (B2B) e *business-to-consumer* (B2C) è cresciuto esponenzialmente nell'ultimo decennio: alla fine degli anni Novanta all'incirca tra il 2% e il 5% della popolazione mondiale utilizzava Internet<sup>2</sup>; nel 2018 il numero degli utenti connessi sul *web* ha sorpassato la soglia dei 4 miliardi di persone (più della metà della popolazione mondiale)<sup>3</sup>, distribuite in tutte le aree geografiche del mondo. Anche l'accettazione di Internet come una piattaforma di scambio commerciale è aumentata e continua ad aumentare, poiché il numero di transazioni commerciali che i consumatori completano *online* è in rapido aumento, così come la quantità di denaro che essi spendono nelle transazioni sul *web*<sup>4</sup>.

Protagonista indiscusso dell'*e-commerce* è la piattaforma digitale, che offre a consumatori e professionisti gli strumenti necessari per commerciare in rete e ha favorito la nascita e lo sviluppo della c.d. "economia della condivisione" o *sharing economy*. Si tratta del fenomeno sempre più diffuso della commercializzazione di beni e servizi direttamente da parte dei consumatori verso altri consumatori, nel quadro di relazioni completamente *inter pares* – cc.dd. transazioni *consumer-to-consumer* (C2C). Sebbene il volume delle transazioni virtuali C2C sia cresciuto lentamente rispetto alle transazioni B2B, l'impatto di questa area di commercio non deve essere sottovalutato.

I siti di aste *online* sono diventati il mezzo principale per facilitare le transazioni C2C; eBay è diventato l'epitome delle transazioni C2C, con oltre 203 milioni di utenti registrati e oltre 400.000 nuovi articoli aggiunti al sito ogni giorno<sup>5</sup>. EBay si

---

<sup>2</sup> Vedi *Internet World Stats: Usage and Population Statistics*, INTERNETWORLDSTATS.COM, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

<sup>3</sup> Vedi l'indagine "Global Digital 2018" condotta da "We Are Social" in collaborazione con "Hootsuite", la piattaforma di social media management più utilizzata a livello mondiale; disponibile online su <https://www.slideshare.net/wearesocial/digital-in-2018-global-overview-86860338>.

<sup>4</sup> Vedi *E-Commerce & Internet Industry Over-view*, PLUNKETT RESEARCH LTD., <http://www.plunketresearch.com/Industries/ECommerceInternet/ECommerceInternetStatistics/tabid/167/Default.aspx>.

<sup>5</sup> EBay, Analyst Day Report, 10-12, disponibile online su <http://files.shareholder.com/downloads/ebay/62861142x0x40833/40a8ae24-730b-46fe-9b85->

autodefinisce “il mercato *online* del mondo” e sottolinea che è “la destinazione commerciale più popolare su Internet”<sup>6</sup>.

L’aumento da parte del consumatore dell’uso di Internet come mercato virtuale dà origine a nuovi problemi di protezione della categoria più debole, soprattutto nelle tradizionali relazioni *business-to-consumer*. Gli interventi legislativi effettuati nei diversi ordinamenti per garantire la protezione dei consumatori trovano difficoltà ad essere applicati sul *World Wide Web*, a causa delle peculiarità dell’*e-commerce*, che lo differenziano dal commercio *offline*, richiedendo interventi ulteriori e diversificati. Le transazioni *online* sono – nella maggior parte dei casi – di carattere transfrontaliero; il conflitto tra lingue e *background* legali e culturali diversi potrebbero causare controversie sulla prestazione del contratto. Questo tipo di transazioni solleva, dunque, nuove domande in merito alla scelta delle soluzioni giuridiche, alla costruzione e all’interpretazione del contratto, nonché a quali tutele possono essere disponibili per un consumatore insoddisfatto. Ad aggravare questo problema è il fatto che non esiste “nessun singolo set di norme giuridiche internazionali applicabili al commercio elettronico”<sup>7</sup>.

Questo significativo sviluppo dell’*e-commerce* nell’ultimo decennio e la prevista crescita futura hanno stimolato la nascita di varie iniziative pubbliche e private volte a fornire dei rimedi alle imprese e ai consumatori coinvolti in controversie interne derivanti da transazioni *online*.

Le controversie che sorgono sul *web* possono variare notevolmente e spesso sono estremamente difficili da gestire per una serie di motivi, tra cui: l’elevato volume di

---

457add3d3470/AnalystDay\_2006.pdf.

<sup>6</sup> EBay, Riguardo eBay, <http://pages.ebay.com/aboutebay.html>.

<sup>7</sup> K. ALBOUKREK, at 425-26 (citando F. M. GREGURAS, *An Overview of Global E-Commerce Legal Issues, Uncertain International Legal Rules* 3 (2000), disponibile online su <http://www.gigalaw.com/articles/2000-all/greguras-2000-03-all.html>).

richieste, il contrasto tra il basso valore della transazione e l'alto costo del contenzioso, la difficoltà di applicazione delle sentenze straniere.

Per tali motivi nel nuovo millennio le piattaforme (pubbliche e private) hanno iniziato a mettere a disposizione dei servizi di risoluzione delle controversie, che potessero essere alternativi alla giurisdizione tradizionale e condotti interamente *online*: si tratta delle cc.dd. *Online Dispute Resolution* (ODR). A differenza di altri processi di risoluzione delle controversie, l'ODR è un meccanismo rapido, efficiente, flessibile e poco costoso per gestire le controversie nel commercio elettronico, sia a livello nazionale che transfrontaliero. I processi ODR forniscono risoluzioni integrate direttamente nei siti *web* e nei flussi delle transazioni, anziché essere imposti da un'autorità giudiziaria centrale completamente estranea all'ambiente *online* in cui il problema è sorto. L'ODR offre chiari vantaggi sia agli acquirenti che ai venditori: i consumatori apprezzano la capacità di risolvere i loro problemi in modo rapido e poco costoso, e i commercianti il modo in cui i consumatori sono maggiormente disposti a fare acquisti (e pagano prezzi più alti) quando sanno che un processo di risoluzione equo ed efficace è a loro disposizione.

Nonostante i numerosi vantaggi, gli utenti sembrano ancora piuttosto scettici nei confronti di questi strumenti e dell'ambiente *online* in generale. Per tale motivo le piattaforme digitali sono intervenute non soltanto per offrire delle soluzioni agevolate nel caso in cui sorgano delle controversie a seguito della conclusione delle transazioni in rete, ma anche per prevenirne l'insorgenza, con degli interventi *ex ante*, tra cui si segnala soprattutto l'implementazione della fiducia *online* grazie alla creazione di sistemi reputazionali costruiti direttamente con i *feedback* degli utenti.

Quello che finora sembra non essere stato posto in adeguato risalto dalla dottrina è proprio il ruolo mediativo e compositivo delle controversie svolto dagli intermediari digitali con riferimento ai conflitti delle parti di una transazione conclusa grazie al ruolo di facilitatore della intermediazione.

Nel corso della presente trattazione verranno analizzate alcune delle problematiche legate alla nascita e allo sviluppo dell'*e-commerce* e le principali sfide che il legislatore si trova a dover affrontare nel tentativo di disciplinare questo settore, in continua crescita e mutazione e tendente all'autoregolamentazione.

Il primo capitolo sarà dedicato ad un'analisi generale del fenomeno dell'*e-commerce* e della conseguente affermazione della *sharing economy*, sottolineando l'importanza delle piattaforme digitali, il loro ruolo nelle transazioni *online* e la difficoltà di classificazione giuridica delle stesse ai fini dell'accertamento del regime di responsabilità nei confronti degli utenti. Il secondo capitolo tratterà nello specifico il caso di uno dei più noti siti di *marketplace*: eBay, si partirà dalla sua qualificazione giuridica e dalla definizione del regime di responsabilità (in un'analisi comparata degli ordinamenti UE e USA), fino ad arrivare alla descrizione del sistema reputazionale improntato dal sito, con le sue possibili distorsioni, e alla descrizione dei meccanismi di risoluzione delle controversie *online* che la piattaforma offre ai propri utenti. E proprio questi meccanismi – cc.dd. ODR – saranno oggetto di un'analisi generale del terzo capitolo, nel quadro di uno sforzo di globalizzazione degli stessi.

## CAPITOLO 1

### **INTERMEDIAZIONE DIGITALE: DALLA *SHARING ECONOMY* ALLA COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE**

*Sommario: 1. Premessa. -2. Il mercato digitale: l'e-commerce (brevi cenni). -3. La sharing economy. -4. La piattaforma online. -4.1 Situazione italiana: una proposta di legge per la disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione. -5. Sistemi reputazionali. -6. Strumenti di risoluzione delle controversie. -7. Ruolo mediativo/compositivo degli intermediari digitali: i tre macro-modelli.*

#### ***1. Premessa***

Nell'era della tecnologia, in continua evoluzione e soggetta a grandi mutamenti, il diritto si trova di fronte alla sfida di regolamentare una realtà nuova e multiforme. Primo fra tutti il settore dell'*e-commerce*, il commercio digitale che si serve degli strumenti tecnici predisposti da nuove figure di intermediari digitali. Le logiche sottese a questa nuova forma di scambio, le caratteristiche principali che lo rendono unico e assolutamente nuovo, fanno in modo che non possono applicarsi automaticamente le norme vigenti che governano il mercato tradizionale. La sfida del legislatore, soprattutto di quello dell'Unione Europea, è innanzitutto quella di saper intervenire tenendo conto delle peculiarità che il fenomeno presenta. L'*e-commerce* se da un lato richiede una regolamentazione e non può svilupparsi meramente secondo la c.d. "legge del libero mercato", dall'altro presenta numerosi vantaggi che un intervento esterno potrebbe limitare, ponendo un freno al suo sviluppo.

Questo capitolo affronterà proprio alcune delle tematiche più delicate (e ancora parzialmente insolite), legate al tema del commercio elettronico. Si procederà ad una breve descrizione e definizione del fenomeno (par. 2), per poi soffermarsi

sull'importanza sempre crescente degli intermediari digitali nel quadro della c.d. "economia della condivisione" o *sharing economy* (par. 3). Proprio la natura giuridica di queste piattaforme *online* solleva delle questioni in merito al loro regime di responsabilità nei confronti degli utenti - specialmente consumatori – che si servono di esse per concludere transazioni commerciali, e per la definizione della quale gli interventi normativi a livello dell'UE appaiono ancora non del tutto soddisfacenti (par. 4).

D'altra parte gli intermediari digitali, consapevoli dei profili problematici legati al loro utilizzo e nel tentativo di invogliare gli utenti a partecipare al mercato *online* rendendolo più sicuro, hanno implementato dei sistemi volti alla prevenzione di condotte distorsive e, nell'eventualità che sorgano liti, alla risoluzione delle controversie. Tra le strategie preventive, la principale è sicuramente la creazione di un sistema di *feedback* reputazionale degli utenti che rende edotti i potenziali acquirenti della fama commerciale e dell'affidabilità della controparte. Nonostante i grandi vantaggi che questo sistema comporta, la prassi ha dimostrato che è comunque possibile per i truffatori porre in essere condotte volte a aggirare il forum di *feedback*, e servirsene per perseguire fini fraudolenti. Spesso gli acquirenti vittime di frodi si trovano senza la possibilità di ottenere un rimborso, sia per la facilità dei venditori di nascondere la propria identità dietro un ID di fantasia, sia perché allo stato attuale le piattaforme digitali beneficiano di un'esenzione da responsabilità prevista dal diritto UE per i "fornitori dei servizi della società dell'informazione". Si rende necessario, dunque, un intervento per regolamentare anche tale fenomeno (par. 5).

Ma la grande novità è costituita dal ruolo mediativo – compositivo delle controversie assunto dagli intermediari digitali: le piattaforme hanno iniziato a predisporre dei meccanismi tutti privati di risoluzione delle controversie e direttamente gestiti da loro (par. 6). Il ricorso a tali sistemi e la loro operatività sollevano, però, diversi dubbi riguardo alla obbligatorietà e all'*enforcement* delle decisioni prese, problemi acuiti dalla non uniformità dei vari meccanismi istituiti da ciascuna piattaforma e dalle caratteristiche specifiche di ciascuna di essi, che suggeriscono, quantomeno, la necessità di una classificazione generale (par. 7).

## 2. Il mercato digitale: l'e-commerce (brevi cenni)

Dalla fine del secolo scorso ad oggi, lo sviluppo tecnologico e la nascita di Internet hanno comportato una radicale modifica dei tradizionali schemi di mercato, favorendo la nascita di nuove prassi commerciali e di un vero e proprio mercato digitale, in cui il commercio di beni e servizi avviene attraverso piattaforme *online*. L'avvento delle ICT (*Information and Communication Technologies*) non soltanto ha condotto verso una digitalizzazione della società, ma ha provocato anche il passaggio dall' "economia delle cose" alla "*net-economy*", un'economia basata sul flusso incessante delle informazioni, in cui il *web* diviene strumento principe di comunicazione e pubblicizzazione dei propri prodotti per le imprese e luogo eletto come privilegiato per lo svolgimento delle stesse operazioni di compravendita. Questo è quello che viene definito *Electronic Commerce* e meglio conosciuto ormai come *e-commerce*, una modalità di commercio che ha permesso di travalicare le barriere geografiche, consentendo il conseguente aumento di potenziale clientela per le imprese che vi operano, a fronte di un notevole abbassamento dei costi e, d'altra parte, ha facilitato gli acquisti per gli stessi compratori, che eliminano così costi e tempi legati agli spostamenti. Il fenomeno ha avuto le sue origini all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso riguardando inizialmente i soli rapporti intercorrenti tra imprese (b2b) e tra imprese e consumatori finali (b2c), ma è solo negli ultimi anni che ha conosciuto uno sviluppo vertiginoso fino a coinvolgere le relazioni *inter pares* (c2c).

Volendo dare una definizione precisa e dettagliata della nuova modalità di commercio, definita anche come *new economy*, non può essere taciuta la Comunicazione della Commissione UE 97/157 in cui il commercio elettronico è definito come "*lo svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica che comprende attività diverse quali la commercializzazione dei beni e servizi per via elettronica, la distribuzione on-line di contenuti digitali, l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa, gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo della Pubblica Amministrazione*"<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Comunicazione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle

L'*e-commerce* rappresenta dunque un canale alternativo di vendita e acquisto dei prodotti e identifica l'insieme delle transazioni commerciali aventi ad oggetto beni e servizi, intercorrenti tra il produttore e il consumatore che utilizzano un'infrastruttura di rete. Tali transazioni possono essere effettuate interamente *online* e in tal caso la prestazione sarà essenzialmente automatizzata, oppure soltanto parzialmente, quando pagamento e spedizione vengano ultimati al di fuori degli strumenti della rete, secondo gli schemi del mercato tradizionale.

Dal punto di vista dei soggetti coinvolti nelle transazioni, l'*e-commerce* può essere classificato in diverse tipologie che fanno riferimento a rapporti giuridici differenti e a cui si applicano discipline distinte. Quattro sono le forme principali:

1. *Business to Business (b2b)*, in cui soggetti coinvolti sono i professionisti che instaurano relazioni negoziali tra di loro attraverso la rete Internet. Non è necessario che gli operatori economici appartengano al medesimo settore professionale. Ciò che rileva è la posizione di parità dal punto di vista della capacità economica, che non pone alcun problema giuridico di tutela della parte "debole";
2. *Business to Consumer (b2c)*, che riguarda le transazioni commerciali tra impresa e consumatore finale e costituisce il modello di rapporto più comune e conosciuto. Per questo tipo di relazioni contrattuali l'attenzione dell'ordinamento si concentra sulla tutela del consumatore, parte debole del rapporto negoziale rispetto all'azienda fornitrice che predispone nella maggior parte dei casi unilateralmente le condizioni di contratto;
3. *Consumer to Consumer (c2c)*, forma di *e-commerce* relativamente recente che vede come protagonisti i soli consumatori. Si fa riferimento soprattutto ai siti di aste *online* in cui la piattaforma digitale funge da facilitatore nell'incontro tra offerta e domanda e in cui sia i venditori che i compratori sono soggetti privati. Vi rientrano anche le relazioni c.d. *Peer to Peer (p2p)*, un sistema di condivisione di risorse tra "pari" capaci di auto-organizzarsi in cui ogni "peer"

---

Regioni, *Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*, 15/04/1997 COM (97) 157.

condivide una risorsa ricevendone in cambio un'altra (es. rete di condivisione di file: c.d. *file-sharing*);

4. *Consumer to Business (c2b)*, particolare forma di transazione che ha visto la luce di recente ed è ancora in via di sviluppo, in cui sono i consumatori a definire il prezzo che sono disposti a pagare per un determinato bene o servizio, mentre le imprese dovranno accettare o meno l'offerta.

Nonostante le prime difficoltà nell'espansione e diffusione dell'*e-commerce* dovute in parte al problema di standardizzazione delle tecnologie impiegate, in parte alla scarsa fiducia che i consumatori riponevano sul sistema *online* – soprattutto in merito alla modalità di effettuazione dei pagamenti-, a partire dal 2014 il valore dell'*e-commerce* globale ha conosciuto un aumento vertiginoso. Leader nel settore sono Stati Uniti e Cina, ma anche in Europa la Commissione Europea si è posta l'obiettivo di portare almeno un terzo delle PMI a commerciare *online* entro il 2020 e in tal senso ha stanziato parte dei fondi di finanziamento del programma *Digital Growth 2014 -2020*<sup>9</sup>.

Volgendo lo sguardo verso il nostro ordinamento interno e la regolamentazione del fenomeno, occorre da subito notare che il Codice del Consumo non contiene una disciplina specifica, ma rinvia al D. Lgs. 9 aprile 2003 n. 70 che ha attuato la direttiva UE sul commercio elettronico n. 2000/31/CE<sup>10</sup>, direttiva mirata alla creazione di un vero e proprio spazio senza frontiere per i servizi della società dell'informazione, attraverso la predisposizione di un sistema di regole uniformi per questa fetta di mercato che per le sue caratteristiche precipue appare senza confini. Obiettivo principale del diritto UE è quello di eliminare gli ostacoli che minano lo sviluppo del commercio elettronico e di promuovere la libera circolazione dei servizi legati alla società dell'informazione; in tal senso il legislatore UE si è preoccupato innanzitutto di garantire il libero accesso al mercato digitale senza la necessità di una preventiva

---

<sup>9</sup> E-commerce Europa 2014, Commissione Europea 2015, eMarketer 2014, BritOra 2014.

<sup>10</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Gazzetta Ufficiale C.E. n.L 178 del 17 luglio 2000).

autorizzazione (salvi i casi relativi a settori che per la loro peculiarità sono regolati *ad hoc*).

Il legislatore italiano, invero, si è mantenuto piuttosto fedele alla direttiva lasciando dei vuoti interpretativi per la giurisprudenza nella disciplina di alcune situazioni che avrebbero richiesto maggiori delucidazioni e precisazioni in sede di legislazione nazionale. Innanzitutto il decreto si occupa di circoscrivere l'ambito di applicazione della normativa (la vendita di beni e servizi svolta tramite Internet, appunto) elencando una serie di materie che vi restano escluse, quali gioco d'azzardo, rapporti con l'amministrazione finanziaria e trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni. Il D.Lgs. 70/2003, dunque, non esaurisce la disciplina del commercio elettronico, che è regolamentata anche dalle norme in tema di *privacy*, di vendita a distanza, ecc. Ai fini della presente trattazione è sufficiente elencare brevemente le principali questioni giuridiche affrontate: il legislatore nazionale, in conformità al diritto UE, ha disciplinato alcuni settori fondamentali quali la disciplina giuridica dello stabilimento dei prestatori di beni o servizi della società dell'informazione, il regime delle comunicazioni commerciali, la disciplina dei contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, la composizione extragiudiziarica delle controversie, i codici di condotta, i ricorsi giurisdizionali e la cooperazione tra Stati membri. Vengono posti particolari obblighi informativi in capo al prestatore del servizio/fornitore e sono regolamentate dettagliatamente le modalità di esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, nel quadro di un regime di *favor* per la parte "debole" del rapporto negoziale e in deroga alle regole di diritto comune.

Ma l'elemento più importante ed innovativo del Decreto è costituito dall'art. 13 sul momento conclusivo del contratto telematico. La norma ha chiarito i dubbi della dottrina e della giurisprudenza, prima discordanti, introducendo una novità rilevante, almeno in termini formali, rispetto all'analogia disciplina prevista dal codice civile. Gli artt. 1326 e 1335 c.c., infatti, dispongono che il contratto si considera concluso quando l'accettazione perviene all'indirizzo del proponente, a meno che questi dimostri di essere stato impossibilitato ad averne notizia senza sua colpa; il Decreto, invece, rende operativa la presunzione di conoscenza dal momento in cui il destinatario del

messaggio ha la possibilità di accedervi e impone al proponente di comunicare all'accettante la ricezione dell'accettazione. Il legislatore nazionale, in questo caso, ha riprodotto fedelmente quanto disposto dall'art. 11 della Direttiva nel momento in cui sancisce che, salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario, e l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi. La comunicazione dell'avvenuta ricezione dell'accettazione, che può essere fornita anche tramite *e-mail*, costituisce dunque il momento di conclusione del contratto telematico, non essendo più necessaria - al contrario - una conferma ulteriore da parte dell'utente in merito al ricevimento della ricevuta di ritorno, come invece stabiliva la prima proposta di Direttiva.

Un'ulteriore questione riguarda l'individuazione del luogo di conclusione del contratto stipulato a mezzo Internet. Secondo la disciplina generale del contratto, questo si considera concluso nel luogo in cui si trova il proponente al momento in cui ha notizia dell'accettazione, ossia nel luogo in cui l'accettazione giunge all'indirizzo del proponente. Quindi, se il proponente ha notizia dell'accettazione in un luogo diverso dal suo indirizzo rileva, in ogni caso, detto diverso luogo. Per quanto attiene ai contratti telematici è evidente che la soluzione del problema del luogo di conclusione deve essere ricavata dalle peculiarità del mezzo di trasmissione utilizzato e dalla logica interpretativa, codificata dalla Convenzione di Roma, che sta alla base della legge applicabile ai contratti. Nell'ipotesi, quindi, di stipula del contratto via *e-mail* il luogo di conclusione sarà il luogo fisico dove si trova collocato il *server* della società *provider* con cui è stato stipulato il contratto di accesso e dove è stato assegnato uno spazio di memoria per l'indirizzo *e-mail* assimilato all'indirizzo di cui all'art. 1335 c.c.; nel caso di stipula direttamente tramite il sito Internet varrà, a maggior ragione, la stessa regola. I contratti virtuali stipulati a distanza o tra presenti per connessione diretta, senza la mediazione del *provider*, si reputeranno, invece, conclusi nel luogo in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.

Quando l'accordo telematico si forma non in base al procedimento ordinario di cui all'art. 1326 c.c., ma mediante il procedimento speciale di cui all'art. 1327 c.c., cioè mediante inizio dell'esecuzione, il luogo di conclusione del contratto andrà identificato

non più con il luogo in cui il proponente riceve la dichiarazione negoziale di accettazione, bensì con il luogo di inizio dell'esecuzione. È necessario, inoltre, precisare che lo status del contraente gioca un ruolo di notevole rilevanza nell'individuazione del luogo di conclusione del contratto. Diversa sarà la soluzione a seconda che l'accettante sia un professionista in senso ampio, o un consumatore. Nel primo caso si applicheranno i principi generali esposti; nel secondo caso, prevarrà il luogo di residenza del consumatore anche ai fini della determinazione del foro competente in caso di controversia.

### **3. *La sharing economy***

Gli antecedenti storici della *sharing economy* possono essere rinvenuti in pratiche insite nella storia degli esseri umani quali l'attuazione di forme di mutualità e di cooperazione sociale. La nuova economia della condivisione, caratterizzata dalla dimensione tecnologica e dal conseguente libero flusso di informazioni, ha creato un'inedita forma di mercato ardua da concettualizzare. Nel 2014 il Comitato economico e sociale europeo ha pubblicato un parere sul consumo collaborativo descrivendo le pratiche accomunate sotto l'etichetta di *sharing economy* come attività di produzione e scambio riconducibili alla «*maniera tradizionale di condividere, scambiare, prestare, affittare e regalare ridefinita attraverso la tecnologia moderna e la comunità*»<sup>11</sup>. La fiducia che emerge nel parere verso tali pratiche si spinge fino a predirne un ruolo determinante nella soluzione della crisi economica e finanziaria e nel rilancio dell'economia. Nel 2015 l'*Oxford Dictionary* ha definito la *sharing economy* come «*un sistema economico nel quale beni o servizi sono condivisi tra privati, gratuitamente o in cambio di una somma di denaro, tipicamente attraverso*

---

<sup>11</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Il consumo collaborativo o partecipativo: un modello di sviluppo sostenibile per il XXI secolo» (parere d'iniziativa), Bruxelles, 21 gennaio 2014, relatore: HERNÁNDEZ BATALLER, reperibile sul sito <<http://eur-lex.europa.eu>>.

*Internet*»<sup>12</sup>.

Tre sono le forze interconnesse che hanno dato origine alla *sharing economy*: la tecnologia, la fiducia e la pressione economica moderne<sup>13</sup>. Il progresso e la creazione delle nuove tecnologie, infatti, hanno provocato un estremo abbassamento dei costi di comunicazione, coordinamento e controllo dei comportamenti degli attori del mercato, e hanno consentito un libero flusso di informazioni. Tali informazioni sono alla base dei sistemi reputazionali (vd. par. 5), meccanismi ideati dalle piattaforme digitali (prima fra tutte eBay) per accrescere la fiducia degli utenti e garantire il corretto funzionamento del mercato. Altro fattore che ha condotto alla nascita della *sharing economy* è costituito dalle pressioni economiche e culturali. Non a caso è tra il 2008 e il 2010 (all'indomani della crisi economica globale) che sono nate le principali imprese di *sharing economy* come risposta alle istanze post-recessione. Il combinarsi di questi tre elementi ha dato origine a due fenomeni alla base delle nuove strutture economiche: l'«economia dell'accesso», ossia un modello di consumo che si fonda sull'accesso temporaneo e condiviso e che si pone in alternativa al c.d. consumo proprietario, e la «disintermediazione», ovvero la riduzione degli intermediari tradizionali a causa del proliferare delle piattaforme *online*, che ha permesso l'incontro diretto degli attori economici privati (*peer-to-peer*)<sup>14</sup>. Tuttavia quanto alla caratteristica di utilizzo di capacità in eccesso nella *sharing economy*, questa sta, di recente, perdendo di absolutezza giacché taluni tra gli utenti delle piattaforme digitali stanno iniziando a offrire *online* beni e servizi nel modo tradizionale, assumono dipendenti, acquistano spazio e beni, agendo dunque sempre più come imprese tradizionali<sup>15</sup>.

Sebbene nell'immaginario comune la *sharing economy* venga identificata con i nuovi colossi a livello globale (quali *Airbnb* e *Uber*), secondo molti studiosi sarebbe corretto parlare di condivisione soltanto al di fuori delle logiche di mercato e senza che vi sia

---

<sup>12</sup> «An economic system in which assets or services are shared between private individuals, either for free or for a fee, typically by means of the Internet» e.g. *thanks to the sharing economy you can easily rent out your car, your apartment, your bike, even your wifi network when you don't need it*, <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/sharing-economy>.

<sup>13</sup> A. STEMLER, *Betwixt and between: regulating the shared economy*, 43 *Fordham Urb. L.J.* 31, 2016.

<sup>14</sup> G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, in *Foro It.*, 2015, V, 3.

<sup>15</sup> A. STEMLER, *Betwixt and between: regulating the shared economy*, op. cit.

una remunerazione<sup>16</sup>, laddove le pratiche di mercato andrebbero invece intese come una mera evoluzione dell'economia dei servizi (c.d. *rental economy*). In taluni casi, infatti, la *sharing economy* ha portato addirittura ad una accentuazione della sottoposizione delle attività economiche alle logiche del mercato, nonché a processi di creazione di mercati prima inesistenti o di rilevanza trascurabile (c.d. *commodification*)<sup>17</sup>. Questi sono casi di condivisione soltanto apparente e definita come *pseudo-sharing*<sup>18</sup> e vanno distinti da quelli in cui la remunerazione è assente o meramente eventuale e che riflettono valori simili alla divisione e distribuzione delle risorse in ambito domestico, con l'allargamento della cerchia di persone coinvolte (*sharing-out*)<sup>19</sup>. L'esempio più noto è quello della condivisione delle auto e dei relativi costi attraverso l'uso contemporaneo (*ridesharing*) o turnario (*carpooling*).

È stato sottolineato il ruolo da protagonista delle piattaforme *online* nell'economia della condivisione. Queste sono *peer-to-peer* perché decentralizzate rispetto a entrambe le parti, a differenza delle piattaforme *single-side* che offrono direttamente i propri beni e servizi agli utenti (es. Amazon). Infatti i mercati della *sharing economy* sono qualificabili a due o più versanti (*two-sided* o *multi-sided markets*)<sup>20</sup>, giacché

---

<sup>16</sup> J. ORSI, E. DOSKOW, *Four Degrees of Sharing*, in *Shareable*, 16-9-2009; Id., *Sharing is Caring. But Not in the Sharing Economy*, in *Huff Post Tech*, 25-7-2014, [http://www.huffingtonpost.com/brad-chase/sharing-is-caring-but-not-millennials\\_b\\_5618963.html](http://www.huffingtonpost.com/brad-chase/sharing-is-caring-but-not-millennials_b_5618963.html).

<sup>17</sup> I beni "passaggio in auto" o "stanza libera", che fino ad un recente passato non potevano essere scambiati o condivisi se non in pochi casi marginali, sono oggi al centro di modelli economici di dimensioni relevantissime. Inoltre la *sharing economy* ha spesso provocato una drastica riduzione dei costi di molti beni e servizi dovuta principalmente alla diminuzione degli intermediari, favorendo così l'inasprimento delle dinamiche concorrenziali, soprattutto in comparti fortemente regolati e rimasti finora al riparo dal gioco della concorrenza.

<sup>18</sup> R. BELK, *Sharing Versus Pseudo-Sharing in Web 2.0*, in *The Anthropologist*, 2014 - Taylor & Francis, 7 ss.

<sup>19</sup> T. INGOLD, *The Appropriation of Nature: Essays on Human Ecology and Social Relations*, University of Iowa Press, 1987.

<sup>20</sup> J. ROCHET - J. TIROLE, *Platform competition in two sided markets*, 1(4) *J. Eur. Econ. Assoc.* 990, 2003; D.S. EVANS, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, 20(2) *Yale J. on Reg.* 325, 2003; B. CAILLAUD - B. JULLIET, *Chicken & egg: competition among intermediation service providers*, 34(2) *Rand J. Econ.* 309, 2003; B. CAILLAUD - B. JULLIET, *Competing cybermediaries*, 45(4-6) *Eu. Econ. Rev.* 797, 2001; D.S. EVANS - R. SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, 2012,

l'impresa che gestisce la piattaforma funge da luogo di incontro fra gruppi interdipendenti di agenti economici per meglio coordinare domanda e offerta, facilitando l'interazione tra le parti.

I contratti della *sharing economy* possono essere a titolo oneroso o a titolo gratuito. Tuttavia alle tradizionali forme di profitto e remunerazione si aggiungono dei modelli inediti che rispondono ora a logiche di reciprocità piena - e quindi tendenti al profitto -, ora di reciprocità indiretta in cui la contropartita è soltanto eventuale, ora a scopi sociali. Tali sistemi innovativi si basano sulla contribuzione volontaria («*pay as you wish*»), sulla diversificazione dell'offerta gratuita e a pagamento (ad esempio, con le formule «*free-mium*»), sulla creazione di servizi e sulla vendita di beni complementari<sup>21</sup>. Nel tentativo di un inquadramento generale delle tipologie contrattuali della *sharing economy* bisogna distinguere, poi, tra i rapporti intercorrenti esclusivamente tra privati e quelli che si instaurano tra le parti e il professionista gestore della piattaforma. Questi ultimi, infatti, sono contratti *business to consumer (b2c)* e ciò comporta l'applicazione della normativa consumeristica di favore per la parte più "debole", in deroga alla disciplina di diritto comune; deroga che non si applica, invece, ai contratti conclusi tra le parti (*p2p*) che rientrano nel modello tradizionale di incontro delle volontà di soggetti privati in una posizione di parità. Talvolta, però, una transazione formalmente *peer-to-peer* può vedere come protagonista anche un professionista che si avvale della piattaforma *p2p* e sarà opportuno, pertanto, sottoporre tale rapporto alle norme consumeristiche.

Tuttavia, non solo in Italia, ma anche a livello globale, l'elaborazione delle regole della *sharing economy* è ancora in fase embrionale. Né appare soddisfacente la cornice normativa tradizionale che, concepita per disciplinare la vendita dei beni e

---

[http://chicagounbound.uchicago.edu/law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics); B. JULLIET, *Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer*, in 3(4) *Am. Econ. J. Microeconomics* 186, 2011; M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, 23 *J. Econ. Perspectives* 125, 2009; G. DEMANGE - D. GALE, *The Strategy Structure of Two-Sided Matching Markets*, 53 *Econometrica* 873, 1985.

<sup>21</sup> Per una rassegna delle nuove forme di remunerazione, cfr. C. ANDERSON, *Free. The Past and Future of a Radical Price*, New York, 2009; ed. it. Gratis, Milano, 2009.

l'erogazione dei servizi da parte dei professionisti, non tiene conto di quello che è l'elemento di maggiore novità: ovvero la possibilità per i soggetti privati (non professionisti) di porre in essere direttamente tali attività (che fino ad un recente passato erano esclusivo monopolio dei soggetti professionali). C'è chi invoca l'estensione della normativa tradizionale anche alle nuove imprese e chi ritiene che si debba applicare una disciplina diversificata attraverso una deregolamentazione di molti settori («*regulating up vs. deregulating down*»)<sup>22</sup>. I professionisti dei settori colpiti dal fenomeno, da un lato, sottolineano l'effettiva identità di attività, lamentando che le imprese della *sharing economy* agiscono di fatto come professionisti sul loro stesso mercato, ma senza rispettare le medesime regole<sup>23</sup>; le imprese della *sharing economy*, d'altra parte, fanno leva sul carattere amatoriale del servizio offerto. Nonostante organismi indipendenti e amministrazioni pubbliche abbiano iniziato negli ultimi anni a condurre indagini sull'effettiva natura dei servizi erogati, non sono ancora giunti ad un giudizio unanime<sup>24</sup>. In questo quadro il confine tra produttore e

---

<sup>22</sup> C. KOOPMAN, M. MITCHELL, A. THIERER, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, Mercatus Working Paper, Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA, Dec. 2014, p. 2.

<sup>23</sup> D. BAKER, *Brick-and-Mortar, Internet Companies Held to Different Regulatory Standards*, in *Bloomberg Brief. The Sharing Economy*, 2015, cit., p. 16. Tale omogeneità – prosegue il ragionamento – cresce in ragione della tendenza in atto ad una progressiva professionalizzazione di molti servizi della *sharing economy*, nati in forma auto-organizzata ed in una logica di disintermediazione, e trasformati nel tempo in modelli gestiti professionalmente man mano che i mercati si consolidano.

<sup>24</sup> Esistono numerose ricerche che verificano l'impatto della *sharing economy* in ambito locale. A tal proposito cfr. *Report del New York State Attorney General dal titolo Airbnb in the City* (ottobre 2014), <http://www.ag.ny.gov>; K. SAWATZKY, *Airbnb Listings in Vancouver. How Many? What Type? Where?*, 20-6-2015, <https://shorttermconsequences.wordpress.com/2015/06/20/airbnb-listings-in-vancouver-how-many-what-type-where/>. Si tratta di un'indagine non facile, innanzitutto perché la misurazione della ricchezza richiede metriche nuove. Osserva, a tal proposito, *Bloomberg Brief. The Sharing Economy*, «The rise of the sharing economy has disrupted not just the business models of major industries like hotels and cars, but also the models of economists analyzing U.S. data». La difficoltà di avere dati affidabili dipende anche dal fatto che le imprese spesso non hanno interesse a rivelarli. Ad esempio, una rivista americana ha inutilmente cercato di verificare l'affermazione dei vertici di *Uber* secondo cui i propri autisti di New York guadagnavano in media novantamila dollari l'anno. Cfr. *In Search of Uber's Unicorn*, Slate Moneybox Blog, in «Slate», 27-10-2014, [http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2014/10/uber\\_driver\\_salary\\_the\\_ride\\_sharing\\_company\\_says\\_its\\_drivers\\_make\\_great.html](http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2014/10/uber_driver_salary_the_ride_sharing_company_says_its_drivers_make_great.html); *Do UberX Drivers Really Take Home \$90K a Year on Average? Not Exactly*, in «Time», 27-5-2014, <http://time.com/119587/do-uberx-drivers-really-take-home-90k-a-year-on-average-notexactly>.

consumatore sembra essersi fatto labile, tanto che molti studiosi hanno parlato della nascita di nuove figure di produttori/consumatori al tempo stesso e individuate con neologismi quali *produser*, *prosumer*, *pro-am consumers*<sup>25</sup>.

Sicuramente i benefici apportati dalla *sharing economy* giustificano un trattamento “speciale”, ma si rende in ogni caso necessario un intervento da parte delle autorità di regolamentazione per fornire delle regole chiare e trasparenti all’economia della condivisione. Molti autori, però, sono fautori di una completa *self-regulation*: essi non mancano di sottolineare come un mercato in continua evoluzione, come quello della *sharing economy*, difficilmente possa essere regolamentato senza correre il rischio che regole generali e astratte comportino un irrigidimento dello stesso, in netto contrasto peraltro con uno degli obiettivi prioritari nelle politiche dell’Unione Europea, che è il *favor* per l’innovazione<sup>26</sup>. I sostenitori di questa tesi fanno leva su un’asimmetria tra la posizione del legislatore, che non dispone delle informazioni sufficienti - e che, pertanto, dovrebbe intervenire con incertezze senza dettare regole realmente efficienti<sup>27</sup> -, e quella delle piattaforme digitali, le vere protagoniste e le uniche in grado di monitorare e gestire gli sviluppi del mercato della *sharing economy*. Tuttavia l’auto-regolamentazione, se si è rivelata utile al fine di attenuare il grande problema delle asimmetrie informative tra le parti - sebbene con alcuni limiti (vd. *infra*) -, non lo può essere altrettanto con altri fallimenti del mercato (concorrenza, esternalità

---

<sup>25</sup> A. BRUNS, *Blogs, Wikipedia, Second Life, and Beyond: From Production to Prodsusage*, New York, Peter Lang Pub Inc, 2008; D. TAPSCOTT, A.D. WILLIAMS, *Wikinomics. How Mass Collaboration Change Everything*, New York, Portfolio, 2008; C. LEADBEATER, *We Think. Mass Innovation, Not Mass Production*, London, Profile Books, 2008; F.G. LASTOWKA, D. HUNTER, *Amateur-to-Amateur: The Rise of a New Creative Culture*, in «Cato Institute», Policy Analysis n. 567, 2006, <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa567.pdf>. Nello stesso senso *Bloomberg Brief. The Sharing Economy*, cit., p. 2.

<sup>26</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Europe 2020 Flagship Initiative, Innovation Union, COM (2010)546 final.*

<sup>27</sup> L. BENNETT MOSES, *How to Think about Law, Regulation and Technology: Problems with Technology as a Regulatory Target*, cit., 2013, p. 1; R. BROWNSWORD, H. SOMSEN, *Law, Innovation and Technology: Before We Fast Forward – A Forum for Debate*, cit., p. 1; G. HADFIELD, *Legal Barriers to innovation: The Growing Economic Cost of Professional Control over Corporate Legal Markets*, in «Stan. L. Rev.», vol. 60, 2008, p. 102.

negative), o perché non in grado o perché non interessata a farlo. Né può la sola giurisprudenza, che si è dimostrata incostante e discorde, dare una risposta alle questioni problematiche. Emblematico a tal proposito è il caso di due sentenze gemelle della corte distrettuale della California che, chiamata a definire l'inquadramento giuridico degli autisti di Uber e Lyft, ha riconosciuto di non disporre di strumenti decisionali adeguati, ammettendo come le regole giuridiche preesistenti mal si attagliano alle nuove organizzazioni economiche<sup>28</sup>.

Spesso sotto le vaghe espressioni di “condivisione” ed “economia della condivisione”, ardue da concettualizzare e definire appieno, si racchiudono pratiche economiche che differiscono tra di loro quanto a caratteristiche, orientamento al mercato e valore economico. La sfida del diritto è quindi quella di individuare e diversificare le varie forme di condivisione, adattandosi a ciascuna pratica sulla base delle ricadute che essa comporta sul piano giuridico<sup>29</sup>.

Non può non citarsi, dunque, il parere del Comitato economico e sociale europeo in

---

<sup>28</sup> Le due decisioni, entrambe dalla District Court Northern District of California in data 11 marzo 2015, sono: *Douglas O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc. et al.*; *Patrick Cotter et al. v. Lyft Inc.* Il testo integrale di entrambe è disponibile sul sito <<http://www.rstreet.org>>.

<sup>29</sup> Distingue tra forme di condivisione “funzionali” e “altruistiche”, definite rispettivamente *sharing out* e *sharing in*, R. BELK, *You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online*, in *Journal of Business Research*, 2013; Sul tema della categoria della condivisione come *tertium genus* rispetto al dono ed allo scambio, v. R. BELK, *Sharing*, cit., 715. Sulla scorta del pensiero di Karl Polanyi, descrivono tre diverse forme di integrazione tra economia e società (scambio, reciprocità, redistribuzione) e affermano che la crescita della *sharing economy* sia in larga parte una risposta ai fallimenti tanto del mercato quanto dello Stato, I. PAIS, G. PROVASI, *Sharing economy: a step towards the re-embeddedness of the economy?*, in *Stato e mercato*, 2015, 379. Y. BENKLER, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, cit., 358: “We observe in many contexts policy choices and design impulses that take assumptions appropriate to the capital requirements of industrial economies and try to force behavior in the networked information economy into the social and market behavioral patterns that were appropriate for that technological stage and capital structure, rather than for the one we live in today. We must learn instead how to adjust our expectations, assumptions, and, ultimately, policy prescriptions to accommodate the emerging importance of social relations in general, and sharing in particular, as a modality of economic production.”

cui si invita la Commissione europea a definire un quadro di regole unico e certo<sup>30</sup>. Sicuramente la Commissione dovrà partire dai protagonisti della *sharing economy*: le piattaforme digitali.

#### 4. *La piattaforma online*

L'utilizzo di piattaforme digitali di interazione per la co-creazione intensiva di valore ha portato ad una vera e propria rivoluzione nel modo di gestire i mercati e la competizione, facendo parlare di "*platform disruption*" e creando uno specifico "*Platform Business Model*"<sup>31</sup>.

Solitamente le imprese della *sharing economy* nelle condizioni generali di contratto descrivono la piattaforma come mero «*marketplace*», luogo virtuale in cui le parti concludono direttamente i contratti in posizione di parità e in totale autonomia. In questo quadro l'intermediario digitale rimarrebbe esonerato da ogni responsabilità per le condotte illecite delle parti e per l'inadempimento «nei limiti massimi consentiti dalla legge», sulla base della sua estraneità dal rapporto intercorrente tra i contraenti<sup>32</sup>. Tuttavia, se nella prassi vi sono effettivamente situazioni in cui la piattaforma si limita ad operare come mera infrastruttura aperta in cui gli utenti si incontrano e concludono contratti in totale autonomia, nella maggior parte dei casi l'intermediario interferisce direttamente sulla transazione stabilendo le regole di scambio, fino addirittura a fissare il prezzo (pratica del "prezzo minimo garantito"<sup>33</sup>), controllando il flusso di

---

<sup>30</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Europe 2020 Flagship Initiative, Innovation Union, COM (2010)546.

<sup>31</sup> S. P. CHOUDARY, *Platform revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy - and How to Make Them Work for You* – 28 marzo 2016.

<sup>32</sup> G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, op. cit.

<sup>33</sup> A riguardo si legge in M. COLANGELO - V. ZENO-ZENOVICH, *La intermediazione on-line*, op. cit., 46: "(...) tra le clausole MFN si annovera la tipologia della *best/low price guarantee* (LPG), che può assumere la forma di *price-matching*, con cui un operatore promette alla clientela di pareggiare il prezzo praticato da un concorrente tramite un rimborso della differenza di prezzo, o *price-beating*, con cui il rivenditore può offrirsi di battere il prezzo praticato dai concorrenti di una determinata somma: con tali

informazioni e le modalità di comunicazione e prevedendo servizi aggiuntivi. Per stabilire il regime di responsabilità del professionista gestore della piattaforma occorre, quindi, innanzitutto valutare il grado di ingerenza di quest'ultimo nella transazione tra gli utenti che vi accedono: si intenderà la responsabilità con maggior rigore nei casi di controllo centralizzato<sup>34</sup>, per attenuarla nel caso in cui la piattaforma sia un semplice strumento di incontro tra privati che agiscono in totale autonomia. Occorre inoltre valorizzare la dimensione unitaria dell'affare sulla base dell'unicità economica e teleologica di contratti distinti, ma che disegnano un affare singolo e unitario<sup>35</sup>.

In una recente comunicazione<sup>36</sup> la Commissione europea, occupandosi del regime di responsabilità delle piattaforme digitali, ha sottolineato come l'esonero da responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sancita nella Direttiva sull'*e-commerce* dipenda dalle circostanze di diritto e di fatto relative alle attività svolte dalla piattaforma di collaborazione, quando tali attività siano quelle di servizi di *hosting*<sup>37</sup>. *“A tal fine, il ruolo della piattaforma deve essere di ordine meramente tecnico, automatico e passivo”<sup>38</sup>. La deroga alla responsabilità si applica a condizione che la*

---

clausole viene, dunque, conferito all'acquirente un diritto a far valere immediatamente l'eventuale mancato rispetto dell'impegno previsto”.

<sup>34</sup> G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2/2015, 245, 269. Cfr. altresì ELI, *Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, art. 18(1): “If the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, the platform operator is jointly liable with the supplier for non- performance of the supplier-customer contract”. Cfr. altresì Comunicazione della Commissione Europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, COM (2016) 356 final, par. 2.3, p. 10-11.

<sup>35</sup> G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, op. cit.

<sup>36</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Un'agenda europea per un'economia collaborativa*, Bruxelles, 2.6.2016 COM (2016) 356 final.

<sup>37</sup> Nel contesto dell'economia collaborativa, l'attività di hosting può essere intesa in generale come un'attività riguardante la memorizzazione dei dati dei clienti e la messa a disposizione di uno spazio in cui gli utenti incontrano i prestatori dei servizi sottostanti.

<sup>38</sup> Cfr. la sezione 4 della direttiva sul commercio elettronico. Nelle cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France contro Louis Vuitton*, la CGUE ha evidenziato il criterio principale per cui una piattaforma online è considerata un “prestatore intermediario di servizi”, riferendosi al considerando 42 della direttiva 2000/31/CE. Secondo tale considerando, i servizi della società dell'informazione sono destinati a fornire il processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al

*piattaforma di collaborazione non svolga un ruolo attivo che le conferirebbe la conoscenza, il controllo o la consapevolezza delle informazioni illecite e, laddove ottenga comunque tale conoscenza o consapevolezza, non agisca immediatamente per cancellarle o per disabilitare l'accesso alle stesse. Se le piattaforme di collaborazione beneficino o no di tale deroga alla responsabilità dovrà essere stabilito caso per caso, a seconda del livello di conoscenza e di controllo della piattaforma online sulle informazioni in essa contenute<sup>39</sup>. È importante sottolineare che, a norma del diritto dell'UE, gli Stati membri non possono imporre alle piattaforme di collaborazione, nella misura in cui forniscono servizi di hosting, un obbligo generale di sorveglianza, né di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.”.*

La Commissione, in ogni caso, incoraggia una condotta responsabile di tutti i tipi di piattaforme *online* in forma di azioni volontarie, ad esempio per affrontare l'importante questione delle recensioni finte o ingannevoli. Tali azioni volontarie, intraprese per accrescere la fiducia degli utenti e per offrire un servizio più competitivo, non comportano automaticamente che il ruolo della piattaforma di collaborazione non sia più di ordine meramente tecnico, automatico e passivo.

Nel tentativo di tracciare una delimitazione della deroga alla responsabilità prevista dal diritto dell'UE, la Commissione individua degli esempi di quei servizi (oltre a quelli di *hosting*) che le piattaforme di collaborazione possono offrire in aggiunta: si tratta di una serie di altre attività collegate o ausiliarie, tra cui sistemi di valutazione e di recensione, sistemi di pagamento, servizi assicurativi, verifica dell'identità (spesso effettuata da un fornitore terzo, ma può anche accadere che sia la piattaforma stessa a

---

solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione; siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo.

<sup>39</sup> Causa C-324/09 L'Oréal contro eBay. Ciò lascia impregiudicata la possibilità che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa nazionale esiga che la piattaforma di collaborazione impedisca una violazione o vi ponga fine. Cfr. l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva sul commercio elettronico. Informazioni generali esaurienti sul regime di responsabilità degli intermediari sono contenute nel documento di lavoro dei servizi della Commissione "Online services, including e-commerce, in the Single Market" ("I servizi online, compreso il commercio elettronico, all'interno del mercato unico"), SEC (2011) 1641 final.

fornire il servizio sottostante offerto agli utenti). In tali casi, “*la suddetta deroga alla responsabilità prevista dal diritto dell'UE resta limitata alla fornitura di servizi di hosting e non si estende ad altri servizi o attività offerti da una piattaforma di economia collaborativa. La suddetta deroga alla responsabilità inoltre non esclude la responsabilità della piattaforma dell'economia collaborativa ai sensi della legislazione applicabile in materia di protezione dei dati personali, per quanto riguarda le attività proprie della piattaforma. Al contrario, il semplice fatto che una piattaforma svolga anche altre attività - oltre a fornire servizi di hosting - non significa necessariamente che tale piattaforma non possa più fare affidamento sulla deroga alla responsabilità per i suoi servizi di hosting*”<sup>40</sup>. In ogni caso, il modo in cui le piattaforme di collaborazione concepiscono i loro servizi della società dell'informazione e attuano misure volontarie per affrontare il problema dei contenuti illeciti online resta, in linea di principio, una decisione commerciale e occorre sempre valutare caso per caso se beneficino di una deroga al regime di responsabilità degli intermediari.”.

#### ***4.1 Situazione italiana: una proposta di legge per la disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione***

Per quanto riguarda nello specifico l'Italia, un'indagine effettuata dal sito “collaboriamo.org”<sup>41</sup> in merito alle piattaforme digitali di *sharing economy* ha rilevato che dal punto di vista della forma giuridica il 70% delle piattaforme che ha risposto al questionario è iscritta al registro delle imprese. Si tratta prevalentemente di s.r.l., che

---

<sup>40</sup> A tale proposito, alcuni tribunali escludono la deroga alle responsabilità se gli aspetti correlati all'hosting di un servizio non sono gli aspetti più importanti di tale servizio. Si veda al riguardo la sentenza del Tribunale di Parigi, nella causa Louis Vuitton Malletier/Christian Dior e Parfums Christian Dior Couture, Kenzo, Givenchy e Guerlain contro eBay emessa dal Tribunal de commerce di Parigi, prima sezione, il 30 giugno 2008. Un punto di vista diverso è stato adottato da un Tribunale greco: cfr. la causa n. 44/2008 del Tribunale di primo grado di Rodopi, pubblicata in Armenopoulos (2009), 406.

<sup>41</sup> <http://www.collaboriamo.org/risorse/sharing-economy-la-mappatura-delle-piattaforme-italiane-2015/>

rappresentano il 56% del campione intervistato, a cui si aggiunge un 26% di *start-up* innovative iscritte al registro. Mediamente le imprese del campione intervistato hanno 2,4 dipendenti (tra questi si contano spesso i fondatori), 1,9 collaboratori stabili e 2 collaboratori occasionali. I servizi collaborativi sono dunque imprese piccole e questo non solo perché giovani, ma anche per la stessa natura del *business* la cui funzione è quella di abilitare gli scambi tra pari e non di produrre o erogare manufatti o servizi.

La quasi totalità delle piattaforme intervistate (50 su 57 corrispondenti all'88% del campione intervistato) ha individuato il proprio modello di *business*. Solo il 17% del campione intervistato fa riferimento ad un solo modello di *business*, mentre il restante 83% abbina modelli differenti per garantirsi sufficienti entrate. Il modello prevalentemente adottato (37%) dalle piattaforme italiane è quello tipico delle piattaforme collaborative: la percentuale sul transatto (con un valore della transazione che varia a seconda del bene scambiato e può andare da 6 euro ad oltre 1000, in genere, tuttavia, la media si aggira tra i 5 e i 50 euro). Crescono le forme di abbonamento (dal 9% al 25%), l'*advertising* (dall'11% al 19%) e gli accordi con grandi marchi e *sponsorship* (dal 9% al 15%).

Il 27 gennaio 2016 è stata presentata da alcuni deputati della Camera una proposta di legge (A.C. 3564) recante ad oggetto “*Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*”<sup>42</sup>. La proposta di legge si occupa della disciplina delle modalità di esercizio dell'attività delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi, nonché dei rapporti tra gestore della piattaforma e utenti utilizzatori. Tali ambiti possono essere ricondotti rispettivamente alle materie della tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. *e* Cost.) e dell'ordinamento civile (articolo 117, comma 2, lettera *l* Cost.) di competenza esclusiva dello Stato. La proposta di legge si compone di 12 articoli e persegue come finalità principale quella di promuovere l'economia della condivisione: obiettivi specifici sono la realizzazione di “*forme di consumo consapevole; la razionalizzazione delle risorse e l'incremento dell'efficienza e della*

---

<sup>42</sup> [http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori\\_testo\\_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0039770&back\\_to=http://www.camera.it/leg17/126?tab=2-e-leg=17-e-idDocumento=3564-e-sede=-e-tipo](http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0039770&back_to=http://www.camera.it/leg17/126?tab=2-e-leg=17-e-idDocumento=3564-e-sede=-e-tipo).

*disponibilità di beni, servizi e infrastrutture, anche nella pubblica amministrazione; il contrasto degli sprechi e la riduzione dei costi; la partecipazione attiva dei cittadini alla costruzione di comunità resilienti in cui si sviluppano relazioni che abbiano come obiettivo l'interesse generale comune o la cura dei beni comuni; nuove opportunità di crescita, occupazione e imprenditorialità basate su un modello di sviluppo economico, ambientale e sociale sostenibile; l'innovazione tecnologica e digitale".* Per il conseguimento degli obiettivi sopra indicati si prevede come necessaria una disciplina delle attività svolte dalle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi operanti sui mercati a due versanti.

All'art. 2 vengono fornite le definizioni di "economia della condivisione", intesa come *"l'economia generata dall'allocazione ottimizzata e condivisa delle risorse di spazio, tempo, beni e servizi tramite piattaforme digitali"*, e dei soggetti che intervengono nei rapporti giuridico - economici in tale specifico ambito (gestori ed utenti, a loro volta suddivisi in utenti operatori e utenti fruitori). Sia i gestori che gli utenti possono essere soggetti privati o anche soggetti pubblici, ma il trattamento giuridico delle attività di *sharing economy* rimarrà il medesimo indipendentemente dalla qualificazione di coloro che le pongono in essere. La medesima disposizione individua poi alcune caratteristiche fondamentali dei rapporti intercorrenti tra i soggetti operanti nel sistema dell'economia della condivisione: i gestori delle piattaforme agiscono da abilitatori mettendo in contatto gli utenti e possono offrire servizi di valore aggiunto; i beni che generano valore per la piattaforma appartengono agli utenti; tra gestori e utenti non sussiste alcun rapporto di lavoro subordinato.

Sono invece escluse dall'applicazione della legge citata *"le piattaforme che operano intermediazione in favore di operatori professionali iscritti al registro delle imprese"* per le quali è pertanto impossibile individuare un utente, inteso come semplice operatore non professionale, in relazione alla fornitura di un bene o di un servizio.

La proposta di legge dispone una puntuale regolamentazione delle attività delle piattaforme digitali dell'economia della condivisione. In primo luogo si istituisce presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato un "registro elettronico nazionale delle piattaforme digitali dell'economia della condivisione" (art. 3, comma

2). L'iscrizione al registro è presupposto necessario per lo svolgimento dell'attività da parte dei gestori (art. 10) ed è a sua volta subordinata all'approvazione, da parte dell'Autorità, di un "documento di politica aziendale" redatto dai gestori delle piattaforme. Oltre all'obbligo di iscriversi al registro elettronico nazionale e di predisporre il documento di politica aziendale, la proposta di legge prevede anche precisi vincoli alle condizioni previste dal documento e ne determina i contenuti obbligatori. Questo deve infatti includere le condizioni contrattuali tra la piattaforma digitale e gli utenti e deve essere esplicitamente sottoscritto da questi ultimi (art. 4, commi 1 e 8).

Con riferimento ai contenuti delle clausole contrattuali, i commi 2 e 3 dell'art. 4 prevedono una serie di clausole vietate che sono nulle qualora apposte, ma che non causano la nullità dell'intero documento. In particolare, il documento di politica aziendale non può contenere previsioni che impongano, anche indirettamente, all'utente operatore:

- forme di esclusiva o di trattamento preferenziale in favore del gestore;
- il controllo dell'esecuzione della prestazione, anche tramite apparati o sistemi *hardware* o *software*;
- la fissazione di tariffe obbligatorie;
- l'esclusione dall'accesso alla piattaforma digitale del gestore o la sua penalizzazione nella presentazione della sua offerta agli utenti fruitori per motivazioni che non siano gravi e oggettive;
- la cessione gratuita non revocabile di propri diritti d'autore;
- il divieto di utilizzo e di acquisizione di informazioni pubbliche del gestore che non siano tutelate da adeguate misure tecniche di protezione;
- l'obbligo di promozione dei servizi del gestore;
- il divieto di commento critico nei confronti del gestore;

e ad entrambi gli utenti (operatore e fruitore):

- la condivisione con altri utenti operatori di analisi, informazioni e giudizi;
- l'obbligo di fornire il consenso a cedere a terzi qualunque dato-utente.

Il documento prescrive anche che eventuali transazioni in denaro operate mediante le piattaforme digitali avvengano esclusivamente attraverso sistemi di pagamento elettronici (art. 4, comma 5).

Il gestore della piattaforma deve inoltre prevedere nel documento modalità di registrazione univoche per evitare che vengano creati profili falsi o, comunque, non riconducibili ad uno specifico utente. Gli utenti hanno l'obbligo di indicare le proprie generalità, in particolare i dati anagrafici, il codice fiscale e la residenza.

Infine, il documento prevede l'obbligo di informare gli utenti quando siano necessarie eventuali coperture assicurative ai fini dello svolgimento delle attività negoziate nell'ambito della piattaforma, di quelle eventualmente già sottoscritte dal gestore, e di quelle che gli operatori possono stipulare, a condizioni agevolate, sulla base di accordi tra impresa di assicurazione e gestore della piattaforma, ponendo in capo a quest'ultimo la verifica dell'avvenuta stipula della citata assicurazione (art. 4, comma 6).

Non è definita nel testo la natura giuridica del documento di politica aziendale. La figura civilistica più simile sembra essere quella del contratto per adesione, ossia del contratto predisposto unilateralmente da un contraente e destinato a regolare una serie indefinita di rapporti. In merito, l'art. 1341 c.c. afferma che: *«Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria».*

L'art. 9 prevede un ulteriore obbligo in capo ai gestori delle piattaforme: essi devono trasmettere all'ISTAT i dati relativi alle attività svolte e ai relativi importi, al numero degli utenti e alla tipologia di beni e servizi utilizzati. L'ISTAT, sentita l'Agenzia per l'Italia digitale, definisce lo standard di comunicazione dei dati ai fini dell'archiviazione telematica degli stessi.

L'art. 11 dispone, infine, che gli obblighi previsti dalla proposta di legge si applichino anche ai gestori di piattaforme già operanti, prevedendo in capo a tali operatori un obbligo di conformazione a queste disposizioni entro 120 giorni dall'entrata in vigore della legge.

L'art. 7 detta le disposizioni per la tutela della riservatezza fornendo prioritariamente la definizione di "dato utente", ovverosia il dato personale di cui sia stato acquisito il consenso ai sensi del Codice della *privacy* (D.Lgs. 196 del 2003), nonché il dato prodotto e ottenuto dalla integrazione digitale di oggetti (*internet of things*). La normativa sulla *privacy* non richiede un consenso direttamente al dato personale, bensì al trattamento del dato personale, e prevede che il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici sia ammesso soltanto con il consenso espresso dell'interessato. Il consenso può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso e si intende validamente prestato soltanto se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento individuato chiaramente, se è documentato per iscritto e se all'interessato è stata resa la specifica informativa sulle finalità e modalità del trattamento dei dati, sulla natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati, sugli estremi del titolare del trattamento e i diritti dell'interessato.

Il comma 2 prevede l'ipotesi in cui il gestore della piattaforma ceda a terzi i dati utenti di cui dispone, stabilendo le modalità tecniche con cui l'utente, informato con anticipo dal gestore, può eliminare i dati che lo riguardano. Spetterà al Garante della *privacy* definire i contenuti minimi dell'informativa, nonché le modalità del procedimento di eliminazione; fermo restando l'obbligo gravante sulle piattaforme digitali (comma 3) di garantire strumenti per il controllo, la modifica e la cancellazione da parte degli utenti dei dati personali memorizzati sulla piattaforma – anche integralmente, con una sola operazione. Queste operazioni devono poter riguardare i singoli dati, categorie omogenee degli stessi ovvero l'insieme dei dati.

Viene vietata l'analisi automatica, anche in remoto, dei contenuti presenti sulla piattaforma, escluse quelle operazioni spontaneamente ed esplicitamente richieste dagli utenti, oggetto di apposito rapporto contrattuale (comma 4). Tramite la possibilità di cancellare tutti i propri dati dalla piattaforma si intende, dunque, garantire all'utente una sorta di diritto all'oblio. Al Garante della *privacy* è demandata anche la

competenza all'irrogazione delle sanzioni pecuniarie per le violazioni della citata disciplina posta a tutela della riservatezza.

La proposta di legge conferisce nuovi compiti e poteri all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In particolare l'art. 3, comma 1, stabilisce che l'Autorità "*regola e vigila sull'attività delle piattaforme digitali dell'economia della condivisione*". Essa ha il potere di imporre ai gestori delle piattaforme l'obbligo di fornire o di richiedere agli utenti operatori polizze assicurative per la copertura dei rischi tipici della *sharing economy* e le spetta il compito di approvare il documento di politica aziendale (art. 4, comma 1) e di assicurare il rispetto della legge e del documento medesimo da parte degli operatori, mediante i controlli e le sanzioni previste dall'art. 10. In relazione a tali poteri di controllo e sanzionatori, l'art. 10 prevede che l'Autorità diffidi qualunque piattaforma digitale che non sia iscritta nell'apposito registro dal continuare la propria attività nell'ambito dell'economia della condivisione, fissando al gestore un termine per il perfezionamento dell'iscrizione. Con riferimento, invece, al mancato rispetto di quanto stabilito dalla legge in merito ai contenuti del documento di politica aziendale, si prevede che l'Autorità diffidi il gestore stabilendo un termine entro il quale lo stesso provveda a conformare il documento a quanto previsto dalla legge. In entrambi i casi nell'ipotesi di mancato adempimento, la proposta di legge prevede delle specifiche sanzioni pecuniarie che possono essere irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché la sospensione dell'attività fino all'adempimento di quanto richiesto. L'Autorità deve fornire annualmente il rendiconto dell'attività di vigilanza esercitata in una relazione annuale da comunicare al Presidente del Consiglio dei ministri e successivamente da trasmettere al Parlamento.

La proposta di legge si occupa, poi, di altre tematiche che interessano meno ai fini del presente lavoro e che accenneremo, pertanto, brevemente. Essa contiene interventi di carattere fiscale e finanziario e si occupa anche dell'abuso di dipendenza economica. Viene vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Ai sensi dell'art. 9 si considera dipendenza economica la situazione in cui

un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. I patti rientranti in tale fattispecie sono nulli. È prevista inoltre una forma di presunzione legale relativa di abuso di dipendenza economica in tutti i casi in cui un utente operatore si obblighi verso il gestore a un patto in forza del quale si trovi a dover ingiustificatamente rifiutare ai propri clienti - potenziali o abituali - proposte di fornitura di beni o servizi a condizioni migliorative rispetto a quelle assicurate al gestore stesso.

L'art. 3, pertanto, designa l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato quale soggetto vigilante e regolatore delle attività delle piattaforme digitali (sia private che pubbliche, ma per queste ultime soltanto quando operano sul mercato come fossero privati).

La proposta di legge contiene, infine, una serie di norme volte all'introduzione di misure annuali per la diffusione dell'economia della condivisione, alla rimozione degli ostacoli regolatori - di carattere normativo o amministrativo - e alla garanzia di una concorrenza leale nonché della massima tutela per i consumatori. La sede per l'adozione delle misure viene individuata, ai sensi dell'art. 6, nella *legge annuale per il mercato e la concorrenza*, di cui all'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, tenendo conto anche della relazione annuale dell'AGCM e delle segnalazioni eventualmente trasmesse dalle altre autorità amministrative indipendenti. Si prevede, inoltre, che il Governo provveda ad evidenziare lo stato di attuazione degli interventi tesi alla diffusione dell'economia della condivisione previsti nelle precedenti leggi, indicando nella relazione di accompagnamento del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza gli effetti che ne sono derivati per i cittadini, per le imprese e per la pubblica amministrazione, e fornendo l'elenco di tutte le segnalazioni contenute nella relazione annuale dell'AGCM e di quelle trasmesse da altre Autorità, con l'indicazione degli ambiti per i quali non si è ritenuto opportuno dare seguito. Allo stesso modo è

previsto che il Ministro dello Sviluppo economico, per promuovere lo sfruttamento di risorse utilizzate soltanto parzialmente, identifichi un apposito ufficio al quale sia i gestori che gli utenti possano inviare suggerimenti o richieste di standardizzazione dei dati relativi alle medesime utenze.

La proposta di legge sopra esposta va valutata nel contesto normativo europeo già vigente e applicabile: (Direttiva 2006/123/UE) sui servizi; Direttiva Europea 2000/31/Ce sull'*e-commerce* (vd. *supra*); legislazione europea a tutela dei consumatori, per la quale si richiama la Direttiva n. 2011/83/UE; nonché le pertinenti disposizioni del TFUE (art. 169). Volendo brevemente accennarne i principi salienti, la Direttiva 31/2000/UE, cd. Direttiva *e-commerce*, stabilisce, come abbiamo precedentemente visto, all'art. 4 il principio dell'assenza dell'autorizzazione preventiva, disponendo che gli Stati membri garantiscano che l'accesso all'attività di un prestatore di un servizio della società dell'informazione ed il suo esercizio non siano soggetti ad alcuna autorizzazione preventiva o ad altri requisiti che abbiano il medesimo effetto. La Direttiva Servizi (Dir. 2006/123/UE recepita in Italia con il D. Lgs. n. 59/2010) dispone che gli Stati membri possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio – e, quindi, il suo esercizio - ad un regime di autorizzazione soltanto a determinate condizioni tassativamente indicate e giustificate da motivi imperativi di interesse generale nel rispetto, però, dei principi di non discriminazione e proporzionalità.

La medesima direttiva all'art. 16, comma 2, specifica inoltre che gli Stati membri non possono restringere la libera circolazione dei servizi forniti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro, in particolare, imponendo specifici requisiti tra i quali *“l'obbligo per il prestatore di essere stabilito sul loro territorio”* e *“l'obbligo per il prestatore di ottenere un'autorizzazione dalle Autorità competenti, compresa l'iscrizione in un registro o a un ordine professionale sul loro territorio, salvo i casi previsti dalla presente direttiva o da altri strumenti di diritto comunitario”*.

Attualmente è in atto a livello europeo un'istruttoria circa l'opportunità di introdurre una legislazione armonizzata di principio sulla materia della *sharing economy*. La Commissione Europea ha rilevato che *“una risposta normativa frettolosa o inadeguata*

*a tali problemi rischia di creare disparità e una frammentazione del mercato”*. Secondo la Commissione è indispensabile un contesto normativo che sia sufficientemente chiaro ed equilibrato, che consenta lo sviluppo di un’imprenditoria dell’economia collaborativa, che tuteli i consumatori, i lavoratori e tutti gli altri interessi generali e che assicuri che non vengano frapposti evitabili ostacoli normativi agli operatori del mercato (nuovi o già esistenti), a prescindere dal modello di *business* da essi adottato.

La strategia per la creazione di un mercato unico digitale ha già dato il via ai lavori per analizzare il ruolo delle piattaforme, anche nell’ambito della *sharing economy*. In particolare, nel settembre 2015 è stata avviata una consultazione pubblica sul contesto normativo per le piattaforme, gli intermediari *on line*, l’economia collaborativa e la nuvola informatica. Sulla base dei primi risultati della consultazione – conclusasi a gennaio 2016 -, una larga maggioranza di soggetti (imprenditori e consumatori) concorda sul fatto che in Europa vi siano ostacoli normativi e non solo che impediscono lo sviluppo dell’economia della condivisione, in particolare per quanto attiene alle incertezze sui diritti e gli obblighi in capo agli utenti.

Su questa base la Commissione provvederà a redigere degli orientamenti sul modo in cui il diritto dell’UE si applica ai modelli di *business* dell’economia collaborativa e alle pertinenti disposizioni del diritto nazionale. La Commissione valuterà, altresì, se dovranno essere trattate eventuali lacune normative e in che modo, e svilupperà un quadro di monitoraggio per seguire lo sviluppo della *sharing economy* a livello locale, nazionale, aziendale e settoriale.

Il tema è stato oggetto anche della riunione informale del Consiglio Competitività, tenutasi a fine gennaio 2016, in cui gli Stati membri si sono trovati concordi in merito alla necessità di condividere migliori pratiche ed esperienze e si sono dichiarati disponibili a lavorare con la Commissione per stabilire come si possano valorizzare le potenzialità dell’economia collaborativa, attraverso un approccio efficace, coerente e coordinato.

## 5. Sistemi reputazionali

Ai regolamenti contrattuali redatti come descritto *supra* (esenzione da responsabilità dell'intermediario, ruolo meramente facilitatore dello stesso) si aggiungono dei rimedi e delle garanzie che, tuttavia, hanno carattere volontario e non rientrano negli obblighi formalmente assunti per contratto dall'intermediario gestore della piattaforma. Frequente è l'offerta di strumenti tesi a ridurre il rischio che le parti pongano in essere condotte dannose e a facilitare la transazione tra le stesse anche mediante garanzie di tipo pattizio (depositi cauzionali, coperture assicurative nell'ipotesi di imprevisti o incidenti) e mezzi di prevenzione e risoluzione delle controversie. È in particolare la realizzazione di sistemi preventivi che appare sempre più indispensabile nel mondo del commercio elettronico, in cui la distanza geografica, il carattere delle transazioni (anonime, spesso *una tantum* e non ripetute) e la mancanza di una cornice regolamentare condivisa, hanno aumentato i rischi di abusi e di comportamenti opportunistici, conseguenza delle marcate asimmetrie informative.

Inoltre, considerato il profilo transazionale delle transazioni, che spesso vedono come parti soggetti appartenenti ad ordinamenti diversi e che generalmente sono di valore economico piuttosto contenuto, risulta impossibile applicare le norme poste a tutela dei diritti dei consumatori previste a livello statale<sup>43</sup>. Peraltro, la regolamentazione dell'autorità pubblica non sempre è sufficiente a garantire il corretto funzionamento del mercato, soprattutto quando i costi da sostenere per adire un giudice sono maggiori del vantaggio che il soggetto vuole trarre.

Un'alternativa valida è l'iniziativa privata nell'elaborazione di sistemi di risoluzione delle controversie meno onerosi, nella pattuizione di un prezzo più elevato che includa una sorta di risarcimento *ex ante* per il rischio di inadempimento, nella predisposizione di meccanismi di verifica anticipata dell'affidabilità dell'eventuale controparte. Così facendo, l'autonomia privata contribuisce a creare un clima di fiducia. Connessa al tema della fiducia è senza dubbio la questione della reputazione: nei casi in cui non è possibile fornire e ricevere informazioni dirette, la reputazione può in ogni caso

---

<sup>43</sup> C.P. GILLETTE, *Reputation and Intermediaries in Electronic Commerce*, 62 La. L. Rev. 1165, 1175 (2001): «The very characteristics of easy exit and high enforcement costs in expanded markets, however, make transactions more vulnerable to strategic behavior by traders».

svolgere un ruolo importante per il corretto funzionamento del mercato mediante meccanismi elaborati in cui è un soggetto terzo (in questo caso la piattaforma digitale) ad attestare l'affidabilità del singolo. Tra gli strumenti di monitoraggio *ex ante* ruolo primario è infatti rivestito dai c.d. sistemi reputazionali in cui le informazioni possono essere generate direttamente dalla piattaforma sulla base dei dati che possiede o fornisce da terzi. Quest'ultimo è il caso dei sistemi *peer reviewing* o *peer monitoring* attraverso i quali sono gli utenti stessi che esprimono giudizi individuali (*feedback* e *rating*) che vengono raccolti in sistemi di valutazione, i quali di fatto stabiliscono la «reputazione» e l'affidabilità degli utenti della piattaforma. Alcuni siti, poi, incoraggiano gli utenti all'atto dell'iscrizione a collegare i loro profili della piattaforma a quelli presenti in piattaforme di *social media* (as. Twitter, Facebook, LinkedIn) al fine di acquisire ulteriori informazioni di credibilità reputazionale.

In un sistema di questo tipo è già il solo timore di «sanzioni reputazionali» che pone un grande freno al rischio di condotte lesive delle parti, accrescendo un clima di fiducia anche senza la minaccia di far valere un diritto<sup>44</sup>. Questo comporta anche una notevole riduzione delle controversie poiché in un siffatto sistema di auto-regolamentazione i soggetti ritenuti inaffidabili avrebbero difficoltà a rimanere sul mercato<sup>45</sup>. Taluni<sup>46</sup> hanno a tal proposito teorizzato la creazione di «una seconda mano invisibile» che provvederebbe a regolare il corretto funzionamento del mercato. Il successo dei sistemi reputazionali è dovuto a diversi fattori: sono maggiormente informali; risolvono il problema delle asimmetrie informative senza la necessità di una regolazione pubblica; le informazioni fornite da un utente sono giudicate più

---

<sup>44</sup> P. MILGROM, A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the Lemons Problem*, in University of Miami Law Review, 2016, p. 1; M. STECKBECK, P.J. BOETTKE, *Turning Lemons into Lemonade: Entrepreneurial Solutions in Adverse Selection Problems in E-Commerce*, in J. BIRNER (a cura di), *Markets, Information and Communication: Austrian Perspectives on the Internet Economy*, New York, Routledge, 2003, p. 221, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=1538369>.

<sup>45</sup> Per un'esposizione di questa tesi si rinvia a STRAHILEVITZ, *Reputation Nation: Law in an Era of Ubiquitous Personal Information*, in University of Chicago Law School Chicago Unbound Journal Articles, 1667 s., 2008.

<sup>46</sup> E. GOLDMAN, *Regulating Reputation*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, Cambridge, MA, The MIT Press, 2011, p. 53.

attendibili poiché egli non ha in gioco alcun interesse di tipo economico<sup>47</sup>; gli apporti dei singoli contribuiscono a costituire una “*trusted economy*”<sup>48</sup>, nel quadro della reciprocità e della collaborazione in rete; per le informazioni di carattere soggettivo un giudizio reso da «pari» risulta generalmente più affidabile, considerata la difficoltà da parte dei sistemi tradizionali di veicolare tale tipo di informazioni.

L’esperienza comune ha dimostrato come i *rating* e i *feedback* siano stati determinanti per smascherare truffe e condotte sleali, tuttavia rimangono ancora diversi problemi che non si riescono a risolvere. Il fenomeno presenta innanzitutto dei difetti di sistema: diversi studi hanno dimostrato che le parti tendono a esprimere una valutazione esclusivamente su fatti molto positivi o molto negativi e a tacere negli altri casi<sup>49</sup>; a tal proposito, l’anomalia della percentuale estremamente elevata di giudizi positivi da parte degli utenti ha portato a parlare di “polarizzazione” verso l’alto dei giudizi. Vi sono poi diversi aspetti negativi legati alle norme sociali che regolano i rapporti: una consistente letteratura ha notato come nelle ipotesi in cui il giudizio debba provenire da entrambe le parti ed essere visibile alla controparte, questo può non essere oggettivo per ragioni di collusione o per timore di un giudizio negativo di risposta<sup>50</sup>. Nella pratica è apparso semplice porre in essere condotte di manipolazione delle valutazioni e recensioni: un recente rapporto dell’Autorità Competitiva e di Mercato del Regno Unito ha rilevato diverse prove di recensioni falsificate, recensioni negative non pubblicate e recensioni di approvazione dietro pagamento delle imprese interessate, senza che ciò possa essere notato dai consumatori<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> M. GRANOVETTER, *The Strength of Weak Ties*, 78 American Journal of Sociology 1360 (1973), sottolinea l’importanza di norme sociali condivise per la creazione di fiducia tra estranei.

<sup>48</sup> G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa dir. priv.*, n.1/2016, 199.

<sup>49</sup> C. DELLAROCAS - R. NARAYAN, *A Statistical Measure of a Population’s Propensity to Engage in Post-Purchase Online Word-of-Mouth*, 21 Statistical Science 277 (2006). Per uno studio basato tanto su esperimenti di laboratorio quanto sull’osservazione empirica si rinvia a G. BOLTON - B. GREINER - A. OCKENFELS, *Engineering Trust. Reciprocity in the Production of Reputation Information*, UNSW Australian School of Business Research Paper No. 2009 ECON 02, <http://ssrn.com/abstract=1355583> (2009).

<sup>50</sup> G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, op. cit.

<sup>51</sup> Competition & Market Authority, ‘Online reviews and endorsements – Report on the CMA’s call for information’ (19 giugno 2015); guardare anche House of Lords, ‘Online Platforms and the Digital

Un altro ostacolo all'affidabilità dei *rating* e *feedback* è individuabile nel pericolo di minaccia di condotte ritorsive e nel rischio che si creino pregiudizi e discriminazioni<sup>52</sup>. Per far fronte a tali condotte distorsive, diverse piattaforme digitali hanno apportato delle modifiche ai propri sistemi di valutazione, ad esempio impedendo che il giudizio di un utente sia visibile dalla controparte (c.d. *double blind system*)<sup>53</sup> o prevedendo che sia solo una parte a poter rilasciare *rating* e *feedback*, ed instaurando dei meccanismi di *meta-moderation* per monitorare i giudizi ed eventualmente eliminare quelli ritenuti poco affidabili<sup>54</sup>.

Si pone, infine, un problema di tutela della *privacy* degli utenti e riservatezza dei dati personali<sup>55</sup>. Né basta a risolverlo la constatazione secondo la quale gli utenti vi rinuncerebbero perché conferiscono spontaneamente informazioni o perché aderiscono alle condizioni generali di contratto. Nella prassi, infatti, si verifica un mutamento frequente delle condizioni di contratto, con la conseguenza che quelle a cui ha aderito l'utente possono aver previsto un uso delle informazioni e dei dati differente e successivamente modificato. Inoltre, spesso all'accettazione formale dell'informativa sulla *privacy* non corrisponde una consapevolezza da parte degli utenti sull'uso effettivo dei dati. Non risulta soddisfacente nemmeno la tradizionale classificazione dei dati in pubblici e privati, considerate le inedite modalità di aggregazione dei dati e dei flussi informativi. Sarebbe preferibile rinunciare a prescrizioni universali e classificazioni generalizzanti e guardare invece al particolare

---

Single Market' (20 aprile 2016), par. 292-299.

<sup>52</sup> *The Sharing Economy Has a Race Problem*, in «Salon», 2-11-2014, [http://www.salon.com/2014/11/02/the\\_sharing\\_economy\\_has\\_a\\_race\\_problem/](http://www.salon.com/2014/11/02/the_sharing_economy_has_a_race_problem/).

<sup>53</sup> W. GÜTH - F. MENGEL - A. OCKENFELS, *An Evolutionary Analysis of Buyer Insurance and Seller Reputation in Online Markets*, 63 *Theory and Decision*, 265 (2007); F. REICHLING, *Effects of Reputation Mechanisms on Fraud Prevention in eBay Auctions*, Working Paper, Stanford University (2004); T.J. KLEIN - C. LAMBERTZ - G. SPAGNOLO - K.O. STAHL, *Last minute feedback*, Working Paper, University of Mannheim (2007).

<sup>54</sup> R. FARMER - B. GLASS, *Building Web Reputation Systems* (Sebastopol - CA 2010).

<sup>55</sup> M. ISAAC, *Uber's Privacy Practices Questioned by Senator Franken*, in «NY Times Bits Blog», 19-11-2014, <http://bits.blogs.nytimes.com/2014/11/19/senator-questions-uber-on-privacy-practices>.

contesto (ambiti specifici e aspettative di riservatezza del singolo) per tutelare le aspettative di ciascun caso<sup>56</sup>.

Nonostante questo, i sistemi reputazionali hanno conosciuto negli ultimi anni uno sviluppo e un successo vertiginoso tanto che sono in atto dei tentativi per creare un unico sistema reputazionale che dia un quadro della reputazione degli individui al di fuori dal contesto specifico di riferimento<sup>57</sup>.

Il peso economico di tali sistemi richiede un intervento del legislatore: è vero infatti che l'auto-regolamentazione del mercato sta portando risultati positivi, tuttavia almeno per quanto riguarda i sistemi informativi privati occorre un affiancamento alle forme di controllo centralizzato tradizionale. Le crescenti preoccupazioni sul peso dei sistemi reputazionali e sulle ripercussioni sul mercato delle possibili disfunzioni e distorsioni, ha spinto recentemente diversi Stati membri dell'UE a intervenire ora mediante sistemi tradizionali - quali linee guida formulate dagli organismi competenti per il controllo del mercato nazionale -, ora in modo più incisivo tramite modifiche legislative alle leggi sui consumatori, ora con strumenti innovativi come le norme redatte da organismi nazionali di normalizzazione.

In Francia nel 2016 il Senato ha approvato la proposta legislativa della *Loi pour la République numérique* che modificherà il codice di commercio definendo gli standard di qualità e i requisiti di trasparenza per i sistemi di *rating* e *reviewing*<sup>58</sup>; nel 2015 in Danimarca il difensore civico dei consumatori ha pubblicato delle linee guida sulla

---

<sup>56</sup> H. NISSENBAUM, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 Wash. L. Rev. 119 (2004). Questa prospettiva è ripresa da M. ZIMMER - A. HOFFMAN, *Privacy, Context, and Oversharing: Reputational Challenges in a Web 2.0 World*, *The Reputation Society. How Online Opinions are Reshaping the Offline World* cit., 175 s.

<sup>57</sup> R. FARMER, *Why Reputation Systems for the Social Web* cit., 17 s. L'uso delle informazioni al di fuori del contesto in cui sono state raccolte rischia di creare ingiuste discriminazioni, come quando si usano i dati sul merito creditizio nei colloqui di lavoro, una pratica che è stata giustamente ritenuta discriminatoria in quanto utilizza un indice che non rivela nulla sulla produttività di un lavoratore.

<sup>58</sup> *Projet de loi pour une République numérique*, *Assemblée nationale, projet de loi, n° 3318*; vd. anche L. GRYNBAUM, 'Loyauté des plateformes: un champ d'application à redéfinir dans les limites du droit européen, A propos du projet de loi pour une République numérique', *La Semaine Juridique, Edition Générale*, n. 16, 18 aprile 2016, p. 778.

pubblicazione di recensioni degli utenti conformemente ai requisiti definiti dal *Danish Marketing Practices Act*<sup>59</sup>.

Una giurisprudenza crescente dei tribunali degli Stati membri e delle autorità nazionali garanti dei consumatori e della concorrenza ha contribuito ad integrare i diversi testi normativi. Ad esempio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana ha multato il sito *web* di recensioni di viaggi TripAdvisor per aver pubblicato informazioni fuorvianti in merito alle fonti delle recensioni *online* rinvenibili sulla piattaforma<sup>60</sup>.

La regolamentazione dei sistemi di reputazione è stata oggetto di dibattito anche a livello dell'Unione Europea: la Commissione europea ha evidenziato in diverse comunicazioni sul mercato digitale come tali sistemi siano fondamentali per il modello di *business* delle piattaforme *online*, concentrando l'attenzione anche sul problema delle recensioni false o fuorvianti. La Commissione, in conformità al suo orientamento di promozione all'innovazione, già espresso nella comunicazione sulle piattaforme *online* e il mercato unico digitale del maggio 2016<sup>61</sup>, ha individuato quali strumenti adeguati misure auto-regolative e di co-regolamentazione, che devono trovare il giusto supporto in opportuni meccanismi di monitoraggio. Come esempio di strumenti di auto-regolamentazione la Commissione fa riferimento espressamente ai *rating* e ai sistemi di reputazione come meccanismi validi per limitare i rischi per consumatori derivanti dall'uso delle tecnologie informatiche (“[i sistemi reputazionali] *possono contribuire a servizi di qualità più elevata e potenzialmente ridurre la necessità di alcuni elementi della regolamentazione, a condizione che si possa accordare una fiducia adeguata alla qualità delle recensioni e valutazioni.*”). Tale approccio è stato

---

<sup>59</sup> Danish Consumer Ombudsman, *Guidelines on publication of user reviews* (1 maggio 2015), <<http://www.consumerombudsman.dk/Regulatory-framework/dcoguides/Guidelines-on-publication-of-user-reviews>>.

<sup>60</sup> AGCM, 14 dicembre 2014, PS 9345, Prov. n. 25237, TripAdvisor <<http://www.agcm.it/>> accessed 15.06.2016; sul caso vd. anche A. DE FRANCESCHI, ‘*The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy*’ (2016) *EuCML* 56, 57-58.

<sup>61</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale Opportunità e sfide per l'Europa*, Bruxelles, 25.5.2016 COM (2016) 288 final.

ribadito nella recente comunicazione della Commissione europea sull'economia collaborativa: “*nel riesaminare la giustificazione e la proporzionalità della legislazione applicabile all'economia collaborativa, le autorità nazionali dovrebbero generalmente prendere in considerazione le caratteristiche specifiche dei modelli di economia collaborativa e gli strumenti che possono mettere in atto per rispondere alle preoccupazioni di ordine pubblico, ad esempio in relazione all'accesso, qualità o sicurezza.*”<sup>62</sup>.

Tuttavia finora va rilevata una certa riluttanza normativa: non sono ancora state adottate misure concrete per attuare specifiche regole di *hard law*, ma ad oggi sono stati emanati soltanto due testi di *soft law* che affrontano espressamente questa problematica: “*Principi chiave per gli strumenti di confronto*”<sup>63</sup> del 2016 ed elaborati da un gruppo *multi-stakeholder* lanciato dalla Commissione e la “*Guida sull'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*”<sup>64</sup> (direttiva UCPD), pubblicata sempre nel 2016. Tuttavia tali documenti non sono giuridicamente vincolanti e non sono quindi sufficienti per garantire certezza del diritto agli operatori delle piattaforme.

Quello che emerge è un sistema disomogeneo di raccomandazioni, linee guida, standard e proposte legislative, ma che in ogni caso evidenzia alcuni dei principi chiave necessari per la gestione di un sistema reputazionale funzionale. Potrebbe essere utile per la creazione di uno standard europeo una forma di co-regolamentazione da rinvenirsi nella combinazione di una direttiva che definisca i principi generali e di una norma europea per i servizi di reputazione elaborati sotto gli auspici del Comitato

---

<sup>62</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Un'agenda europea per un'economia collaborativa*, Bruxelles, 2.6.2016 COM (2016) 356 final.

<sup>63</sup> *Key principles for comparison tools* <[http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_rights/unfair-trade/docs/key\\_principles\\_for\\_comparison\\_tools\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/unfair-trade/docs/key_principles_for_comparison_tools_en.pdf)>. Questi principi sono stati citati anche nella comunicazione della Commissione europea sulle piattaforme online e il mercato digitale, COM (2016) 288/2 final.

<sup>64</sup> *Guidance on the implementation/application of the Unfair Commercial Practices Directive*, SWD (2016) 163 final <[http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf)> accessed 15.6.2016.

europeo di normalizzazione (CEN), che esponga i dettagli tecnici. Questo sarebbe coerente con lo spirito del nuovo “pacchetto di standardizzazione” presentato il 1° giugno 2016, in cui la Commissione europea ha sottolineato che le norme relative ai servizi e alle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (TIC) dovrebbero costituire la priorità chiave del sistema europeo di normalizzazione in modo che l’Europa possa cogliere appieno i vantaggi della digitalizzazione e della “servitizzazione” dell’economia<sup>65</sup>.

## **6. Strumenti di risoluzione delle controversie**

Le piattaforme digitali, come anticipato (cfr. par. 4), offrono anche meccanismi privati di risoluzione delle controversie. Sinora in merito al fenomeno dell’intermediazione digitale sono stati approfonditi dagli studiosi aspetti come la protezione del diritto d’autore<sup>66</sup> e della *privacy*<sup>67</sup>, la giurisdizione e il diritto applicabili ai contratti di

---

<sup>65</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, ‘Norme europee per il XXI secolo’, COM (2016) 358 final, p. 10.

<sup>66</sup> A. BERTONI - M.L. MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d’autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giur. Comm.*, n. 3/2013, 537; R. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d’autore: un’indagine di diritto comparato*, in *Europa e dir. priv.*, n. 4/2012, 1175.

<sup>67</sup> S. SICA - V. D’ANTONIO, *I safe harbour privacy principles: genesi, contenuti, criticità*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 4-5/2015, 801; G.M. RICCIO, *Model contract clauses e corporate binding rules: valide alternative al safe harbor agreement?*, in questa *Rivista*, n. 4-5/2015, 865; M. COCUCCIO, *Il diritto all’oblio fra tutela della riservatezza e diritto all’informazione*, in *Dir. Fam. Pers.*, n. 2/2015, 740; G.E. VIGEVANI, *Diritto dell’informazione e privacy nell’ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 3/2016, 473; F. BALDUCCI ROMAN, *La protezione dei dati personali nell’Unione Europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell’uomo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, n. 6/2015, 1619; V. ZENO- ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 4-5/2015, 683; G. RESTA, *La “morte” digitale*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 6/2014, 891; G.M. RICCIO, *Diritto all’oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 4-5/2014, 753; O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Il diritto*

servizio delle piattaforme digitali<sup>68</sup>, la responsabilità degli intermediari per fatto del terzo<sup>69</sup>, la rilevanza e applicabilità delle norme sul trasporto nazionale e internazionale per gli intermediari in materia di prenotazioni aeree<sup>70</sup>.

Ma le piattaforme digitali svolgono anche un altro ruolo che sta assumendo un'importanza sempre crescente, ma non è stato ancora adeguatamente indagato e

---

*dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5/2014, 569; T.E. FROSINI, *Google e il diritto all'oblio preso sul serio, Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5/ 2014, 563.

<sup>68</sup> B. DE GROOTE, *Maletic and EuU- jurisdiction for consumer contracts*, in 3 *EuCML* 138, 2016.

<sup>69</sup> M. TADDEO - L. FLORIDI (cur.), *Responsibilities of online services providers*, Cham, 2017; R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblighi di conformazione: robotakedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Europa Dir. Priv.*, n. 2/2017, 451; R. BOCCHINI, *Responsabilità dell'hosting provider - La responsabilità di facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*, in *Giur. It.*, n. 3/2017, 629; J. RIORDAN, *The liability of Internet Intemediaries*, Oxford, 2016; M. THOMPSON, *Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries*, 18 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 783, 2016; N. SUZOR - B. SEIGNIOR - J. SINGLETON, *Non-consensual porn and the responsibilities of online intermediaries*, 40(3) *Melb. Univ Law Rev.* 1057, 2017; C. OMER, *Intermediary liability for harmful speech: lessons from abroad*, 28(1) *Harv. J.L. & Tech.* 289, 2014; G. ROSSI, *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contr e Impr.*, n. 1/2012, 50; E. ANDREOLA, *Profili di responsabilità civile del motore di ricerca*, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 2/2012, 20127; S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il "labirinto" della responsabilità*, in *Giur. merito*, n. 12/2012, 2714B; K. YANG, *Paying for infringement: implicating credit card networks in secondary trademark liability*, 26 *Berkeley Tech. L.J.* 687, 2011; R. PETRUSO, *La responsabilità degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e Dir. Priv.*, n. 4/2011, 1107; L. BUGLIOLACCHI, *(Di- s) orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. Civ. Prev.*, n. 7-8/2010, 1568; F. DICOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza google/vivi down*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6/2010, 829; C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4/2010, 617; A. MONTELEO, *La responsabilità online: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2010, 405; G. CASSANO, *Google v. Vividown: responsabilità "assolute" e fine di Internet*, in *Dir. fam.*, n. 4/2010, 1826; A. PIAZZA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, in *Contr. Impr.*, n. 1/2004, 130; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002.

<sup>70</sup> Con riferimento in particolare all'applicazione del Reg 261/2004 *in materia di compensazione pecuniaria e assistenza in caso di ritardo, di cancellazione, di over-booking*; del Reg. n. 1371/2007 *in materia di trasporto ferroviario e diritto dei viaggiatori*; del Reg. 11770/2010, *in materia di diritti dei passeggeri che viaggiano per mare o per vie fluviali*; del Reg. 181/2011 *relativo ai diritti di passeggeri nel trasporto autobus e pullman*. Cfr. in dottrina A. DE VRIES, *Travel intermediaries and responsibility for compliance with EU travel law: a scattered legal picture*, in 3 *EuCML* 119, 2016; K. TONNER, *Does the new Package Travel Directive respond to the challenges of the IT world?*, 3 *EuCML* 55, 2016.

analizzato: esse si impegnano attivamente per favorire la prevenzione e la composizione delle controversie tra le parti di un contratto concluso proprio grazie al loro ruolo di intermediari, e per fare ciò predispongono determinati strumenti tecnici, clausole contrattuali e accortezze. Questi sistemi si stanno rivelando essere non soltanto alternativi alla giurisdizione dello Stato, ma anche preferibili sotto il profilo dell'efficacia: i costi sono notevolmente ridotti, è molto probabile che la decisione privata venga resa più rapidamente e che venga eseguita spontaneamente. Generalmente poi queste procedure decisionali si avvalgono di maggiori informazioni<sup>71</sup> e applicano regole e soluzioni più confacenti al contesto specifico, in un'ottica di «*relation preserving*» e non di «*end-game norms*»<sup>72</sup>. Proprio per l'importanza che i meccanismi di risoluzione delle controversie degli intermediari digitali stanno rivestendo negli ultimi anni e per la loro peculiarità anche rispetto agli altri sistemi alternativi (ADR e ODR), appare interessante riportare l'indagine svolta dal prof. Casabona nel suo saggio *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'Alien Dispute Resolution*. Partendo da un'analisi dei modelli contrattuali e delle *policy* aziendali di alcuni fra i più noti intermediari digitali, nell'opera sono individuati tre macro-modelli attraverso i quali si può qualificare e classificare il ruolo mediativo/compositivo degli intermediari *online*<sup>73</sup>.

### **7. Ruolo mediativo/compositivo degli intermediari digitali: i tre macro-modelli**

Nel tentativo classificatorio del saggio di Casabona sono stati utilizzati alcuni elementi

---

<sup>71</sup> I. MACINNES, Y. LI, W. YURCIK, *Reputation and Dispute in eBay Transactions*, 10 Int'l J. of Elec. Commerce 27 (2005).

<sup>72</sup> E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, spec. 29 ss.; trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006.

<sup>73</sup> S. CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'Alien Dispute Resolution*, op. cit.

marcatori: 1. esistenza di *policy* aziendali o vincoli contrattuali in merito al ruolo mediativo e compositivo degli intermediari e loro grado di dettaglio; 2. livello di formalizzazione e procedimentalizzazione; 3. ruolo dei sistemi di pagamento per l'espletamento dell'azione mediativa e compositiva; 4. esistenza di un sistema di *enforcement* ed ottemperanza delle decisioni. In tale modo sono stati identificati tre macro-modelli in cui ricondurre il composito e differente modo di articolarsi del ruolo mediativo-compositivo degli intermediari *online*: il modello *debole*, il modello *forte* e, infine, il modello *fortissimo*.

Caratteristica del modello *debole* è la totale assenza di vincoli contrattuali in base ai quali l'intermediario digitale si assume un compito mediativo e compositivo nell'eventualità in cui dovessero sorgere controversie tra gli utenti e gli operatori economici - fornitori del servizio. Appartengono a questa categoria piattaforme che nel loro articolato contrattuale sono solite definirsi meri "facilitatori" nell'incontro della domanda e dell'offerta ed elencano una serie di ipotesi di esonero di responsabilità. Tuttavia le *policy* aziendali sono spesso orientate a garantire la massima *customer satisfaction*, di conseguenza accade che tali imprese accolgano i reclami degli utenti e si impegnino a comporre le controversie adoperandosi per trovare soluzioni amichevoli. La totale assenza di qualsiasi vincolo contrattuale in merito alla responsabilità (diretta o indiretta) dell'intermediario rende l'azione compositiva e mediativa estremamente informale e poco procedimentalizzata, nonché priva di qualsiasi profilo di obbligatorietà giuridica. In ogni caso un ruolo preventivo di estrema importanza è svolto dalla predisposizione di *peer mechanisms* basati sui giudizi degli utenti. Per citare un esempio di intermediario digitale espressione di questa tendenza possiamo fare riferimento a Booking.com, piattaforma di proprietà di una società olandese che permette da una parte alle strutture alberghiere di pubblicizzare i propri servizi e prodotti, dall'altra consente a coloro che accedono alla piattaforma di effettuare le prenotazioni. Con la rapida ed efficace risoluzione delle controversie che insorgono tra strutture alberghiere e utenti, Booking.com invoglia i potenziali nuovi utenti a servirsi della piattaforma e i vecchi a rinnovare la propria scelta, inviando loro segnali reputazionali diretti che li porteranno a preferirla rispetto ad offerte di servizi simili del *web*.

Il secondo modello, quello *forte*, al pari del primo e, come vedremo, del terzo si caratterizza per la predisposizione da parte delle aziende di modelli reputazionali sulla base dei feedback degli utenti, tuttavia è sicuramente più strutturato rispetto al modello debole giacché le piattaforme digitali che vi sono riconducibili prevedono espressamente un sistema di composizione delle controversie tra utente e operatore economico, sistema che si caratterizza per un certo grado di proceduralizzazione e formalizzazione, nonché per l'eventuale disposizione di talune misure tecniche volte a garantire l'ottemperanza della decisione presa dall'intermediario. Inoltre, qualora gli utenti decidano di servirsi di taluni servizi di pagamento online che prevedono degli specifici sistemi di risoluzione delle controversie, essi potranno usufruire anche di questi.

Possono essere individuati due esempi che ben esprimono la varietà delle policy aziendali e degli schemi negoziali riconducibili a tale modello: AirBnB e Twago. La prima è una società irlandese che predispone una piattaforma *online* che connette persone con alloggi disponibili per locazione e potenziali ospiti di tali alloggi. Come Booking.com, la società non è parte contrattuale del rapporto negoziale intercorrente tra proprietari degli alloggi e ospiti, ma specifica nel regolamento contrattuale che la sua funzione è meramente quella di facilitare l'interazione tra le due parti, prevedendo a tal proposito una serie di ipotesi di esenzione di responsabilità. Tuttavia il medesimo regolamento continua istituendo un "Centro soluzioni", denominato "Trova soluzioni", che, nelle ipotesi in cui non sia stato raggiunto un accordo bonario tra le parti e su richiesta di una di esse, consente l'intervento dell'intermediario per istruire una pratica sulla base delle informazioni fornite dagli utenti interessati e prendere in totale discrezione una decisione definitiva<sup>74</sup>. In ottemperanza alla decisione, le parti

---

<sup>74</sup> Ad esempio nell'ipotesi di richieste di risarcimento da parte del proprietario in caso di danni arrecati dall'ospite all'alloggio: "Il Proprietario potrà riferire la Richiesta Danni ad Airbnb qualora non sia riuscito a trovare una soluzione reciprocamente accettabile con l'Ospite tramite il Centro Risoluzioni, ovvero immediatamente in talune circostanze. Quando un Proprietario riferisce la propria Richiesta Danni ad Airbnb, l'Ospite sarà informato di tale Richiesta Danni e gli verrà data l'opportunità di rispondervi. Se l'Ospite accetta di pagare il Proprietario secondo quanto richiesto nella Richiesta Danni, ovvero se Airbnb determina, a propria discrezione, che l'Ospite è responsabile del danno occorso all'Alloggio, a beni mobili o ad altra proprietà immobiliare presente nell'Alloggio. Airbnb (tramite Airbnb Payments) riscuoterà le somme a copertura di tali costi dall'utente e/o a valere sul Deposito Cauzionale in conformità con i *Termini di Pagamento* (/terms/ payments\_terms). Airbnb si riserva

potranno provvedere ai pagamenti “a titolo di rimborso o a fronte di servizi ricevuti e/o danneggiamenti occorsi durante la Prenotazione”<sup>75</sup> in via telematica. L’azienda prevede poi nel contratto la possibilità di predisporre taluni accorgimenti tecnici (limitazione di utilizzo o sospensione temporanea o permanente dell’account Airbnb, annullamento delle prenotazioni) per l’eventualità in cui non venga osservata dalle parti la decisione presa, al fine quindi di garantire l’*enforcement* della stessa<sup>76</sup>.

La piattaforma digitale Twago, di proprietà di una società tedesca, consente invece di mettere in contatto clienti o liberi professionisti o aziende per negoziare la prestazione di “servizi altamente qualitativi”<sup>77</sup> di diversa natura. Al pari delle precedenti piattaforme, anche Twago non è parte del contratto di servizio stipulato tra fornitore del servizio e cliente, ma si limita al ruolo di facilitatore nell’incontro delle parti; il fornitore è poi obbligato al pagamento delle commissioni per il servizio di intermediazione sulla base del valore complessivo della commessa<sup>78</sup>. Quanto all’ipotesi di eventuali controversie tra fornitore del servizio e utente in merito ai pagamenti, la piattaforma digitale svolge un ruolo mediativo/compositivo che si snoda secondo uno schema definibile di “doppio-binario”. Un primo servizio offerto è costituito dal centro di messaggistica della piattaforma ed è previsto esclusivamente per i contratti di servizio tra professionisti: l’utente che abbia delle lagnanze deve preventivamente inviare un’apposita dichiarazione dettagliata all’altra parte tramite il summenzionato centro di messaggistica e una volta decorso il termine di 15 gg., fissato per la composizione della controversia, senza che le parti siano addivenute ad una

---

inoltre il diritto di riscuotere altrimenti il pagamento e di perseguire qualsiasi via disponibile ad Airbnb a tal proposito nei casi in cui si accerti, a sola discrezione di Airbnb, che l’utente abbia danneggiato qualsivoglia Alloggio” (Termini del Servizio AirBnB, art. 9, lett. E).

<sup>75</sup> Termini del Servizio AirBnB, art. 9, lett. E.

<sup>76</sup> Termini del Servizio AirBnB, art. 24, lett. C.

<sup>77</sup> Condizioni generali d’uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, Preambolo.

<sup>78</sup> Condizioni generali d’uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 3.1.

soluzione bonaria, potrà intraprendere la via giudiziale<sup>79</sup>. Twago, poi, nonostante la libertà delle parti di utilizzare qualsiasi mezzo di pagamento dei compensi per l'attività prestata, offre agli utenti un sistema di pagamento apposito, denominato twago safePay<sup>80</sup> e gestito da un'altra società (la Leetchi Corp. S.A. con sede a Lussemburgo), che assume il ruolo di "*parte contraente dell'utente con riferimento ad ogni processo di pagamento effettuato*"<sup>81</sup> mediante esso. Tale sistema crea per ogni attività professionale un portafoglio elettronico (Safe-Pay wallet) che è un conto elettronico vincolato di proprietà della società gestrice su cui verrà depositato del fruitore del servizio l'importo che costituisce la somma pattuita per la prestazione dell'attività professionale<sup>82</sup>. Anche il fornitore del servizio dispone di un portafoglio personale (twago wallet) su cui verrà trasferita la somma accreditata soltanto dietro espressa autorizzazione del cliente<sup>83</sup>. Qualora sorgano delle controversie tra le due parti in merito al processo di pagamento, viene attivato il "team di supporto Twago" che, al fine della risoluzione del contrasto, si mette in contatto con l'utente e il fornitore e svolge una funzione di mediazione nel raggiungimento di un accordo vantaggioso per questi<sup>84</sup>. Se le parti pervengono ad un accordo, questo viene riportato per iscritto e successivamente Twago si mobilita per eseguire le operazioni necessarie (a seconda dei casi, accredito degli importi al Twago Wallet del fornitore o riaccredito sul conto del cliente)<sup>85</sup>. Contrariamente al primo, questo secondo servizio è accessibile non

---

<sup>79</sup> Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 14.

<sup>80</sup> Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.

<sup>81</sup> Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.1.

<sup>82</sup> Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.2.

<sup>83</sup> Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.4, lett. a.

<sup>84</sup> Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.4, lett. c.

<sup>85</sup> Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art.

soltanto ai professionisti, ma anche ai consumatori, essendo subordinato esclusivamente all'aver scelto di usufruire della modalità di pagamento a ciò dedicata.

Il terzo e ultimo modello del ruolo mediativo - compositivo degli intermediari *online* è quello *fortissimo*: le piattaforme digitali che vi sono riconducibili non soltanto si impegnano espressamente nei confronti delle parti a comporre le controversie che possano insorgere tra di loro, ma garantiscono anche la diretta esecuzione della decisione presa. L'intervento dell'intermediario in tal senso è disciplinato dettagliatamente, rendendo lo svolgimento della funzione mediativa - compositiva estremamente procedimentalizzata e formalizzata. Oltre ai sistemi reputazionali basati sui feedback degli utenti, comuni anche alle piattaforme analizzate descrivendo i precedenti modelli, la peculiarità degli intermediari che appartengono al modello fortissimo è quella di offrire anche un “*centralized or third-party mechanism*”<sup>86</sup>: sono le piattaforme stesse che forniscono garanzie di restituzione delle somme pagate nei casi di mancata consegna del bene o sua difformità effettiva rispetto al bene ordinato. Così facendo, gli intermediari consentono una diminuzione sostanziale dei rischi transattivi sostenuti dal compratore e, al tempo stesso, accrescono la sua fiducia più che nel compratore, nell'intermediario stesso<sup>87</sup>. La varietà di schemi negoziali che possono essere individuati all'interno del modello oggetto di indagine è sicuramente molto vasta, tra di essi possiamo distinguere come maggiormente rappresentativi quelli di Amazon (che sarà brevemente descritto dappresso), PayPal – Europa e eBay (i quali, soprattutto il terzo, costituiranno oggetto di indagine approfondita nel capitolo 2).

Amazon è una società lussemburghese che permette a venditori terzi di usufruire del

---

9.4, lett. c.

<sup>86</sup> A. THIERER - C. KOOPMAN - A. HOBSON - C. KUIPER, *op. cit.*, p. 835: “*This is an obvious benefit to buyers, as it lowers their potential risk and therefore the cost of the transaction. But it also benefits the sellers as the buyer will now be willing to pay more*”.

<sup>87</sup> O. BEN - SHAHAR, *One-way contract: Consumer protection without law*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, 2009, [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=law_and_economics).

portale per mettere in vendita i propri prodotti. Nel suo articolato contrattuale viene evidenziato il ruolo di mero facilitatore nelle transazioni che intercorrono sulla piattaforma, che non assume la qualifica di parte nel contratto di compravendita. Si prevede espressamente che *“Amazon non assume alcuna responsabilità relativamente al contratto di vendita e alla sua corretta esecuzione, e non opera in alcun modo come agente del venditore. Il venditore è l’unico responsabile per la vendita dei prodotti e per la gestione delle controversie con l’acquirente”*<sup>88</sup>. Il contratto di servizio con l’utente – consumatore cita una clausola denominata *“garanzia dalla A alla Z”*<sup>89</sup> prevista *“al fine di rendere più sicura l’esperienza d’acquisto del cliente”*<sup>90</sup>; tale clausola è dettagliatamente disciplinata nelle linee guida della *policy* aziendale<sup>91</sup> e costituisce una garanzia ulteriore per il compratore nell’eventualità in cui il bene acquistato risulti danneggiato, difettoso o sostanzialmente difforme dalla descrizione, e il venditore non voglia procedere alla sostituzione o al rimborso del prezzo di acquisto. La *“garanzia dalla A alla Z”* offre un sistema di composizione delle controversie accessibile se l’utente abbia proceduto al pagamento per mezzo del sito Amazon.it o se si sia servito del sistema *“Amazon Pay”* per acquisti autorizzati su siti di proprietà di terzi. Sono definiti nel dettaglio i termini e le modalità di presentazione del reclamo da parte dell’utente e viene spiegato cosa debba intendersi per *“prodotto danneggiato, difettoso o errato”* anche ricorrendo a semplici esempi e tipizzando le ipotesi che non vi rientrano e in cui il reclamo non verrà sicuramente accolto. Se il reclamo dovesse essere accolto, sarà la stessa società Amazon a rimborsare direttamente il compratore del prezzo di acquisto (incluse le spese di spedizione) fino ad un massimo di € 2.500,00, fermo il diritto di rivalsa della stessa nei confronti del venditore<sup>92</sup>. Amazon dispone di ampia discrezionalità sia nel dirimere la controversia

---

<sup>88</sup> Amazon, Condizioni Generali di Uso e di Vendita, 7 marzo 2016, art. 12.

<sup>89</sup> Amazon, Condizioni Generali di Uso e di Vendita, 7 marzo 2016, art. 12.

<sup>90</sup> Amazon, Condizioni Generali di Uso e di Vendita, 7 marzo 2016, art. 12.

<sup>91</sup> Cfr. <https://www.amazon.it>.

<sup>92</sup> Contratto di Utilizzo di Amazon Payments Europe - Conto Venditore, 31 marzo 2017, art. 3.5.2. Il disciplinare contrattuale al quale il venditore Amazon è vincolato elenca poi gli obblighi di quest’ultimo nel caso — appunto — di un reclamo: fornire prova dell’avvenuta consegna entro un certo termine perentorio; comunicare numero identificativo della transazione interessata; descrivere i prodotti inviati

sia nell'adottare tutta una serie di misure tecniche volte a garantire il rispetto della decisione presa (è espressamente previsto che la società, una volta accolto il reclamo, possa sospendere l'importo oggetto di contestazione e già versato sul conto del venditore, impedendogli quindi di riscuotere la somma finché la controversia non sia stata risolta)<sup>93</sup>.

PayPal - Europa è un istituto di credito<sup>94</sup> con sede a Lussemburgo, creato al fine principale di emettere moneta elettronica e di fornire servizi correlati<sup>95</sup>, soggetto alla supervisione da parte dell'autorità di vigilanza del Lussemburgo. La peculiarità di questo intermediario digitale consiste nel fatto che esso non si limita a svolgere il ruolo di mero facilitatore nell'incontro delle parti restando poi estraneo al rapporto negoziale conclusosi tra esse, ma, a differenza delle altre piattaforme precedentemente analizzate, PayPal instaura un rapporto contrattuale diretto con l'utente. Tale rapporto sorge a seguito della richiesta dell'utente di aprire un conto elettronico, sul quale la società opererà addebiti e accrediti. L'azienda svolge un ruolo che si potrebbe definire di "*trusted third party*" poiché per ciascuna obbligazione di pagamento tutte le parti della transazione instaurano un rapporto negoziale diretto con essa.

Quanto al ruolo mediativo – compositivo della società, esso si caratterizza per alcune peculiarità rispetto a quelli analizzati *supra*. Secondo quanto previsto nel regolamento contrattuale, nelle ipotesi di significativa difformità del bene rispetto a quello ordinato o di mancato invio dello stesso, il sistema PayPal mette a disposizione il proprio "centro risoluzioni"<sup>96</sup>: entro un determinato termine dall'avvenuto pagamento del bene la parte che presenta la lagnanza deve trasmettere al sistema una formale

---

(cfr. Contratto di Utilizzo di Amazon Payments Europe - Conto Venditore, 31 marzo 2017, art. 3.5.2.).

<sup>93</sup> Contratto di Utilizzo di Amazon Payments Europe - Conto Venditore, 31 marzo 2017, art. 3.5.1.

<sup>94</sup> Sostanziale incertezza sulla qualificazione giuridica di Paypal si ha invece negli Stati Uniti, in cui la società rifiuta di essere inquadrata come istituto di credito, o istituto soggetto alla vigilanza in materia di trasferimento di moneta elettronica (Electronic Funds Transfer Acts, 1978). Cfr. in dottrina R.J. MANN, *Regulating Internet payment intermediaries*, 82 *Tex. L. Rev.* 681, 2003-2004.

<sup>95</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 1.1.

<sup>96</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art.13.5.

contestazione<sup>97</sup>, atto propulsivo per l'apertura del procedimento; nell'ipotesi in cui acquirente e venditore non riescano a raggiungere un accordo, tale contestazione viene convertita in reclamo<sup>98</sup>. Nello svolgimento della fase "istruttoria" PayPal può richiedere all'acquirente di fornire tutta la documentazione (ricevute, verbali di polizia, valutazione di terzi, ecc.) che corroborano la sua posizione<sup>99</sup>; in caso di lamentata difformità del bene ricevuto con quello ordinato, la società può chiedere all'utente di rispedirlo al venditore o ad un terzo per operare le dovute verifiche<sup>100</sup>. Compiuti i necessari accertamenti, il Centro risoluzioni emette una decisione finale che *"è a completa discrezione di PayPal e viene presa in base a qualsiasi criterio ritenuto appropriato da PayPal"*<sup>101</sup>. Ma la vera peculiarità di questo sistema consiste nel ruolo successivo dell'intermediario nella fase di ottemperanza ed eventuale *enforcement* della decisione presa. Il regolamento contrattuale contiene infatti un'ulteriore tutela per il consumatore grazie alla previsione contenuta in un'apposita clausola, denominata Protezione Acquisti PayPal<sup>102</sup>, in base alla quale nei casi di contestata sostanziale difformità del bene rispetto a quello ordinato o di mancata

---

<sup>97</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5, lett. a.

<sup>98</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5, lett. b.

<sup>99</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5, lett. c.

<sup>100</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5, lett. d.

<sup>101</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.6: "Nel caso in cui PayPal si pronunci a favore dell'acquirente o del venditore, le parti devono attenersi alla decisione di PayPal. PayPal può richiedere all'acquirente di rispedire al venditore l'oggetto reputato "Notevolmente non conforme alla descrizione" a un indirizzo fornito da PayPal durante la revisione del reclamo (con spese a carico dell'acquirente) e PayPal può richiedere a un venditore di accettare la restituzione dell'oggetto e di rimborsare l'acquirente per l'intero prezzo di acquisto più le spese di spedizione iniziali. Se il venditore rifiuta di accettare l'oggetto, PayPal può concludere il reclamo in favore dell'acquirente, sempre che quest'ultimo abbia fornito prove soddisfacenti a PayPal che l'oggetto è stato inviato al venditore a un indirizzo fornito all'acquirente da PayPal durante la revisione del reclamo. Nel caso in cui un reclamo fosse risolto a sfavore del venditore, questi non avrà diritto ad alcun rimborso delle tariffe PayPal associate alla transazione in questione o a qualsiasi altra tariffa addebitata sul Conto PayPal dell'utente da una terza parte associata alla transazione (ad esempio, le tariffe addebitate dalla piattaforma di una terza parte su cui l'utente effettua la propria vendita)".

Tuttavia, come viene osservato in D.E. SORKIN, *Payment methods for consumer to consumer online transaction*, 35 *Akron L. Rev.* 1, 9, 2001-2002: "The mere threat of a chargeback may be sufficient to induce a seller to resolve a dispute to the buyer's satisfaction because chargeback fees imposed by credit card servicers can be substantial".

<sup>102</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.

consegna di esso, se a seguito dell'istruttoria dovesse emergere la fondatezza delle pretese dell'acquirente, l'intermediario stesso si impegna a rimborsare direttamente<sup>103</sup> il compratore della somma versata per l'acquisto del bene (*chargeback*)<sup>104</sup> e del costo delle spese di spedizione; naturalmente, il venditore sarà poi obbligato contrattualmente a rimborsare la società della somma da essa anticipata all'utente<sup>105</sup>. Il sistema ideato da PayPal comporta una sorta di triangolarizzazione della relazione contrattuale poiché alla relazione bilaterale tra acquirente e compratore si va ad

---

<sup>103</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.1.

<sup>104</sup> L. DEL DUCA – C. RULE – Z. LOEBL, *Facilitating Expansion of Cross-Border E- Commerce - Developing a Global Online Dispute Resolution System (Lessons Derived from Existing ODR Systems - Work of the United Nations Commission on International Trade Law)*, 1 *Penn St. J.L. & Int'l Aff.* 70, 2012.

<sup>105</sup> Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 10.1: A) “L'utente è responsabile degli storni, dei chargeback, dei reclami, delle spese, delle penali, delle sanzioni e di tutti gli altri danni arrecati a PayPal, a un altro utente PayPal o a una terza parte derivanti dall'uso dei Servizi e/o dalla violazione delle presenti Condizioni d'uso. L'utente si impegna a rimborsare PayPal, l'utente o la terza parte interessata per tutti i danni sopra elencati. B) Responsabilità per i reclami in base alla Protezione acquisti PayPal. Fatto salvo quanto previsto da qualsiasi altra sezione delle presenti Condizioni d'uso, qualora PayPal si pronunciasse a sfavore dell'utente in merito a un reclamo presentato direttamente a PayPal da un acquirente registrato in una parte qualsiasi del mondo, l'utente sarà tenuto a rimborsare a PayPal l'importo oggetto del reclamo. La responsabilità dell'utente include il prezzo di acquisto dell'oggetto e i costi di spedizione (e, in alcuni casi, l'utente potrà non riavere l'oggetto). La Protezione vendite PayPal potrà coprire la responsabilità dell'utente (vedere la sezione 11 di seguito). C) Rimborso in caso di responsabilità dell'utente. Nell'eventualità in cui l'utente sia responsabile di somme dovute a PayPal, PayPal potrà prelevare immediatamente tali somme dal Saldo dell'utente (se disponibile). Qualora il denaro presente sul Conto fosse insufficiente per ottemperare a tale responsabilità, PayPal si riserva il diritto di recuperare il debito avvalendosi dei pagamenti depositati sul Conto e con qualsiasi altra modalità di rimborso accettata dall'utente. PayPal può inoltre recuperare l'importo dovuto tramite mezzi legali, incluso, a titolo esemplificativo, il ricorso a un'agenzia di recupero crediti (...)”.

Anche in tale modello, come già visto in precedenza, l'intermediario ha facoltà di porre in essere una serie di azioni di natura “tecnica” per *indurre* il venditore al rispetto degli impegni contrattuali. Ecco allora che PayPal può, in qualsiasi momento e senza responsabilità alcuna, sospendere, bloccare, limitare, chiudere o annullare il diritto all'utilizzo dello strumento di pagamento (art. 10.2, lett. a), rifiutare di eseguire una transazione di pagamento specifica (art. 10.2, lett. c), annullare un pagamento (art. 10.2, lett. d), trattenere il denaro dell'utente nella misura e per il tempo ragionevolmente necessari per tutelarsi contro eventuali rischi di attribuzione di responsabilità (art. 10, lett. h).

I. COLON-FUN, *Protecting the new face of entrepreneurship: online appropriate dispute resolution and international consumer- to-consumer online transactions*, 12 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 233, 255, 2007: “Online payment services function as both reputational intermediaries at the informal relation-preserving stage and dispute mediators at the informal end- game stage”.

aggiungere, in parte sostituendola, la relazione di ciascuna delle parti con l'intermediario<sup>106</sup>.

Se e nella misura in cui l'acquisto sul famoso sito di aste *on line* eBay venga effettuato dall'utente mediante il metodo PayPal, il sistema appena analizzato rileverà anche nel meccanismo di risoluzione delle controversie approntato da questa ulteriore piattaforma digitale che analizzeremo nel prossimo capitolo.

---

<sup>106</sup> Cfr. sul punto C. BUSCH - H. SCHULTE- NOLKE - A. WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA - F. ZOLL, *The rise of the platform economy: a new challenge for EU consumer law?*, 1 *EuCML* 3, 2016.

## CAPITOLO 2

### ANALISI DI UN CASO: eBAY

*Sommario: 1. Cenni storici. -2. Modalità di vendita: la natura legale delle aste online. -3. EBay non è un banditore d'asta tradizionale. -3.1 Applicazione del "Three-prong Test" per determinare la classificazione legale delle aste online. 4. Ebay offre un servizio della società dell'informazione. -5. Regime di responsabilità di eBay. -6. Fiducia e reputazione su eBay: il sistema dei feedback. -6.1 Difetti del sistema. -6.2 Possibili soluzioni per migliorare il sistema. -6.3 Responsabilità di eBay per il funzionamento del suo sistema reputazionale. -7. Strumenti volti alla prevenzione e risoluzione delle controversie. -7.1 Il sistema di risoluzione delle controversie di eBay.*

#### **1. Cenni storici**

EBay è una piattaforma (*marketplace*) di commercio elettronico che offre ai propri utenti la possibilità di vendere, comprare e fare offerte per acquistare oggetti, sia nuovi che usati, da qualsiasi postazione Internet e in qualsiasi momento, mettendo a disposizione a tal fine diversi formati di vendita, incluse le vendite a prezzo fisso e a prezzo dinamico, comunemente definite "aste *online*"<sup>107</sup>.

Il sito di aste *online* è stato fondato il 6 settembre 1995 da Pierre Omydar ed è arrivato in Italia nel 2001 a seguito della rilevazione da parte della società californiana del sito iBazar. Inizialmente nei progetti del suo ideatore, eBay era stato pensato come un mero sito d'aste che potesse consentire a chiunque lo desiderasse di disfarsi di vecchi oggetti, postando un annuncio corredato di foto e prezzo di partenza. Il primo oggetto venduto è stato un puntatore laser rotto a \$14.83; sorpreso dalla vendita riuscita, Omydar contattò immediatamente via *e-mail* l'acquirente chiedendogli se avesse ben

---

<sup>107</sup> Ebay, Accordo per gli utenti, 12 maggio 2016, Preambolo.

compreso la natura dell'oggetto, ma l'acquirente rispose che collezionava puntatori laser rotti.

Originariamente non era stato approntato un apposito *server* professionale: il sito, infatti non godeva di una propria autonomia, ma era ospitato come sezione a sé stante all'interno del portale personale dello stesso Omidyar, in cui egli si occupava di ebola, una problematica per nulla annessa allo scopo di *marketplace*. Tale "convivenza" fu però di breve durata, poiché dopo pochi mesi l'informatico iraniano fu avvisato dal *provider* che l'alto traffico di utenti generato da sito comportava una stringente necessità di cambiamento in favore di un *account business*.

Ben presto Omidyar puntò ad un allargamento del progetto: il primo dipendente della compagnia è stato Chris Agarpao, mentre il ruolo di presidente è stato ricoperto da Jeffrey Skoll a partire dal 1996. Nel novembre dello stesso anno viene stretto un accordo con la società *Electronic Travel Auction* al fine di consentire al sito l'utilizzazione della tecnologia *SmartMarket* per permettere la vendita di titoli di viaggio, quali biglietti ferroviari e aerei. Questo ha comportato una crescita vertiginosa del numero di inserzioni degli utenti nel giro di un solo anno (dalle 250.000 del 1996 ai 2 milioni nel solo gennaio 1997). Soltanto due anni dopo dalla sua fondazione, nel settembre 1997, la compagnia ha assunto l'attuale nome di eBay, abbandonando l'originario *AuctionWeb*. Nei progetti iniziali di Omidyar il sito avrebbe dovuto chiamarsi *Echo Bay* (come richiamo alla *Echo Bay Technology Group* posseduta dallo stesso Omidyar), ma questo nome di dominio era già stato registrato dalla compagnia mineraria *Echo Bay Mines*, e la scelta ricadde quindi su *eBay.com*. Tre anni dopo dalla sua fondazione, nel 1998, la piattaforma venne posta sulla rete Internet e si vide necessaria l'assunzione di un CEO esperto. A tal fine venne nominata Meg Whitman, la cui esperienza nelle tecnologie di consumo e nella creazione di marchi ha portato l'azienda all'ascesa come leader nel mercato *online*, divenendo sito principale nell'ambito del commercio elettronico in grado di guidare e influenzarne lo sviluppo. Sotto la supervisione di Whitman si diede da subito avvio ad una profonda riorganizzazione societaria, secondo un progetto volto alla razionalizzazione delle categorie merceologiche e all'individuazione di 23 macro-categorie e di 35.000 sotto-categorie. Nel contempo, il sito venne totalmente ricostruito, divenendo di facile

accesso e utilizzazione da parte degli utenti. L'azienda venne poi ufficialmente quotata in borsa rivelandosi da subito un successo: dopo poche ore il valore delle singole azioni era quadruplicato. L'esperta CEO di eBay Inc. si preoccupò, inoltre, di allargare il portafoglio societario dando inizio ad una ingente campagna acquisti: nel 2002 vennero inglobati nella "sfera di influenza" di eBay il sito di aste *online* europeo *iBazar*, incorporato totalmente dal sito californiano e il noto sistema di pagamenti informatici *PayPal*, che divenne da allora metodo di pagamento predefinito per tutte le transazioni sulla piattaforma digitale. Nel 2005 eBay opera un'altra scelta strategica grazie all'acquisto del servizio di telefonia VoIP *Skype*, che venne poi rivenduta sei anni dopo a Microsoft per il quadruplo della somma di acquisto. Nel marzo del 2008 è stata annunciata la sostituzione di Whitman alla presidenza della compagnia da parte dell'ex incaricato del commercio principale delle aste John Donahoe, il quale ha continuato nella direzione, dimostratasi vincente, della campagna acquisti: in breve tempo vengono acquistati il sito Internet *Milo* ideato per aiutare gli utenti nel lancio dei propri prodotti sulla piattaforma e-commerce; *Gittigidiyor*, il principale sito di e-commerce in Turchia; *Magento*, lo strumento più famoso per la creazione di negozi *online*.

A partire dal 2016, eBay ha annunciato consistenti cambiamenti nella piattaforma di vendite *online*, inclusa l'adozione di un sistema di pagamenti alternativo a PayPal. In origine eBay e PayPal costituivano una sola società, ma anche dopo la separazione (avvenuta nel 2014) la collaborazione tra le due è sempre stata strettissima: in pratica da lungo tempo PayPal è la piattaforma di riferimento per i pagamenti digitali su eBay. Novità e cambio storico di strategia sono descritti in una *e-mail* inviata a venditori e agli utenti con cui il sito ha annunciato l'avvio di una intermediazione diretta dei pagamenti sulla piattaforma eBay, in cui sarà il sito a gestire interamente la procedura di pagamento, per ottimizzare e semplificare l'esperienza di *marketplace* degli acquirenti e dei venditori. Ebay ha firmato un accordo con *Adyen*, una piattaforma globale di punta per la gestione dei pagamenti, che diventerà il suo partner principale nell'elaborazione dei pagamenti. Quanto al ricorso a metodo di pagamento PayPal, il sito afferma di offrire in ogni caso agli acquirenti tale opzione. Il sito di aste *online*, poi, rassicura gli utenti di non dover porre in essere alcuna condotta, poiché la

transizione verso una completa intermediazione dei pagamenti sarà un processo lento e graduale.

Negli ultimi tre anni eBay ha apportato diverse modifiche al suo modello di *business* con l'obiettivo di offrire la migliore selezione di prodotti e diventare la principale e più potente piattaforma di vendite *online*; in questo quadro lo sviluppo di proprie capacità nelle intermediazioni di pagamento si pone come uno dei tasselli chiave di questa strategia. Il sito sottolinea anche i vantaggi che potranno trarre sia gli acquirenti, che i venditori: struttura delle tariffe semplificata, accesso ai fondi più facile da prevedere e riduzione dei costi di elaborazione dei pagamenti.

Il sito ha da poco avviato l'intermediazione su scala ridotta nel Nord America a partire dalla seconda metà del 2018 per poi espanderla nel 2019 in conformità con l'Accordo Operativo con PayPal: *«Prevediamo nel 2021 di aver fatto passare la maggior parte dei clienti della piattaforma alla nuova esperienza dei pagamenti. (...) Quando eBay si avvicinerà alla fase iniziale della intermediazione comunicheremo ulteriori dettagli sul processo e sui prossimi passi che i venditori dovranno intraprendere».*

## ***2. Modalità di vendita: la natura legale delle aste online***

I formati di vendita messi a disposizione dalla piattaforma digitale sono diversi: asta, contatto diretto, compralo subito, compralo subito con proposta. Condizione necessaria e preliminare all'avvio di qualunque transazione è l'iscrizione gratuita al sito di eBay. I venditori che offrono beni o servizi possono essere professionisti o meno e a loro carico vengono applicate delle tariffe sia per la mera pubblicazione di un'inserzione di qualsiasi tipo, sia come commissioni sul valore finale dell'oggetto che viene venduto. Gli acquirenti fanno le offerte per ottenere la merce in vendita e possono a loro volta diventare venditori, dopo che eBay abbia effettuato un controllo tramite l'inserimento dei dati della carta di credito o di una carta prepagata, oppure con una verifica per mezzo di un codice mandato presso l'abitazione

dell'acquirente/venditore.

Come anticipato, le vendite possono essere effettuate utilizzando diversi formati di prezzo: eBay offre lo strumento dell'asta, della vendita ad un prezzo specifico, ed anche l'asta con la possibilità di vincere l'oggetto istantaneamente sconfiggendo tutti gli altri offerenti nell'aggiudicazione del bene tramite l'offerta di un prezzo fisso. Un utente eBay mette in vendita un prodotto caricandone contestualmente foto, descrizione, informazioni sulla spedizione e sul pagamento. L'asta è molto simile ad un'asta inglese: il venditore può scegliere un prezzo iniziale e decidere se aggiungere un prezzo di riserva sull'oggetto; ogni asta viene eseguita per un periodo fisso di massimo dieci giorni e durante il periodo dell'asta i potenziali offerenti possono fare offerte sull'oggetto inserendo l'importo massimo che sono disposti a pagare, secondo un meccanismo di offerta automatico in base al quale è il sistema che fa un'offerta per conto di tutti gli offerenti. Sulla base delle condizioni dell'utente di eBay, un offerente ha l'obbligo di completare la transazione con il venditore se è risultato il miglior offerente alla fine del periodo d'asta – il sito invia un'*e-mail* ai vincitori dell'asta per informarli - e il venditore abbia accettato.

La maggior parte delle vendite si avvale della forma dell'asta, e questo amplifica la portata del problema, ancora insoluto, della qualificazione legale delle aste *online* e della loro eventuale differenziazione di regime rispetto alle aste tradizionali. Questo tema, infatti, non si arresta ad una mera classificazione e razionalizzazione di tipo formale, ma implica necessari chiarimenti in merito all'applicazione della disciplina di tutela per i consumatori. Infatti eBay (e tutti i siti di aste *online* che ne ricalcano lo schema) si sono evoluti ampliando il mercato e i soggetti coinvolti: non si tratta più soltanto di transazioni *consumer-to-consumer*, in cui la legge sulla protezione dei consumatori è pacificamente non applicabile, attesa la posizione di parità delle parti contraenti; ma, ormai, anche le piccole e medie imprese e le grandi aziende si servono dei processi di asta *online* nella vendita dei loro prodotti ai consumatori. Tale problematica assume connotati di necessità di chiarificazione ancora più stringenti se si considera che le aste *online* coinvolgono i consumatori che in molti casi stringono relazioni contrattuali con ben due professionisti: in primo luogo e prioritariamente, il consumatore stipula un contratto con il sito di aste *online* e ne accetta i termini e le

condizioni d'uso; in secondo luogo l'acquirente/consumatore potrà concludere un contratto con terze parti (professionisti) che utilizzano la piattaforma digitale per offrire i propri articoli in vendita. Occorre ricordare, poi, le caratteristiche specifiche dell'asta *online* che non solo si svolge a distanza, impedendo quindi al consumatore di ispezionare le merci per le quali sta gareggiando, ma, superando ogni barriera geografica, apre anche alla possibilità che le diverse parti siano stabilite in giurisdizioni differenti. I rischi principali dai quali occorre tutelare i consumatori sono la vendita di prodotti difettosi, la mancata corrispondenza dei beni acquistati rispetto alla loro descrizione, la vendita di merci contraffatte e il crescente aumento delle truffe *online*.

A tal proposito è stata condotta un'interessante indagine da Christine Riefa, docente presso la Brunel Law School, volta ad approfondire la tematica della natura legale delle aste *online* su eBay nell'ottica di offrire una maggiore tutela ai consumatori<sup>108</sup>. L'indagine parte da uno studio sul regime di protezione attualmente vigente nel diritto UE, conducendo un'analisi comparata con l'ordinamento e la giurisprudenza statunitense, per poi soffermarsi sulla situazione che interessa specificamente il Regno Unito. Ai fini del presente lavoro, si ometteranno i risultati che riguardano strettamente il Regno Unito, per porre l'attenzione al quadro giuridico dell'ordinamento UE.

Punto di partenza è innanzitutto la necessità di trovare elementi di distinzione tra le aste tradizionali e le aste *online*: se si ritenesse la natura delle aste *online* pienamente assimilabile a quella delle aste tradizionali, si giungerebbe a conseguenze piuttosto sfortunate per la tutela dei consumatori. Infatti per il diritto UE le aste non godono della disciplina di tutela per i consumatori: la direttiva 97/7/CE e la normativa sulla protezione dei consumatori del 2000 in merito alle vendite a distanza escludono dal proprio ambito di protezione "*i contratti per beni e servizi conclusi in un'asta*". L'autrice ritiene, tuttavia, che i regolamenti e la direttiva UE mirino unicamente ad

---

<sup>108</sup> C. RIEFA, "To Be or Not to Be an Auctioneer?" *Some Thoughts on the Legal Nature of Online "eBay" Auctions and the Protection of Consumers*, in in Journal of Consumer Policy, 2008, vol. 31, issue 2, 167-194.

un'esclusione della protezione per le aste tradizionali e non per le aste come praticate su siti quali eBay, che al momento dell'adozione della direttiva non erano state oggetto di discussione poiché non costituivano allora un metodo di vendita ampiamente utilizzato come oggi. Tenuto conto poi del fatto che eBay non soltanto offre il formato di vendita per asta, ma anche a prezzo fisso, sarebbe paradossale assicurare la protezione al consumatore che si avvale del secondo modello e non del primo, soltanto sulla base della scelta di un differente metodo di vendita e senza che i consumatori siano a conoscenza del cambiamento del regime giuridico che ciò implica.

D'altra parte, la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, che si pone come scopo principale quello di rafforzare la fiducia nell'*e-commerce*, per incoraggiare lo sviluppo delle transazioni *online*, crea un libero accesso al mercato digitale e impone diversi obblighi destinati ad una tutela efficiente dei consumatori. Al fine di consentire l'applicazione della normativa di *favor consumatoris* occorre stabilire, però, se le aste *online* possano essere collocate nell'alveo dei “*servizi della società dell'informazione*”, destinatari della summenzionata direttiva. Tale indagine verrà effettuata in seguito (vd par. 4); si inizierà invece dagli elementi di differenziazione delle aste *online* condotte su eBay (e siti affini) rispetto alle aste tradizionali, per le quali è espressamente esclusa l'applicazione della disciplina di tutela dei consumatori.

### **3. *EBay non è un banditore d'asta tradizionale***

L'Accordo per gli utenti di eBay precisa che “*eBay non ha il possesso dei beni messi in vendita o venduti attraverso la piattaforma, non trasferisce la proprietà degli oggetti dal venditore all'acquirente, non ha alcun ruolo e non è coinvolta nella compravendita che si svolge tra venditori e acquirenti. Il contratto di compravendita si conclude direttamente tra gli acquirenti e i venditori. EBay non è un “banditore d'asta” nel senso tradizionale del termine.*

*Anche se possiamo offrire indicazioni su prezzi, servizi postali e altre informazioni relative alla fornitura dei nostri servizi, tali indicazioni e informazioni sono solamente*

*indicative e l'utente può decidere di non utilizzarle. eBay non rivede le inserzioni degli utenti o i contenuti immessi dagli utenti nei siti. Possiamo facilitare la risoluzione delle controversie attraverso i nostri programmi, tuttavia eBay non ha alcun controllo, non garantisce e non ha alcuna responsabilità in merito all'esistenza, la qualità, la sicurezza e la liceità degli oggetti pubblicizzati; la veridicità o l'accuratezza dei contenuti degli utenti, delle inserzioni e dei feedback; la capacità degli acquirenti di pagare il prezzo degli oggetti; la capacità degli utenti di vendere, acquistare e fare offerte. eBay non può assicurare che un acquirente o venditore siano effettivamente in grado di portare a termine la transazione o di restituire un oggetto”<sup>109</sup>.*

Dal momento che non esiste una definizione statutaria di asta tradizionale al livello dell'UE, la dottrina incontra diverse difficoltà nel determinare se le aste *online* debbano essere considerate alla stregua delle aste tradizionali o meno. Limitandosi ad un'analisi superficiale dei processi impiegati per concludere la vendita, i due tipi di aste (tradizionali e *online*) mostrano molte somiglianze, ma i meccanismi su cui si fondano alcune vendite *online* possono essere totalmente differenti, al punto da suggerire che l'intera natura giuridica di alcune aste su eBay sia completamente diversa. Diversi paesi hanno iniziato a riconoscere nella loro legislazione interna tali differenze. In Francia, ad esempio, la *loi no. 2000 642 du juillet 2000, portant règlementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques*<sup>110</sup> traccia

---

<sup>109</sup> Ebay, Accordo per gli utenti, Scopo: <https://pages.ebay.com/it/help/policies/user-agreement.html>. Si noti che l'accordo, così come modificato, è entrato in vigore a partire dall'1 maggio 2018. Fino al 30 aprile 2018, la parte contrattuale di coloro che risiedono all'interno dell'Unione Europea è stata eBay Europe S.à.r.l., con sede in 22-24 Boulevard Royal L-2449 Lussemburgo (iscrizione a R.C.S. di Lussemburgo B 120781, partita IVA LU 21416127, licenza n. 114463). Dal 1 maggio 2018, la parte contrattuale di coloro che risiedono all'interno dell'Unione Europea è eBay GmbH, Albert-Einstein-Ring 2-6, 14532 Kleinmachnow, Germania (Numero di Registrazione HRB13754P e partita IVA DE 200081785).

<sup>110</sup> *Loi no. 2000 642 du juillet 2000, portant règlementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (Voluntary Public Auction and Auction Brokerage Act)*, J.O., 11 juillet 2000, no. 159, 10474. Questo atto induce nuovi articoli nel codice commerciale francese incluso quello di un'asta intermediata online nell'arte. L.321-3 par.2 che recita: “Le operazioni di intermediazione in aste informatizzate, caratterizzate dall'assenza di un giudizio e dell'intervento di terzi nella conclusione della vendita di un bene tra le parti, non costituiscono una vendita all'asta pubblica”. Vedi anche in Lussemburgo l'art. 50 bis della *loi du 14 août 2000 sur le commerce électronique (Electronic Commerce Act 2000)*, inserito dalla *loi du 5 Juillet 2004*. La legge in Lussemburgo è direttamente ispirata alla legge

una distinzione tra le tradizionali aste pubbliche condotte *online* e le aste in stile eBay, assimilabili più che altro ad una forma di mediazione. Negli Stati Uniti invece molti stati richiedono una licenza per poter trattare come banditore, ma alcuni di essi hanno adottato una legislazione volta ad escludere quest'obbligo nel caso di aste *online*: in Ohio, ad esempio la Sezione 4707.02 dell'*Ohio Revised Code* esclude dal requisito dell'ottenimento di una licenza per la conduzione delle aste qualsiasi “*società di mediazione d'asta*” e “*una persona che vende beni reali o personali per mezzo di Internet*”<sup>111</sup>, laddove eBay rientra nella prima categoria.

### ***3.1 Applicazione del “Three-prong Test” per determinare la classificazione legale delle aste online***

Riefa continua nella sua indagine suggerendo un test per poter differenziare le aste *online* da quelle tradizionali. Questo test si basa sull'individuazione dei tre fattori maggiormente significativi nella determinazione di un'asta tradizionale, fattori che i diversi regimi giuridici che hanno adottato una definizione legale di “asta” impongono come necessari pre-requisiti:

- a) la vendita è organizzata per competizione pubblica;
- b) la vendita comporta un rapporto di *agency*;
- c) la vendita è aggiudicata dal miglior offerente.

Quanto al primo requisito, occorre ammettere che in tal senso non può essere riscontrata una marcata differenza tra i due tipi di aste. Un fattore importante per la qualificazione di una procedura di vendita quale “asta” è l'astratta possibilità di

---

francese e fa una distinzione tra aste pubbliche e aste di brokeraggio *online*. Solo le aste pubbliche sono escluse dal campo di applicazione delle disposizioni sulla vendita a distanza, con il risultato che i consumatori che acquistano su eBay sono protetti dal diritto di recesso.

<sup>111</sup> Sezione 4707.02 dell'*Ohio Revised Code* (in Ohio Auctioneer Guide), accessibile online: [http://www.legislature.state.oh.us/bills.cfm?ID=126\\_SB\\_99](http://www.legislature.state.oh.us/bills.cfm?ID=126_SB_99), [06/02/2006].

partecipazione di più offerenti, indipendentemente dal fatto che nella pratica molti ne abbiano preso parte. Se è vero che eBay richiede una preliminare registrazione sul proprio sito per poter partecipare all'asta presentando offerte, ciò non impedisce, tuttavia, che l'elemento della competizione pubblica venga comunque soddisfatto, dal momento che il requisito della registrazione, peraltro gratuita, non costituisce un ostacolo alla partecipazione delle parti interessate.

L'elemento della competizione pubblica non si limita, però, alla sola possibilità di partecipazione all'asta, ma fa riferimento anche al clima competitivo che caratterizza il modello di asta tradizionale, clima creato soprattutto grazie all'abilità del banditore e che si alimenta della presenza di tutti i concorrenti nello stesso luogo. Sui siti di aste *online*, invece, gli offerenti non si incontrano fisicamente; la simultaneità delle offerte e la possibilità di conoscere in tempo reale i prezzi proposti da altri offerenti possono essere alterate dal verificarsi di ritardi di natura tecnica che afferiscono al sito *online*; le aste non si esauriscono in poco tempo, ma possono durare fino a 10 giorni (ogni asta viene eseguita per un periodo fisso di uno, tre, cinque, sette o dieci giorni). Questo potrebbe privare l'asta *online* dell'intensità dell'atmosfera competitiva, tuttavia occorre notare che generalmente la maggior parte dell'attività nel processo di asta si svolge vicino all'ora di chiusura, proprio come avviene per le aste tradizionali. Non bisogna poi dimenticare che i siti di aste *online* predispongono un sistema di offerte *proxy* e di avviso *e-mail* per tutti gli utenti partecipanti che consente a costoro di competere nella gara alla stregua di quanto avverrebbe se l'asta fosse svolta nel modo tradizionale.

Ma è nel secondo elemento (rapporto tra banditore e venditore, che autorizza il primo ad agire per suo conto) che si pone la linea di demarcazione decisiva ai fini della differenziazione dei due tipi di aste. Il banditore può definirsi come un particolare tipo di *agent*<sup>112</sup>, in quanto durante l'asta rappresenta il venditore e ha il potere necessario

---

<sup>112</sup> C. RAMBERG, *Internet marketplaces, the law of auctions and exchanges online*, 2002, B. W. HARVEY & F. MEISEL (2006). *Auctions law and practice*, p. 29, Oxford: Oxford University Press.

per compiere atti che producono effetti nella sfera giuridica del rappresentato, ma può anche agire come *agent* del compratore nella sua relazione con il venditore. Questo particolare tipo di rapporto di *agency* si esplica nell'instaurazione durante la vendita all'asta di tre rapporti. Da una parte vi è la relazione tra il venditore e il miglior offerente al quale sono attribuiti i beni in vendita; dall'altra rileva il rapporto tra il venditore e il banditore a cui il proprietario dei beni affida la disponibilità di questi per la vendita, con l'intesa che questi non potrà separarsi dal possesso dei beni, salvo contro il pagamento del prezzo; il terzo rapporto è quello instaurato tra il miglior offerente aggiudicatario dei beni e il banditore che, avendo la disponibilità dei beni, successivamente all'aggiudicazione gode di un diritto di ritenzione fino al pagamento dell'intero prezzo.

Anche nelle aste *online* condotte su eBay e su siti simili si rinviene l'esistenza di una relazione di tipo tripartito tra le parti: il venditore entra in contatto con la piattaforma digitale che gli fornisce il *software* necessario per la pubblicità e l'*hosting* per un'asta o per una vendita per un prezzo *buy-it-now*; anche l'acquirente intrattiene un rapporto con il sito *online*, poiché questo gli fornisce tutti gli strumenti tecnici necessari per accedere e partecipare all'asta o per procedere all'acquisto di quei beni che siano stati offerti con un prezzo *buy-it-now*; al termine del processo d'asta, poi, il venditore e l'aggiudicatario stipulano tra di loro il contratto di vendita. Tuttavia, nonostante anche qui vi siano tre parti coinvolte, il ruolo svolto dal sito *online* differisce rispetto a quello del banditore delle aste tradizionali. È proprio la presenza/assenza del rapporto di *agency* su cui si fonda la differenza dei due tipi di asta. In Francia, ad esempio, la Loi n° 2000-642 of 10 July 2000 *portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques et courtage aux enchères* ha introdotto l'art. L 321-3 del codice del commercio che nel secondo paragrafo recita: “*le operazioni di intermediazione in aste informatizzate, caratterizzate dall'assenza di una vendita all'asta e dell'intervento di terzi nella conclusione della vendita di un bene tra le parti, non costituiscono una vendita tramite asta pubblica*”<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Loi n° 2000-642 of 10 July 2000 *portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques et courtage aux enchères*, art. L 321-3 code du commerce: “*les opérations de courtage en enchères informatisées, caractérisées par l'absence d'enchères et l'intervention de tiers*”

Si potrebbe obiettare che anche eBay sarebbe un banditore d'asta, seppure in misura limitata, giacché addebita una commissione al venditore per le vendite di successo, fornisce consulenza alle parti e promuove la protezione dei pagamenti e la risoluzione delle controversie. Tuttavia il fatto che la piattaforma *online* riceva una somma dal venditore a titolo di commissione sulla vendita (commissione che in ogni caso proviene dal venditore e non dal compratore, come avviene invece nelle aste tradizionali), e la semplice fornitura al proprietario del bene degli strumenti tecnici necessari per pubblicizzare il proprio prodotto, che sono poi controllati completamente dallo stesso e non dal sito *online*, non possono essere adottati come elementi sufficienti per parificare il ruolo di eBay e similari a quello di un banditore d'asta tradizionale. È il venditore che scrive e pubblica l'annuncio, che definisce la durata dell'asta (ponendo eBay soltanto un tetto massimo di durata di 10 giorni), e che conserva il possesso dei prodotti in vendita sul sito *web*. Sicuramente eBay fornisce delle linee guida sul modo migliore per organizzare una vendita e una serie di informazioni che, tuttavia, sono generiche e mai paragonabili a quelle fornite da un banditore d'asta, su cui grava un obbligo specifico di far procedere la vendita a vantaggio del venditore da lui rappresentato, e che agisce con attenzione e abilità impartendo consigli specifici che si adattano a ciascuna situazione e a ciascun venditore particolare.

Molti siti smentiscono chiaramente di essere *agent* nella transazione: oltre all'Accordo per gli utenti eBay” (vd. *supra*), anche Amazon nella clausola 1.5 del suo accordo sulla partecipazione afferma di non essere un banditore d'asta, né un intermediario tra l'acquirente e il venditore, né un *agent* di una delle parti. Il sito fornirebbe soltanto una sede per venditori e acquirenti per negoziare e completare le transazioni, di cui non è parte e in cui non è minimamente coinvolto. Dunque questo tipo di intermediari digitali afferma di non agire come *agent* né dell'acquirente né del venditore, ma di limitarsi a fornire a entrambe le parti una serie di servizi, volti a facilitare la conclusione della transazione. D'altronde, essi negano persino la propria natura di intermediari definendosi meri “facilitatori”.

---

*dans la conclusion de la vente d'un actif entre les parties, ne constituent pas une vente aux enchères publiques”.*

Pertanto è proprio nell'assenza di un rapporto di *agency* che si può ravvisare il fondamento dell'autonomia delle aste *online* e la loro peculiarità rispetto a quelle tradizionali. Tuttavia, nella prassi, alcuni siti *online* possono effettivamente agire come banditori, pertanto è stata suggerita una classificazione delle aste *online* in quattro categorie principali, a seconda del rapporto giuridico che si instaura tra le parti.

- Case d'asta tradizionali che usano Internet come canale di vendita aggiuntivo: qui il banditore continuerà a svolgere il ruolo di *agent* delle parti e l'asta, seppure svolta in rete, si considererà pienamente tradizionale. Ciò ha come conseguenza che la protezione concessa ai consumatori è la stessa delle aste tradizionali, e quindi limitata. Esempi possono essere *Gilden's Art*<sup>114</sup>, che conduce aste in diretta dove gli utenti possono anche partecipare *online*, e *Saleroom*<sup>115</sup> che permette agli offerenti registrati di seguire *online* l'asta che si svolge in una vera sala d'aste fisica e di presentare offerte in tempo reale.
- Committenti che utilizzano le vendite all'asta per semplificare lo svolgimento delle trattative private: in questi casi i venditori agiscono per se stessi e utilizzano l'asta *online* semplicemente per sostituire la negoziazione privata, assicurandosi un prezzo migliore in caso di concorrenza e semplificando il processo di identificazione della migliore offerta. Un esempio può essere costituito da "auction4it.com" che offre apparecchiature elettroniche o dalla catena alberghiera *Thistle*<sup>116</sup>.
- *Agents* che usano Internet come canale di vendita: è il caso di quei siti che agiscono espressamente secondo il modello dell'*agency*. Emblematico è il caso *LastMinute.com*<sup>117</sup>, la cui clausola 2 dei termini e delle condizioni

---

<sup>114</sup> <http://www.gildensart.com>.

<sup>115</sup> <http://www.the-saleroom.com>.

<sup>116</sup> <http://www.thistleauctions.com>

<sup>117</sup> <http://www.lastminute.com>. Si noti che il sito non conduce più aste, tuttavia contiene ancora termini e condizioni relativi allo svolgimento delle aste sul sito.

delle aste indica: “*except for the sale of a very small number of products (such as, for some entertainment tickets) our Channels operate to an agency model. This means that we act as a disclosed agent for third party suppliers, such as a tour operator, hotel or a restaurant.*” La clausola continua affermando che sebbene il contratto di vendita sia concluso direttamente tra il venditore e l'acquirente, l'operatore può ancora essere responsabile nei confronti dell'acquirente nel caso in cui Last Minute sia stata negligente, abbia travisato informazioni importanti o abbia violato qualsiasi altra legge pertinente. In questo caso, è possibile prevedere che tali siti possano essere considerati come banditori tradizionali se soddisfano anche le altre condizioni prerequisite.

- Intermediari che offrono strumenti per condurre aste *online*: si tratta di quei siti, come eBay, che non agiscono né come banditori né come *agent*, poiché non rappresentano il venditore, ma forniscono semplicemente i mezzi tecnici necessari per gestire vendite *online* tramite aste o altri processi. Tuttavia, nella prassi accade che terze parti in qualità di *agent* o banditori, possano usare tali siti per vendere oggetti tramite un'asta *online*: è quanto accade, ad esempio, nel caso di *Worldwide Auctions*<sup>118</sup>, un'azienda con sede a Orpington Kent che funge da centro di trasferimento per gli spedizionieri che, a partite dal 2001, hanno iniziato a sviluppare un'attività parallela utilizzando eBay per condurre aste per conto di terzi. Il centro di trasferimento ha la disponibilità di tutta la merce, si occupa di garantire la loro descrizione e gestisce le richieste, ricevendo perfino il pagamento per il proprietario dei beni venduti. Tuttavia, in questo caso, è *Worldwide Auctions* che svolge la funzione di banditore e non il sito stesso.

Quanto al terzo e ultimo elemento (vendita al miglior offerente), esso appare poco oggettivo e quindi insufficiente per poter differenziare le aste *online* da quelle tradizionali. In queste ultime l'asta si considera conclusa con la caduta del martello da

---

<sup>118</sup> <http://www.WorldWideAuctions.org>.

parte del banditore e la persona che ha effettuato l'offerta più alta si aggiudica la possibilità di stipulare il contratto di vendita con il proprietario del bene. Nelle aste *online* la chiusura sicuramente non può essere sancita dalla caduta del martello, ma con mezzi diversi, senza che però sia questo il discrimine per la mancata parificazione alle aste tradizionali. Diverso è invece il metodo di identificazione del cd. "miglior offerente": infatti le aste tradizionali consentono l'individuazione di una modalità oggettiva e automatica di determinazione dell'acquirente e del prezzo, che non sono mai scelti soggettivamente tramite trattive private. L'applicazione di rigide regole, che variano leggermente a seconda che la vendita sia effettuata o meno con un prezzo di riserva, consente di conoscere con certezza l'identità dell'acquirente - una volta chiusa l'asta - e il prezzo al quale i beni devono essere acquistati, e le parti non possono recedere dalla vendita senza che si violi il contratto stipulato. Nelle aste *online*, invece, se da un lato i termini e le condizioni generali normalmente fanno riferimento alle medesime regole di determinazione di acquirente e prezzo finale, d'altra parte alla chiusura dell'asta non grava sulle parti un obbligo di natura regolamentare di concludere il contratto di vendita, bensì meramente contrattuale poiché quest'obbligo non deriva da alcun accordo precedentemente stipulato tra le parti tra di loro, ma dal contratto che acquirente e venditore hanno stretto singolarmente con il sito di aste *online*. Il sito *online*, a differenza del banditore tradizionale, non dispone dell'autorità legale per impegnare il venditore e l'acquirente a concludere il contratto di vendita. Nelle transazioni in cui l'aggiudicatario abbia rifiutato di portare a termine il contratto, eBay invita i venditori a presentare un "avviso di acquirente non pagante" e a richiedere il rimborso della commissione pagata al sito, che però ha il solo effetto di annullare l'asta che ha avuto luogo, mentre il venditore non ha alcuno strumento diretto contro il compratore che non abbia adempiuto all'obbligazione del pagamento del prezzo.

Inoltre i siti di aste *online*, orientati sempre più al commercio e tesi al guadagno della commissione sulle vendite completate, hanno sviluppato modi alternativi di conclusione delle transazioni per assicurarsi che il numero più alto possibile di vendite vada a buon fine e sia completato con successo. Si tratta, in particolare, della pratica sempre più diffusa di abbinare una vendita all'asta ad una a prezzo fisso aperta per

tutta la durata dell'asta, opzione quest'ultima disponibile per chiunque e che, una volta selezionata, conclude l'asta, senza che sia possibile presentare nuove offerte. In tali circostanze, pertanto, non sarà necessariamente il miglior offerente ad essere parte del contratto di vendita. Riconoscere alle aste *online* la natura di aste tradizionali comporterebbe delle conseguenze paradossali nella protezione dei consumatori: da un lato l'offerente che abbia optato per l'asta sarebbe escluso dall'applicazione del regime di favore, dall'altra il consumatore che abbia invece selezionato la modalità di acquisto *buy-it-now* godrebbe della normativa di favore sulle vendite a distanza, e il tutto per lo stesso processo di vendita. Considerare, invece, le aste eBay *online* diverse da quelle tradizionali sarebbe l'unico modo per consentire una protezione uniforme dei consumatori qualunque sia la modalità di vendita selezionata.

Un'altra situazione che può concretamente verificarsi è quella in cui esista un'offerta migliore che ha vinto l'asta, ma il contratto non può comunque essere completato: l'“Accordo per gli utenti di eBay” prevede che il venditore può rifiutarsi di completare la transazione con il miglior offerente se “(a) l'articolo è elencato in una categoria nella nostra politica di offerta non vincolante, (b) l'acquirente non riesce a soddisfare le condizioni dell'inserzione del venditore (come il metodo di pagamento); o (c) il venditore non può autenticare l'identità dell'acquirente”<sup>119</sup>. Per “politica di offerta non vincolante” si intende una politica utilizzata dai siti di aste *online* in base alla quale le offerte non sono da considerarsi come offerte vincolanti, ma come semplici indicazioni di interesse; ciò accade nelle ipotesi di vendita di un'impresa o di un bene immobile, situazioni in cui la tutti gli ordinamenti richiedono ulteriori formalità rispetto a un mero scambio di *e-mail*. Infatti, alla conclusione dell'asta il sito invia alle parti un'*e-mail* in cui rivela le loro rispettive identità, spingendoli a finalizzare la vendita. Nell'eventualità in cui non tutte le condizioni di vendita siano state precedentemente concordate, ciò può comportare ulteriori negoziati - ad esempio sulla predisposizione del metodo di pagamento o sul costo di consegna. Le altre due motivazioni fanno proprio riferimento all'ipotesi in cui venditore e acquirente non raggiungano un'intesa in questa fase; oppure alla circostanza in cui l'aggiudicatario dell'asta abbia cambiato idea e non risponda alla corrispondenza di *e-mail*, facendo

---

<sup>119</sup> <https://pages.ebay.com/it/help/policies/user-agreement.html>.

sorgere dubbi sulla sua attendibilità. In questo caso il venditore può rivolgersi a uno qualsiasi degli altri offerenti in totale libertà.

Anche nelle aste tradizionali può verificarsi la necessità di effettuare le cd. “offerte di seconda possibilità”, ma è il banditore che procede a risolvere tali difficoltà e non il venditore stesso. EBay, al contrario, non agisce come *agent* del venditore e non condurrà, dunque, alcuna trattativa di vendita tra privati.

Quanto finora enunciato priva l'elemento della vendita al miglior offerente dei connotati di oggettività e automaticità nel caso delle aste *online*, perché una parte diversa potrebbe infine vincere una vendita all'asta. L'asta viene utilizzata semplicemente come meccanismo per restringere il numero delle parti interessate e può in ogni momento cedere il posto a trattative private, oppure può costituire meramente un'opportunità per ottenere un prezzo migliore quando la modalità di vendita all'asta sia combinata con la vendita a prezzo fisso.

Dall'applicazione del *three-prong test* emerge, dunque, che eBay non può essere considerato un banditore d'asta tradizionale, in quanto il sito non agisce come *agent* del venditore o di altre parti. Questo implica che la sezione 5 del regolamento UE sulle vendite a distanza, che esclude l'applicazione dello stesso alle vendite concluse a titolo di asta, dovrà essere operante dopo un'attenta valutazione del caso di specie e non in via generale. Tuttavia il compito si rivela nella prassi estremamente complesso, tenuto conto che l'identità delle parti è nota soltanto ad eBay ed è mantenuta riservata fino alla chiusura dell'asta. Le vendite tra soli consumatori e tra soli venditori sono, infatti, escluse dall'applicazione della disciplina di favore per i consumatori nelle transazioni *business-to-consumer*, la classificazione legale delle parti avrà dunque un impatto diretto sull'applicazione dei regolamenti UE. Tuttavia, il modello di *business* di eBay si basa sull'affidamento esclusivo delle parti al sito che gestisce interamente la comunicazione fra gli utenti, inoltre l'uso di pseudonimi rende l'identificazione delle parti piuttosto ardua; di conseguenza è praticamente impossibile sapere prima della conclusione dell'asta se l'altra parte sia un professionista o un consumatore. Non si pone, dunque, soltanto un problema di definizione della vera natura legale della transazione (vendita a distanza o asta tradizionale), ma anche la necessità di

classificazione legale del venditore; ciò è dannoso per la tutela dei consumatori, poiché essi non avranno la certezza della applicazione a loro favore del regolamento sul commercio elettronico.

#### **4. *EBay offre un servizio della società dell'informazione***

È stato stabilito che eBay non è un banditore d'asta nel senso tradizionale, ora è necessario scoprire la vera natura giuridica di questo intermediario digitale e se possa essere qualificato “servizio della società dell'informazione”, al fine dell'applicazione della normativa UE sul commercio elettronico. Una risposta positiva comporterebbe la sicura e pacifica applicazione delle regole giuridiche di protezione per il consumatore e innescherebbe l'attuazione di misure volte ad identificare da subito il fornitore del bene o servizio, nonché una chiara comunicazione relativa al processo di aggiudicazione. Tuttavia, dal momento che il regime attuale sul commercio elettronico prevede un'esenzione di responsabilità per gli intermediari digitali in determinate circostanze, questo doterebbe eBay di una “copertura” anche in situazioni in cui i consumatori esigono maggiore protezione e tutela.

La direttiva sul commercio elettronico fornisce nel suo considerando n. 17 la definizione di “servizi della società dell'informazione”: si tratta di “*qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, mediante apparecchiature elettroniche per il trattamento (compresa la compressione digitale) e la memorizzazione di dati, e su richiesta individuale di un destinatario di un servizio*”<sup>120</sup>. Preliminarmente è importante notare che la normativa UE sul commercio elettronico non esclude le aste dal proprio campo di applicazione, ma è di contenuto neutrale, potendo applicarsi non soltanto ai venditori *online* che si servono dei siti di aste, ma

---

<sup>120</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), considerando n. 17.

anche alle case d'asta tradizionali, purché vengano soddisfatti i requisiti che di seguito elencheremo.

Per essere classificate come servizi della società dell'informazione, le aste *online* devono soddisfare tre requisiti principali:

- a) essere un servizio normalmente fornito dietro compenso;
- b) essere un servizio fornito a distanza, per mezzo di apparecchiature elettroniche;
- c) essere un servizio fornito su richiesta individuale del destinatario.

Con riguardo al servizio fornito da eBay e da simili siti di aste *online*, il criterio *sub b)* non causa particolari problemi, giacché le aste *online* di tipo eBay sono innegabilmente fornite a distanza e per mezzo di apparecchiature elettroniche.

L'elemento *sub a)* solleva dei problemi poiché la maggior parte dei siti richiede un pagamento soltanto ai venditori di successo e non anche agli acquirenti; le entrate sono generate prevalentemente tramite la visualizzazione di pubblicità, la vendita di funzioni aggiuntive che migliorano l'esposizione della vendita all'asta e la visualizzazione di una foto dell'articolo, e tramite il pagamento di una commissione da parte del venditore non soltanto per la quotazione dell'articolo, ma anche per l'eventuale completamento con successo dell'asta. L'acquirente, d'altra parte, non riceve il servizio di consultazione degli articoli messi all'asta necessariamente dietro compenso e ciò potrebbe impedire la classificazione delle aste *online* come fornitori di servizi della società dell'informazione. Tuttavia, il considerando 18 della direttiva indica che non costituisce un ostacolo all'applicazione della stessa il mancato pagamento, poiché la nozione di "remunerazione" rientra in quella più generale di "attività economica": *"I servizi della società dell'informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (on line). (...) Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati. I servizi della società dell'informazione comprendono anche la trasmissione di informazioni mediante una"*

*rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi. (...)*<sup>121</sup> . Conseguentemente, i siti di aste *online* come eBay soddisfano anche questo elemento della definizione e possono essere qualificati come “servizi della società dell’informazione” purché anche l’ultimo criterio sia riscontrato.

Ai fini dell’accertamento dell’esistenza anche del criterio *sub c)* (servizio fornito su richiesta individuale del destinatario), occorre fornire la definizione di destinatario del servizio, come riportata dalla direttiva. Si tratta de “ *la persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili delle informazioni*”<sup>122</sup>. Nella pratica dei siti di aste *online* il servizio fornito è richiesto dal destinatario del servizio, sia esso un professionista o un consumatore: il venditore si serve del sito per pubblicizzare le informazioni sulla vendita, mentre il potenziale acquirente lo utilizza per cercare informazioni relative agli oggetti per cui potrebbe essere interessato a fare offerte.

Soddisfatti tutti e tre i criteri, occorre concludere che i siti di aste *online* (quale eBay) possono essere classificati come fornitori di servizi della società dell’informazione e sono soggetti, quindi, alla disciplina del commercio elettronico. eBay deve, dunque, rispettare tale normativa nel rapporto con i suoi utenti anche per quanto concerne tutti gli altri servizi offerti nell’ambito della definizione dei servizi della società dell’informazione.

Sarà innanzitutto necessario fornire ai consumatori tutte le informazioni utili, quali nome, indirizzo geografico e indirizzo elettronico dell’altra parte e modalità della procedura di aggiudicazione. Ma anche quando tutte le informazioni necessarie siano correttamente rese al consumatore, questi potrebbe in ogni caso godere di una

---

<sup>121</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), considerando n. 18.

<sup>122</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), art. 2, lett. d).

protezione limitata, a causa del regime di responsabilità previsto dall'UE per i fornitori dei servizi della società dell'informazione.

### **5. Regime di responsabilità di eBay**

EBay (così come gli altri i siti di aste *online* che agiscono similmente) consente agli utenti di pubblicare qualsiasi tipo di informazione sulla vendita condotta, senza esercitare un controllo diretto. Questo può provocare l'inserzione di informazioni fuorvianti e persino illegali quando afferiscano alla vendita di articoli che richiedono per la vendita l'ottenimento di una licenza o autorizzazione di cui il venditore non dispone, o quando si tratti di beni la cui vendita è vietata la vendita - come droghe o organi umani -; con conseguente danno per i consumatori attratti all'acquisto da pubblicità ingannevole e fuorviante. In casi del genere, in cui le parti sono identificate solo con soprannomi, che possono essere facilmente modificati, e non possono avere accesso alla vera identità degli altri utenti, appare estremamente difficoltoso per l'acquirente vittima della truffa rintracciare il truffatore ai fini dell'ottenimento del risarcimento per i danni subiti. Ritenere responsabili i siti di aste *online* che ospitano tali informazioni, in quanto intermediari nella vendita, offrirebbe una tutela sicura ai consumatori, non solo per far fronte al problema di identificazione della controparte, ma anche per l'alta possibilità finanziaria degli stessi nell'offrire il risarcimento a cui un truffatore o una piccola impresa potrebbero non riuscire a far fronte. Se si tiene conto, inoltre, dell'alta probabilità che le diverse parti appartengono a giurisdizioni diverse, caricare il sito *online* degli oneri previsti a favore di un banditore di aste tradizionali, risolverebbe anche il problema dell'individuazione del foro.

Tuttavia, tutti i siti di aste *online* modellati su eBay escludono espressamente tale responsabilità; in effetti, i fornitori dei servizi della società dell'informazione beneficiano dell'esclusione da qualsiasi responsabilità derivante dall'*hosting* di informazioni in determinate circostanze. La direttiva 2000/31/ CE afferma:

*“1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:*

*a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o*

*b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.”<sup>123</sup>*

In base a quanto sopra riportato, l'esclusione di responsabilità dei fornitori di servizi della società dell'informazione si basa sull'assenza di conoscenza e di controllo sulle informazioni che vengono trasmesse o archiviate. In effetti, sarebbe poco pratico per i siti di aste *online* rivedere ogni singola asta o vendita a prezzo fisso pubblicata sul proprio sito, e ciò non soltanto per l'elevato volume delle vendite, ma soprattutto perché è a loro inibita la possibilità di vedere i prodotti e quindi di giudicare se alcuni beni sono stati contraffatti o se la pubblicità è ingannevole e fuorviante.

I consumatori, dunque, non possono stabilire se l'intermediario avesse conoscenza o avrebbe dovuto avere conoscenza della natura illegale o fuorviante della vendita, a meno che non diano la prova (ardua da fornire) che il sito abbia agito intenzionalmente o negligenzemente nella violazione del loro diritto. D'altra parte tale immunità dei fornitori dei servizi della società dell'informazione è stata riconosciuta anche al di fuori dell'ordinamento UE: negli Stati Uniti, la Sezione 230 incorporata nel *Community Decency Act* e nel *Telecommunications Act* indica che “*no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*” e che nessuna

---

<sup>123</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), art. 14, co. 1.

legge statale incompatibile con tale sezione può essere applicata. Questa disposizione è stata riconosciuta dalla giurisprudenza statunitense come creatrice di una “immunità federale” per qualsiasi azione che renda i *provider* di servizi interattivi responsabili per le informazioni provenienti da un utente terzo del servizio.

Nel caso *Lars Gentry et al. v. eBay Inc*<sup>124</sup>, relativo alla vendita di cimeli sportivi falsi ai consumatori, il tribunale ha deciso che eBay non poteva essere ritenuta responsabile per il contenuto inserito nel proprio sito *web* dai propri utenti e da terzi. Non solo eBay è stato qualificato come un fornitore di servizi informatici interattivo soggetto alla Sezione 230, ma inoltre le categorie in base alle quali ogni inserzione appariva su eBay erano state selezionate direttamente dal venditore, il quale soltanto aveva fornito anche il contenuto per ogni elenco. Su questa base la Corte ha concluso che imporre la responsabilità in capo a eBay equivarrebbe a ritenerlo responsabile dei contenuti provenienti da altre parti e trattarlo come editore, contrariamente alla Sezione 230. La Corte ha quindi emesso un verdetto di rigetto della richiesta dei consumatori che erano stati truffati su eBay perché portati a credere che quello che stavano comprando erano carte sportive autografate.

Se si accetta che eBay non possa essere ritenuta responsabile dei contenuti pubblicati da terze parti e non abbia alcun onere di controllo come intermediario, si deve però riconoscere il danno che una tale conclusione provoca ai consumatori che utilizzano il sito. Inoltre, l'assenza di responsabilità sembra perfettamente giustificata per gli intermediari che non beneficiano direttamente delle attività illecite perpetrate, ma la posizione di eBay appare differente dal momento che il sito riceve commissioni anche sulla vendita di merci contraffatte, godendo così dei frutti delle attività illegali che si svolgono attraverso il suo intervento. D'altra parte, eBay sembra essere consapevole del fatto che sul proprio sito avvengono frodi e scambi illeciti, anche se potrebbe non essere a conoscenza degli elementi esatti che costituiscono l'attività fraudolenta. Esempi concreti di ritiro delle inserzioni direttamente da parte di eBay dimostrano che la piattaforma può esercitare un certo controllo sulle informazioni che ospita; inoltre

---

<sup>124</sup> *Lars Gentry v. eBay Inc*. 121 Cal. Rptr. 2d 703 (cal App. 2002).

eBay dispone di un team apposito che si dedica al monitoraggio e alle indagini sulle frodi, e i consumatori, così come gli altri utenti, sono invitati dal sito stesso a segnalare eventuali vendite che non sono andate a buon fine.

In assenza di una giurisprudenza uniforme e pacifica, ci si può chiedere come dovrebbero interpretate le nozioni di “controllo”, “conoscenza effettiva” e “conoscenza costruttiva”. Per affermare la sussistenza di conoscenza effettiva occorrerà valutare tutte le questioni che appaiono rilevanti nelle circostanze specifiche, ad esempio se il fornitore di servizi ha ricevuto una segnalazione da un suo utente e il grado di precisione e dettaglio dell’avviso sulla natura illecita dell’attività segnalata. Ciò significa che i consumatori che abbiano individuato materiali illegali devono fornire a eBay i dettagli precisi, e la responsabilità del sito sorgerà soltanto se, una volta ricevuto questo avviso nei moduli previsti, il sito di aste *online* non agisca rapidamente per rimuovere o disabilitare l’accesso alle informazioni.

La nozione di conoscenza costruttiva, invece, non è definita dalla normativa sul commercio elettronico (Direttiva CE 2002), tuttavia è accettato che il sito di aste *online* possa essere considerato “*consapevole delle circostanze dalle quali sarebbe stato evidente al fornitore di servizi che l’attività era illegale*” se una persona ragionevole, avendo raccolto le stesse conoscenze, sarebbe in grado di constatare l’illegalità dell’attività o delle informazioni. Alcuni hanno suggerito che qualsiasi informazione o attività pubblicata in un giornale ampiamente letto potrebbe costituire una conoscenza costruttiva, tuttavia, non si può fare affidamento solo sulla stampa per scoprire frodi e altre vendite illegali o fuorvianti su eBay.

Per proteggere i consumatori in modo efficiente, si potrebbe sostenere che la nozione di conoscenza costruttiva e anche quella della conoscenza effettiva dovrebbero essere estese e interpretate generosamente dai giudici.

Il danno per i consumatori è ancora più aggravato dal fatto che, ai sensi dell’art. 15 della direttiva n. 2000/31/CE dell’8 giugno 2000, i fornitori non hanno l’obbligo di monitorare le informazioni che conservano, né di cercare attivamente se sul loro sito si svolgono attività illegali. Ciò comporta che, anche quando i consumatori hanno scoperto una frode e l’hanno segnalata a eBay, non potranno fare affidamento sul sito

per eliminare future frodi dello stesso tipo o persino dello stesso titolare di un singolo conto, dal momento che al fornitore è richiesto soltanto di rimuovere rapidamente i contenuti illegali quando siano stati scoperti e segnalati dai consumatori e non di continuare a monitorare tipi di aste simili in futuro. Se però si considerasse che una frode segnalata dà ad eBay la conoscenza costruttiva delle frodi future che potrebbero essere perpetrate, questo potrebbe mutare i doveri di monitoraggio in capo al sito. Tuttavia, questa soluzione avrebbe un impatto rilevante sul modello economico adottato da eBay e molto probabilmente aumenterebbe i costi operativi: potrebbe essere necessaria l'assunzione di personale aggiuntivo per contribuire a monitorare l'ingente quantità di vendite che si svolgono sul sito, anche se ciò potrebbe costituire un prezzo ragionevole da pagare per aumentare ulteriormente il volume degli affari. Inoltre, se eBay continuasse a non agire attivamente per evitare le frodi sul proprio sito *web*, il loro numero sempre più crescente potrebbe cominciare ad influire sulla fiducia che i consumatori accordano al sito, con la probabilità che essi si rivolgano ad altre modalità di vendita.

Un precedente nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti potrebbe fornire delle basi per sostenere la responsabilità di eBay per alcune delle frodi e vendite anomale che si verificano sul suo sito. Nella sentenza *Metro Goldwyn Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd*<sup>125</sup> Grokster, un produttore di software P2P, è stato ritenuto responsabile per le attività di persone che avevano violato la legge sul diritto d'autore utilizzando il *software* per scaricare musica illegalmente su Internet. La decisione si basa sulla premessa che i produttori di *software* dovrebbero essere ritenuti responsabili poiché creano nuovi prodotti con l'intento di indurre gli utenti a violare i diritti altrui. Tale sentenza è stata di grande importanza non soltanto per aver riconosciuto la responsabilità diretta del *software* P2P, ma anche perché si è allontanata da una precedente decisione (*Sony Betamax*<sup>126</sup>), in cui il produttore Sony non era stato ritenuto responsabile per le copie illegali prodotte usando i videoregistratori, poiché insieme

---

<sup>125</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005) No. 04-480. Discussa il 29 marzo 2005— decisa il 27 giugno 2005.

<sup>126</sup> *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417.

ad un uso illegittimo di questi era possibile però anche un'utilizzazione perfettamente legittima.

Questa nuova linea più dura sembra suggerire che la soglia per la responsabilità degli intermediari negli Stati Uniti stia conoscendo un processo di ripensamento e che possa essere abbassata in situazioni in cui l'intermediario ha scarso controllo sul contenuto, ma, nondimeno, fornisce gli strumenti per svolgere le attività illecite. In effetti, si potrebbe sostenere che, così come Grokster, anche eBay mette a disposizione lo strumento necessario per le frodi e lo fa consapevolmente: è vero che è il solo venditore a scrivere la descrizione del prodotto in vendita, ma questa descrizione poi viene caricata sul sito e promossa direttamente da eBay. Alcuni oggetti sono persino raccolti e usati come "esca" per attrarre i possibili utenti sulla prima pagina del sito. Tuttavia, non possono essere taciute alcune carenze in questa analogia: innanzitutto il caso Grokster riguarda le violazioni del *copyright*, mentre la maggior parte delle vendite fraudolente di eBay potrebbero esserne estranee; in secondo luogo, sarebbe chiaramente difficile dimostrare che eBay intende indurre gli utenti a violare i diritti altrui, mentre nel caso Grokster il sito aveva pubblicizzato la sua intenzione di rilevare la base di clienti di Napster, un sito simile che era stato chiuso a seguito di un decisione passata in giudicato che pubblicizzava apertamente la sua funzione di "pirateria". eBay, al contrario, non incoraggia direttamente gli utenti a infrangere la legge, ma si limita a fornire degli strumenti di natura tecnica che possono però essere utilizzati anche per perseguire un fine illecito.

Non mancano tuttavia delle decisioni, anche in ambito europeo, contro il famoso sito di aste *online*. Ad esempio la sentenza della Corte Suprema tedesca nel caso *Rolex SA v. eBay GmbH*<sup>127</sup> ha annullato una pronuncia della Corte d'appello di Düsseldorf in base alla quale eBay non poteva essere ritenuta responsabile per nessuna delle vendite avvenute sul suo sito di orologi Rolex identificati come falsi, poiché l'intermediario non era a conoscenza delle specifiche inserzioni contenenti articoli falsi. Rolex aveva citato in giudizio eBay perché avrebbe dovuto monitorare e filtrare anche i nuovi

---

<sup>127</sup> Bundesgerichtshof (Rolex SA v. eBay GmbH) (I ZR 304/01).

annunci riguardanti “repliche nobili” o “apparentemente simili agli originali” degli orologi Rolex e impedire che comparissero sul sito eBay.de. La Corte d’appello aveva negato la responsabilità di eBay sulla base del fatto che non si poteva imporre al sito un obbligo di monitoraggio del contenuto di ogni annuncio pubblicato sulla piattaforma dell’intermediario, in applicazione delle sezioni 8 (2), 11 (1) (1) e (2) del TDG. La Corte Suprema Federale ha ritenuto invece che, mentre non ci si poteva aspettare che eBay esaminasse ogni offerta di potenziale contenuto illecito, il sito partecipava effettivamente alla vendita di prodotti contraffatti, perché gli veniva versata una commissione sulla vendita. La Corte Federale ha basato la sua decisione sull’art. 14 (3) della direttiva 2000/31/CE che stabilisce che l’assenza di responsabilità per i servizi di *hosting* non pregiudica la possibilità per un tribunale di richiedere al fornitore di servizi di porre termine o impedire una violazione, né incide sulla facoltà dello Stato membro di stabilire le procedure che regolano la rimozione o la disabilitazione dell’accesso alle informazioni<sup>128</sup>. Di conseguenza, la Corte Federale ha deciso che eBay dovrebbe non soltanto impedire la pubblicazione di uno specifico annuncio ogni volta che viene richiamata la sua attenzione sull’ingannevolezza o illiceità dello stesso, ma dovrebbe anche utilizzare un *software* di filtraggio per prevenire ulteriori violazioni dello stesso tipo. Vi sono tuttavia alcune limitazioni imposte dal tribunale che impediscono che la decisione possa essere considerata un riconoscimento della piena responsabilità dei siti di aste *online*. Le limitazioni sono le seguenti:

- eBay non può essere ritenuta responsabile per inserzioni che sono violazioni del marchio Rolex, ma non possono essere individuate dall’uso del *software* di filtraggio;
- i reclami contro eBay sono limitati al rimedio ingiuntivo;
- le richieste di risarcimento danni sono escluse;

---

<sup>128</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), art. 14, co. 3: “*Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un’autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell’accesso alle medesime*”.

- eBay non ha alcun obbligo di impedire la violazione dei marchi. Grava sul proprietario del marchio l'onere di portare all'attenzione del sito lo specifico annuncio.

Inoltre, il caso riguardava oggetti descritti come “repliche nobili” o “apparentemente simili all'originale”, pertanto potrebbe non avere un forte impatto sulle vendite in cui il venditore non rivela la vera natura dell'oggetto. La Corte, poi, non fornisce molte indicazioni su quale tipo di *software* di monitoraggio / filtraggio possa essere soddisfacente. In effetti, i criteri da utilizzare sono imprecisi, sebbene la Corte abbia menzionato il prezzo basso e la fondata impressione che un articolo sia un falso.

Anche negli Stati Uniti il caso *Tiffany (NJ) Inc. v. EBay Inc*<sup>129</sup>, sembra suggerire il tentativo di sfruttare strade secondarie per affermare la responsabilità dei siti di aste *online*. Sebbene il caso riguardi principalmente la protezione dei marchi (Tiffany ha fatto causa per violazione del marchio), la sua natura di tutela dei consumatori non può essere negata, infatti i marchi non soltanto proteggono la reputazione aziendale grazie al processo di registrazione, ma tutelano anche i consumatori dall'inganno, impedendo all'acquirente di acquistare prodotti o servizi di qualità inferiore nell'erronea convinzione che provengano o siano forniti da un altro operatore. Nel caso di specie, il gioielliere Tiffany ha intentato una causa contro eBay sostenendo che il sito di aste *online*, in cui molti oggetti Tiffany falsi sono offerti in vendita, dovrebbe avere la responsabilità di sorvegliare il sito secondo standard di monitoraggio più elevati rispetto all'applicazione degli avvisi di presa in carico, ai sensi del *Digital Millennium Copyright Act*. Questo perché eBay beneficia delle frodi dal momento che incassa anche le commissioni sulla vendita di articoli contraffatti. Nonostante il caso non abbia contestato lo status legale dei siti di aste *online* come fornitori di servizi (contrariamente al tradizionale banditore d'asta), gli argomenti sollevati da Tiffany mostrano chiaramente che il grado di responsabilità di tali fornitori debba essere rivalutato e innalzato. Il gioielliere sostiene che eBay aiuta i truffatori sia direttamente che indirettamente, soprattutto perché alcune vendite di articoli contraffatti sono state pubblicizzate sulla prima pagina del sito. Tuttavia La *United States Court of Appeals*

---

<sup>129</sup> *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.* 600 F.3d 93 (2nd Cir. 2010).

*for the Second Circuit* ha respinto il ricorso di Tiffany & Co sostenendo che eBay non deve essere ritenuto responsabile per la vendita di merci contraffatte sulla piattaforma di San Jose, poiché è soltanto il possessore del marchio di fabbrica che deve farsi carico del controllo di esso.

Questa attuale attività giudiziaria dimostra che, mentre eBay e altri fornitori di aste *online* sono in grado di evitare la responsabilità nell'ambito del contesto *e-commerce*, attualmente vengono sfruttate altre strade.

Tuttavia, è importante notare che quanto stabilito in merito alla responsabilità del sito avrà delle implicazioni sui costi per eBay e le sue controparti: una conseguenza potrebbe essere un aumento dei costi, che potrebbe compromettere il modello di *business* adottato, con conseguente aumento dei prezzi per i consumatori. È quindi importante considerare questi casi non in modo isolato, ma nel più ampio contesto della politica di protezione dei consumatori. La questione principale sarà quindi quella di trovare un equilibrio tra gli interessi dell'industria dell'asta *online*, i proprietari dei diritti di proprietà intellettuale, i venditori e i consumatori.

Dunque allo stato attuale il regime di responsabilità degli intermediari digitali appare dannoso per la tutela dei consumatori, nell'intero scenario mondiale e non soltanto a livello del diritto UE. I consumatori, che dovrebbero essere destinatari della protezione, diventano coloro che devono attivarsi per attuarla, se si considera che è su di loro che grava l'onere di scoprire la presenza di materiale illegale o pubblicità fuorviante e richiederne al sito la rimozione. A tali inconvenienti i siti di aste *online*, primo fra tutti eBay, hanno cercato di porre rimedio attraverso la creazione dei sistemi di *feedback*.

## **6. Fiducia e reputazione su eBay: il sistema dei feedback**

Come visto nel capitolo precedente, le caratteristiche precipue del commercio elettronico (capacità di nascondere la propria identità da parte degli utenti, distanza

fisica tra venditori e acquirenti, impossibilità di ispezionare le merci prima di procedere all'acquisto) lo rendono più facilmente soggetto ad essere eletto dai truffatori quale luogo prediletto per commettere frodi. Si rende necessario, quindi, trovare dei sistemi efficaci per promuovere la fiducia da parte degli utenti nei confronti delle piattaforme digitali e nell'acquisto *online* di beni e servizi. La base delle transazioni economiche è infatti la fiducia, ovvero “*la valutazione soggettiva di una parte che un'altra parte effettuerà una particolare transazione in base alle sue aspettative, in un ambiente caratterizzato da incertezza*”<sup>130</sup>.

In *Codice e altre leggi del cyberspazio*,<sup>131</sup> Lessig ha spiegato l'interazione tra identità e autenticazione. Per “identità” si intendono tutti i fatti veri con riferimento ad una determinata persona, mentre il processo di “autenticazione” è quello attraverso il quale questi fatti vengono resi noti. Lessig distingue tra quelle parti dell'identità che sono automaticamente autenticate (cioè quelle parti che vengono rese evidenti immediatamente, senza bisogno di un'ulteriore indagine perché conosciute con l'esperienza diretta) e quelle parti che non sono automaticamente rivelate (cioè quei fatti che la persona in questione o altre persone affermano). Nella vita reale, la fiducia si basa spesso sulle informazioni che vengono automaticamente autenticate, ad esempio il suono della voce di qualcuno o le caratteristiche del volto di qualcuno. Questo non può avvenire su Internet poiché l'unica informazione che viene automaticamente rivelata (a meno che non sia occultata) è il proprio indirizzo IP che, come abbiamo già visto, di per sé può rivelare poco di un utente. Questa mancanza di autenticazione automatica ha delle implicazioni per il commercio *online*: infatti nell'*e-commerce* il contatto tra venditori e acquirenti avviene attraverso banche dati e reti di telecomunicazione, e la mancanza di contatti personali porta ad una più elevata difficoltà a nutrire fiducia nei confronti dei partner commerciali su Internet, rispetto

---

<sup>130</sup> BA & PAVLOU, *Evidence of the effect of trust building technology in electronic markets: price premiums and buyer behaviour*, MIS Quarterly, 26, pp. 243 – 268, 2002, 255. Per una panoramica delle diverse definizioni di fiducia, vedi PRINS & VAN DER WEES L. (2002) *e-commerce and trust: a variety in challenges*. in J.E.J. Prins et al. (Eds), *Trust in Electronic Commerce* (The Hague, Kluwer Law International).

<sup>131</sup> L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999 (New York, Basic Books).

alle modalità di commercio tradizionali. Ciò può costituire un grande ostacolo alla crescita del commercio elettronico, dunque la fiducia *online* deve essere creata in altri modi, cioè sulla base delle credenziali rivelate da terzi o attraverso l'esperienza personale. Nondimeno, alcune delle modalità riscontrabili nel mondo *offline* e tese a promuovere la fiducia possono essere trasferite su Internet: le aziende possono trarre profitto da Internet in base al grado di reputazione aziendale che hanno guadagnato nella vita reale; altre società invece ottengono una reputazione attraverso il passaparola, a condizione che abbiano un grande volume di vendite (ad es. Amazon o bol.com). Questi modi di conseguire una reputazione, tuttavia, non sembrano essere aperti al commercio *consumer-to-consumer*; le transazioni su Internet sono spesso condotte con persone o organizzazioni che sono estranei l'un l'altro e spesso non possono vantare una testimonianza sul comportamento commerciale assunto in passato<sup>132</sup>. Inoltre, la maggior parte delle relazioni commerciali su eBay sono offerte *una tantum*, e quando il venditore è un consumatore stesso e non un professionista, lo scarso volume di vendita spesso non sarà sufficiente per fargli ottenere una reputazione globale o locale, né egli può contare sulla reputazione formatasi in altri contesti e da cui poter trarre vantaggio anche su Internet. Questo rende estremamente difficile per le persone che vogliono fare *trading online* guadagnare una reputazione.

Il sito di aste *online* eBay ha ideato un sistema che è risultato efficace nell'accrescere la fiducia dei fruitori dei suoi servizi: la piattaforma ha costruito un forum di *feedback* che offre ai suoi membri l'opportunità di valutarsi a vicenda e lasciare commenti sui reciproci risultati. Il successo commerciale di eBay indica che il suo sistema di reputazione genera sufficiente fiducia nel commercio con persone sconosciute<sup>133</sup>. Non a caso, è stato detto che la popolarità di eBay è dovuta all'uso di due importanti dati su Internet: il bisogno della gente di un luogo ove procedere alla vendita e all'acquisto di prodotti direttamente sulla rete e con le comodità e la riduzione dei costi che ciò comporta - necessità pienamente soddisfatta dal sito di aste *online*; il principio di *peer-*

---

<sup>132</sup> A. JØSANG et al., *Simulating the effect of reputation systems on e-markets*, 2003. Disponibile online su: <http://security.dstc.edu.au/papers/JHF2003-ICTM.pdf>.

<sup>133</sup> C. N. DELLAROCAS, *Immunizing online reputation reporting systems against unfair ratings and discriminatory behaviour*, 2000. Disponibile online su: <http://ccs.mit.edu/dell/ec00reputation.pdf>.

*review* ed *enforcement* della comunità, che governa e disciplina il comportamento degli utenti<sup>134</sup>. EBay richiede ad ogni nuovo membro di creare una propria “identità” all’atto della registrazione, infatti sebbene sia possibile navigare sul sito *web* senza una “identità eBay”, essa sarà invece necessaria per effettuare offerte per l’acquisto e offrire beni o servizi sulla piattaforma. Di solito gli utenti non utilizzano il proprio nome reale, ma scelgono degli appellativi di fantasia come proprio ID membro, il quale solo viene reso pubblico da eBay sul proprio sito.

Dopo ogni transazione la piattaforma richiede alle parti di valutarsi a vicenda e queste valutazioni, tradotte in un punteggio totale, possono essere visibili ad ogni altro utente che intenderà contrattare con una delle parti. Il forum di *feedback* contempla tre valutazioni possibili: positiva (1 punto), negativa (-1 punto), neutrale (0 punti). Il giudizio negativo viene di solito rilasciato nei casi di consegna tardiva, mancata consegna, mancato pagamento, danni alla reputazione o impossibilità di contattare l’altro membro. Ogni profilo mostra non soltanto il totale delle valutazioni, ma anche i dati separati di ciascun giudizio nel mese precedente, nei sei mesi precedenti e nei dodici mesi precedenti; rivela poi la percentuale delle valutazioni positive e il numero di volte in cui quell’utente ha ritirato un’offerta<sup>135</sup>.

Apparentemente, il fatto che le transazioni precedentemente condotte dalla controparte risultino andate a buon fine stabilisce abbastanza fiducia per impegnarsi nello scambio commerciale. EBay ha stabilito questa fiducia utilizzando la stessa tecnologia che facilita l’attività commerciale tra estranei: la capacità di Internet di “*accelerare e incrementare notevolmente una struttura al processo di acquisizione e distribuzione di informazioni*”<sup>136</sup>. EBay incentiva un comportamento corretto da parte degli utenti, assegnando un premio (consistente in un “stella” di colore specifico) corrispondente al numero di valutazioni positive guadagnate: una stella gialla per aver ottenuto dieci o più punti *feedback*, una stella blu per aver ottenuto cinquanta punti o più, una stella

---

<sup>134</sup> A. GUADAMUZ, Guadamuz, *eBay law: The legal implications of the C2C electronic commerce model*, *Computer Law and Security Report*, 19, 2003, pp. 468 – 473.

<sup>135</sup> Si noti che è possibile ritrarre un’offerta soltanto in presenza di circostanze eccezionali.

<sup>136</sup> P. RESNICK et al., *The value of reputation on eBay: a controlled experiment*, 2004. Disponibile online su: [www.si.umich.edu/~presnick/papers/postcards/postcards.pdf](http://www.si.umich.edu/~presnick/papers/postcards/postcards.pdf).

turchese per aver raggiunto cento punti o più, una stella viola per aver guadagnato cinquecento punti o più e così via, la stella più alta è la stella cadente rossa, che viene assegnata come premio per il raggiungimento di centomila o più punti<sup>137</sup>.

Il sistema di reputazione offre non soltanto l'opportunità di valutarsi a vicenda, ma anche la possibilità di lasciare commenti sui reciproci risultati, commenti che possono riguardare i tempi di consegna, le condizioni del prodotto, le modalità di comunicazione una volta conclusa la transazione e vari; eBay concede anche l'opzione di risposta a ciascuno dei commenti.

Le impostazioni predefinite del sito rendono automaticamente pubblico ogni profilo utente, tuttavia eBay consente ai suoi membri di rendere privato il proprio profilo e quindi di nascondere, potendo però continuare a commentare gli altri utenti. Il sito in ogni caso scoraggia fortemente l'uso di una tale opzione<sup>138</sup>, poiché minerebbe l'efficacia del sistema di reputazione su cui si basano queste transazioni *online*; nella prassi, infatti, sono pochi gli utenti che decidono di avvalersene.

### ***6.1 Difetti del sistema***

Affinché i sistemi di reputazione come quello gestito da eBay abbiano successo, è necessario innanzitutto che gli utenti rilascino *feedback* onesti e veritieri, che riflettano fedelmente le *performance* passate di un *trader*, pena la perdita di utilità dell'intero apparato reputazionale. Tuttavia nella prassi sono stati utilizzati diversi modi con cui i truffatori hanno aggirato il sistema dei *feedback*, servendosi a loro vantaggio e minandone l'affidabilità.

---

<sup>137</sup> Punteggi di Feedback e stelle. Disponibile online su: <https://pages.ebay.it/help/feedback/scores-reputation.html>.

<sup>138</sup> "Come rendere privato o pubblico il tuo Profilo di feedback". Disponibile online su: <https://pages.ebay.it/help/feedback/profile-public-private.html>.

Un primo strumento è quello del cd. “ricatto di *feedback*”: i possibili truffatori, consapevoli del fatto che il successo dei *traders* di eBay dipende in gran parte dalla loro reputazione virtuale e, quindi dall’ottenimento di tanti punti positivi, potrebbero ricattarli affinché questi compiano atti che non sarebbero legalmente obbligati ad adempiere, al solo fine di evitare delle valutazioni negative<sup>139</sup>. Dopo essersi aggiudicato una vendita, un truffatore può, ad esempio, negare di aver ricevuto l’articolo e ricattare il venditore con la minaccia di un *feedback* negativo, a meno che non provveda a rimborsarlo completamente del prezzo pagato. In realtà, non sono disponibili dati su questo tipo di frode. In risposta a questo problema, tuttavia, eBay ha aperto la possibilità di rispondere al *feedback* ricevuto<sup>140</sup>.

Questa soluzione ha però causato l’eventualità che si verifichi un’altra condotta ritorsiva: il cd. *feedback* di ritorsione. Come abbiamo visto nel capitolo precedente, parlando in generale dei sistemi reputazionali, è proprio per quanto riguarda eBay che economisti e teorici del gioco hanno osservato l’anomalo e inverosimile fenomeno per il quale i *feedback* su eBay sono quasi sempre positivi, mentre le valutazioni negative vengono fornite raramente: sul sito, dei *feedback* forniti dagli acquirenti, il 99,1% è positivo, mentre soltanto lo 0,3% è neutro e lo 0,6% è negativo<sup>141</sup>. Tale fenomeno è stato chiamato “*feedback Pollyanna*”<sup>142</sup>. Sicuramente potrebbe essere vero che la maggior parte dei venditori sia onesta e che il 99,1% di tutte le transazioni siano effettivamente state soddisfatte con il gradimento massimo degli acquirenti, ma ciò appare altamente improbabile e gli studiosi si sono interrogati sulle motivazioni. Sono state identificate tre possibili ragioni per spiegare la sproporzione tra *feedback* positivi da una parte, e negativi e neutri dell’altra. Secondo Calkins il numero eccessivo di

---

<sup>139</sup> D. P. BARON, *Private ordering on the Internet: The eBay community of traders*, *Business and Politics*, 4, pp. 245 – 274, 2002; G.E. BOLTON et al. (2002) *How effective are online reputation mechanisms? An experimental investigation*, 2002. Disponibile online su: [www.uni-magdeburg.de/vwl3/axel/uni/paper/BKO2.pdf](http://www.uni-magdeburg.de/vwl3/axel/uni/paper/BKO2.pdf).

<sup>140</sup> “Come rispondere ai commenti di *feedback*”. Disponibile online su: <https://pages.ebay.it/help/feedback/respond.html>.

<sup>141</sup> P. RESNICK, P. & R. ZECKHAUSER, *Trust among strangers in Internet transactions: empirical analysis of eBay’s reputation system* (draft, 2, maggio 2001). Disponibile online su: [www.si.umich.edu/~presnick/papers/ebayNBER/RZNBERBodegaBay.pdf](http://www.si.umich.edu/~presnick/papers/ebayNBER/RZNBERBodegaBay.pdf).

<sup>142</sup> P. RESNICK, P. & R. ZECKHAUSER, op.cit.

*feedback* positivi potrebbe essere in parte dovuto ai vincoli delle norme sociali: “la paura di fare la cosa sbagliata agli occhi della comunità. . . potrebbe portare [un utente eBay] a non lasciare un *feedback* negativo.”<sup>143</sup>. Similmente altri<sup>144</sup> hanno avanzato il suggerimento che la frequenza di valutazioni positive potrebbe essere una mera questione di cortesia; le convenzioni sociali, dunque, potrebbero indurre le persone a lasciare soltanto giudizi positivi.

Un secondo motivo che è stato avanzato dagli studiosi è che i commercianti di eBay potrebbero aver paura della c.d. “rappresaglia *tit-for-tat*”<sup>145</sup>. Ad esempio, un acquirente che non è soddisfatto delle prestazioni di un venditore potrebbe ciononostante essere indotto a non rilasciare un *feedback* negativo per paura che il venditore possa rivalersi su di lui, dandogli, a sua volta, una valutazione negativa. Le statistiche infatti sembrano confermare il verificarsi di un fenomeno di questo tipo: i venditori danno un punteggio negativo (ritorsione) nel 19,4% dei casi in cui essi stessi hanno ricevuto un *rating* negativo o neutro, mentre in media danno soltanto un *rating* negativo soltanto nell’1,2% dei casi complessivi<sup>146</sup>. Queste cifre confermano e giustificano, in parte, la paura di ricevere un *feedback* di ritorsione e, dunque, il numero eccessivo di commenti positivi. In merito, eBay riconosce il problema, ma non agisce per rimuovere in concreto la possibilità di rilasciare *feedback* di ritorsione<sup>147</sup>.

Una terza ragione avanzata è che i membri di eBay potrebbero esitare a inviare *feedback* negativi per paura di azioni legali a loro danno volte a far rimuovere il commento negativo, sulla base delle leggi sulla diffamazione dell’ordinamento giuridico specifico di riferimento<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup> M.M. CALKINS, *My reputation always had more fun than me: the failure of eBay’s feedback model to effectively prevent online auction fraud*, Richmond Journal of Law and Technology, 2001, 7, disponibile online su: <http://www.richmond.edu/jolt/v7i4/note1.html>.

<sup>144</sup> P. RESNICK, P. & R. ZECKHAUSER, op.cit.

<sup>145</sup> M.M. CALKINS, op. cit., p. 96, BARON, op.cit., p. 265, P. RESNICK et al., op.cit, p.47 P. RESNICK, P. & R. ZECKHAUSER, op.cit., pp. 4,13.

<sup>146</sup> P. RESNICK, P. & R. ZECKHAUSER, op. cit., pp. 4, 13.

<sup>147</sup> “Ho ricevuto ingiustamente un feedback negativo. Posso rimuoverlo?” Disponibile online su: [https://pages.ebay.it/help/sell/report\\_problem.html](https://pages.ebay.it/help/sell/report_problem.html).

<sup>148</sup> G.P. CLAYTON, *Reputation and intermediaries in electronic commerce*, 2002. Disponibile online su: [http:// papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4308440](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4308440).

Inoltre appare possibile creare identità multiple con le quali lasciare diversi *feedback* positivi sul proprio profilo principale, al fine di accrescere la propria reputazione. Allo stesso modo, i membri possono entrare in collusione con altri utenti e scambiarsi valutazioni positive, basate su un mero accordo interpersonale e non sull'esperienza diretta. In entrambi i casi, un *trader* guadagna una buona reputazione senza aver scambiato però nemmeno un oggetto; si parla a tal proposito di "*feedback padding*"<sup>149</sup>. Nel tentativo di escludere *feedback* non transazionali, eBay ha reso impossibile lasciare valutazioni di alcun tipo a meno che non siano collegate ad un'asta specifica<sup>150</sup>. Prima di fornire un *feedback*, i membri sono tenuti a inserire un numero di articolo di asta unico emesso da eBay per ogni asta, in questo modo, il sito autorizza il rilascio di *feedback* solamente nel caso in cui un soggetto si sia effettivamente aggiudicato il bene specifico associato a quel numero di articolo. L'idea alla base di questa misura è che dal momento che eBay incassa una percentuale di ogni transazione, sarebbe quindi costoso impegnarsi in transazioni false soltanto per aumentare il proprio punteggio di *feedback*<sup>151</sup>. C'è da chiedersi, tuttavia, se ciò sia abbastanza costoso da evitare il *feedback padding*, giacché il prezzo della commissione non è standard, ma è proporzionale al valore del bene venduto<sup>152</sup>, di conseguenza un truffatore potrebbe procedere a vendite di basso valore che non gravano particolarmente sul suo patrimonio, pur di accedere al sistema dei *feedback* e utilizzarlo abusivamente per perseguire fini illeciti. Infatti, in tutti i sistemi di reputazione utilizzati per i mercati *online* vale la regola per cui il *feedback* fornito per una transazione di basso valore è prezioso quanto quello che attiene ad una transazione di alto valore. I truffatori possono facilmente utilizzare questa caratteristica degli apparati reputazionali per ingannare gli acquirenti anche in altro modo.

---

<sup>149</sup> M.M. CALKINS, op. cit., p. 48, A. CLAUSEN, op.cit., DELLAROCAS, 2000, BOLTON, KATOK & OCKENFELS, 2002, pp. 24-25.

<sup>150</sup> M.M. CALKINS, op. cit., p. 68.

<sup>151</sup> A. CLAUSEN, *Online reputation systems: The cost of attack of PageRank*, 2003, p. 7. Disponibile online su: <http://members.optusnet.com.au/clausen/reputation/rep-cost-attack.pdf>.

<sup>152</sup> "Tariffe di eBay". Disponibile online su: <https://pages.ebay.it/help/sell/seller-fees.html>.

Un soggetto può vendere e spedire correttamente un gran numero di oggetti di basso valore, per diverse volte e nel corso di differenti transazioni con distinti acquirenti, raggiungendo quindi un'ingente quantità di valutazioni positive e venendo anche premiato dallo stesso intermediario, attraverso il sistema del rilascio di stelle sul profilo dell'utente/venditore. Il truffatore potrà in seguito utilizzare questa reputazione per attirare ignari clienti in transazioni di alto valore.

Molti casi del genere sono stati riportati dai media: un giornalista australiano afferma di aver rintracciato un frodatore seriale che ha ingannato oltre 130 persone per più di AUS \$ 10.000, dopo aver inizialmente utilizzato il sito genuinamente per costruire un profilo positivo e raccogliere la fiducia degli utenti, prima di commettere frodi su larga scala; lo stesso si è verificato nel caso di un truffatore californiano che ha usato il nome "kuchar1"; un altro venditore è riuscito a ottenere un *rating* di *feedback* che rappresenta 6.000 transazioni correttamente condotte, prima di avviare la vendita di centinaia di oggetti da collezione in porcellana senza inviare al compratore gli articoli dopo aver ricevuto pagamenti di circa \$ 300.000<sup>153</sup>.

Un altro atteggiamento distorsivo che può verificarsi è l'accordo dei membri di colludere con altri utenti per lasciare un punteggio negativo alla concorrenza. Analogamente, un soggetto può creare più identità su eBay e utilizzarle tutte per lasciare diversi *feedback* negativi alla concorrenza per abbassarne la reputazione. Entrambe le strategie potrebbero essere utilizzate nel tentativo di escludere un concorrente dal mercato. Anche se su eBay, come abbiamo visto, è consentito solo un *feedback* transazionale, questo tipo di comportamento può ancora verificarsi facendo offerte sugli articoli della concorrenza, soprattutto quando si tratta di beni di basso valore.

---

<sup>153</sup> B. RIETJENS, *Trust and reputation on eBay: Towards a legal framework for feedback intermediaries*, in *Information & Communications Technology Law Journal*, vol. 15, 2006, issue 1. Disponibile online su: <https://doi.org/10.1080/13600830600557935>.

## 6.2 Possibili soluzioni per migliorare il sistema

Come risulta da quanto detto finora, il sistema reputazionale su eBay se ha il grande pregio di stimolare la fiducia nel mercato *online* e di diminuire lo squilibrio tra acquirenti e venditori su Internet, d'altra parte non è però in grado di creare un clima di *trust* pieno e incorruttibile. Infatti, il forum di *feedback* apporta sicuramente grandi benefici agli utenti abituali onesti, ma non fornisce alcuna protezione reale contro i frodatori se si considera la facilità con cui i sistemi di reputazione possono essere manipolati. Dal momento che l'intero modello di *business* di eBay si fonda sulla fiducia, se i fruitori della piattaforma digitale iniziano a rendersi conto che il sistema di reputazione non fornisce alcuna protezione (preventiva) contro le frodi, questa falla potrebbe avere un grave impatto sugli affari del sito. eBay dovrebbe agire attivamente per impedire che i suoi membri perdano la fiducia nelle transazioni *customer-to-customer* che avvengono sulla piattaforma, ad esempio creando un sistema di reputazione più elaborato e sofisticato che risolva alcuni dei problemi sopra analizzati. All'inizio degli anni Duemila, quando si sono manifestate tali esigenze, i teorici del gioco e gli economisti hanno sviluppato sistemi volti alla risoluzione di alcuni dei problemi sopra descritti, e che potrebbero portare a un miglioramento del semplice sistema di reputazione attualmente utilizzato dai mercati *online*<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> A. ABDUL-RAHMAN & S. HAILES, *Supporting Trust in Virtual Communities. Proceedings of the 33rd Hawaii International Conference on System Sciences*, Volume 6, Washington, 2000; S. BUCHEGGER & J.Y. LE BOUDEC, *A robust reputation system for P2P and mobile ad-hoc networks*, 2004. Disponibile online su: [www.eecs.harvard.edu/p2pecon/confman/papers/s2p2.pdf](http://www.eecs.harvard.edu/p2pecon/confman/papers/s2p2.pdf); M. CHEN & J. PAL SINGH, *Computing and using reputations for internet ratings*, 2001. Disponibile online su: [www.cs.princeton.edu/~maoch/publications/ec\\_01.pdf](http://www.cs.princeton.edu/~maoch/publications/ec_01.pdf); F. CORNELLI et al. *Choosing Reputable Servents in a P2P Network*. Proceedings of the 11th International Conference on World Wide Web, New York, 2002; M.A. EKSTRÖM & H.C. BJORNSSON, *A rating system for AEC e-bidding that accounts for rater credibility*, 2002. Disponibile online su: <http://e-aec.stanford.edu/publications/docs/RatingsCIB.pdf>; H. LIU et al., *Brokering private reputation information in online transaction communities (draft)*, 2003. Disponibile online su: <http://web.media.mit.edu/~hugo/publications/drafts/GossipMonger.doc>; M. KINATEDER & K. ROTHERMEL *Bringing confidence to the Web: combining the power of SET and reputation systems*, 2004. Disponibile online su: <http://ieeexplore.ieee.org/iel5/9037/28685/01286920.pdf?arnumber1/41286920>; B. YU & M.P. SINGH *Detecting deception in reputation management*. Proceedings of the 2nd International Joint Conference on Autonomous Agents and MultiAgent Systems, Melbourne, 2003.

I metodi per distillare valutazioni ingannevoli e non corrispondenti alla realtà possono essere raggruppati in due categorie: sistemi “endogeni” e sistemi “esogeni”. La base dei sistemi endogeni è che i *rating* ingiusti devono avere un diverso modello statistico, che può essere usato per filtrare le valutazioni rese illegittimamente. Un esempio di un sistema endogeno è il sistema di filtraggio proposto da Dellarocas<sup>155</sup>, che isola quelle situazioni in cui gli acquirenti forniscono ai venditori punteggi intenzionalmente alti o ingiustamente bassi. Un altro esempio di un sistema endogeno è un filtro che mira a risolvere il problema degli utenti che ottengono una reputazione positiva vendendo soltanto articoli di basso valore, per poi iniziare a commettere frodi con la vendita di oggetti di valore elevato; diversi studiosi hanno infatti suggerito di valutare la quantità di denaro pagata<sup>156</sup>.

I sistemi esogeni, invece, utilizzano fattori esterni per filtrare determinati *feedback*. Un esempio di questa categoria è la proposta di Clausen<sup>157</sup> di applicare il logaritmo *PageRank* di Google ai sistemi di reputazione. Il logaritmo in questione determina l'importanza di un determinato sito *web* esaminando, in primo luogo, il numero degli altri siti Internet che hanno instaurato collegamenti col sito in questione e, in secondo luogo, la reputazione di questi stessi siti *web*. L'idea alla base è che se i siti *online* affidabili includono collegamenti ipertestuali a un determinato sito *web*, questo sarà probabilmente importante e, a sua volta, affidabile. Il vantaggio di un sistema reputazionale che si serva di un simile logaritmo è non soltanto quello di considerare il numero delle referenze date, ma anche la reputazione di coloro che hanno fornito la raccomandazione. Una proposta simile è stata avanzata da Ekström e Björnsson<sup>158</sup> che

---

<sup>155</sup> C. N. DELLAROCAS, *Goodwill hunting: an economically efficient online feedback mechanism for environments with variable*, 2002. Disponibile online su: <http://ccs.mit.edu/dell/papers/goodwillhunting.pdf>.

<sup>156</sup> P. RESNICK, P. & R. ZECKHAUSER, op.cit., p. 3; A. CLAUSEN, op.cit., p.7.

<sup>157</sup> A. CLAUSEN *Online reputation systems: The cost of attack of PageRank*, 2003. Disponibile online su: <http://members.optusnet.com.au/clausen/reputation/rep-cost-attack.pdf>.

<sup>158</sup> M. A. EKSTRÖM & H. C. BJÖRNSSON (2002) *A rating system for AEC e-bidding that accounts for rater credibility*, 2002. Disponibile online su: <http://e-aec.stanford.edu/publications/docs/RatingsCIB.pdf>.

hanno proposto un modello per il calcolo della reputazione sulla base della credibilità dei valutatori.

Un'idea più rivoluzionaria è stata avanzata da Liu, Donath e Maes<sup>159</sup>, i quali hanno proposto un sistema basato sul c.d. "gossip", laddove per "gossip" si intenderebbe lo scambio di informazioni sensibili su una terza parte tra due parti fidate e attendibili. Gli studiosi hanno sviluppato un sistema in cui i soggetti interessati che siano affidabili (e che non necessariamente si conoscono tra di loro) scambiano informazioni sulla reputazione privata di terzi. Secondo Liu, Donath e Maes, questo sistema è una sicura fonte di informazioni attendibili, che aiuta quindi le persone ad evitare transazioni potenzialmente dannose e consente una rapida identificazione e ostracizzazione degli utenti truffatori. Allo stesso modo, Abdul-Rahman e Hailes<sup>160</sup> hanno proposto un sistema reputazionale basato sulle caratteristiche di fiducia sociale del mondo reale e sul passaparola. Un sistema simile consentirebbe agli utenti di decidere a quali opinioni degli altri membri affidarsi maggiormente e permetterebbe di calibrare progressivamente la loro comprensione delle raccomandazioni soggettive di un altro utente.

Una volta selezionato il modello di sistema reputazionale da seguire, è importante poi effettuare il *backup* legale dei filtri e delle funzionalità automatiche implementate. eBay non dovrà soltanto filtrare i *feedback* fraudolenti e quelli eccessivamente positivi, ma dovrebbe anche concedere a se stesso la facoltà di escludere dalla propria *community* i membri che abusano del sistema di *feedback*. In una certa misura il sito già agisce in questa direzione, infatti l'"Accordo con l'utente di eBay" afferma che gli utenti non dovrebbero "*intraprendere azioni che potrebbero minare l'integrità del sistema di feedback*"; l'accordo poi prosegue avvertendo che eBay sospenderà anche

---

<sup>159</sup> H. LIU et al. *Brokering private reputation information in online transaction communities* (draft), 2003 Disponibile online su: <http://web.media.mit.edu/~hugo/publications/drafts/GossipMonger.doc>.

<sup>160</sup> A. ABDUL - RAHMAN & S. HAILES, *Supporting Trust in Virtual Communities*. Proceedings of the 33rd Hawaii International Conference on System Sciences, Volume 6, Washington, 2000.

la fornitura dei suoi servizi nei confronti di un membro che abbia ottenuto un punteggio netto di *feedback* di meno quattro<sup>161</sup>.

### **6.3 Responsabilità di eBay per il funzionamento del suo sistema reputazionale**

Abbiamo già visto (vd. par. 5) come possa essere allettante per le parti vittime di frodi sul *web* ritenere gli intermediari digitali (come ISP, provider di bacheche pubbliche e motori di ricerca sul *web*) responsabili del danno arrecato ed intraprendere azioni legali nei loro confronti. I reali truffatori, che nella loro attività fraudolenta si sono serviti del servizio messo a disposizione dal sito intermediario, possono facilmente nascondere la loro identità o localizzarsi in un'altra giurisdizione, inoltre spesso potrebbero non disporre delle risorse finanziarie necessarie per pagare il risarcimento del danno causato. Al contrario, gli intermediari digitali sono sicuramente facili da localizzare e godono delle possibilità economiche per poter risarcire le vittime del *web*. Allo stesso modo, anche gli utenti di eBay potrebbero essere tentati di ritenere la piattaforma responsabile per i danni che subiscono. In relazione al sistema di *feedback* del sito, si possono immaginare due possibili motivazioni di cui le vittime di frodi potrebbero servirsi per corroborare la tesi della responsabilità di eBay. Innanzitutto, si potrebbe sostenere che l'intermediario è responsabile per le dichiarazioni diffamatorie pubblicate dai membri della sua *community*, ma in questa prospettiva, si dovrebbe ritenere che eBay debba essere classificato come editore. Questo tipo di azione legale è simile, ad esempio, alle azioni passate contro i *provider* di *bulletin board* per messaggi diffamatori contenuti sulle bacheche da essi gestite<sup>162</sup>. Intraprendendo una tale strada però eBay sarebbe responsabile esclusivamente nei confronti di quelle

---

<sup>161</sup> <https://pages.ebay.it/help/feedback/howitworks.html>.

<sup>162</sup> Per la responsabilità degli operatori di bulletin board, vedi CHANDRANI (2000, p. 104); PEARSON (1995, p. 54); SWAN (2000, p. 16).

persone la cui reputazione è stata danneggiata. Un esempio di questo tipo di azione per quanto riguarda il sistema di *feedback* di eBay può essere rinvenuto nel caso *Grace v eBay*<sup>163</sup>. Grace, la ricorrente, dopo aver acquistato alcuni articoli su eBay, aveva pubblicato dei commenti negativi sul venditore nel forum di *feedback*; il venditore aveva risposto inserendo il seguente *feedback* di ritorsione “Reclamo: Dovrebbe essere bandito da Ebay !!!! Disonesto fino in fondo !!!!”. L’intermediario tuttavia non aveva provveduto a rimuovere tale *feedback* di ritorsione, nonostante Grace avesse presentato apposita richiesta; ella quindi ha avviato un’azione legale contro il sito *online* sostenendo che avrebbe dovuto provvedere alla rimozione della valutazione negativa di ritorsione, una volta presentata la richiesta. Dopo aver eliminato i commenti, eBay ha presentato un’eccezione di rigetto sulla base del fatto che era immune da responsabilità ai sensi della Sezione 230 del *Communications Decency Act* (CDA 230) e in quanto le sue condizioni d’uso lo avevano sollevato da ogni responsabilità per le richieste del querelante. La *Superior Court* della California l’ha ritenuta fondata e ha confermato così la sussistenza dell’immunità da responsabilità secondo la Sezione 230, sottolineando tuttavia che la legge non protegge i distributori di informazioni che conoscono o hanno motivo di conoscere la presenza di materiale diffamatorio sul loro sito, ma, nel caso di specie, la clausola contrattuale di eBay lo esonerava dalla responsabilità per le pretese avanzate dall’attore.

Un altro motivo su cui fondare la responsabilità del sito in relazione al suo apparato reputazionale è la condotta negligente di eBay: si potrebbe sostenere che sull’intermediario grava un dovere di diligenza in relazione al proprio sistema di *feedback* e che, non facendo uso delle funzionalità automatiche appropriate per migliorare la sicurezza sulla piattaforma, eBay viola questo dovere di diligenza. Questo renderebbe il sito *online* responsabile non soltanto verso le parti direttamente coinvolte, ma potenzialmente verso tutti coloro che sono stati truffati sulla sua piattaforma. Un esempio di questo tipo di azione si può trovare nel caso *Gentry v*

---

<sup>163</sup> *GRACE V. EBAY, INC.* 16 Cal.Rptr.3d 192 (Ct.App.), cert.granted, 19 Cal.Rptr.3d 824, e dismissing review, 21 Cal. Rptr.3d 611 (2004).

*eBay*<sup>164</sup>, in cui un membro di eBay (Gentry) è stato truffato da persone che vendevano memorabilia falsi tramite la piattaforma digitale. Invece di avviare un procedimento legale contro il truffatore, Gentry ha intrapreso una procedura contro eBay, sostenendo che il sito ha ingannevolmente incoraggiato l'uso del proprio *feedback forum* garantendone l'estrema sicurezza (postando commenti sul proprio sito *web* come: “*un rating positivo di eBay vale il suo peso in oro*”), mentre in realtà tale sistema ha tradito le aspettative e le rassicurazioni di sicurezza, poiché ha consentito l'insorgere di pratiche quali il *feedback* non transazionale, e quindi il *feedback padding*. In tal modo, il ricorrente accusava eBay di aver contribuito al danno causato dai truffatori, dal momento che aveva partecipato attivamente all'utilizzo del suo forum, rassicurando gli utenti della sua affidabilità: questo elemento priverebbe la piattaforma di quella immunità concessa agli intermediari digitali. La Corte tuttavia si è risolta nel ritenere applicabile la sezione 230 del *Communications Decency Act* al fine di classificare eBay come mero fornitore di servizi informatici interattivi. Ciò comporta che il sito non può essere ritenuto responsabile dei contenuti del sistema di *feedback* in quanto tutti i commenti inseriti nel forum sono forniti esclusivamente dai membri di eBay, al quale non può essere rimproverato di non aver usato il suo potere editoriale per escludere determinati commenti e valutazione, dal momento che l'obbligo di esercitare tale potere è prevenuto proprio dal *Communications Decency Act*.

Anche nella causa *Grace contro eBay* sopra citata, la Corte d'appello dello Stato della California non ha avuto alcuna difficoltà a qualificare la piattaforma digitale come “operatore” di un servizio informatico interattivo, così come indicato nel *Communications Decency Act*. Ciò conferma anche che eBay può beneficiare della normativa sull'immunità da responsabilità anche in relazione al proprio sistema di *feedback*. Come abbiamo visto, la Corte ha aggiunto, tuttavia, che la legge non tratta l'eventualità in cui l'operatore fosse a conoscenza o avesse avuto motivo di conoscere il carattere diffamatorio delle informazioni, e la seguente declinazione del regime di responsabilità, in relazione all'operatività o meno dell'immunità.

---

<sup>164</sup> Gentry, et al. v eBay Inc., Super Ct. No. GIC746980 (Cal. Ct. App., 26 giugno 2002).

EBay ha dunque attuato una strategia che consiste nell'aver strutturato tutti i servizi offerti in modo tale da limitare la propria esposizione a responsabilità, anche in relazione alla posizione tenuta nei confronti del proprio sistema reputazionale. Dicendo che è solo una sede virtuale di facilitazione delle transazioni, eBay cerca di essere classificato come una parte che fornisce semplicemente un servizio che consiste nella memorizzazione di informazioni per i suoi membri, potendo continuare a beneficiare così della disciplina di favore concessa ai fornitori di servizi *host*. Si può agevolmente affermare che l'intermediario non è responsabile per nessuno dei contenuti del proprio sito *web*, poiché la piattaforma cerca di prendere completamente le distanze dalle informazioni di *feedback* inserite dai suoi membri.

Tuttavia l'immunità concessa agli intermediari Internet non è assoluta, eBay deve prendere in considerazione dei regimi di responsabilità intermedia perché non sempre sarà in grado di fare affidamento sulle esclusioni di responsabilità previste nei suoi "termini e condizioni". Il sito dovrà tenere conto di alcune limitazioni quando applica filtri e altre funzionalità automatizzate per prevenire l'abuso di *feedback*, altrimenti potrebbe essere responsabile nei confronti dei suoi utenti, proprio a causa del funzionamento del suo sistema di reputazione. Innanzitutto, se vengono apportate modifiche o alterazioni al contenuto fornito da terze parti, in alcune giurisdizioni l'immunità potrebbe essere revocata; ciò impedisce a eBay di modificare i *feedback* pubblicati dai suoi membri. Come abbiamo visto, infatti, dal momento che le informazioni fornite nel forum di *feedback* provengono da terze parti, l'intermediario digitale sarà normalmente esente da responsabilità; tuttavia, se eBay assumesse un ruolo più attivo nella modifica o selezione degli input dei suoi membri, è da ritenere quantomeno dubbio che la sua immunità non venga revocata in alcune giurisdizioni.

A causa di tutte le possibili distorsioni del sistema da parte degli utenti con intenti fraudolenti descritte *supra*, la messa in atto di alcuni meccanismi di correzione è però richiesta in quanto potrebbe portare ad una migliore conoscenza delle *performance* dei membri. Ai sensi dell'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico, un fornitore ospitante non è, in linea di principio, responsabile per un servizio che "*consiste nella memorizzazione di informazioni da parte di un destinatario del servizio*". Sembrerebbe che gli input dei membri (positivo, negativo o neutro e commenti) nel

sistema di *feedback* si possano qualificare proprio come “informazione da parte di un destinatario del servizio”. Tuttavia, non è chiaro se questa definizione sarebbe ancora applicabile nel caso in cui eBay iniziasse a introdurre filtri e meccanismi di correzione, e quindi a modificare e selezionare questi dati: infatti ciò potrebbe rendere eBay un editore, e non una parte che fornisce semplicemente servizi *host*.

In secondo luogo, in alcune giurisdizioni, l’immunità dalla responsabilità viene revocata laddove l’intermediario è a conoscenza di fatti o circostanze da cui risultano attività o informazioni illegali, standard definito di “conoscenza costruttiva” e utilizzato dalla direttiva sul commercio elettronico all’art. 14. La conoscenza costruttiva potrebbe essere più facile da provare se il fornitore ospitante abbia implementato dispositivi tecnici in grado di escludere e filtrare determinati materiali.

Pertanto, poiché il monitoraggio e il filtraggio potrebbero causare responsabilità, eBay si astiene dal mettere in atto degli strumenti correttivi dei *feedback* potenzialmente distorsivi e diffamatori. Un siffatto timore di incorrere in responsabilità in seguito al monitoraggio, alla selezione o alla modifica dei *feedback* può essere osservata nei commenti di eBay sul feedback di ritorsione: “*non ci è possibile rimuovere il feedback [di ritorsione] ... per motivi legali. Ciò potrebbe significare che eBay diverrebbe responsabile per tutti i commenti e potenzialmente per tutti i contenuti del sito, richiedendo la revisione di tutti i commenti, elenchi e altro materiale pubblicato sul nostro sito*”<sup>165</sup>. Anche i termini e le condizioni di eBay indicano chiaramente che il sito non monitora qualsiasi *feedback* inserito nel suo sistema<sup>166</sup>.

Tuttavia occorre notare che la messa in opera di funzionalità automatizzate non comporterebbe necessariamente responsabilità in tutti gli Stati in cui il sito è attivo; ad esempio, negli Stati Uniti le attività di monitoraggio non costituiscono una causa per la perdita di immunità, dal momento che la logica dell’immunità concessa ai sensi del *Communications Decency Act* era quella di incoraggiare i fornitori di servizi Internet

---

<sup>165</sup> “Domande più frequenti sul feedback”. Disponibile online su: [https://pages.ebay.it/help/new/feedback\\_faqs.html](https://pages.ebay.it/help/new/feedback_faqs.html).

<sup>166</sup> “Informazioni importanti sul feedback”. Disponibile online su <https://pages.ebay.it/help/feedback/howitworks.html>.

a monitorare i contenuti senza timore di incorrere in responsabilità per aver assunto un ruolo editoriale.

Inoltre la questione principale non è se in una particolare giurisdizione verrebbe effettivamente imposta al sito o meno la responsabilità per le sue attività di filtraggio e monitoraggio; eBay infatti opera in un gran numero di Paesi e quindi deve tener conto delle regole sull'immunità in ciascuno di loro. La semplice minaccia di responsabilità - o addirittura la minaccia di procedimenti legali e i relativi costi e le incertezze sull'esito - è abbastanza un disincentivo per applicare queste tecniche.

L'Unione europea ha più volte espresso la necessità di creare fiducia su Internet<sup>167</sup>: in tale direzione ha introdotto normative come la direttiva sulla protezione dei dati, la direttiva sul commercio elettronico, la direttiva sulla vendita a distanza e direttiva sulla firma digitale. Per quanto riguarda il commercio *online*, l'UE si è concentrata principalmente sul miglioramento dell'applicazione dei contratti come modo per rendere Internet un posto più sicuro, tuttavia, non ha valutato la capacità di Internet di accelerare enormemente e aggiungere una struttura al processo di acquisizione e distribuzione di informazioni come metodo di *enforcement* dei contratti. Soprattutto per quanto riguarda il business *customer-to-customer*, l'*enforcement* della *community* può contribuire alla creazione di fiducia e fornire una sorta di risarcimento per i partecipanti scontenti.

Come lungamente detto *supra* (vd. par. 4) le case d'aste *online* dovrebbero essere considerate come *host service providers*: eBay, in particolare, sembra soddisfare tutti i criteri formali per poter beneficiare dell'immunità degli intermediari di Internet in quanto fornisce un servizio che consiste nella memorizzazione delle informazioni inserite dai suoi membri. Tuttavia, l'immunità stabilita nella direttiva sul commercio

---

<sup>167</sup> Ad esempio nella direttiva sull'e-Commerce, Recital 7: “*Al fine di garantire la certezza del diritto e la fiducia dei consumatori, la presente direttiva deve definire un quadro generale chiaro per coprire taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno*”. Direttiva 1999/93/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 Su un quadro comunitario sulle firme digitali [2000] L 013, Recital 24: “*Al fine di aumentare la fiducia degli utenti nella comunicazione elettronica e nel commercio elettronico, i fornitori di servizi di certificazione devono osservare la legislazione sulla protezione dei dati e la privacy individuale*”.

elettronico è stata inizialmente istituita per essere applicata ad attività di natura «*tecnica, automatica e passiva*»<sup>168</sup>. È discutibile, però, che la piattaforma fornisca semplicemente un servizio di mera natura tecnica, automatica e passiva. Il sito *web* di eBay non offre soltanto un servizio di creazione di sistemi *online* per la memorizzazione di contenuti che sono poi resi accessibili tramite Internet. I suoi servizi sono più inclusivi, in quanto mette a disposizione dei suoi utenti una piattaforma di *trading* completa che costruisce una vera e propria comunità di scambio di merci in tutto il mondo; stabilisce metodi per creare fiducia come il sistema di *feedback*; invita terze parti a fornire servizi che migliorano il *trading* sicuro e riducono i conflitti (come i servizi di mediazione online di SquareTrade); offre un programma di protezione dell'acquisto standard eBay e informazioni sulle buone pratiche commerciali; premia i venditori con titoli speciali se raggiungono un certo numero di *feedback* positivi e così via. Ciò solleva quantomeno il dubbio se eBay debba essere trattato come un semplice fornitore di servizi di *hosting*.

Se i legislatori vogliono incoraggiare l'uso dell'*enforcement* della *community* per creare un Internet più sicuro e la creazione di fiducia, è necessario prendere in considerazione l'istituzione di un quadro giuridico specifico per gli intermediari di *feedback*. Invece di un sistema di responsabilità intermedia inizialmente messo in atto per i fornitori di servizi di *hosting*, potrebbe essere costruito uno speciale regime giuridico che elimina gli ostacoli attualmente esistenti per l'utilizzo e l'ulteriore sviluppo dei sistemi di reputazione, garantendo una più ampia immunità da responsabilità nei confronti delle case d'asta *online*. Ciò potrebbe consentire loro di filtrare e applicare funzionalità automatizzate che promuovono l'affidabilità dei sistemi di *feedback* senza il timore di incorrere in alcuna responsabilità.

Si potrebbe controbattere affermando che eBay è già un luogo relativamente sicuro per il commercio e l'elevato numero di transazioni dimostra che attualmente esiste una fiducia sufficiente, sarà quindi il mercato ad affrontare i problemi di sicurezza

---

<sup>168</sup> Recital 7, Direttiva sull'e-Commerce.

pubblica, se necessario. Tuttavia le argomentazioni sul “libero mercato” perdono di credibilità se si considera che attualmente gli schemi di responsabilità intermedia limitano il mercato nello sviluppo e nell’applicazione di sistemi di reputazione più avanzati. È proprio in questo senso che si rende necessaria la regolamentazione: affinché i mercati possano sviluppare strategie per luoghi di *trading online* più sicuri.

Una possibile soluzione consiste nel ritenere responsabili le aste *online* se non utilizzano funzionalità automatizzate che portano a un luogo di negoziazione più sicuro. Potrebbe essere imposto loro un obbligo che, per alcuni aspetti, è simile all’obbligo tecnologico neutro che devono rispettare i responsabili del trattamento dei dati di attuare misure tecniche appropriate (tenendo conto dello stato dell’arte e dei costi della loro attuazione) per proteggere i dati personali.

Imporre l’obbligo di filtrare e applicare funzionalità automatizzate, tuttavia, solleva ulteriori preoccupazioni specifiche, innanzitutto il sistema di responsabilità per le case d’asta *online* dovrebbe creare sufficiente certezza giuridica: un esperto di aste *online* dovrebbe sapere esattamente quali filtri applicare per poter beneficiare dell’immunità. Infatti, se da una parte la formulazione neutrale dal punto di vista tecnologico può essere utile per impedire che la legislazione venga superata a causa degli sviluppi tecnologici, d’altra parte ciò comporta anche incertezza giuridica<sup>169</sup>.

Un’altra preoccupazione è che imporre oneri agli intermediari può costituire un fattore di raffreddamento nella fornitura di beni e servizi di valore attraverso Internet. Si potrebbe, inoltre, sostenere che si dovrebbe lasciare alle forze di mercato il modo di raggiungere un luogo di negoziazione più sicuro. EBay dovrà affrontare i problemi di sicurezza pubblica perché un mercato non sicuro potrebbe non essere commercialmente redditizio a lungo termine.

---

<sup>169</sup> Per una panoramica generale sulla legislazione sulla tecnologia neutrale e sulla tecnologia specifica, vd. M. COCK BUNING *Auteursrecht en informatietechnologie, over de beperkte houdbaarheid van technologiespecifieke regelgeving* (Amsterdam, Otto Cramwinckel Uitgeverij), 2000.

In tale direzione la legislazione dovrebbe essere intrapresa dall'UE, infatti l'art. 15 della direttiva sul commercio elettronico chiarisce che gli Stati membri non sono autorizzati a imporre ai fornitori un obbligo generale di monitorare le informazioni che trasmettono o conservano, né un obbligo generale di ricercare fatti o circostanze indicanti attività illecite. Il Considerando 48 della medesima direttiva conferisce tuttavia un certo margine di discrezionalità a tale riguardo, affermando che gli Stati membri possono imporre “*doveri di diligenza, che possono essere ragionevolmente previsti da loro e specificati dalla legislazione nazionale, al fine di individuare e prevenire determinati tipi di attività illegali*”<sup>170</sup>. Ad ogni modo, rimane dubbio che il Considerando 48 sia sufficientemente ampio per consentire agli Stati membri di adottare una legislazione speciale per le case d'asta *online*.

Un adeguato quadro giuridico dovrà poi affrontare anche altre questioni. In primo luogo, dovrebbe essere sviluppata una posizione sul dibattito se i *database* di *feedback* debbano essere esportabili; infatti i sistemi di *feedback* frenano i partecipanti dal fare affari altrove. Le case d'aste *online* hanno un incentivo a impedire che il loro *database* di *feedback* venga utilizzato da altri siti *web*, e una volta che un utente ha acquisito una buona reputazione su un determinato sito *web*, è meno probabile che inizi a creare una nuova identità su un altro sito. Anche eBay agisce in tal senso e limita contrattualmente l'esportazione di *feedback*<sup>171</sup>; la piattaforma, inoltre, può porre degli ostacoli all'importazione di dati dal proprio sito *web* da parte di terzi, poiché l'importazione di dati sconfina sulla protezione della *privacy* degli utenti di eBay (ad esempio, il suo

---

<sup>170</sup> Si noti che l'art.15 e il recital 48 della direttiva sull'e-commerce sono difficili da conciliare; vd. R. JULIÀ- BARCELÒ, *Online intermediary liability issues: comparing EU and US legal frameworks*, European Intellectual Property Review, 21, pp. 105 – 119, 2000; R. JULIÀ- BARCELÒ & K.J. KOELMAN, (2000) *Intermediary liability in the e-Commerce Directive: So far so good, but it's not enough*, Computer Law and Security Report, 16, pp. 231 – 239.

<sup>171</sup> “*Le valutazioni di feedback non sono progettate per scopi diversi dal facilitare gli scambi tra gli utenti di eBay e l'utente accetta di non commercializzare o esportare il rating di feedback di eBay in nessuna sede diversa da un sito Web eBay. Non ti consentiamo di importare feedback da altri siti web su eBay, in quanto tali feedback non riflettono la tua reputazione all'interno della community di eBay*”.

sistema informatico)<sup>172</sup>. Nel quadro dell'ordinamento UE, eBay potrebbe anche fare affidamento su diritti per i database *sui generis*<sup>173</sup>.

Come sottolineato più volte in precedenza, le case d'asta *online* beneficiano di un database di *feedback* con un numero schiacciante di giudizi positivi e potrebbero quindi non voler affrontare i problemi inerenti alla struttura e modifica dei propri sistemi reputazionali. Più *feedback* positivi vengono dati, maggiore è la fiducia che il sito *web* di eBay crea e che a sua volta può portare alla conclusione di sempre più transazioni sul sito. Come sostiene Calkins, potrebbe essere vantaggioso per la società consentire ad amministratori terze parti di raccogliere e amministrare i *feedback*. Gli amministratori terze parti potrebbero essere in grado di sviluppare procedure più formalizzate e neutrali per indirizzare commenti negativi, la raccolta di *feedback* in un *database* potrebbe anche eliminare le barriere che impediscono ai partecipanti di suddividere la propria attività su più siti *web*<sup>174</sup>.

Un secondo problema che deve essere affrontato riguarda la misura in cui è necessario garantire ai partecipanti dei sistemi di reputazione l'immunità dalla responsabilità. Come discusso, la minaccia di azione per diffamazione / calunnia potrebbe rivelarsi un disincentivo a pubblicare un commento negativo per paura di un procedimento legale. Ulteriori ricerche dovrebbero quindi essere condotte per stabilire se le leggi sulla diffamazione debbano essere modificate per eliminare la paura di pubblicare una valutazione negativa.

---

<sup>172</sup> Vd. eBay, Inc. v Bidder's Edge, Inc. 100 F. Supp. 2d 1058 (ND Cal. 2000). In questo caso, il tribunale ha emesso un'ingiunzione preliminare che impediva a Bidder's Edge di utilizzare sistemi automatizzati per cercare nel sito Web di eBay informazioni sull'asta. Per "trespassing virtuale" come reclami nei Paesi Bassi, vd XS4ALL v AbFab, Hoge Raad, 12 March 2004, Mediaforum 2004-4 nr. 13.

<sup>173</sup> Direttiva 96/9/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996 sulla protezione legale dei databases (OJ L 077/20, 27 March 1996). Va notato che i trasgressori potrebbero trovare una difesa nella dottrina dello spin-off (vd. Caso C-203/02 British Horseracing Boards Ltd v William Hill Organisation Ltd; Caso C-338/02 Fixtures Marketing Ltd v Svenska Spel AB; Caso C-444/02 Fixtures Marketing Ltd v Organismos prognostikon agonon podosfairou (OPAP); Caso C-46/02 Fixtures Marketing Ltd v Oy Veikkaus AB; Per un'analisi di queste decisioni della Corte di Giustizia UE, cfr. Hugenholtz & Davison, 2005).

<sup>174</sup> CALKINS, 2001, pp. 128 – 131.

## 7. *Strumenti volti alla prevenzione e risoluzione delle controversie*

EBay, come abbiamo visto, “*non trasferisce la proprietà degli oggetti dal venditore all’acquirente, non ha alcun ruolo e non è coinvolta nella compravendita che si svolge tra venditori e acquirenti. Il contratto di compravendita si conclude direttamente tra gli acquirenti e i venditori*”<sup>175</sup>. La piattaforma digitale non assume alcuna responsabilità per le transazioni concluse sul suo sito e di cui non diventa parte contrattuale, tuttavia rende disponibili alcune risorse per ridurre il rischio che possano insorgere delle controversie e per accrescere la fiducia sul mercato digitale, rendendolo più sicuro.

Uno di questi strumenti è stato dettagliatamente analizzato *supra* insieme ai suoi punti di forza e agli svantaggi che può comportare e i profili problematici che possono sorgere: si tratta del sistema di *feedback rating*. L’intermediario offre altre modalità precauzionali volte a prevenire il rischio di abusi: anzitutto, gli utenti possono scegliere di pagare una somma di denaro per beneficiare di un servizio di deposito a garanzia, che consenta di mantenere il pagamento fino a quando l’articolo non giunga a destinazione per la soddisfazione dell’acquirente<sup>176</sup>; un tale servizio non è tuttavia ampiamente selezionato dagli utenti. Il sito mette a disposizione poi un altro servizio di riduzione del rischio, offrendo una copertura assicurativa per gli articoli che costano meno di \$ 200. È prevista una franchigia di venticinque dollari per qualsiasi richiesta, che rende l’assicurazione più preziosa per gli articoli più vicini alla soglia massima

---

<sup>175</sup> Ebay, Accordo per gli utenti, 12 maggio 2016, Preambolo. Ibidem: “*Anche se possiamo offrire indicazioni su prezzi, servizi postali e altre informazioni relative alla fornitura dei nostri Servizi, tali indicazioni e informazioni sono solamente indicative e l’utente può decidere di non utilizzarle. eBay non rivede le inserzioni degli utenti o i contenuti immessi dagli utenti nei siti. Possiamo facilitare la risoluzione delle controversie attraverso i nostri programmi, tuttavia eBay non ha alcun controllo, non garantisce e non ha alcuna responsabilità in merito all’esistenza, la qualità, la sicurezza e la liceità degli oggetti pubblicizzati; la veridicità o l’accuratezza dei contenuti degli utenti, delle inserzioni e dei Feedback; la capacità degli acquirenti di pagare il prezzo degli oggetti; la capacità degli utenti di vendere, acquistare e fare offerte. eBay non può assicurare che un acquirente o venditore siano effettivamente in grado di portare a termine la transazione*”.

<sup>176</sup> Vedi eBay <<http://pages.ebay.com/services/safeharbor/safeharbor-escrow.html>>.

rispetto ai venticinque dollari, sono imposte inoltre diverse condizioni che l'utente deve soddisfare per ottenere il rimborso, tra cui un periodo di attesa di trenta giorni<sup>177</sup>. Tuttavia, se una controversia insorge in ogni caso tra gli utenti, eBay offre anche un sistema *ex post* che consiste nella risoluzione della stessa.

### ***7.1 Il sistema di risoluzione delle controversie di eBay***

Nell'ambito dei diversi programmi di protezione dell'acquirente e del venditore, le *policy* aziendali di eBay prevedono anche strumenti di composizione delle controversie per l'eventualità in cui il bene acquistato e di cui si sia già pagato il prezzo non sia stato inviato o risulti difforme rispetto a quello ordinato, oppure nell'ipotesi in cui l'acquirente non abbia provveduto al pagamento.

Ai sensi della politica di protezione dell'acquirente eBay, i compratori possono presentare un reclamo quando non hanno ricevuto un articolo acquistato o se l'articolo è stato ricevuto ma non corrisponde alla descrizione del venditore. Soltanto i consumatori che acquistano articoli dal sito eBay e utilizzano un metodo di pagamento idoneo possono presentare un reclamo e tale richiesta deve essere basata su una "controversia in buona fede" tra l'acquirente e il venditore<sup>178</sup>. Anche i venditori possono presentare istanza tramite il sito quando non abbiano ricevuto un pagamento o quando si trovino nella necessità di annullare una transazione<sup>179</sup>. I tipi di reclami per addivenire ad una risoluzione offerti agli acquirenti includono:

1. l'acquirente non ha ricevuto gli articoli entro la data di consegna stimata; o

---

<sup>177</sup> Vedi eBay, Inc., Services: Insurance Process <<http://pages.ebay.com/help/community/insurance-process.html>>.

<sup>178</sup> *Unpaid Item Policy*, EBAY, INC. <http://pages.ebay.com/help/policies/unpaid-item.html>.

<sup>179</sup> Vedi *Cosa fare se un acquirente non paga (Unpaid Item Process)*, EBAY, INC. <http://pages.ebay.com/help/sell/unpaid-items.html>.

2. l'oggetto ricevuto non è quello ordinato, è danneggiato o diverso dalla descrizione del venditore. Per esempio:
  - i) il compratore ha ricevuto un oggetto completamente diverso;
  - ii) la condizione dell'articolo non è conforme alla descrizione;
  - iii) l'articolo è privo di parti o componenti;
  - iv) l'articolo è difettoso già dal primo utilizzo;
  - v) l'articolo è una versione o edizione diversa rispetto all'oggetto visualizzato nell'elenco;
  - vi) l'oggetto è stato descritto come autentico ma non lo è;
  - vii) l'articolo manca di parti o caratteristiche importanti, e questo non è stato descritto nella lista;
  - viii) l'oggetto è stato danneggiato durante la spedizione;
  - ix) l'acquirente ha ricevuto una quantità errata di articoli.

La politica di protezione dell'acquirente eBay non è garanzia di alcun tipo e si applica soltanto a quella determinata transazione. La polizza copre soltanto il prezzo di acquisto originale e il costo di spedizione e non anche i danni. L'acquirente quindi conserva il diritto di adire un foro appropriato per recuperare i danni.

Come abbiamo detto, eBay dispone inoltre di un sistema di risoluzione delle controversie più limitato a beneficio dei venditori, che consente loro di presentare reclami contro gli acquirenti, ma esclusivamente per mancato pagamento del prezzo di un articolo<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> I venditori eBay sono in grado di avviare richieste di risarcimento nei confronti di acquirenti non paganti, esclusivamente per il recupero del pagamento. Dopo che un'asta è stata chiusa, un acquirente ha quattro giorni per iniziare il pagamento. Se il pagamento non viene ricevuto in quel periodo, il venditore può aprire un caso di oggetto non pagato nel Centro risoluzioni. Se il caso viene chiuso senza che il compratore paghi, ci sono pochissimi rimedi o alternative per il venditore. eBay può accreditare al venditore la commissione sul valore finale e può scegliere di non addebitare al venditore la commissione di quotazione se sceglie di rimettere in vendita l'oggetto. Inoltre, eBay può agire nei confronti dell'acquirente anche indicando una mancanza di pagamento sul conto dell'acquirente. Le restrizioni temporali sul deposito delle richieste sono espresse in termini di quando è stato effettuato il pagamento, come "entro 45 giorni dal pagamento". Vedi *What to do When a Buyer Doesn't Pay*. Per maggiori specifici dettagli, vedi *Unpaid Item Policy; How Sellers May Be Protected From Losing a Case*, EBAY, INC., <http://pages.ebay.com/help/policies/buyer-protection.html#policy1>; *Conditions Under Which a Case Can Be Filed*, EBAY, INC., <http://pages.ebay.com/help/policies/buyer->

Procediamo ora ad un'analisi più dettagliata dell'operatività degli schemi di risoluzione delle controversie predisposti dal sito di aste *online*. Se la preventiva diretta interlocuzione tra venditore e acquirente dovesse fallire, la piattaforma digitale mette a disposizione dei suoi membri due distinte modalità di composizione delle controversie, il cui utilizzo dipende dal metodo di pagamento selezionato e/o utilizzato, ovvero a seconda che l'utente si sia servito o meno del metodo PayPal per l'acquisto del bene.

Nel primo caso (pagamento tramite sistema PayPal) la controversia verrà rimessa in automatico al "centro soluzioni PayPal" illustrato nel primo capitolo (vd. par. 7) e se, all'esito dell'istruttoria, la lagnanza dell'acquirente dovesse risultare fondata, egli otterrebbe l'integrale rimborso.

Dall'agosto 2016, tuttavia, è partito un progetto pilota in base al quale in circostanze del genere la controversia verrà affidata ad un nuovo sistema di composizione delle controversie denominato "spazio soluzioni - garanzia cliente eBay"<sup>181</sup> che di fatto riproduce lo schema del meccanismo PayPal, ma consente alla società eBay di gestire direttamente le questioni relative alla composizione delle controversie che hanno ad oggetto la mancata consegna del bene<sup>182</sup> o la consegna di un bene non conforme a quello descritto<sup>183</sup>, ovvero le questioni relative ai rimborsi, nonché all'esercizio del

---

protection.html#policy1.

<sup>181</sup> Ebay, spazio soluzioni, [http:// spaziovenditori.ebay.it/spazio-soluzioni](http://spaziovenditori.ebay.it/spazio-soluzioni).

<sup>182</sup> Ebay, Garanzia cliente eBay, Quando l'acquirente non riceve l'oggetto, <http://pages.ebay.it/help/policies/money-back-guarantee.html>: "Se ci viene richiesto aiuto, controlleremo le informazioni fornite dall'acquirente e dal venditore per avere prova dell'avvenuta consegna al- l'indirizzo dell'acquirente. Per acquisti di un valore pari o superiore a EUR 1.000, richiederemo prova della sottoscrizione della ricevuta di consegna. Se l'oggetto non è stato consegnato, a meno che il venditore non possa fornire prova della ricezione dell'oggetto, rimborseremo l'intero costo dell'oggetto e della spedizione originale tramite PayPal. Il venditore è tenuto a rimborsare tale importo".

<sup>183</sup> Ebay, Garanzia cliente eBay, Quando un oggetto non è conforme alla descrizione, <http://pages.ebay.it/help/policies/money-back-guarantee.html>: "(...) Se ci viene richiesto aiuto, controlleremo la descrizione dell'oggetto, le foto dell'oggetto se fornite dall'acquirente o dal venditore, oltre a qualsiasi altra informazione sull'oggetto fornita dall'acquirente e dal venditore. Se non possiamo determinare la corrispondenza tra l'oggetto e la descrizione, nel caso in cui il venditore abbia già offerto la restituzione o abbia dichiarato che trovino applicazione le proprie regole sulla

diritto di recesso. Nel complesso, in realtà, eBay offre in questo modo una doppia piattaforma di garanzia per l'acquirente, poiché va ad affiancare la "protezione Paypal" per quanto riguarda gli acquisti: anche la Garanzia Clienti eBay funziona soltanto per gli oggetti che siano stati pagati con Paypal, e sostanzialmente non sono state introdotte molte novità rispetto al sistema già esistente, tuttavia la differenza rilevante consiste nel fatto che eBay stesso si fa da garante nel caso in cui il venditore non abbia fondi disponibili per effettuare il rimborso; l'intermediario successivamente provvede ad addebitare la somma anticipata sul conto del venditore agendo in rivalsa, e se questo non dovesse provvedere al pagamento, riceverà una comunicazione a casa con successiva multa. Tale aspetto non è invece garantito dall'utilizzo del mezzo di risoluzione delle controversie Paypal, giacché nell'eventualità di insolvenza del venditore, l'acquirente rischierebbe di non vedersi restituito il prezzo pagato, nonostante le sue lagnanze siano risultate fondate nel corso dell'istruttoria.

Ulteriori differenze tra i due meccanismi sono così schematizzabili:

- eBay pretende che il reso sia a carico del venditore, Paypal invece addebita le spese di restituzione del prodotto all'acquirente per poi eventualmente rimborsarlo a spese proprie;
- se l'oggetto che viene reso al venditore è diverso da come è stato spedito, egli, prima di pagare e quindi rimborsare l'acquirente, potrà contattare eBay sperando di ricevere una sorta di rimborso per quanto accaduto e, in casi estremi, contattare lo spedizioniere. Nel caso in cui l'oggetto sia diverso da come è stato spedito, Paypal invece rimborsa il venditore, il quale, a sua volta, dovrà procedere al rimborso dell'acquirente, dunque è come se l'oggetto non fosse mai stato venduto;
- eBay congela dei fondi su Paypal e pretende un secondo pagamento, Paypal si attiene soltanto ai fondi congelati.

Questa nuova garanzia sicuramente si inserisce nel quadro del progetto intrapreso dalla società californiana di rendere più autonomo il proprio sito ed accordare preferenza al sistema eBay rispetto a quello Paypal, che sta iniziando ad assurgere ad un ruolo

---

*restituzione, potremmo chiedere all'acquirente di restituire l'oggetto al venditore".*

secondario e subalterno.

Le decisioni di eBay sono vincolanti per le parti e per esse è previsto persino un “appello” (impropriamente chiamato in questo modo, attesa l’identità del soggetto chiamato a decidere nel “giudizio di appello” rispetto a colui che ha emanato la decisione appellata)<sup>184</sup>.

Laddove venga verificata la fondatezza delle ragioni dell’acquirente, il sito procederà anche in tale caso direttamente al rimborso mediante il sistema PayPal, se invece l’acquirente risultato vittorioso non dispone di un conto PayPal, gli verrà chiesto di aprirne uno e “*nella remota ipotesi in cui non fosse possibile effettuare il rimborso su un conto PayPal*”, il rimborso consisterà in “*coupon riscattabili per acquisti su eBay*”<sup>185</sup>.

Allo schema di risoluzione delle controversie appena descritto si combina un sistema reputazionale implementato dalla piattaforma, in base al quale si prevede la possibilità dell’attribuzione al venditore di un c.d. “*trust - mark*” (individuabile nel sito italiano sotto il nome di “affidabilità top”): si tratta di un marchio che garantisce la sicurezza e la serietà dell’operatore economico che opera sul sito<sup>186</sup>. A differenza di quanto avviene usualmente nei tradizionali modelli di *rating*, generati sulla base dei giudizi degli utenti, qui il “marchio di buon venditore” viene attribuito direttamente dalla società gestrice del servizio. Nella fissazione dei requisiti necessari per il conseguimento del marchio, eBay ha inserito nelle sue *policy* aziendali anche l’assenza — o la presenza in una percentuale irrisoria di massimo 0,3% — di controversie chiuse senza che sia stata trovata alcuna risoluzione, o di controversie concluse nell’ambito

---

<sup>184</sup> Ebay, Garanzia cliente eBay, Ulteriori previsioni, <http://pages.ebay.it/help/policies/money-back-guarantee.html>.

<sup>185</sup> Ebay, Garanzia cliente eBay, Rimborso agli acquirenti, <http://pages.ebay.it/help/policies/money-back-guarantee.html>. Simili impostazioni si riscontrano anche nel portale commerciale di Yahoo!, cfr. in dottrina I. KOBAYASHI, *Private contracting and business models of electronic commerce*, 13 *U. Miami Bus. L. Rev.* 161, 2004-2005.

<sup>186</sup> Ebay website: <https://pages.ebay.it/help/sell/top-rated.html>.

del programma di Garanzia cliente eBay (o del programma PayPal di protezione dell'acquirente): vale a dire di tutte quelle contestazioni sollevate dal cliente, che non siano state risolte dal venditore in sede amicale, e quindi affidate a eBay o Paypal per la composizione della controversia, durante la quale è emersa però la responsabilità del venditore.

Il marchio di affidabilità non soltanto comporta significativi vantaggi competitivi da un punto di vista di migliore indicizzazione dei prodotti offerti sulla piattaforma, così come di sconti sulle tariffe di eBay, ma soprattutto rappresenta uno strumento importante per la trasmissione al potenziale consumatore delle informazioni sulla (eccellente) reputazione del venditore, riducendo così gli effetti negativi della asimmetria informativa<sup>187</sup>. Un tale strumento si presta ad essere adottato per realizzare forme di “coazione indiretta” sia delle regole condivise dalla comunità eBay, sia delle decisioni prese in sede di ODR: infatti la semplice minaccia di sospensione o revoca del certificato<sup>188</sup> può indurre il venditore ad osservare un atteggiamento collaborativo e di piena *compliance*<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> A. THIERER - C. KOOPMAN - A. HOBSON - C. KUIPER, *op. cit.*, 24.

<sup>188</sup> Con inevitabili problemi di tutela dell'utente, cfr. P. PERRI, *Sospensione dell'account del venditore dalla piattaforma eBay a seguito di feedback negativi: profili civilistici e informatico-giuridici*, in *Giur. mer.*, n. 7-8/2011, 1809; G. ARAGUENA, *Sospensione di un account su eBay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6/2012, 1181; F. DE LEO, *Sospensione dell'account da parte di Ebay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*, in *Resp. Civ. Prev.*, n.6/2013, 2020.

<sup>189</sup> P. ORTOLANI, *Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin*, 36(3) *Oxf. J. Leg. Stud.* 595, 604, 2016.

## CAPITOLO 3

### DALL'ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ALL'ONLINE DISPUTE RESOLUTION

*Sommario: 1. Premessa. -2. ODR: definizione e svolgimento. -3. Vantaggi dell'ODR. -4. Svantaggi dell'ODR. -5. ODR hard e ODR soft. -6. Processi ODR hard in dettaglio. -6.1 Negoziazione automatizzata o "offerta cieca". -6.2 Negoziazione assistita. -6.3 Mediazione. -6.4 Arbitrato. -6.5 Il processo UDRP. -6.6 Principali sistemi di ODR hard esistenti. -7. Quadro giuridico dell'UE. -7.1 Lo European Extra Judicial Network (c.d. ECC-Net). -7.2 La piattaforma ODR promossa dall'UE. -7.3 Criticità del regolamento 524/2013/UE. -8. Verso un ODR globale: il lavoro del Working Group III. -8.1 Osservazioni sull'anatomia di un modello di ODR globale. -9. Delocalizzazione della procedura ODR e Internet jurisdiction.*

#### **1. Premessa**

Finora abbiamo analizzato il fenomeno dell'*e-commerce*, la sua crescita e il suo articolarsi, soprattutto dal punto di vista degli intermediari digitali (loro definizione giuridica, regime di responsabilità) e della tutela dei consumatori. Tra i vari problemi e le nuove sfide che lo sviluppo del commercio elettronico ha posto ai legislatori, agli utenti e alle piattaforme online, è emerso soprattutto quello della risoluzione delle controversie che possono sorgere a seguito, o durante la conclusione di una transazione sul *web*. Infatti, alla crescita vertiginosa del volume delle vendite su Internet è corrisposto, ragionevolmente, un aumento della litigiosità delle parti coinvolte. Le dispute che sorgono *online* pongono, tuttavia, problemi nuovi e diversi da quelli già affrontati dai vari legislatori in materia di commercio *offline*: contrasto tra basso valore della transazione ed alto costo del contenzioso, elevato volume di richieste, dubbi sulla legge applicabile (sia nel contesto dell'*e-commerce* che per la tutela dei consumatori),

difficoltà di esecuzione delle sentenze straniere. Questi sono soltanto alcuni tra i principali problemi riscontrabili quando si affronta il tema delle controversie *online*<sup>190</sup>, e che rendono gravoso il tradizionale ricorso ai tribunali.

Nella maggior parte dei casi le controversie B2C *online* riguardano transazioni di carattere transfrontaliero. I siti *web* possono sembrare di una certa origine nazionale, ad esempio per indizi linguistici, ma di fatto essere controllati dalla sede centrale di un altro stato, mentre il *server* è fisicamente basato in un altro ancora, con conseguente confusione nell'individuazione del foro competente da parte del consumatore<sup>191</sup>. Dunque, problemi legali complessi e non risolti relativi alla giurisdizione e, in particolare, all'individuazione delle norme applicabili sorgerebbero regolarmente se le controversie nell'ambito dell'*e-commerce* dovessero essere portate dinanzi alle sedi convenzionali. Inoltre, i consumatori sono ancora più riluttanti a presentare controversie transfrontaliere rispetto a rivolgersi ai tribunali nei loro paesi d'origine per ovvi motivi quali paura, problemi linguistici, mancanza di conoscenza del sistema giuridico, impossibilità di accesso a consulenze legali gratuite o prezzate e diffidenza in merito all'efficacia del processo e ai mezzi di applicazione post-giudiziari. Tutte queste caratteristiche rendono la risoluzione convenzionale delle controversie tramite i tribunali statali in gran parte inefficace e, in pratica, spesso del tutto inaccessibile, al consumatore di Internet.

## **2. ODR: definizione e svolgimento**

Per molto tempo a livello globale è stato promosso il ricorso alla risoluzione alternativa

---

<sup>190</sup> C. RULE, V. ROGERS & L. DEL DUCA, *Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value-High Volume Claims—OAS Developments*, 42 UCC L.J. 221, 223-24 (2010).

<sup>191</sup> Le norme UE sulla vendita a distanza hanno ovviamente tentato di imporre regolamenti che richiedessero l'indirizzo fisico e altri dettagli del sito Web: vedere anche la direttiva sul commercio elettronico nell'UE, art. 7. Non è tuttavia noto fino a che punto questi requisiti siano soddisfatti dal commercio di siti web da oltre l'area UE.

delle controversie (*Alternative Dispute Resolution* o *ADR*) come sostituto del contenzioso; questo sulla base di una dichiarata efficacia, basata sulla maggiore velocità, informalità e flessibilità di tali sistemi. Tuttavia, i metodi tradizionali di *ADR*, come ad esempio l'arbitrato, hanno dimostrato di essere strumenti poco utili per affrontare le implicazioni inerenti alla risoluzione giudiziaria delle controversie transazionali che sorgono sul *web*<sup>192</sup>.

L'*ODR* (*Online Dispute Resolution*) ha cominciato ad essere comunemente usato a metà degli anni Novanta del secolo scorso, principalmente come risposta alle dispute che si stavano verificando a causa dell'espansione dell'*e-commerce*, poiché era emerso che le controversie *online* non potevano essere risolte utilizzando i tradizionali canali *offline* a causa di vari fattori quali la distanza tra le due parti (in alcuni casi le parti coinvolte in una controversia provenivano da Stati o continenti diversi). Era sorta, pertanto, la necessità di creare nuovi strumenti e risorse – piattaforme o canali *online* - che sfruttassero principalmente le capacità della comunicazione digitale e l'elaborazione delle informazioni attraverso l'uso dei computer (*e-mail*, videoconferenze). Il processo *ODR* è stato sviluppato anche per aggirare i difetti del ricorso ad una giustizia ordinaria lenta e intasata, oltre ad essere considerato una valida alternativa per poter risolvere i processi giudiziari senza la necessità della presenza fisica delle parti in tribunale.

Oggi, l'*ODR* è considerata l'area in più rapida crescita per quanto riguarda la risoluzione delle controversie, al punto che ora viene utilizzata anche per le controversie *offline* e per quelle di alto valore.

Differentemente dagli altri processi di risoluzione delle controversie, il meccanismo *ODR* (*Online Dispute Resolution*) si è rivelato rapido, efficiente, flessibile e soprattutto poco costoso (atteso il valore del bene, spesso inferiore rispetto al costo del contenzioso) per la gestione delle controversie dell'*e-commerce*, non soltanto a livello nazionale, ma anche transfrontaliero. La risoluzione delle controversie online (*ODR*) è definita come un'applicazione della tecnologia dell'informazione e della comunicazione per facilitare la prevenzione, la gestione e la risoluzione delle

---

<sup>192</sup> Vedi A. R. LODDER & J. ZELENKOW, *Enhanced Dispute Resolution through use of information technology* 8 (2010).

controversie. Normalmente questo sistema applica i processi alternativi di risoluzione delle controversie per risolvere un reclamo o controversia, dunque altro non è se non l'ADR trasferito nell'ambiente *online*, tenuto conto però del fatto che il contesto digitale ha portato le forme tradizionali, tratte dalla pratica ADR, a mutare in nuove strutture.

Inoltre l'ODR persegue ulteriori obiettivi rispetto allo scopo (più limitato) di promuovere una maggiore accessibilità alla giustizia, proprio della tradizionale ADR:

1. favorire lo sviluppo di un mercato telematico;
2. assicurare l'esercizio effettivo delle libertà in tale contesto;
3. facilitare alle vittime di *damages on line* un accesso alla risoluzione delle controversie che sia efficace;
4. semplificare sia i rapporti tra le imprese, nell'ambito dell'*e-commerce business to business*, al fine di produrre maggiore efficienza aziendale e loro autoregolamentazione; sia i rapporti tra imprese ed utenti telematici, nel contesto dell'*e-commerce business to consumer*<sup>193</sup>.

Dunque, se in origine l'ODR costituiva una sorta di “aspetto telematico” dell'ADR, ormai non può e non deve ridursi ad una semplice trasposizione in rete di quest'ultima, ma deve rappresentare una categoria dogmatica autonoma a se stante<sup>194</sup>.

Affinché possa esistere una controversia *online*, è necessario che ci sia un richiedente (questa è la parte che avvia il procedimento ODR), il convenuto (la parte che ha ricevuto l'avviso del richiedente) e un neutrale (un individuo o una parte coinvolta nella risoluzione di una controversia). L'ODR normalmente richiede una piattaforma intermediaria che si basa sull'utilizzo della tecnologia, il che significa che un

---

<sup>193</sup> P. PACILEO, *On line dispute resolution: la “piattaforma Ue” come nuovo modello di internet jurisdiction*, in “Iusdicere in a globalized world: a comparative overview”, vol. 2, RomaTr-EPRESS, Roma, marzo 2018.

<sup>194</sup> Così E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in Id. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli, 2016, p. 8-9.

procedimento non può essere classificato come ODR se coinvolge solo le parti di una controversia e una persona neutrale.

Ci sono diverse tipologie di controversie per ODR. Il primo tipo di classificazione delle controversie è *Business to Business* (B2B): qui la controversia normalmente coinvolge due parti che hanno un conflitto su una specifica transazione e stanno deliberando su come possono risolverlo: le parti coinvolte sono più esperte e, pertanto, vi è meno preoccupazione riguardo alla loro vulnerabilità. In questo caso, una grande enfasi viene normalmente posta sulla competenza e anche sulla convenienza del processo, e il procedimento normalmente utilizzato è l'arbitrato. Il secondo tipo di classificazione delle controversie è *Business to Consumer* (B2C), sempre più in aumento a causa dello sviluppo delle transazioni *online*. Questi tipi di controversie tendono a riguardare piccole quantità di denaro, tuttavia sono tante da un punto di vista numerico e si caratterizzano per la disparità di potere contrattuale tra le parti coinvolte. Vi sono, infine, le dispute *Consumer to Consumer* (C2C): normalmente attengono a transazioni che coinvolgono due clienti, e tali casi stanno diventando sempre più comuni.

Nel corso della presente trattazione ci concentreremo sulle ultime due tipologie, che costituiscono il nucleo dell'*e-commerce*, qui oggetto di analisi.

I sistemi ODR mettono a disposizione sia delle aziende che dei consumatori un processo semplice e affidabile che offre risoluzioni integrate direttamente nei siti *web* e nei flussi transazionali, e che non sono imposte da un'autorità giudiziaria centrale (completamente estranea all'ambiente *online* i cui è sorto il contrasto). Inoltre, la natura interdisciplinare e l'indipendenza da una specifica serie di leggi o regolamenti dei meccanismi ODR, li rende maggiormente adattabili al contesto senza frontiere e senza confini geografici di Internet.

Molte volte sono gli stessi siti intermediari - che hanno facilitato la conclusione del contratto tra i propri utenti -, a predisporre tali meccanismi per l'eventualità che sorgano delle controversie (es. eBay). In altri casi, si tratta invece di specifiche piattaforme istituite esclusivamente per la gestione delle controversie in rete (vd. ad

esempio ECODIR istituito dall'UE).

I governi, le organizzazioni intergovernative e le organizzazioni settoriali commerciali si sono tutti attivati nel senso di promuovere i sistemi ODR come parte del progetto della politica di *favor* verso lo sviluppo dell'*e-commerce*. Di conseguenza, l'UE<sup>195</sup>, la Federal Trade Commission, l'OCSE e il Trans Atlantic Consumer Dialogue sono state tutte attive sul campo. L'idea è che in assenza di rimedi efficaci, i consumatori e le imprese potrebbero essere scoraggiati dall'effettuare transazioni *online*, diminuendo la loro fiducia nel commercio elettronico. La situazione si aggrava ancora di più sui siti *consumer-to-consumer* (C2C), infatti mentre le imprese convenzionali hanno incentivi in termini di relazioni pubbliche e fiducia dei consumatori a prevenire e risolvere le controversie, probabilmente i commercianti di beni di consumo *una tantum* non hanno tali vincoli e inoltre possono non disporre delle risorse aziendali adeguate per indagare, gestire o in generale affrontare i reclami. I consumatori che effettuano transazioni su base *una tantum* non hanno rapporti precedenti o continuativi di fiducia o ragioni per fidarsi l'uno dell'altro; tali siti quindi sono potenzialmente altamente soggetti a controversie. Di norma, le piattaforme C2C affermano non solo di non poter controllare le pratiche commerciali dei loro numerosi clienti, ma non sono nemmeno legalmente obbligate a farlo, dato il loro status di "intermediari neutrali". Pertanto, questi siti hanno esigenze particolari di metodi efficaci di risoluzione delle controversie che sono realmente disponibili e applicabili dai consumatori.

I padri fondatori di ODR come Katsh<sup>196</sup> e Rule<sup>197</sup> sostengono che "*i processi di risoluzione delle controversie hanno un duplice ruolo, quello di risolvere le controversie e anche di creare fiducia. Coloro che sono interessati ad attrarre utenti ad alcune attività online, sia per scopi commerciali che per altri scopi, hanno capito che agli utenti deve essere fornita una certa dose di fiducia e sicurezza oltre a vantaggi*

---

<sup>195</sup> Vedi, ad esempio, il già citato Art. 17 della direttiva CE sul Commercio Elettronico 2000/31/CE.

<sup>196</sup> Vedi E. KATSH e J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace* (2001, Wiley).

<sup>197</sup> C. RULE, *Online Dispute Resolution for Business: B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance and Other Commercial Conflicts* (Jossey-Bass, 2002).

*in termini di convenienza e di costi*”<sup>198</sup>.

Prima di decidere di utilizzare l’ODR come mezzo di risoluzione delle controversie è opportuno considerare alcuni fattori:

- il processo ODR è più adatto quando il caso o il conflitto non è complicato da affrontare e preferibilmente sia di carattere meramente monetario, senza riguardare regimi di responsabilità<sup>199</sup>;
- l’ODR è più adatto per quei casi che coinvolgono solo due parti;
- è facile risolvere le controversie quando è possibile stabilire con chiarezza le questioni su cui le due parti sono in disaccordo;
- è un metodo anche più efficace laddove le questioni di fatto non dipendono dalla fiducia<sup>200</sup>;
- la maggior parte dei processi ODR - in particolare quelli che implicano una fase di negoziazione o mediazione come parte della risoluzione di una controversia – non lasciano spazio alle testimonianze come mezzi di prova. Pertanto, se le parti coinvolte in un caso hanno testimoni potrebbero prendere in considerazione altre alternative per risolvere il caso;
- infine, se rilevano come determinanti delle questioni di diritto, il caso deve essere risolto utilizzando altri metodi poiché l’ODR potrebbe non essere appropriato in tali situazioni.

Una volta che hanno scelto di utilizzare un metodo ODR le parti devono selezionare il fornitore a cui rivolgersi in relazione alla natura del conflitto. Ad esempio, se le due parti coinvolte nella controversia sono consumatori che effettuano transazioni tramite

---

<sup>198</sup> E. KATSH, “*Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace*”, *Lex Electronica*, Vol.10 No.3, Hiver/Winter 2006 (disponibile su <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/katsh.htm>).

<sup>199</sup> D. LEIGH e F. FOWLIE, “*Online Dispute Resolution (ODR) within Developing Nations: A Qualitative Evaluation of Transfer and Impact*” *Laws* 3, no. 1 (2014): 106-117, doi:10.3390/laws3010106.

<sup>200</sup> K. C. LIYANAGE, “*The Regulation of Online Dispute Resolution: Effectiveness of Online Consumer Protection Guidelines*” *Deakin Law Review* 17, no. 2 (2013): 251, doi:10.21153/dlr2012vol17no2art78.

e-Bay, quando risolvono la loro controversia vengono incoraggiate direttamente dal sito stesso a sceglierlo come loro fornitore di ODR. Nella scelta dovrebbero prendere in considerazione come necessarie le caratteristiche di indipendenza e competenza<sup>201</sup>. Ciò significa che il fornitore ODR non dovrebbe avere alcun tipo di conflitto di interessi con i disputanti, ma deve presentarsi indipendente e imparziale.

Per quanto riguarda, poi, la preparazione di un processo ODR, occorre sottolineare che il processo non ha un formato standard poiché le regole utilizzate normalmente dipendono dal *provider* selezionato. Pertanto, le parti coinvolte in un caso che viene risolto utilizzando il processo ODR devono conoscere in anticipo le regole che dovranno seguire, per essere in grado di raccogliere tutti i documenti ed individuare i fatti necessari, di cui si serviranno poi durante la fase di negoziazione. L'andamento del processo ODR dipenderà in gran parte dalle regole che sono state fornite dal fornitore e se utilizzerà come modello la negoziazione, la mediazione o l'arbitrato<sup>202</sup>. Nella maggior parte dei casi, il processo inizierà su impulso di una parte che contatta l'altra parte per poter giungere ad una soluzione della lite. Come nel caso degli altri processi di risoluzione delle controversie, le parti coinvolte devono considerare quanto segue:

- è importante innanzitutto prendere in considerazione tutti gli interessi delle parti: le parti coinvolte sono tenute a perseguire il raggiungimento di una soluzione che possa determinare un risultato reciprocamente vantaggioso per loro<sup>203</sup>;
- le parti coinvolte devono garantire che ci sia tra di loro una comunicazione efficace che promuova un senso di comprensione del caso e aiuti nel processo

---

<sup>201</sup> P. CORTÉS e A. R. LODDER, “*Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-Court Redress*”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 21, n. 1 (2014): 14-38, doi:10.1177/1023263x1402100102.

<sup>202</sup> L. WING, “*Ethical Principles for Online Dispute Resolution*”, *International Journal on Online Dispute Resolution* 3, n. 1 (2016): xx, doi:10.5553/ijodr/235250022016003001004.

<sup>203</sup> P. CORTÉS e A. R. LODDER, *Consumer dispute resolution goes online: reflections on the evolution of European law for out-of-court redress*, in *Maastricht Journal of European and Comparative law Journal*, vol. 1, issue n. 1, 2014.

di risoluzione delle controversie. Anche se la maggior parte delle comunicazioni tra le diverse parti è condotta per iscritto, vi è la necessità di presentare la scrittura in modo tale che l'altra parte non la veda come conflittuale;

- le parti devono disporre di un tempo sostanziale per valutare le proposte presentate, per questo è fondamentale che abbiano la migliore comprensione degli interessi sottostanti;
- è importante comprendere che possono esistere sfide linguistiche e in tali scenari è fondamentale che il fornitore ODR venga informato tempestivamente durante il processo delle eventuali incomprensioni, al fine di evitare interpretazioni errate di ciò che una parte sta cercando di trasmettere durante la fase di risoluzione della controversia;
- le parti coinvolte dovrebbero valutare tutte le proposte che vengono fornite durante un caso, per poi propendere per la cd. “migliore alternativa” (*Best Alternative*) per un accordo negoziato (*to a Negotiated Agreement*) (BATNA). Nei Processi ODR, BATNA è considerato uno standard in base al quale qualsiasi misura proposta deve essere misurata;
- bisogna che le parti siano consapevoli dell'esistenza di altre alternative oltre all'ODR; questo perché ci sono situazioni in cui il processo ODR potrebbe non riuscire, ed è importante che le parti coinvolte sappiano come agire diversamente nella risoluzione della loro controversia.

### **3. Vantaggi dell'ODR**

Il sistema ODR presenta delle caratteristiche ben determinate che lo rendono facilmente accessibile e vantaggioso. Innanzitutto è uno strumento il cui ricorso è volontario: nella quasi totalità dei processi ODR di solito si consente alle parti coinvolte la libertà di decidere se risolvere una controversia utilizzando quella determinata piattaforma, o di utilizzare altri mezzi di risoluzione; inoltre, nella

maggior parte dei casi i partecipanti al processo saranno liberi di ritirarsi quando lo riterranno più opportuno e conveniente. In secondo luogo, un processo ODR può essere descritto come un po' più disteso e anche informale, rispetto ad altri procedimenti – come la mediazione, il contenzioso o anche l'arbitrato. Generalmente, infatti, il sistema utilizza un procedimento asincrono e le parti coinvolte hanno, dunque, abbastanza tempo per riflettere sulle loro posizioni in relazione al caso, prima che possano essere coinvolte nella fase di stipula di un accordo sul problema e sulle questioni per cui erano in conflitto. L'ODR poi è considerato un processo riservato, a meno che le parti coinvolte nel caso dichiarino che può essere di natura non confidenziale. Infine, l'ODR può essere “assistito”: in alcuni processi ODR c'è una terza parte coinvolta, cioè il *neutral* ODR; il suo ruolo nel caso è quello di aiutare le parti coinvolte a risolvere i loro problemi e a trovare un accordo accettabile per entrambe. Tuttavia, è importante sottolineare che un *neutral* ODR viene utilizzato soltanto in quei processi ODR che hanno una componente di mediazione o di arbitrato.

L'ODR è spesso percepito come veloce (i processi ODR possono durare anche poche ore o giorni), economico, efficiente e flessibile. Le spese di accesso alla giustizia ordinaria sono al di là dei mezzi della maggior parte dei consumatori - senza il patrocinio a spese dello Stato, che spesso non è disponibile nelle controversie civili. Dal momento che l'ODR invece si svolge *online*, in teoria non sono presenti quelle difficoltà associate alle controversie transfrontaliere in termini di tempo e costi di viaggio.

Il sistema ODR è visto come un metodo efficiente, basato su estrema flessibilità di cui possono usufruire le persone coinvolte nel processo, in una posizione in cui è facile risolvere rapidamente le loro controversie rispetto a quando utilizzano i processi legali tradizionali. Garantisce inoltre che le parti coinvolte nella risoluzione delle controversie siano attivamente partecipi per avere un controllo parziale sull'esito del processo; pertanto esse devono collaborare in tutte le fasi procedurali per essere in grado di risolvere la controversia e, in un certo senso, controllarne e determinarne l'esito<sup>204</sup>. Inoltre, il processo ODR è visto come più flessibile rispetto ai processi legali

---

<sup>204</sup> L. F. DEL DUCA, C. RULE, e Z. LOEBL, “*Facilitating Expansion of Cross-Border E-Commerce-*

tradizionali poiché consente di pianificare le riunioni *online* per risolvere un determinato problema in base alla disponibilità delle parti. La risoluzione *online* delle controversie è considerata flessibile anche da un punto di vista geografico, in quanto consente alle parti coinvolte di partecipare attivamente e regolarmente per risolvere il conflitto, anche quando sono localizzate in diverse posizioni geografiche.

L'ODR consente una programmazione asincrona via *e-mail*, forum di discussione, ecc., tutti strumenti estremamente utili se per le parti è difficoltoso trovare un accordo su tempi e orari. Il tempo rivolto alla ricerca dei materiali e all'organizzazione delle date è dunque ridotto al minimo. Pertanto "*l'ODR introduce strumenti molto potenti ed efficienti per la risoluzione delle controversie e quindi aumenta l'accesso ai meccanismi di ricorso*"<sup>205</sup>.

Sono, dunque, molteplici i vantaggi che il ricorso al metodo di risoluzione delle controversie online (ODR) offre alle parti di una transazione in lite. Tuttavia, diversi studi hanno dimostrato nel complesso una scarsa diffusione di questi meccanismi e un'alta percentuale di insoddisfazione<sup>206</sup>.

#### **4. Svantaggi dell'ODR**

Nonostante i diversi aspetti positivi legati al loro utilizzo, i sistemi ODR presentano, tuttavia, una serie di profili problematici che ne frenano la diffusione e lo sviluppo.

---

*Developing a Global Online Dispute Resolution System (Lessons Derived from Existing ODR Systems - Work of the United Nations Commission on International Trade Law)*" SSRN Electronic Journal, 2011, 42-45, doi:10.2139/ssrn.1970613.

<sup>205</sup> Vedi J. HORNLE, *JISC Legal Briefing paper: Online Dispute Resolution (ODR)*, 12 October 2004, disponibile su <http://www.jisclegal.ac.uk>.

<sup>206</sup> L. EDWARDS – C. WILSON, *Redress & Alternative Dispute Resolution in Cross-Border E-commerce Transactions*, in *Journal International Review of Law, Computers & Technology* Volume 21, 2007 - Issue 3: *Cyberspace: Who's (Should be) the King of the Castle?*, Briefing note, PE 382.179.

Innanzitutto questi sistemi non sono generalmente adatti a negoziazioni più complesse: possono costituire uno strumento efficace nella risoluzione di controversie semplici (come nel caso di consegna errata o mancata consegna di un bene). Tuttavia occorre notare che la maggior parte dei conflitti che coinvolgono i consumatori in materia di *e-commerce* rientrano in effetti in questa tipologia.

Inoltre l'ODR si basa ovviamente su una comunicazione esclusivamente testuale, quindi priva del linguaggio del corpo e di quelle altre interazioni non testuali, che spesso facilitano la strada verso un accordo. Questo aspetto potrebbe diventare meno problematico se si attuasse il progetto di sviluppare una nuova generazione di servizi ODR "Web 2.0" che possono avvalersi di ambienti di realtà virtuale, come *Second Life*<sup>207</sup>.

Ad ogni modo, i principali inconvenienti dell'ODR per i consumatori si possono dividere in due categorie principali:

- giusto processo ed equità;
- *enforcement*.

Negli Stati Uniti, dove l'ADR dei consumatori assume spesso la forma di clausole arbitrali o di mediazione obbligatorie associate ai contratti tipo standard, sono state espresse critiche considerevoli sulla correttezza di tali clausole e sulle conseguenze potenzialmente insidiose per i consumatori in termini di diritti processuali ad essi dovuti. Thornburg (uno dei principali studiosi del fenomeno)<sup>208</sup> ha elencato una serie di domande che dovrebbero essere poste ogni volta che si analizza un processo ODR per i consumatori:

- Il processo è obbligatorio e, in tal caso, per entrambe le parti o solo per il consumatore?;

---

<sup>207</sup> R. SALI, "Crossing Dispute and Information Technology: the Experience of *Risolvionline*" in Zeleznikow and Lodder eds, *Second International ODR Workshop* (ordworkshop.info) (Tilburg: Wolf Legal Publishers, 2005), citing figures at <http://www.ucd.ie/alumni/html/connections9/2004ucdp38.pdf>. Queste cifre non sono più disponibili e la home page di ECODIR non sembra dare cifre di assorbimento.

<sup>208</sup> Vedi E. THORNBURG, "Fast, Cheap and Out of Control: Lessons from the ICANN Dispute Resolution Process" (2001) 7 *Journal of Small & Emerging Business* 191.

- Il processo è definitivo/vincolante e, in caso affermativo, per chi? In altre parole, l'accesso ai tribunali è escluso?;
- Chi sceglie il mediatore o l'arbitro? e sono essi in qualche modo di parte?;
- Chi paga le spese per il processo? e sono esse accessibili? Nella giurisprudenza degli Stati Uniti<sup>209</sup>, le clausole ADR obbligatorie sono state dichiarate irragionevoli perché hanno legato i consumatori a processi più costosi rispetto ad alcuni casi di controversie di modesta entità;
- È disponibile una rappresentanza legale e, in caso affermativo, per chi?;
- Il processo è trasparente? Per esempio, le decisioni precedenti sono state pubblicate e rese facilmente accessibili?;
- Lo squilibrio di forza tra consumatore e professionista è limitato?

Infine Thornburg sottolinea che nei processi di ADR o ODR privati che coinvolgono i consumatori, anche la giustizia viene in un certo senso “privatizzata”, e le questioni di interesse pubblico potrebbero dunque essere ignorate, cosa che non può accadere in un sistema di giustizia pubblica responsabile e accessibile.

L'UE è stata naturalmente attiva nel definire gli standard di giusto processo nella sua Raccomandazione del 1998<sup>210</sup>, elencando sette principi (che di fatto corrispondono alle domande avanzate da Thornburg suelencate): imparzialità; trasparenza; rispetto del contraddittorio; rappresentanza legale; libertà del consumatore di adire i tribunali; efficienza; accessibilità; legalità (cioè nessuna esclusione contrattuale di ADR/ODR). Questo lavoro sulla definizione degli standard di processo in ADR continua nella Raccomandazione del 2001<sup>211</sup> e nel “Libro verde sulla risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale” del 2002<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> *Comb, et al. v. PayPal, Inc*, Caso No. C-02-1227 e C-02-2777 JF (N.D. Cal 30 agosto, 2002).

<sup>210</sup> Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 sui principi applicabili agli organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo 98/257 / CE (GU L 115 del 17.4.198, pag 31).

<sup>211</sup> Raccomandazione 2001/310 / CE.

<sup>212</sup> Bruxelles, 19.04.2002 COM (2002) 196 definitivo. Cfr. Anche il codice di condotta CE per i mediatori, disponibile su [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf) e il progetto di direttiva CE su alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, 2004/0251 (COD)

Anche altri organismi hanno svolto un lavoro considerevole per la definizione degli standard del giusto processo in ADR / ODR, come ad esempio l' "American Bar Association"<sup>213</sup> e l'OCSE<sup>214</sup>.

Tali questioni relative al giusto processo sono probabilmente di minore preoccupazione nell'UE, almeno nelle controversie in materia di consumo, poiché vi è un controllo abbastanza rigoroso in merito alle clausole contrattuali vessatorie nei termini standard<sup>215</sup>. È altamente improbabile che gli operatori commerciali includano delle clausole ADR o ODR obbligatorie di sfavore per il consumatore o che annullano l'accesso ai tribunali, poiché essi sanno che saranno inapplicabili. Restano, tuttavia, le questioni della giustizia privatizzata, della mancata considerazione delle questioni di interesse pubblico e dello squilibrio generale di potere tra consumatore e professionista. Inoltre, le clausole di ADR e ODR inapplicabili possono ancora operare fino a che non vengano impugnate.

Per quanto attiene l'aspetto dell'*enforcement* delle decisioni, occorre tenere conto di diversi profili problematici.

Quando il sistema ODR si avvale del meccanismo di arbitrato, gli accordi di arbitrato *online* affrontano le questioni della loro validità, di come produrli come prova, nonché del loro *enforcement*. Molte leggi nazionali e le convenzioni internazionali richiedono ancora l'accordo di arbitrato per iscritto<sup>216</sup>. Ai sensi dell'art. 4 (1) della Convenzione di New York, come tradizionalmente interpretato, la parte che vuole ottenere

---

disponibile all'indirizzo [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004\\_0718en01.doc](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0718en01.doc).

<sup>213</sup> ABA Task Force di E-Commerce e ADR, *Addressing Disputes in Electronic Commerce. Final Report and Recommendations*, disponibile su [www.law.washington.edu/ABA-eADR](http://www.law.washington.edu/ABA-eADR), 2002. Esiste anche un documento sulle migliori pratiche disponibile all'indirizzo <http://www.abanet.org/dispute/documents/BestPracticesFinal102802.pdf> e un numero di codici di condotta (ad esempio) per mediatori sullo stesso sito.

<sup>214</sup> Linee guida dell'OCSE per la protezione dei consumatori nel contesto del commercio elettronico, 1999, disponibili all'indirizzo [http://www.oecd.org/document/51/0,2340,en\\_2649\\_34267\\_1824435\\_1\\_1\\_1\\_1,00.htm](http://www.oecd.org/document/51/0,2340,en_2649_34267_1824435_1_1_1_1,00.htm).

<sup>215</sup> Si veda in primo luogo la direttiva CE sulle clausole abusive nei contratti sui consumatori 93/13 / CEE: L 95/29.

<sup>216</sup> Solo la legge modello UNCITRAL (articolo 7, paragrafo 2), la legge tedesca sull'arbitrato (§ 1031 (1)), la legge inglese sull'arbitrato (s 5 (6)) e la legge svizzera sul diritto privato internazionale (articolo 178 (1)) considerano che l'accordo è "scritto" se registrato per via elettronica.

l'esecuzione deve fornire una decisione che sia per iscritto, firmata dalla maggioranza degli arbitri, una copia certificata. Tecnicamente, queste condizioni potrebbero essere soddisfatte se i documenti elettronici fossero legalmente considerati come scritti e se fossero utilizzate firme digitali - perché queste possono autenticare il mittente e il contenuto del messaggio - ma queste soluzioni non corrispondono all'attuale formulazione della Convenzione di New York, né alla sua interpretazione comune. Una soluzione è comunque quella di utilizzare una versione stampata “*e-watermarked*” (in filigrana digitale) della decisione arbitrale<sup>217</sup>, che potrebbe essere firmata dall'arbitro, e così la stampa firmata rappresenterebbe chiaramente la decisione originale.

Come detto *supra*, le clausole standard che rinviano le parti all'arbitrato o alla mediazione obbligatoria, possono essere inapplicabili in base alle norme sulla protezione dei consumatori e sulle clausole abusive. Sebbene questa sia una protezione positiva per i consumatori, l'incertezza generale che provoca potrebbe anche dissuadere le imprese di *e-commerce* dal fornire risorse per implementare soluzioni ODR.

Più in generale, tuttavia, rimane un grande problema, soprattutto nell'ambiente C2C: i consumatori non saranno disposti ad utilizzare processi ODR o ADR se dubitano che l'altra parte prenderà parte o onorerà qualsiasi accordo raggiunto.

Tale scetticismo ha pervaso le interviste via *email* realizzate nel progetto eBay di Edwards/Theunissen<sup>218</sup>. Molti utenti esperti di eBay hanno espresso la preferenza per l'utilizzo del servizio di risoluzione delle controversie di PayPal anziché di eBay perché PayPal ha il potere di congelare l'account di un venditore o acquirente recalcitrante – sempre che questi non lo abbia già svuotato. I processi di negoziazione

---

<sup>217</sup> Vedi <http://www.watermarkingworld.org>; <http://www.abathorn.com>.

<sup>218</sup> L. EDWARDS and A. THEUNISSEN, *Creating Trust and Satisfaction Online: How Important Is ADR? The UK eBay Experience*, in Ventunesima Conferenza Bileta: Globalisation and Harmonisation in Technology Law, aprile 2006 Malta.

e mediazione di eBay / Square Trade consentono dei giudizi per inadempimento, ma in tali casi è in gran parte impossibile ottenere la riparazione da parte del convenuto.

Al contrario, il successo generalmente riconosciuto del processo di risoluzione uniforme delle controversie per i nomi di dominio (UDPR) può essere dovuto principalmente al fatto che l'oggetto della controversia - il nome di dominio - è in definitiva sotto il controllo dell'arbitro. Nelle controversie *e-commerce* raramente vi è un tale “*enforcement automatico*”<sup>219</sup>.

### 5. ODR “hard” e ODR “soft”

L'ODR può essere suddiviso in due categorie: ODR tradizionale o *hard* - come la negoziazione, la mediazione e l'arbitrato *online*, tutti processi assistiti e automatizzati, che intendono risolvere direttamente i conflitti – e ODR *soft*, processi di più recente formazione che puntano alla prevenzione delle controversie o cercano di facilitare la loro risoluzione una volta che siano sorte, senza che venga effettivamente presa una decisione, quali il sistema dei *feedback* – già ampiamente analizzato nel corso del primo capitolo – e le garanzie offerte dagli emittenti delle carte di credito utilizzate per i pagamenti online. Una tale bipartizione è sostenuta e supportata dalla letteratura del settore: ad esempio Thornburg<sup>220</sup>, uno dei principali studiosi statunitensi su ODR e ADR, definisce l'ODR come un meccanismo che comprende non soltanto i processi risolutivi tradizionali (ODR *hard*), ma anche nuovi processi di carattere preventivo, come l'utilizzo di *Digital Rights Management* (DRM) da parte dei proprietari dei contenuti per prevenire la violazione del *copyright*.

---

<sup>219</sup> L. EDWARDS – C. WILSON, *Redress & Alternative Dispute Resolution in Cross-Border E-commerce Transactions*, Briefing note, PE 382.179.

<sup>220</sup> E. G. THORNBURG, *Going Private: Technology, Due Process and Internet Dispute Resolution*, (2000) 34 *UC Davis L Rev* 151.

Quanto a processi ODR *soft*, la loro peculiarità risiede nel fatto che i siti online affidano il potere ai consumatori stessi, fornendo loro le informazioni necessarie per condurre un *trading* saggio, sulla base dei sistemi di *feedback*, che consentono agli acquirenti – venditori di valutare la propria controparte. Le valutazioni poi non soltanto vengono comunicate ai consumatori successivi, ma sono anche aggregate con quelle fornite da altri utenti per creare una generalizzata metrica di fiducia prodotta in un contesto *inter pares*.

Un altro meccanismo che rientra nella categoria di ODR *soft* è il ricorso alle garanzie di protezione, previste a livello dell'Unione Europea, da parte degli emittenti delle carte di credito, laddove sia stata utilizzata una determinata carta per condurre a termine il pagamento dell'articolo acquistato sul *web*. Talvolta sono i siti dei commercianti stessi (come Amazon.com) che forniscono direttamente ai consumatori risarcimenti su piccola scala, nel caso in cui la transazione si sia rivelata insoddisfacente. Anche altri siti – come eBay (vd. Cap. 2) – offrono servizi di deposito a garanzia dei propri clienti, anche se non vengono ancora utilizzati ampiamente dagli utenti che, talvolta, ne ignorano persino l'esistenza.

Queste garanzie consistono in procedure di rimborso (*chargeback*). Si tratta di procedure ODR che possono essere selezionate dagli acquirenti se una carta di credito viene utilizzata per il pagamento di qualsiasi tipo di acquisto, in negozio o *online*. I *chargeback* possono essere impiegati anche per acquisti effettuati nel settore dei servizi, ad esempio in un hotel o in un ristorante.

Il procedimento predisposto dalle società emittenti carte di credito è piuttosto simile. I consumatori iniziano uno storno di addebito dopo che si è verificato un problema a seguito di un acquisto; esempi di problemi di transazione che potrebbero portare a storni di addebito sono la mancata consegna di beni o la consegna di beni sostanzialmente diversi. Dopo che il consumatore ha contattato l'emittente della carta di credito e depositato un *chargeback*, i fondi vengono immediatamente stornati dal conto commerciale del venditore per tornare indietro all'acquirente. Il commerciante ha la possibilità di “ripresentare” l'addebito, contestando le affermazioni dell'acquirente, il che si traduce in un'altra immediata inversione dei fondi indietro al

venditore. Il processo può continuare in questo modo per diverse iterazioni con commissioni addebitate per ogni ulteriore storno. I casi che continuano “avanti e indietro” possono eventualmente essere arbitrati dalla rete di carte (ad esempio Visa o MasterCard), ma tale arbitrato può essere piuttosto costoso, quindi c’è un forte incentivo a risolvere o rinunciare al caso prima di raggiungere quel punto<sup>221</sup>.

Negli Stati Uniti, la legge federale richiede che le società emittenti carte di credito consentano i *chargeback*<sup>222</sup>. Per usufruire di questo sistema, un acquirente deve notificare alla società l’addebito contestato entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione dell’addebito da parte della società stessa. Se l’acquirente sostiene che l’addebito non è corretto perché i beni non sono stati consegnati in conformità con l’accordo concluso, la società deve intraprendere un’indagine per determinare la veridicità delle affermazioni dell’acquirente. Questi *chargeback* riguardano solo le transazioni di consumo e non commerciali.

In Europa, invece, le società che emettono carte di credito non sono tenute a fornire servizi di *chargeback*, tuttavia sebbene i *chargeback* non siano così diffusi come negli Stati Uniti, vengono comunque utilizzati abbastanza frequentemente. La disponibilità di *chargeback* nei Paesi in cui tale meccanismo non è obbligatorio indica la loro popolarità e utilità sia per gli emittenti di carte di credito che per i loro clienti.

Attualmente, ciascuna società di carte di credito ha un sistema di *chargeback* leggermente diverso e i tipi di reclami che le aziende processano variano: ad esempio, Visa, MasterCard e Discover hanno crediti per “Ricevuta di transazione non valida”, mentre American Express no; tuttavia, generalmente le società ammettono richieste di risarcimento per gli stessi tipi di transazioni - transazioni fraudolente e contraffatte, autorizzazioni rifiutate e mancata ricezione di merci. Sebbene molte delle ragioni che

---

<sup>221</sup> Vedi *Chargebacks & Dispute Resolution*, VISA, INC., [http://usa.visa.com/merchants/operations/chargebacks\\_dispute\\_resolution/#anchor\\_2](http://usa.visa.com/merchants/operations/chargebacks_dispute_resolution/#anchor_2).

<sup>222</sup> 15 U.S.C. §1666 (2010); vedi 12 C.F.R. §205.14 (1999); vedi anche H. H. PERRITT, *Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR*, 15 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 675, 692 (2000).

giustificano il *chargeback* non includano normalmente l'interazione acquirente-venditore, ci sono un certo numero di situazioni in cui invece questo tipo di rapporto rileva ai fini del *chargeback*: mancata consegna del bene; consegna di beni o servizi non conformi; addebiti effettuati dopo l'annullamento di un'operazione ricorrente; elaborazione duplicata di una singola transazione.

I consumatori non possono subire danni in una procedura di *chargeback*: essi o riceveranno una nuova fattura, nella quale non sarà presente l'addebito contestato, oppure tale somma verrà accreditata sul loro conto<sup>223</sup>.

Molto spesso anche un facilitatore di pagamento è coinvolto nel processo di *chargeback*: ad esempio, PayPal non inizia o amministra i *chargeback*, ma facilita il processo dal lato del venditore<sup>224</sup>. Dopo che un acquirente ha avviato autonomamente un *chargeback* con l'emittente della carta di credito, il *network* della carta contatta PayPal, il quale provvede al deposito di una trattenuta sui fondi PayPal del venditore relativi al *chargeback*. La società, quindi, richiede al venditore informazioni che potrebbero aiutare a determinare se l'addebito debba essere "ripresentato" al compratore, per contestare in modo efficace il resoconto dell'acquirente sulla questione. PayPal utilizza il sistema di *chargeback* come processo separato e distinto da un altro processo di risoluzione delle controversie gestito interamente da PayPal (descritto nel cap. 1 par. ..., e cap.2 par. , nel confronto con il sistema gestito direttamente da eBay). Gli acquirenti devono scegliere quale sistema utilizzare tra il processo di reclamo di PayPal o il processo di storno della carta di credito<sup>225</sup>, essi non possono infatti perseguire reclami utilizzando entrambi i sistemi, quindi se l'acquirente avvia una richiesta di processo PayPal e successivamente deposita un

---

<sup>223</sup> Vedi *Chargeback Cycle*, VISA USA, [http://usa.visa.com/merchants/operations/chargebacks\\_dispute\\_resolution/chargeback\\_cycle.html](http://usa.visa.com/merchants/operations/chargebacks_dispute_resolution/chargeback_cycle.html).

<sup>224</sup> Vedi *Your Guide to Chargebacks*, PAYPAL, [https://cms.paypal.com/us/cgi-bin/?cmd=\\_render-content&content\\_ID=security/chargeback\\_guide](https://cms.paypal.com/us/cgi-bin/?cmd=_render-content&content_ID=security/chargeback_guide) [hereinafter *Your Guide to Chargebacks*].

<sup>225</sup> Vedi *PayPal User Agreement*, PAYPAL, ([https://cms.paypal.com/cgi-bin/marketingweb?cmd=\\_render-content&content\\_ID=ua/BuyerProtection\\_full&locale.x=en\\_US#13](https://cms.paypal.com/cgi-bin/marketingweb?cmd=_render-content&content_ID=ua/BuyerProtection_full&locale.x=en_US#13) (Protezione per gli acquirenti)).

*chargeback* tramite l'emittente della carta, il reclamo PayPal viene immediatamente chiuso e il processo di storno ha la precedenza. Nell'affrontare i *chargeback*, PayPal collabora soltanto con il venditore, contestando i *chargeback* per loro conto; mentre l'acquirente agisce tramite l'emittente della carta. Anche le società emittenti carte di credito sui loro siti *web* forniscono istruzioni dettagliate volte ad aiutare i venditori a evitare e contestare i *chargeback*<sup>226</sup>.

Dei sistemi reputazionali, delle loro caratteristiche, dei vantaggi e delle possibili condotte distorsive, si è già dissertato ampiamente nel corso del primo capitolo e del secondo (per quanto riguarda, in particolare, il sistema di *feedback* approntato dal sito di aste online eBay); ci concentreremo, quindi, sui sistemi ODR *hard*, ovvero quelli tradizionali e attraverso i quali la controversia sorta sul *web* viene affrontata direttamente per prendere una decisione in merito.

## **6. Processi ODR hard in dettaglio**

Analizziamo ora in dettaglio le principali forme che i processi ODR *hard* possono assumere e i più noti sistemi esistenti.

### **6.1 Negoziazione automatizzata o “offerta cieca”**

Attraverso questo sistema una parte A contatta un fornitore ODR e presenta il suo caso contro una seconda parte B. Esempio tipico potrebbe essere quello di una disputa tra due compagnie di assicurazione su chi paga e in che proporzione in relazione ad un

---

<sup>226</sup> Vedi *Preventing Chargebacks, PAYPAL*, [http://usa.visa.com/merchants/operations/chargebacks\\_dispute\\_resolution/preventing\\_chargebacks.html](http://usa.visa.com/merchants/operations/chargebacks_dispute_resolution/preventing_chargebacks.html), [https://cms.paypal.com/us/cgi-bin/?cmd=\\_render-content&content\\_ID=security/chargeback\\_guide](https://cms.paypal.com/us/cgi-bin/?cmd=_render-content&content_ID=security/chargeback_guide).

incidente automobilistico. Il fornitore della negoziazione automatizzata contatta la parte B, la quale può accettare o rifiutare di sottoporsi alla giurisdizione dell'istituzione. Nel primo caso il processo può avviarsi e le parti entrano, quindi, in una procedura di “offerta cieca”: ciascuna di esse è chiamata ad offrire/ richiedere una certa somma di denaro; le cifre proposte sono confidenziali e non sono né rese pubbliche né comunicate all'altra parte. Il numero delle offerte che si possono presentare può variare da un limite massimo di tre all'essere illimitato; quando gli importi dell'offerta e della domanda arrivano ad essere sufficientemente vicini il caso è risolto per la cifra che si ottiene attraverso la media aritmetica delle due proposte. In situazioni in cui le offerte fornite dalle due parti sono al di fuori dell'intervallo che avevano concordato, allora non ci sarà alcun accordo che può essere raggiunto, e il sistema procederà ad invitarli a fare un nuovo giro di offerte cieche fino a quando non riusciranno a raggiungere un range che li possa accontentare. In ogni caso, la maggior parte dei siti che offrono negoziazioni automatizzate impongono alle parti un limite di tempo per raggiungere un accordo.

Alcuni esempi dei siti fornitori di tale tipo di processo ODR includono “Cybersettle”<sup>227</sup> e “The ClaimRoom”<sup>228</sup>, che dichiarano di aver elaborato con successo grandi quantità di casi.

Il processo in questione è normalmente semplice ed efficiente, tuttavia è limitato alle controversie in cui la responsabilità è indiscussa, e l'unica questione da risolvere è la determinazione dell'importo di denaro che deve essere pagato per soddisfare le due parti coinvolte nel caso. Dunque, limiti della negoziazione automatizzata ODR sono da rinvenire nel suo campo di applicazione, giacché essa opera principalmente nelle controversie puramente monetarie. Pertanto è probabilmente più adatta per le controversie *business-to-business* (B2B) che per quelle *business-to-consumer* (B2C).

---

<sup>227</sup> [www.cybersettle.com](http://www.cybersettle.com).

<sup>228</sup> [www.theclaimroom.com](http://www.theclaimroom.com).

## 6.2 *Negoziazione assistita*

La negoziazione assistita è considerata più sofisticata di quella automatizzata perché è stata progettata in modo tale da poter gestire tutti i tipi di termini e condizioni di un accordo. In questa tipologia di sistema ODR *hard* il fornitore offre diversi servizi, quali un sito sicuro dove può avvenire la negoziazione tra le parti, strutture di comunicazione efficaci ed eventualmente anche l'archiviazione per i documenti, e altri servizi di questo tipo, ma non provvede a contattare e assumere nessuna terza parte neutrale che faccia da mediatore. Le parti raggiungeranno, infatti, un accordo - o meno - senza l'intervento di alcuna entità esterna che sia autorizzata a prendere una decisione contro la loro volontà.

Il principale scopo di questo tipo di processi ODR è quello di fornire alle parti l'assistenza nello sviluppo degli ordini del giorno, nello stimolare discussioni produttive, nell'identificare e valutare le potenziali soluzioni e nello scrivere concretamente gli accordi raggiunti.

Un esempio ben noto è il sito Internet di aste online eBay che intrattiene una relazione commerciale con il fornitore di ODR "SquareTrade"<sup>229</sup> e, dunque, insieme ad altri tipi di processi, fornisce ai propri utenti la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita nella risoluzione delle controversie sorte tra di loro.

Ci sono una serie di ragioni per cui il processo di negoziazione (sia automatizzata che assistita) sta diventando sempre più importante e popolare come mezzo per risolvere le controversie: innanzitutto il progresso tecnologico comporta l'agevolazione e la semplificazione del processo di negoziazione tra le diverse parti, grazie all'utilizzo dei rapidi mezzi di comunicazione esistenti. Ciò ha assicurato che le parti negoziali non debbano necessariamente viaggiare per presenziare alle riunioni, come unico strumento per facilitare il raggiungimento di un accordo. Gli strumenti tecnologici che esistono oggi hanno anche reso più facile per le parti in conflitto deliberare sul problema in questione e trovare una soluzione amichevole senza necessariamente

---

<sup>229</sup> [www.squaretrade.com](http://www.squaretrade.com).

richiedere l'aiuto o l'intervento di una terza parte. In aggiunta a ciò, oggi ci sono programmi ODR integrati che hanno consentito alle parti coinvolte di aggiungere una fase di negoziazione assolutamente informale, prima di poter procedere alla mediazione o ai processi di arbitrato.

### **6.3 Mediazione**

La mediazione è la risoluzione delle controversie che avviene grazie all'assistenza di una terza parte in posizione di neutralità rispetto ai soggetti coinvolti nella lite: il mediatore. La figura del mediatore si caratterizza per non essere dotata di potere decisionale, il suo ruolo è quello di procedere ad audizioni (prima separate, poi congiunte) delle parti, per comprendere quali sono gli interessi che perseguono e facilitare l'accordo sulla base delle esigenze contrapposte. A tal fine, elementi necessari sono la riservatezza e la fiducia riposta dalle parti nel mediatore; tuttavia nella mediazione ODR l'ambiente *online* limita alcuni dei vantaggi di questo sistema: innanzitutto la mancanza di un contatto diretto con il mediatore può inibire lo sviluppo della fiducia nella sua figura, impedendo alle parti di sentirsi sicure nel raccontare i fatti e rivelare i propri bisogni e ciò può costituire un grande ostacolo per il raggiungimento di una soluzione. Pertanto la mediazione *online* è meno popolare della mediazione *offline*. In ogni caso, la procedura per risolvere un caso mediante una piattaforma *online* è la stessa utilizzata nei processi *offline*, tranne che per il fatto che in questo caso viene impiegata una piattaforma *online* oltre alle tecniche di supporto e valutazione. Le parti coinvolte utilizzeranno una "chat room" per formulare le loro argomentazioni sul caso e per risolvere le controversie. Il processo può essere condotto interamente via Internet, utilizzando varie tecnologie come la videoconferenza e l'*e-mail*<sup>230</sup>, anche se in alcuni casi l'utilizzazione di sistemi di videoconferenza potrebbe

---

<sup>230</sup> A. E. VILALTA e R. P. MARTELL, "E-Commerce, ICTs and Online Dispute Resolution: Is This the Beginning of a New Professional Profile?", International Journal on Online Dispute Resolution 2, n. 2

non essere accessibile in determinate aree a causa di una connessione Internet lenta o della mancanza di webcam; pertanto la discussione in tempo reale (anziché in modalità asincrona) e la creazione di sale di comunicazione comuni e private sarebbero desiderabili, ma purtroppo non sono sempre disponibili. D'altra parte, la mediazione *online* ha un alto tasso di successo per quanto riguarda la risoluzione delle controversie *online* principalmente grazie all'uso della forma di comunicazione asincrona, poiché garantisce alle parti coinvolte tempo sufficiente per riflettere sulle risposte che sono state fornite dalle altre parti prima di poter rispondere. Il processo di mediazione fornisce alle due parti coinvolte in un caso diversi vantaggi rispetto alle altre alternative, soprattutto in termini di costi e risparmio di tempo. La mediazione offre alle parti coinvolte la possibilità di cercare soluzioni alternative che un approccio giudiziario potrebbe non consentire: se vi è un giudice o un arbitro coinvolto nell'analisi di un caso, è molto probabile che essi si concentrino sul passato, e anche la sentenza o il giudizio sarà incentrato sui diritti delle parti coinvolte. Tuttavia, un mediatore prenderà in considerazione, un'ampia serie di fattori, come gli interessi delle parti coinvolte in una determinata controversia, e l'impatto futuro che il raggiungimento di una determinata soluzione potrà avere su di loro.

Dopo che il processo di risoluzione delle controversie è stato completato, il mediatore deve redigere un rapporto che ne descriva il successo o il fallimento. Anche in quest'ultimo caso le parti trarranno comunque un vantaggio poiché nonostante siano tornate al punto iniziale, saranno meglio informate sulla reciproca posizione. Nelle situazioni in cui le due parti risolvono la loro controversia, l'accordo è riconosciuto dalle stesse come vincolante da un punto di vista contrattuale e, pertanto, apre la via al ricorso ordinario in caso di violazione. In alcuni Paesi questo tipo di accordo è considerato una transazione, dunque un contratto speciale che può essere utilizzato per risolvere una determinata controversia e può essere approvato come una decisione. Tuttavia, è anche importante prendere in considerazione che gli accordi non sono riconosciuti universalmente, anche se ci sono stati notevoli sforzi condotti dalla

---

(2015): 18-25, doi:10.5553/ijodr/235250022015002002002.

Commissione delle Nazioni Unite sul diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) in tal senso.

#### **6.4 Arbitrato**

L'arbitrato *offline* è solitamente concepito come un vero e proprio sostituto (ma più flessibile) delle controversie giudiziarie. In effetti, questo strumento è l'equivalente privatizzato di un tribunale ma, mentre i tribunali sono vincolati dalla legge generale del foro, le parti dell'arbitrato possono scegliere (quasi) liberamente il proprio foro, le regole procedurali, il numero degli arbitri e chi deve ricoprire tale incarico, la legge applicabile ecc.

L'arbitrato *online* di solito differisce dall'arbitrato *offline* l'impossibilità di procedere ad audizioni orali, anche se le tecnologie del "web 2.0" – ad esempio le tecnologie migliorate per *webcam*, *videocast* e *podcast* - potrebbero modificare in futuro questo aspetto, eliminando anche tale differenza. La possibilità che questo strumento offre di scegliere personalmente gli arbitri (purché abbiano particolari conoscenze specialistiche), e di specificare quale debba essere la legge applicabile (che potrebbe anche non essere la legge di un Paese, ma una forma di legge *soft* come la "legge di eBay", o le usanze generali della "*netiquette*"[etichetta del web]) lo rende in qualche modo altamente appropriato per un settore specializzato e con proprie peculiarità come l'*e-commerce*, soprattutto nelle controversie trans-nazionali. L'arbitrato *online* è disponibile in una vasta gamma di settori che coinvolgono i consumatori sulla rete e che non sono limitati esclusivamente all'*e-commerce business-to-consumer* (B2C), ad esempio per le controversie relative ai testi di Wikipedia<sup>231</sup>.

Il più grande vantaggio dell'arbitrato è la quasi globale applicabilità dei lodi arbitrali - a condizione che vengano soddisfatte determinate formalità – dal momento che la

---

<sup>231</sup> Vedi [http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Arbitration\\_policy](http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Arbitration_policy).

maggior parte dei paesi aderisce alla Convenzione di New York del 1958<sup>232</sup> che garantisce il reciproco riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali.

Tuttavia nella prassi l'arbitrato sembra essere relativamente poco usato nelle dispute B2C. Le regole formali dell'arbitrato sono stabilite in anticipo come parte dell'accordo di arbitrato (che in un ambiente B2C verrà solitamente imposto come clausola che fa parte di un clausola standard “*shrink-wrap*”<sup>233</sup>, “*click-wrap*”<sup>234</sup> o eventualmente di un contratto “*browse-wrap*”<sup>235</sup>), oppure sono incorporate facendo riferimento a regole previste a livello internazionale (come, ad esempio, le regole UNCITRAL<sup>236</sup>). Inoltre, le parti coinvolte possono avviare il processo di arbitrato attraverso la firma di un compromesso arbitrale dopo che la controversia sia già sorta; tuttavia questa ipotesi si verifica raramente a causa della difficoltà di raggiungere un accordo.

La decisione in arbitrato è generalmente vincolante per entrambe le parti, ed è anche possibile che le regole arbitrali consentano o vietino il successivo accesso ai tribunali ordinari. La rinuncia al successivo ricorso tradizionale ad un tribunale è considerata vincolante in situazioni in cui l'arbitrato in questione può essere descritto come *ad hoc* o “istituzionale”. Un processo *ad hoc* è principalmente facilitato da un arbitro che è indipendente da qualsiasi quadro istituzionale, lo svantaggio si basa però sul fatto che, in caso di disaccordo sulla creazione di un collegio arbitrale, l'unica alternativa delle parti coinvolte è di rivolgersi a un tribunale. Le parti possono però utilizzare anche un arbitrato istituzionale, che fornisce loro un quadro su come stabilire un collegio arbitrale ed essere in grado di attivare il processo, anche se dovessero sorgere

---

<sup>232</sup> L'Italia vi ha aderito nel 1968 con la l. 19 gennaio 1968, n. 62, recante il titolo “*Adesione alla Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958 e sua esecuzione*”, (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 21 febbraio 1968, n. 46).

<sup>233</sup> I contratti “*shrink-wrap*” sono quelli in cui è indicata l'accettazione aprendo l'imballaggio termoretraibile (*shrink-wrap*) che racchiude un prodotto soggetto all'accordo.

<sup>234</sup> I contratti “*click-wrap*” sono quelli in cui l'accettazione è indicata facendo click su un pulsante o un collegamento ipertestuale.

<sup>235</sup> Il contratto di “*browse-wrap*” è il termine usato per riferirsi a un contratto stipulato su Internet semplicemente tramite il processo di navigazione attraverso un sito web; questa attività di navigazione passiva è intesa a implicare l'accettazione di tutti i termini e le condizioni del contratto. Ciò contrasta con un contratto di “*click-wrap*” in cui è il clic attivo su un pulsante o che indica l'accettazione.

<sup>236</sup> Disponibile online su <http://www.adrchambersinternational.com/arbitrules.htm>.

disaccordi o problemi durante il procedimento. L'istituzione assicura che l'intero processo funzioni senza intoppi su questioni come il rispetto delle scadenze e imposta criteri adeguati che gli arbitri dovranno seguire nella risoluzione delle controversie.

L'arbitrato è diverso dalla mediazione perché la parte neutrale ha l'autorità di prendere una decisione sulla base delle prove che le sono state presentate. Inoltre, rispetto al tradizionale contenzioso, l'arbitrato è considerato meno formale, utilizza meno regole ed è conveniente per la sua capacità di essere portato a termine rapidamente.

L'arbitrato, come abbiamo detto, può essere vincolante o non vincolante. Tuttavia, prima che le parti coinvolte possano decidere di utilizzare questo processo per risolvere un caso, specialmente se si trovano in Paesi diversi, è importante valutare se gli Stati coinvolti consentono ai loro consumatori di essere coinvolti in un arbitrato vincolante. Infatti, nei contratti B2C *online*, il problema principale che si pone è se la clausola compromissoria possa essere applicata al consumatore in modo unilaterale o se sia annullabile ai sensi delle leggi sulla tutela dei consumatori. L'ambiente ODR ha tuttavia il netto vantaggio che nell'arbitrato le prove documentali possono essere facilmente condivise e riferite. Manca, però, la possibilità di lunghe audizioni orali che secondo gli esperti spesso sono la chiave di successo dell'arbitrato *offline*.

Nell'arbitrato vincolante, le parti dovranno necessariamente attenersi alla decisione dell'arbitro; in un arbitrato non vincolante, invece, la decisione presa dall'arbitro è di tipo consultivo e le parti coinvolte possono scegliere di seguirla o ignorarla.

### ***6.5 Il processo UDRP***

Dal 2000, la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) ha avviato la possibilità di utilizzazione di un sistema di arbitrato *online* per risolvere le controversie transfrontaliere sui nomi di dominio. Invece di costringere una parte coinvolta in una questione di violazione del marchio a presentare causa in tribunale, può semplicemente essere proposto un reclamo ad uno dei fornitori di risoluzione delle controversie approvato da ICANN e risolvere l'intera faccenda. Il sistema di

risoluzione delle controversie sui nomi a dominio di ICANN ha avuto un grande successo e risolve ogni anno migliaia di controversie transfrontaliere<sup>237</sup>.

ICANN elenca i tipi di reclami presentabili per accedere al processo di risoluzione delle controversie *online*<sup>238</sup>:

1. un trasferimento di nome di dominio;
2. un rinnovo non richiesto o una sollecitazione di trasferimento;
3. accreditamento;
4. un trasferimento del proprio nome di dominio non autorizzato;
5. una violazione di marchio registrato;
6. una decisione presa per mezzo della “Risoluzione uniforme delle controversie sui nomi di dominio” (UDRP);
7. un servizio di registrazione;
8. un’imprecisione nei dati;
9. spam o virus; e
10. contenuto su un sito web.

Sebbene ICANN offra una serie di procedimenti per le controversie *online*, i rimedi sono limitati alla cancellazione o alla modifica di un nome di dominio registrato.

ICANN ha elaborato un procedimento di approvazione per la selezione dei fornitori e richiede che un fornitore abbia una comprovata esperienza e fornisca un elenco di potenziali *panelist*.

Per avviare una controversia, il reclamante deve inviare al convenuto una notifica del reclamo; una volta che il convenuto abbia ricevuto l’avviso, ha venti giorni di tempo per rispondere. Il reclamante è responsabile del pagamento di tutte le spese del processo. Il *panel* selezionato (composto da persone imparziali e indipendenti) avvierà e condurrà il procedimento e determinerà quali sono i rimedi da concedere. Tutte le decisioni sono pubblicate su Internet e il *panel* deve trasmettere entro quattordici

---

<sup>237</sup> Vedi *ICANN Domain Name Dispute Resolution Policies*, ICANN, <http://www.icann.org/en/udrp/>.

<sup>238</sup> Vedi “Hai un problema? Opzioni di risoluzione dei conflitti”, ICANN, <http://www.icann.org/en/dispute-resolution/>.

giorni la sua decisione al *provider*, il quale, a sua volta, la deve ritrasmettere alle parti contrapposte entro tre giorni.

Lo “*Uniform Dispute Resolution Process*” (di seguito, UDRP) è un processo che segue il modello dell’arbitrato *online* ed è disponibile per i più gravi tipi di controversie relative ai nomi di dominio – quelle cioè che implicano il cosiddetto “*cybersquatting*” (che è l’appropriazione effettiva o tentata di un nome di dominio in mala fede). Pur operando in un ambiente diverso da quello del classico *e-commerce* B2C e C2C, l’UDRP può costituire un modello per il funzionamento degli altri processi e per possibili soluzioni ODR nell’ambito dell’*e-commerce*, data la sua relativa longevità (diciotto anni) e il fatto che l’UDRP abbia avuto relativamente successo in termini di equità, giusto processo e facilità di esecuzione del lodo.

I nomi di dominio, sono dei nomi facili da ricordare collegati ai numeri IP (*Internet Protocol*)<sup>239</sup>; i numeri IP, a loro volta, sono numeri univoci che identificano ciascun sito di computer connesso a Internet. Come i numeri di telefono, i nomi di dominio sono gerarchici<sup>240</sup> e, tramite archivi di intermediari, vengono assegnati dal registratore responsabile per il livello gerarchico più importante - il TLD . Vi sono circa 266 domini attivi di primo livello e nella maggior parte dei casi il processo di registrazione per un nome di dominio, che si svolge con uno dei vari registratori di nomi di dominio concorrenti, vincola il richiedente (successivamente noto come “dichiarante”) a una o più modalità di risoluzione delle controversie. Esiste un’ampia gamma di strumenti risolutivi dei conflitti, ma il più popolare, influente e ben noto di questi è l’UDRP, il cui ambito è limitato a certe dispute sui nomi di dominio che coinvolgono tutti i TLDs generici (i TLDs non specifici per paese, conosciuti come gTLDs)<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Il cosiddetto processo di risoluzione dei nomi di dominio e dei numeri IP è gestito dal *Domain Name System*. L’attuale identità del dichiarante di ciascun nome di dominio (con altri dettagli relativi alla registrazione) è registrata e resa pubblica in database online, denominati database WHOIS, tenuti e controllati da ciascun registro di dominio di primo livello. È anche possibile cercare i dati WHOIS tra diversi TLD - ad es. vedi <http://www.whois.net/>. Così c’è sia re trasparenza delle informazioni sui nomi di dominio che controllo centralizzato delle registrazioni.

<sup>240</sup> A differenza dei numeri di telefono, il livello gerarchico più alto, il cosiddetto dominio di primo livello (TLD) si trova alla fine, non all’inizio del nome di dominio.

<sup>241</sup> Ovverosia, .aero, .biz, .cat, .com, .coop, .info, .jobs, .mobi, .museum, .name, .net, .org, .pro, .tel e .travel (vedi <http://www.icann.org/udrp/>).

La base giuridica dell'UDRP risiede, dunque, nel contratto tra il registratore<sup>242</sup> e il registrante del nome di dominio: ai sensi della clausola standard sulle controversie prevista nell'accordo per la registrazione di un nome di dominio gTLD il registrante si sottopone espressamente all'UDRP e alle regole procedurali con cui questo è applicato. Ciò implica, quindi, che il sistema ODR è parte integrante del processo di registrazione del nome di dominio e che l'esistenza dell'UDRP (o di qualsiasi altra politica di risoluzione delle controversie applicabile) è portata all'attenzione dei singoli registratori del nome di dominio, affinché il dichiarante sia subito reso edotto della sua esistenza già al momento della registrazione.

Il sistema UDRP è formulato in modo relativamente semplice e prevede la cancellazione, il trasferimento o la modifica delle registrazioni dei nomi di dominio in cui<sup>243</sup>:

- il nome di dominio del registrante è identico o confusamente simile al marchio del ricorrente;
- il registrante non vanta diritti o interessi legittimi verso quel nome di dominio;
- il nome di dominio è stato registrato ed è utilizzato in malafede.

Vi è una scelta di fornitori di soluzioni per la risoluzione delle controversie e, sempre più spesso, tali fornitori offrono servizi multilingue. Attualmente ci sono quattro provider UDRP approvati: ADNDRC<sup>244</sup>, CPR<sup>245</sup>, NAF<sup>246</sup> e WIPO<sup>247</sup>. Il reclamante presenterà un caso a uno dei fornitori UDRP, specificando il nome o i nomi di dominio in questione, il registrante del nome di dominio e il registratore con cui il nome del

---

<sup>242</sup> I registratori sono accreditati dall' *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), l'ente responsabile anche dei registri gTLD, dell'UDRP e dell'approvazione sia dei registratori accreditati che dei provider UDRP.

<sup>243</sup> UDRP para 4a. Vedi <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>. Questi tre fattori sono cumulativi.

<sup>244</sup> L'*Asian Domain Name Dispute Resolution Centre* (<http://www.adndrc.org/adndrc/index.html>). Le richieste UDRP possono essere amministrare dagli uffici ADNDRC di Hong Kong, Pechino o Seoul.

<sup>245</sup> L'*International Institute for Conflict Prevention and Resolution* ([http://www.cpradr.org/ICANN\\_Menu.asp?M=1.6.6](http://www.cpradr.org/ICANN_Menu.asp?M=1.6.6)).

<sup>246</sup> Il *National Arbitration Forum* (vedi <http://domains.adrforum.com/>).

<sup>247</sup> Il *WIPO Arbitration and Mediation Center* (vedi <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>).

dominio è stato registrato<sup>248</sup>, nonché i motivi del reclamo. Al registrante viene quindi offerta la possibilità di difendersi da tali accuse e il *provider* UDRP nomina uno o più *panelist*<sup>249</sup> indipendenti e neutrali (che non possono essere contattati direttamente da nessuna delle parti della controversia) che decideranno se il/i dominio/i in questione dovrebbe/ro essere trasferiti o meno. Le parti della controversia sono tenute a fornire comunicazioni scritte e il *panel* dell'UDRP prenderà la propria decisione<sup>250</sup>. L'intero processo è essenzialmente condotto *online*; non ci sono audizioni di persona, salvo casi eccezionali<sup>251</sup>. Con l'UDRP ciascuna delle parti mantiene comunque l'opzione di adire un tribunale competente per la risoluzione della controversia- in pratica, ciò accade raramente. I registratori accreditati sono contrattualmente tenuti a prendere le misure necessarie per applicare una decisione UDRP (come, ad esempio, il trasferimento del nome in questione) e questo è relativamente facile da ottenere data la natura centralizzata del sistema dei nomi di dominio.

L'UDRP offre una certa flessibilità per quanto riguarda la lingua dei propri procedimenti, infatti i *provider* di UDRP forniscono servizi multilingua<sup>252</sup>; tuttavia, nonostante ciò, la maggior parte dei soggetti delle controversie dell'UDRP è domiciliata negli Stati Uniti<sup>253</sup>.

Tutti i fornitori di UDRP mirano ad limitare la durata di un singolo procedimento fino ad un massimo di due mesi e le tariffe sono relativamente basse. Le barriere temporali, geografiche, linguistiche e finanziarie per iniziare o difendersi in procedimenti UDRP sono quindi relativamente trascurabili. Esiste anche un ragionevole grado di trasparenza nella misura in cui le parti, i relativi registratori e l'ICANN sono tutti informati delle decisioni dell'UDRP, che vengono in ogni caso pubblicate *online* dai singoli fornitori.

---

<sup>248</sup> Che di solito si stabiliscono facilmente con riferimento ai dati WHOIS online.

<sup>249</sup> UDRP paragrafo 7.

<sup>250</sup> UDRP, paragrafo 15. Non vi è alcuna disposizione nell'UDR per i membri del panel che intraprendono le proprie indagini.

<sup>251</sup> UDRP para 13.

<sup>252</sup> UDRP paragrafo 11.

<sup>253</sup> Vedi <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cumulative/countries.html>.

Gli studi condotti sull'UDRP<sup>254</sup> sembrano mostrare che nei risultati decisionali risultino dei pregiudizi nei confronti dei ricorrenti quando si tratta di grandi società<sup>255</sup>; questo è stato variamente attribuito alla disuguaglianza delle risorse finanziarie o legali. Se fosse vero, non sembrerebbe che l'UDRP possa essere un buon modello per l'ODR nell'ambiente B2C. In effetti, un progetto di ricerca<sup>256</sup> ha fornito alcune spiegazioni sulla percentuale apparentemente alta delle decisioni UDRP in cui il denunciante ha successo. Questo studio ha rilevato che il 52% delle decisioni UDRP sono state emesse in seguito ad un'inadempienza da parte del registrante del nome di dominio (vale a dire situazioni in cui il reclamante non può ricevere opposizioni dal dichiarante). Lo studio di Mueller ha inoltre rilevato che, mentre i denunciati hanno vinto il 96% dei casi in cui il dichiarante è stato inadempiente, si presume che ciò sia dovuto al fatto che in tali casi il dichiarante non abbia avuto difese sufficienti contro l'accusa di *cybersquatting*. Pertanto, questa considerazione più dettagliata delle decisioni dell'UDRP non supporta l'opinione che il sistema sia distorto e fazioso nei confronti dei denunciati. Inoltre, sembrerebbe che ci siano poche ragioni per far insorgere tale pregiudizio: è improbabile che la disuguaglianza delle risorse finanziarie tra le parti della controversia sia significativa, dato che la procedura UDRP è – come abbiamo visto - relativamente semplice e a basso costo, costo sostenuto in gran parte dal denunciante. Inoltre, l'UDRP ha un ambito di applicazione specifico e specializzato - che si applica solo agli esempi di controversie più gravi in materia di nomi di dominio in malafede che implicano diritti di marchio - e di solito è chiaro al

---

<sup>254</sup> KUR, *UDRP. A Study by the Max-Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich*, disponibile su [www.zar.uni-karlsruhe.de/admin/get\\_data.php?resID=95](http://www.zar.uni-karlsruhe.de/admin/get_data.php?resID=95).

<sup>255</sup> Vale a dire che il trasferimento del nome di dominio è ordinato dal gruppo UDRP nella maggior parte dei procedimenti. Lo studio di Kur (*supra*) ha rilevato che il trasferimento è stato ordinato nel 76,68% dei procedimenti. Uno studio successivo di Bettinger (ha rilevato che il trasferimento era stato ordinato nell'80% dei procedimenti).

<sup>256</sup> MUELLER, *Success by Default. A New Profile of Domain Name Trademark Disputes under ICANN's UDRP*. Convergence Center, Syracuse University School of Information Studies, June 24, 2002. Disponibile su <http://dcc.syr.edu/markle/markle-report-final.pdf>.

*panel* quale parte ha ragione, indipendentemente da chi può pagare la migliore consulenza legale.

Il punto chiave è che l'UDRP è uno schema di ODR di nicchia per controversie selezionate in un ambiente altamente centralizzato, ed è un sistema di arbitrato che è stato sviluppato in seguito ad una vasta consultazione con un'ampia varietà di parti interessate. Avere un sistema ODR di tale portata limitata e specializzata, nonché un efficace processo di consultazione come parte dello sviluppo di un nuovo sistema ODR, potrebbe essere difficile da replicare negli ambienti B2C e C2C più diffusi.

Gran parte della letteratura ODR standard fa riferimento all'UDRP. Tale sistema, come abbiamo visto, non opera in un classico ambiente di *e-commerce* B2C o C2C; le parti delle controversie dell'UDRP sono registratori di nomi di dominio e titolari di marchi, che possono essere persone fisiche o giuridiche. Tuttavia è considerata una forma di ODR di grande successo sia in termini di volume di utilizzo, equità e giusto processo, sia di applicazione della decisione, elementi invece problematici nella maggior parte dei casi del tradizionale ODR *hard*. L'UDRP sembra mostrare però che il processo ADR *hard* di nicchia può funzionare nell'ambiente *online*.

In merito alla diffusione e al suo utilizzo, questo è relativamente alto, e abbiamo già accennato sia alla relativa longevità dell'UDRP sia alla sua efficacia generale nel combattere il cosiddetto *cybersquatting*. Poiché i servizi UDRP sono forniti in modo competitivo, la concorrenza di più fornitori ha portato ad un sistema di ODR a basso costo ed estremamente efficiente da un punto di vista temporale, così come alla creazione di servizi multilingue, che dovrebbero migliorare l'utilizzo e l'accesso al sistema.

Per quanto riguarda l'*enforcement* delle decisioni prese, occorre evidenziare che i soli rimedi UDRP sono la modifica, la conservazione o il trasferimento del nome di dominio. L'UDRP è quindi a volte descritto come "auto-applicante": quando un denunciante ha successo, il nesso contrattuale tra il registrante e il conservatore del registro implica che la parte vincente otterrà inevitabilmente ciò che desidera, cioè il nome di dominio.

Ci sono diversi motivi per cui l'UDRP potrebbe non essere un buon esempio generale per i meccanismi ODR nelle controversie B2C e C2C: innanzitutto il sistema è diretto a controversie di fatto semplici, in cui, nella maggior parte dei casi, una parte ha

sfruttato in malafede la regola di registrazione “primo arrivato, primo servito” nei confronti del titolare di un marchio. Nell’*e-commerce*, le controversie dei consumatori tendono invece ad essere più complesse, in particolare quelle C2C, riguardano spesso la risoluzione di aspettative divergenti tra le parti piuttosto che evidenti attività di malafede.

### ***6.6 Principali sistemi di ODR hard esistenti***

Nel secondo capitolo, trattando dell’intermediario digitale eBay, abbiamo descritto anche i sistemi ODR (sia *hard* che *soft*) che il famoso sito di aste online offre ai suoi utenti.

Di seguito elenchiamo brevemente altri esempi pratici di ODR *hard* esistenti e proposti.

- a) “*Concilianet*”. Si tratta di un sistema di risoluzione delle controversie *online* gestito dalla *Consumer Protection Federal Agency* messicana (“Ufficio del procuratore federale per i consumatori”) (Profeco), ed è stato istituito per rafforzare la protezione e la difesa dei diritti dei consumatori, fornendo a coloro che hanno acquistato beni o servizi (elettronicamente o con mezzi tradizionali) un modo economicamente efficace per avviare e risolvere rivendicazioni o reclami nei confronti di fornitori partecipanti, tramite una piattaforma virtuale su Internet. Il sistema è iniziato come programma pilota nel 2008 con due fornitori partecipanti e nel 2009 è passato a un piccolo dispiegamento con cinque fornitori<sup>257</sup>. Oggi, *Concilianet* ha esteso l’implementazione nazionale con ventisei fornitori partecipanti<sup>258</sup>. Secondo Profeco, l’utilizzo dell’ODR nelle fasi iniziali riduceva il tempo di risoluzione delle controversie di quasi il

---

<sup>257</sup> Il programma pilota è iniziato con Aero Mexico e Hewlett Packard. La piccola implementazione comprendeva Aero Mexico, Hewlett Packard, Volaris, Office Depot e Gas Natural.

<sup>258</sup> Vedi (Aero Mexico, Federal Electricity Commission, Deremate.com, Dorians, Factories in France, Mexico's Natural Gas, Geo Group, Metropolitan Group, HP, Hypercable, LAN, Liverpool, LG Mexico, Mabe, Natural Maxigas, Free market, Mixup, Office Depot, Redpack, Sadasi, Saks, Sanborn's, Sears, Telcel, Telecable, Volaris. La Federal Electricity Commission è l’unica azienda a gestione pubblica).

50% e aumentava il numero degli insediamenti a circa il 96%. Inoltre, il 97% dei consumatori intervistati ha dichiarato di aver utilizzato più volte la procedura di *Concilianet*<sup>259</sup>.

Con questo sistema ogni consumatore viene fornito di un nome utente (cioè il suo indirizzo *e-mail*) e di una *password* valida, dati che vanno a formare la firma elettronica, che identificherà il consumatore ogni volta che egli si avvalga del meccanismo di risoluzione *online*. Il consumatore può quindi presentare un reclamo in base a qualsiasi violazione di una dichiarazione di utilizzo (ad esempio la mancata conformità ai termini precedentemente concordati nella vendita o nella fornitura del prodotto o del servizio), come: violazione di garanzia, inadempimento del contratto o rifiuto di consegna<sup>260</sup>.

*Concilianet* non copre le richieste di risarcimento danni; tuttavia, non può essere escluso il ricorso ad azioni giudiziarie in tribunale. In effetti, la piattaforma consiglia specificamente ai consumatori di presentare azioni per danni in tribunale.

Una volta che il consumatore abbia presentato un reclamo, Profeco invia una risposta via *e-mail* entro cinque giorni. Il consumatore è responsabile della consultazione periodica del sito *web* di *Concilianet* per essere a conoscenza dello stato del proprio reclamo. Una volta che Profeco ha stabilito che è competente per ascoltare il reclamo, pianificherà la data e l'ora dell'udienza (in cui il consumatore deve apparire attraverso *Concilianet*) per giungere a un accordo. L'udienza di transazione si svolge nell'aula virtuale di *Concilianet*, dove il consumatore, il fornitore e il mediatore sono presenti per trovare la soluzione migliore e più rapida.

- b) *Better Business Bureaus* (BBB). “*The Council of Better Business Bureaus* (CBBB) è un'organizzazione senza scopo di lucro che rappresenta i suoi 122 uffici *Better Business* negli Stati Uniti e in Canada”<sup>261</sup>. Un ufficio locale *Better*

---

<sup>259</sup> Vedi *Welcome to Concilianet*, PROFECO, <http://concilianet.profeco.gob.mx/concilianet/faces/inicio.jsp>.

<sup>260</sup> Vedi *Use Provisions*, PROFECO, [http://concilianet.profeco.gob.mx/concilianet/faces/que\\_es.jsp](http://concilianet.profeco.gob.mx/concilianet/faces/que_es.jsp).

<sup>261</sup> S. J. COLE & C. I. UNDERHILL, *Fifteen Years of ODR Experience: The BBB Online Reliability Trust*

*Business Bureau* (BBB) è un'organizzazione no-profit supportata da imprese locali; i BBB aiutano nella risoluzione delle controversie tra un'impresa e i suoi clienti. Quando si verifica una disputa in materia commerciale, i BBB lavorano con l'azienda e il cliente per raggiungere una soluzione, utilizzando vari processi di risoluzione delle controversie e ogni processo offre un'alternativa all'adire un tribunale. Attraverso l'uso di un sistema di reclamo *online*, i BBB aiutano a risolvere migliaia di reclami ogni anno<sup>262</sup>.

La maggior parte dei BBB offre diversi metodi di risoluzione delle controversie per aiutare a definire i conflitti - quali la conciliazione, la mediazione, una risoluzione informale delle controversie, l'arbitrato vincolante in forma condizionata e l'arbitrato vincolante<sup>263</sup>.

La richiesta presentata da un cliente viene inoltrata all'impresa entro due giorni lavorativi; l'azienda è quindi invitata a rispondere entro quattordici giorni. Se non viene ricevuta risposta, si esegue una seconda richiesta; al cliente viene notificata la risposta dell'azienda una volta giunta al BBB, oppure viene

---

*Mark Program*, 42 UCC L.J. 443, 443-44 (2010).

<sup>262</sup> Vedi *Dispute Resolution Processes and Guides*, COUNCIL OF BETTER BUSINESS BUREAUS, <http://www.bbb.org/us/Dispute-Resolution-Services/Process/>.

<sup>263</sup> Nella conciliazione, uno staff di BBB raccoglierà informazioni fattuali da entrambe le parti in una controversia e lavora per incoraggiare una comunicazione aperta tra di loro. Nella mediazione, un BBB fornirà un mediatore qualificato professionalmente per parlare con le parti e guidarle nell'elaborazione delle proprie soluzioni reciprocamente accettabili. In caso di risoluzione delle controversie informali (IDS), un BBB fornirà un consigliere esperto di formazione professionale che ascolterà entrambe le parti e prenderà una decisione non vincolante su come risolvere la controversia. Nell'arbitrato condizionatamente vincolante, un BBB fornirà un arbitro con formazione professionale che ascolterà entrambe le parti e prenderà una decisione su come risolvere la controversia che è vincolante per le parti solo se il cliente accetta la decisione. Nell'arbitrato vincolante, un BBB fornirà un arbitro con formazione professionale che ascolterà entrambe le parti, soppeserà le prove presentate e prenderà una decisione su come risolvere la controversia che è vincolante per tutte le parti.

Quando partecipano a conciliazione, mediazione o IDS con un BBB, la parte reclamante è libera di portare la sua controversia in tribunale se non è in grado di risolvere il problema. Quando partecipano a un arbitrato condizionale vincolante, il cliente è libero di adire il tribunale se non gradisce la decisione, ma l'azienda deve rispettare la decisione fintantoché il cliente la accetta. Quando partecipano ad un arbitrato vincolante, un tribunale, salvo circostanze molto limitate, non può riesaminare la decisione dell'arbitro. La BBB contatterà la parte reclamante per fargli sapere quale tipo di processo di risoluzione delle controversie è applicabile al particolare problema in questione.

notificato che non è stata inviata alcuna risposta. I reclami vengono solitamente chiusi entro trenta giorni lavorativi.

Il BBB utilizza anche un sistema per implementare la fiducia che aiuta i consumatori a identificare fornitori affidabili, poiché consente ai fornitori che soddisfano gli standard BBB (quali fornitore “fidato”, “onesto nella pubblicità”, “trasparente”<sup>264</sup>) di essere “accreditati”<sup>265</sup>. Inoltre, i venditori accettano di adempiere i contratti firmati, gli accordi raggiunti e le dichiarazioni d’onore correggendo gli errori il più rapidamente possibile. Le aziende accreditate possono pubblicizzare i marchi commerciali accreditati BBB (ossia i marchi di fiducia nei loro negozi, *online* o in altre pubblicità). Questo marchio di garanzia segnala al consumatore che l’impresa rispetta gli standard BBB e che nell’eventualità in cui sorgano delle controversie, il sistema BBB sarà a sua disposizione

- c) *Organization of American States* (OAS). Nel febbraio 2010, il Dipartimento di Stato degli Stati Uniti ha presentato all'OAS una proposta incentrata sulla costruzione di un quadro pratico per la protezione dei consumatori, che, oltre ad altri strumenti, possa usare anche un'iniziativa OAS-ODR per la risoluzione elettronica delle controversie transfrontaliere che coinvolgono i consumatori di *e-commerce*: un sistema concepito per promuovere la fiducia dei consumatori offrendo una rapida risoluzione e applicazione delle controversie oltre i confini, le lingue e le diverse giurisdizioni.

L’iniziativa OAS-ODR utilizza una camera di compensazione centrale che, in collaborazione con le autorità nazionali dei consumatori e gli amministratori nazionali, mantiene un unico database di fornitori certificati ODR, gestisce il processo di risoluzione delle controversie e funge da punto focale per le comunicazioni elettroniche tra le parti<sup>266</sup>. L'iniziativa tenta anche di

---

<sup>264</sup> In un sistema online globale il rispetto di questi standard di condotta potrebbe essere accertato attraverso un sistema di tipo feedback di eBay.

<sup>265</sup> Vedi *The Better Business Bureau Online Accreditation Standards*, COUNCIL OF BETTER BUSINESS BUREAUS (Oct. 11, 2011), <http://www.bbb.org/us/bbb-accreditation-standards/>.

<sup>266</sup> Vedi U.N. Comm’n on Int’l Trade Law, *Possible Future Work on Online Dispute Resolution in Cross-Border Electronic Commerce Transactions*, U.N. Doc. A/CN.9/706 (23 aprile 2010).

semplificare i problemi di *enforcement* fornendo ODR nelle impostazioni locali del *provider*. Il venditore accede al sistema con gli amministratori nazionali nell'area in cui conduce il suo *business*, e la sede dell'arbitrato è lo Stato del fornitore.

In caso di inottemperanza, l'autorità nazionale dei consumatori o l'amministratore nazionale nel Paese di origine del venditore può far valere la decisione compiendo qualsiasi azione volta ad ottenere l'*enforcement*, richiedendo assistenza tramite reti di pagamento o indirizzando il caso alle *collection agencies*.

Nell'ambito dell'iniziativa OAS-ODR, un consumatore è in grado di presentare un reclamo transfrontaliero *online* contro un venditore registrato in un altro Stato partecipante. Questa procedura iniziale di reclamo comporta la compilazione da parte dell'acquirente di un modulo *online* che include un elenco dei tipi motivi di contrasto, tra cui:

1. mancata consegna di beni o mancata prestazione di servizi;
2. ritardata consegna dei beni o ritardata prestazione di servizi;
3. il venditore ha inviato una quantità errata di beni;
4. le merci consegnate sono state danneggiate;
5. i beni consegnati o i servizi forniti sono stati diversi da quelli richiesti;
6. il venditore ha reso false dichiarazioni sulle merci; o
7. il venditore ha fatto pagare o ha addebitato in modo errato il conto dell'acquirente.

Una volta inviato, il reclamo procederà quindi nelle seguenti fasi successive: la fase di avvio/negoziazione, la fase di arbitrato *online* e la fase finale di decisione. Durante la fase di avvio/negoziazione, all'acquirente e al venditore verrà fornita l'opportunità di scambiare informazioni e proposte e di negoziare - attraverso mezzi elettronici - un accordo vincolante. Se durante questa fase non viene concluso un accordo amichevole, il caso giunge alla successiva fase arbitrale, in cui un fornitore ODR qualificato nel territorio in cui si trova il venditore nomina un arbitro *online* per valutare il caso e condurre ad una soluzione agevolata (ad esempio una mediazione) o, se necessario, emettere un lodo arbitrale finale e vincolante.

## 7. *Quadro giuridico dell'UE*

Da diversi anni il legislatore UE si è orientato nel senso di esprimere il proprio *favor* verso l'introduzione degli strumenti telematici di risoluzione delle controversie (ODR). Tale processo si è avviato già con la direttiva 2000/31/CE, che proponeva diverse forme di incentivo per una migliore cooperazione tra gli organismi extragiudiziari ed una maggiore visibilità di tali strumenti per i consumatori. In particolare l'art. 19, nel prendere atto della necessità di un adeguamento dei mezzi di tutela, prevedeva che il prestatore dei servizi di società dell'informazione ed il destinatario potevano adire gli organi di composizione extragiudiziale delle liti, operanti anche *on line*.

Dopo una prima fase in cui erano le stesse agenzie di ADR a proporre la propria attività anche nell'ambiente digitale, a cavallo del secondo millennio sono nati numerosi siti ed organismi privati tesi a promuovere gli innovativi strumenti di ODR, e a ciò è seguito il moltiplicarsi, a livello istituzionale, degli sforzi volti a disciplinare il fenomeno. In due Raccomandazioni (la 98/257/CE e la 2001/310/CE) l'allora Comunità Europea evidenziava come le nuove tecnologie potessero contribuire allo sviluppo di sistemi elettronici di composizione delle controversie, costituendo appositi organismi per una risoluzione efficace delle liti di carattere transnazionale, senza che vi fosse il bisogno di una comparizione fisica delle parti. In quella sede la CE esprimeva l'esigenza di definire dei principi volti ad assicurare *standards* coerenti ed affidabili per suscitare la fiducia degli utenti<sup>267</sup>. Già in merito ai sistemi ADR erano

---

<sup>267</sup> La mediazione telematica è stata oggetto anche di una recente sentenza, emessa dalla Corte di Giustizia U.E. il 18 marzo 2010, la quale ha ribadito che “l'art. 34 della direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori

stati indicati alcuni principi guida, quali trasparenza, indipendenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza. Mentre nel 2002, dopo la pubblicazione del “Libro verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”, è stata emanata la direttiva 2002/52/CE sulla medesima materia.

Più recentemente, la direttiva 2008/48/CE (sui contratti di credito ai consumatori) esamina i sistemi di ADR con norme caratterizzate da crescente grado di prescrittività: se secondo la direttiva 2002/65/CE gli stati membri “*shall promote the setting up or development of adequate and effective out-of-court complaints and redress procedures*”, nella direttiva 2008/48/CE si dice che “*member States shall ensure that adequate and effective out-of-court complaint and redress procedures [...] are put in place*”.

Atteso che la tutela consumeristica è andata progressivamente emancipandosi, fino ad ottenere un’attenzione specifica ed una legittimazione autonoma nel diritto UE, appare fondamentale il dettato dell’art. 81, comma II, lett. g) del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (il c.d. TFUE), in base al quale il Parlamento Europeo e il Consiglio adottano misure volte a garantire “*lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie*”, estremamente vantaggiosi per i costi ridotti ed i tempi notevolmente più brevi rispetto alla giustizia ordinaria.

In tale ottica, ha suscitato un grandissimo interesse uno studio dell’ottobre 2009 sull’impatto dei sistemi di ADR nell’Unione Europea che ha proposto anche alcune *best practices* collegate ai principi già sanciti dalle citate Raccomandazioni emanate

---

*di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali. Neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l’unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l’urgenza della situazione lo impone”.*

dalla Commissione Europea (vd. *supra*).

Nel quadro generale formulato dal legislatore UE in materia di protezione del consumatore devono inserirsi le norme e gli strumenti di tutela elaborati nei singoli ordinamenti degli Stati membri. Infatti, il recepimento degli obblighi di derivazione comunitaria ha posto le basi per un assetto comune in tutti i Paesi, che va però integrato con le specifiche scelte assunte a livello nazionale. In tale contesto, alcuni Stati hanno deciso di condensare la normativa consumeristica in un testo unico (Francia e Spagna); altri hanno optato invece per l'affidamento dell'*enforcement* ad un'Autorità amministrativa indipendente (Regno Unito)<sup>268</sup>. Eventuali problemi di sovrapposizione delle attribuzioni tra le differenti autorità competenti in materia di tutela dei consumatori sono risolvibili mediante accordi di collaborazione o di formale individuazione delle modalità di scambio delle informazioni e dei criteri di ripartizione dei compiti. Sul piano applicativo questo si è tradotto nel rafforzamento dell'elemento che, in ciascun ordinamento, era tradizionalmente meno sviluppato: nel Regno Unito è stata posta enfasi sul profilo della regolamentazione, in Francia e Spagna, invece, è stata rafforzata la tutela del consumatore.

In Italia, nella fase di attuazione della citata normativa comunitaria, con il d.lgs. 70/2003 il legislatore ha assunto inizialmente una posizione prudente. Parte della dottrina aveva espresso, infatti, una serie di perplessità legate al timore da un lato di una totale dematerializzazione delle procedure giudiziarie ordinarie, dall'altro, della predisposizione unilaterale della clausola introduttiva del ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione delle liti nelle condizioni generali del contratto. Tuttavia, ormai l'attuale disciplina in materia di contrattazione standardizzata che ha ad oggetto gli "obblighi di informazione" pone il rischio della predisposizione di un modello contrattuale esclusivamente a carico dell'imprenditore che abbia redatto unilateralmente il contratto, dunque anche nell'ordinamento giuridico italiano si è

---

<sup>268</sup> In argomento v. V. VARANO, *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, *passim*; P. CORTES, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Londra, 2010, *passim*.

afferzata la *policy* comunitaria volta ad imporre l'introduzione dei sistemi stragiudiziali di composizione delle controversie telematici.

Con la promulgazione del d.lgs. 5/2003, il cui titolo VI è rubricato "Della conciliazione stragiudiziale"<sup>269</sup>, viene finalmente introdotta anche in Italia una legislazione di settore in materia di arbitrato telematico e mediazione *on line*, anche se priva di una normativa quadro. Successivamente si aggiungono il d.lgs. 82/2005 ed il d.P.R. 68/2005, che definiscono tali strumenti molto più idonei per dirimere le controversie nate sul *web* o scaturite da transazioni telematiche *on line*, rispetto agli altri modelli di ADR, inevitabilmente antieconomici<sup>270</sup>. L'art. 3, ultimo comma del d.lgs. 28/2010 (attuativo della direttiva 2008/52/CE) ha espressamente sancito che "*la mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo*", caratterizzate non soltanto dal costo contenuto (atteso l'esiguo valore della maggior parte delle controversie relative ai contratti conclusi *on line*), ma anche dalla c.d. asincronicità della procedura.

Rimaneva comunque la diffusa esigenza di emanazione di una legge generale che disciplinasse in modo organico tali innovativi strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambiente telematico. Il legislatore interno ha dunque emanato prima la legge 69/2009, il cui art. 60 tratta espressamente della "mediazione in ambito civile e commerciale", e poi il d.lgs. 28/2010, teso anzitutto ad eliminare alcuni inconvenienti che creava il mero rinvio alle norme codicistiche, attribuendo un valore legale certo all'accordo conciliativo e, soprattutto, volto a diffondere la cultura della

---

<sup>269</sup> In tema v. G. SCIANCALEPORE - S. SICA, *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici*, Torino, 2010, *passim*; G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, Santarcangelo di Romagna, 2011, *passim*; G. SCIANCALEPORE - S. SICA, *Codice della mediazione e della conciliazione*, Torino, 2010, *passim*.

<sup>270</sup> Sul punto si rinvia a Aa.Vv., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017, *passim*; C. ISONI - C. CARIA - P. ELIA - L. TANTALO, *Negoziazione, mediazione, conciliazione, arbitrato forense e ADR dei consumatori*, Roma, 2016, *passim*; A. AMADORI, *Adr e arbitrato in Italia: disciplina codicistica ed ambiti applicativi*, Ostuni, 2012, *passim*; M. CORRADINO - S. STICCHI DAMIANI, *ADR e mediazione*, Torino, 2012, *passim*; G. COSI - G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti. Teoria e prativa dei metodi ADR*, Torino, 2012, *passim*; L. VALENTINO, *Riflessioni in tema di ADR*, Napoli, 2012, *passim*; A. CUOMO - G. FUCCILLO, *La mediazione e le altre procedure ADR: brevi considerazioni*, Castellammare di Stabia, 2011, *passim*; S. ZIINO, *I vari sistemi ADR. Studio sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e sui rapporti con il processo giurisdizionale*, Palermo, 2011, *passim*.

conciliazione, avvicinando tali sistemi agli standard internazionali. L'ultimo intervento normativo citato sicuramente ha espressamente accordato la possibilità di risolvere le controversie attraverso la c.d. mediazione telematica (art. 3, comma 4, come, tra l'altro, confermato recentissimamente dall'art. 84, legge 98/2013); tuttavia ha elaborato sul tema soltanto richiami occasionali<sup>271</sup>. L'art. 11, comma 3 stabilisce testualmente che in caso di raggiungimento dell'accordo tra le parti o di adesione alla proposta del mediatore “*si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere*”; questo apre la questione concernente la sottoscrizione che si perfeziona nel contesto digitale. Tale problema può risolversi con il rinvio alla disciplina applicabile alle firme elettroniche e, soprattutto, a quanto previsto in tema da parte del Codice dell'Amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005, così come modificato dal d.lgs. 235/2010)<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> Ad esempio, l'art. 16, comma 3 si limita a sancire che “*l'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della Giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati*”.

<sup>272</sup> Per un commento al “Codice” ed alle sue modifiche v., *ex multis*, E. BELISARIO, *La nuova pubblica amministrazione digitale. Guida al codice dell'amministrazione digitale dopo la legge n. 69/2009*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2009, *passim*; M. ATELLI - S. ATERNO - A. CACCIARI - R. CAUTERUCCIO, *Codice dell'amministrazione digitale. Commentario*, Roma, 2008, *passim*; F. DELFINI, *D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82: il codice dell'amministrazione digitale*, in *Contr.*, n. 8-9/2005, p. 807-817; E. CASTORINA, *Il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005): il differimento dell'entrata in vigore e gli “atti di indirizzo e coordinamento”*, in *Dir. Inf.*, n. 3/2005, p. 459-470; E. DE GIOVANNI, *Il “Codice dell'amministrazione digitale”: prime impressioni*, in *Dir. internet*, n. 3/2005, p. 226-227; R. CLARIZIA, *Il documento informatico sottoscritto: alcune note a margine del codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. internet*, n. 3/2005, p. 221-225; G. SCORZA, *Profili civilistici nel Codice dell'amministrazione digitale*, in *Inform. dir.*, n. 1-2/2005, p. 111-133; G. CAMMAROTA, *Le modifiche al Codice dell'amministrazione digitale (Commento a D.lgs. 4 aprile 2006, n. 159)*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2006, p. 943-948; G. FIORIGLIO, *I diritti dei cittadini e delle imprese nel codice dell'amministrazione digitale*, in *Riv. dir. econ. e gestione delle nuove tecnologie*, n. 2/2006, p. 234-246; M. PIETRANGELO - I. D'ELIA, *Il Codice dell'amministrazione digitale nel processo di semplificazione normativa: genesi e criticità*, in *Inform. dir.*, n. 1-2/2005, p. 9-30.

### **7.1 Lo European Extra Judicial Network (c.d. ECC-Net)**

Gli Stati membri dell'Unione Europea devono fornire l'accesso ai procedimenti di risoluzione delle controversie *online*; sebbene questi non rientrino nella giurisdizione statale, deve in ogni caso conferirsi loro un riconoscimento se rispettano i principi di competenza, indipendenza, imparzialità e trasparenza. In questa prospettiva appare particolarmente utile l'iniziativa messa a punto nel corso della conferenza tenutasi a Lisbona nel 2000 – che aveva ad oggetto i profili tecnici ed operativi e le funzioni degli organi extragiudiziali nazionali, con la partecipazione di esperti e *stakeholders* –, adottata con la Risoluzione del Consiglio Europeo del 25 maggio 2000 ed avviata in una fase pilota il 16 ottobre 2001<sup>273</sup>. Si tratta della creazione di una rete di cooperazione internazionale, lo *European Extra Judicial Network* (c.d. ECC-Net)<sup>274</sup>, al fine di agevolare il consumatore nell'identificazione della competente ODR.

I Centri Europei Consumatori ECC-Net sono stati creati tramite la fusione degli Eurosportelli e della Rete europea per la risoluzione extragiudiziaria delle controversie dei consumatori (EEJ-Net). I primi erano stati introdotti nel 1992 per svolgere attività di informazione e promozione dei diritti dei consumatori; i secondi erano stati creati nel 2001 per aiutare e assistere i consumatori nell'applicazione dei loro diritti in caso di controversie transfrontaliere e per perseguire la piena realizzazione del mercato unico. In occasione del decimo anniversario della loro istituzione gli ECC-Net hanno evidenziato, da un lato, come dalla loro fondazione più di 650.000 consumatori li abbiano contattati per richiedere informazioni sui loro diritti e circa 300.000 siano stati assistiti nella gestione dei reclami per acquisti transfrontalieri e, dall'altro, lo sforzo competitivo nei confronti delle procedure ODR di matrice statunitense. Queste ultime sono dotate di un elevato grado di automatizzazione e di una notevole trasparenza e sono gestite dai cc.dd. *Online ADR providers*, organismi indipendenti creati *ad hoc* che si sono prodigati nell'introduzione, da un lato, della c.d. *blind negotiation* o *blind-bidding* (la prima forma di ODR sviluppata negli Stati Uniti che si svolge

---

<sup>273</sup> Cfr. C. VACCÀ, *Il punto su ODR, online dispute resolution*, in *Contratti*, n. 11/2009, p. 1072.

<sup>274</sup> In tema v. V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, III ed., 2012, p. 1295; M. Vietti, *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2013, p. 1487; V.C. La Sorte, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, Padova, 2016, p. 79-80.

esclusivamente *on line* ed ha avuto un tale successo oltreoceano da essere adottata non soltanto dai consumatori, ma anche dalle imprese e dalla Pubblica Amministrazione) e, dall'altro, della *peer pressure* (procedura ODR utilizzabile esclusivamente nelle controversie *business-to-consumer*).

In Italia le funzioni di Centro Nazionale della suddetta rete europea per i consumatori sono state gestite – su designazione del Ministero dello sviluppo economico - per il triennio 2015-2017, dalle Associazioni di consumatori Adiconsum<sup>275</sup> e CTCU<sup>276</sup>, già presenti nel Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti e regolarmente iscritte all'elenco di cui all'articolo 137 del Codice del consumo. Il Centro ECC-Net Italia, nella sua struttura attuale, è operativo dal 2005 e dispone di due sedi, una centrale a Roma ed una transfrontaliera<sup>277</sup> a Bolzano.

## **7.2 La piattaforma ODR promossa dall'UE**

Il regolamento 524/2013/UE (il c.d. “regolamento sull'ODR per i consumatori”) - il cui ambito di applicazione è costituito dalla risoluzione extragiudiziale delle controversie avviate dai consumatori residenti nell'Unione Europea nei confronti di professionisti stabiliti nel medesimo territorio, e disciplinate dalla direttiva 2013/11/UE -, si è posto come scopo il corretto funzionamento del mercato interno in particolare nella sua forma digitale, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori. In tale prospettiva, il legislatore UE ribadisce nuovamente la necessità di un sistema di risoluzione delle controversie *online* affidabile ed efficiente, come fattore decisivo per rafforzare la fiducia dei consumatori e dei professionisti nelle operazioni *on line*, nel contesto di un mercato interno in cui

---

<sup>275</sup> Sul punto si rinvia a A. BRUNI, *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale. Tecniche e casistica*, Santarcangelo di Romagna, II ed, 2011, p. 280-287.

<sup>276</sup> Centro Tutela Consumatori e Utenti, fondato nel 1993, cui hanno aderito dieci associazioni operanti in Alto Adige

<sup>277</sup> Per “zona transfrontaliera” si intende l'insieme delle regioni situate in continuità territoriale con altri Stati membri dell'Unione europea, quali Friuli Venezia Giulia, Veneto, Trentino Alto Adige, Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta e Liguria.

la dimensione digitale è sempre più essenziale<sup>278</sup>. Infatti, tenuto conto delle difficoltà incontrate dai consumatori e dai professionisti nel trovare delle soluzioni extragiudiziali alle controversie derivanti da operazioni transfrontaliere *on line*, “*il fatto di disporre di mezzi di facile utilizzo e a basso costo per la risoluzione delle controversie può aumentare la fiducia dei consumatori e dei professionisti nel mercato unico digitale*”<sup>279</sup>.

In questo contesto il suddetto regolamento ha istituito una piattaforma ODR europea (la c.d. “piattaforma ODR”), consistente in un sito *web* interattivo lanciato il 9 gennaio 2016. Il sistema è gestito interamente dalla Commissione Europea, “unico punto di accesso” a partire dal 15 febbraio 2016, e consente ai consumatori e ai professionisti di tutta il territorio UE di tentare la risoluzione extragiudiziale delle controversie derivanti da contratti di vendita di beni e servizi conclusi *on line*, soprattutto *cross-border*<sup>280</sup>.

La suddetta normativa è stata integrata con il Regolamento di esecuzione 2015/1051/UE e, insieme alla direttiva 2013/11/UE (“sull’*Alternative Dispute Resolution*”)<sup>281</sup> cui l’Italia ha dato attuazione con il d.lgs. 130/2015, costituisce il “pacchetto legislativo ADR-ODR”. Con questi interventi normativi si è introdotto per la prima volta un set coordinato e omogeneo di regole, che risponde adeguatamente alle fondamentali esigenze di natura giuridica che la materia poneva (certezza del diritto, art. 47 Carta di Nizza, libertà di movimento, di scambio delle merci, di capitali e di prestazione di servizi). Come ribadito più volte dagli organi UE, l’efficacia del sistema richiede il costante impegno politico ed il sostegno di tutte le parti interessate, senza che vengano compromessi l’accessibilità, la flessibilità, la trasparenza, la qualità

---

<sup>278</sup> Cfr. considerando 6, regolamento 524/2013/UE.

<sup>279</sup> Cfr. considerando 7, regolamento 524/2013/UE.

<sup>280</sup> Cfr. art. 5, comma 2, regolamento 524/2013/UE.

<sup>281</sup> Invero, l’art. 1 di tale direttiva qualifica come “insopprimibile” il diritto individuale di esercitare la tutela delle proprie posizioni mediante l’accesso al sistema giudiziario statale. Per un commento alla suddetta norma di diritto comunitario v. S. COPPOLA, *Il consumatore europeo: dalla tutela storica alla direttiva ADR*, in P. CENDON - C. PONCIBÒ (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014, p. 703-730.

del processo decisionale e la rapidità degli organismi ADR rientranti nell'ambito di applicazione qui in esame, facendo leva sull'adesione attiva delle parti in conflitto per pervenire alla formazione di un assetto di interessi equo, tenendo conto dei reciproci interessi<sup>282</sup>.

Il dibattito che ha condotto all'emanazione di tale disciplina è stato avviato nel 2012 e ha conosciuto diverse opposizioni, in particolare da parte dei Paesi Bassi e della Germania. Nel Parere motivato della Prima Camera dei Paesi Bassi erano state sollevate obiezioni riguardo sia alle molteplici problematiche che sarebbero potute sorgere in materia di diritto internazionale privato, sia al mancato rispetto del principio di sussidiarietà, poiché non appariva sufficientemente motivata la necessità di procedere ad un'armonizzazione di questo tipo, atteso che nello Stato già esisteva un valido sistema di composizione delle controversie non ancorato alla legislazione, ma fondato sull'autoregolamentazione e la cooperazione volontaria delle parti interessate. In Germania, il parere motivato del *Bundesrat*, pur condividendo la scelta della Commissione di prevedere il ricorso alla risoluzione alternativa delle controversie come metodo di implementazione della legislazione di protezione dei consumatori, suggeriva di limitare tuttavia il campo di applicazione della normativa alle controversie transfrontaliere, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

La piattaforma ODR è gratuita e facile da usare<sup>283</sup> e collega tutti gli organismi ADR che gli Stati membri hanno accreditato presso la Commissione Europea in ottemperanza alla Direttiva ADR. Essa consente, inoltre, di ottenere informazioni generali sull'ADR e sui relativi organismi competenti a trattare le controversie *on line*, poiché mette a disposizione degli utenti una guida telematica sulle modalità di presentazione dei reclami per suo tramite.

Quanto al suo funzionamento, la procedura predisposta sulla piattaforma ODR<sup>284</sup> si

---

<sup>282</sup> Così F. MANCINI, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., p. 18.

<sup>283</sup> Accessibile al link <https://webgate.ec.europa.eu/odr>.

<sup>284</sup> In tema v. G. VISCONTI, *Tutela dei consumatori. Controversie "online" fra i consumatori ed i professionisti. Piattaforma ODR europea*, in PMI, n. 3/2016, p. 45-51; V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5/2012, p. 315-

articola fondamentalmente in quattro fasi:

1. creazione e invio del reclamo;
2. accordo sull'organismo di risoluzione;
3. trattamento del reclamo da parte dell'organismo di risoluzione;
4. soluzione e chiusura del reclamo.

La piattaforma ODR è un organismo *super partes* giacché tratta reclami presentati sia dai consumatori che dai professionisti; nondimeno, nella maggioranza delle ipotesi essa consente, *in primis*, al consumatore di presentare il reclamo. Quest'ultimo si compone di tre sezioni (una contiene le informazioni personali dell'istante; un'altra l'indicazione dei dati della controparte; l'ultima la descrizione dell'oggetto della controversia, cui si possono allegare anche eventuali documenti probatori) e si deve presentare per via telematica, mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione Europea. Non appena compilato e inserito sulla piattaforma, il reclamo viene ulteriormente inviato *on line* alla controparte *professional*.

Entro i successivi trenta giorni la controparte deve decidere se partecipare al procedimento o meno; in caso di scelta positiva è tenuta a proporre, a sua volta, al consumatore un organismo ADR inserito nell'elenco presente sulla piattaforma ODR; e se il consumatore concorda la piattaforma trasferisce automaticamente il reclamo all'organismo individuato (in mancanza di accordo, invece, il reclamo non sarà trattato ulteriormente). L'organismo di risoluzione delle controversie alternativo prescelto ha tre settimane per decidere se ha la competenza - *ratione materiae* e *ratione personae* - per trattare il reclamo, per informare le parti in proposito (potrebbe contattarle anche se avesse bisogno semplicemente di ulteriori informazioni prima di assumere le proprie determinazioni) e, infine, per proporre una soluzione entro novanta giorni dalla data di presentazione del reclamo, informandone debitamente le parti<sup>285</sup>.

---

316; G. CAPILLI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie: dalle ADR alle ODR*, in Aa.Vv., *Annali* 2010/2011. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza.

<sup>285</sup> Ai sensi dell'art. 5, comma 4, regolamento 524/2013/UE, "la piattaforma ODR ha le funzioni

Ai sensi dell'art. 10 del regolamento 524/2013/UE, “*un organismo ADR che ha accettato di trattare una controversia conformemente all'articolo 9 del presente regolamento:*

*a) concludere la procedura ADR entro il termine di cui all'articolo 8, lettera e),*

---

seguenti: a) mettere a disposizione un modulo di reclamo elettronico che può essere compilato dalla parte ricorrente conformemente all'articolo 8;

- b) informare del reclamo la parte convenuta;
- c) individuare l'organismo o gli organismi ADR competenti e trasmettere il reclamo all'organismo ADR cui le parti hanno concordato di rivolgersi, a norma dell'articolo 9;
- d) proporre uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta alle parti e all'organismo ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia mediante la piattaforma ODR;
- e) fornire alle parti e all'organismo ADR la traduzione delle informazioni che sono necessarie per la risoluzione della controversia e che sono scambiate tramite la piattaforma ODR;
- f) mettere a disposizione un modulo elettronico tramite il quale gli organismi ADR trasmettono le informazioni di cui all'articolo 10, lettera c);
- g) mettere a disposizione un sistema di commenti (feedback) che consenta alle parti di esprimere il proprio punto di vista sul funzionamento della piattaforma ODR e sull'organismo ADR che ha trattato la loro controversia;

h) rendere pubblico quanto segue:

- I. informazioni generali sull'ADR quale mezzo extragiudiziale di risoluzione delle controversie;
- II. informazioni sugli organismi ADR inseriti in elenco conformemente all'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11/UE che sono competenti a trattare le controversie oggetto del presente regolamento;
- III. una dettagliata guida *online* sulle modalità di presentazione dei reclami tramite la piattaforma ODR;
- IV. informazioni, incluse le modalità di contatto, sui punti di contatto ODR designati dagli Stati membri conformemente all'articolo 7, paragrafo 1, del presente regolamento;
- V. dati statistici sui risultati delle controversie trasmesse agli organismi ADR tramite la piattaforma ODR”.

*della direttiva 2013/11/UE;*

*b) non impone la presenza sica delle parti o dei loro rappresentanti, a meno che le sue norme procedurali prevedano tale possibilità e le parti siano d'accordo;*

*c) trasmette senza indugio le seguenti informazioni alla piattaforma ODR:*

*i) la data di ricevimento del fascicolo relativo al reclamo;*

*ii) l'oggetto della controversia;*

*iii) la data della conclusione della procedura ADR;*

*iv) l'esito della procedura ADR;*

*d) non è tenuto a condurre la procedura ADR tramite la piattaforma ODR”.*

Tutti gli organismi di risoluzione delle controversie elencati sulla piattaforma ODR<sup>286</sup> offrono procedure extragiudiziali e sono sottoposti a specifici controlli per garantire il soddisfacimento degli *standards* imposti a livello dell'UE, nonché all'accreditamento ed alla registrazione presso le *authorities* nazionali a ciò preposte (in Italia, il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero della giustizia, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e l'approvvigionamento idrico, la CONSOB, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Banca d'Italia e così via a seconda dell'ambito di competenza)<sup>287</sup>. L'elenco presente sulla piattaforma ODR fornisce informazioni

---

<sup>286</sup> Attualmente, sono più di un centinaio gli organismi di ADR presenti in 17 Paesi membri, ma, molto sorprendentemente, non sono disponibili organismi ADR per alcuni settori e nei seguenti Paesi: Croazia, Romania e Spagna.

<sup>287</sup> In Italia, ad oggi, l'elenco degli organismi ADR presenti sulla piattaforma è il seguente:

a) ADR Center SRL;

b) Arbitro Bancario Finanziario (ABF);

c) Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF);

generali, contatti e una serie di informazioni specifiche di ciascun organismo ADR ivi presente:

- 
- d) Borlaw - Organismo di mediazione;
  - e) Camera di Commercio del Molise; f) Concilia SRL; g) Conciliareonline.it/CTCU;
  - h) Istituto Nazionale per la Mediazione e l'Arbitrato – INMEDIAR;
  - i) Negoziazione paritetica ENEL;
  - j) ODCEC Medi;
  - k) Organismo ADR A2A SPA – Associazione dei Consumatori;
  - l) Organismo ADR conciliazione paritetica ENI – Associazione dei Consumatori;
  - m) Organismo ADR Edison e Associazione dei Consumatori del CNCU;
  - n) Organismo di conciliazione paritetica Consorzio Netcomm – Associazione dei Consumatori;
  - o) Organismo di conciliazione paritetica FASTWEB SPA – Associazione dei Consumatori;
  - p) Organismo di conciliazione paritetica H3G SPA – Associazione dei Consumatori;
  - q) Organismo di conciliazione paritetica Poste Italiane SPA – Associazione dei Consumatori;
  - r) Organismo di conciliazione paritetica TIM Telecom Italia SPA – Associazione dei Consumatori;
  - s) Organismo di conciliazione paritetica Trenitalia SPA – Associazione dei Consumatori;
  - t) Organismo di conciliazione paritetica Vodafone Italia SPA – Associazione dei Consumatori;
  - u) Organismo di conciliazione paritetica Wind Telecomunicazioni SPA – Associazione dei Consumatori;
  - v) Risolvi Online.com – Camera Arbitrale di Milano;
  - w) Servizio Conciliazione Clienti Energia;
  - x) SICOME SC;
  - y) Sportello di Conciliazione della Camera di Commercio, industria, artigianato, agricoltura di Cosenza;
  - z) Sportello di Conciliazione della Camera di Commercio, industria, artigianato, agricoltura di Napoli.

- a) i settori di competenza;
- b) i soggetti che possono avviare la controversia;
- c) il Paese in cui deve essere stabilito il professionista;
- d) le informazioni sulla procedura.

Al professionista che opera *on line* è fatto obbligo di:

- 1) informare i consumatori in merito all'esistenza della piattaforma ODR e alla possibilità di ricorrervi per la risoluzione delle loro controversie;
- 2) fornire il *link* elettronico alla piattaforma ODR sul proprio sito *web* e se l'offerta è fatta via posta elettronica, tramite questa;
- 3) comunicare al consumatore il proprio indirizzo *e-mail* e le stesse informazioni nelle condizioni generali applicabili ai contratti di vendita e di servizi *on line*<sup>288</sup>.

Il sempre più diffuso e frequente utilizzo di *marketplace* (*in primis* Amazon ed eBay) ha portato a chiedersi se siano soggetti a tali obblighi non soltanto i siti che gestiscono la piattaforma *e-commerce*, ma anche i singoli venditori che vi operano, con le notevoli conseguenze dal punto di vista pratico che ciò comporterebbe.

Nel gennaio 2017 questa tematica è stata oggetto in Germania di un interessante contrasto giurisprudenziale tra le Corti distrettuali di Dresda e di Coblenza: la prima<sup>289</sup> era stata adita da un'associazione di consumatori, la quale aveva denunciato una società tedesca che vendeva i propri prodotti attraverso Amazon per l'assenza sia di qualsiasi informazione per i propri clienti sulla possibilità di accedere alla piattaforma ODR, sia della necessaria indicazione del relativo *link*. La corte ha sorprendentemente rigettato il ricorso sancendo che, nonostante la *ratio* della previsione di cui all'art.14

---

<sup>288</sup> Conformemente all'art. 13, direttiva 2013/11/UE, all'art. 14, regolamento 524/2013/ UE ed al considerando 30, regolamento 524/2013/UE.

<sup>289</sup> Cfr. *Oberlandesgericht Dresden*, sentenza del 17 gennaio 2017, ref. 14 U 1462/16.

del Regolamento sia prevalentemente quella di rendere note al maggior numero possibile di consumatori l'esistenza e la disponibilità della piattaforma ODR, l'obbligo di inserire il riferimento ed il *link* sorge in capo al singolo venditore soltanto per il proprio portale di *e-commerce*, altrimenti, nel caso di utilizzo di *marketplaces*, grava esclusivamente in capo al *provider* della piattaforma di vendita (nel caso concreto Amazon). La seconda corte<sup>290</sup>, in ordine ad una controversia con il medesimo oggetto, ha stabilito in senso diametralmente opposto, che anche tutti venditori che offrono in vendita i propri prodotti *on line* per mezzo di piattaforme di *marketplace* (nel caso concreto eBay) sono soggetti ai descritti obblighi ex art.14 del regolamento 524/2013/UE.

La questione potrà risolversi soltanto tramite il ricorso all'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia Europea, tuttavia nelle more i professionisti che utilizzano piattaforme di *marketplace* dovrebbero tenere un atteggiamento prudentiale non soltanto quando impieghino le proprie piattaforme di vendita, ma anche quando concludano transazioni commerciali B2C per mezzo di *marketplace*. In quest'ottica, al fine di agevolare le imprese al rispetto degli obblighi suelencati, gli uffici competenti della Commissione europea hanno reso disponibili quattro modelli di *web banner* cliccabili per il collegamento alla piattaforma ODR e che possono essere pubblicati dalle imprese sui propri siti *web*; per facilitare anche le operazioni di pubblicazione dei *web banner*, è disponibile un documento (in versione pdf e in versione xlsx) con il codice html per i quattro diversi formati di *banner* nelle ventitré lingue dell'UE, insieme con l'URL della piattaforma ODR - il quale è composto da tre colonne: la prima indica la lingua, la seconda le dimensioni del *banner* e la terza il codice in html). L'impresa, dopo aver scelto il *web banner* più adatto alle proprie esigenze, per farlo comparire sul proprio sito *web* deve semplicemente copiare e incollare il contenuto della terza colonna.

In ogni caso, il regolamento 524/2013/UE affida ai singoli Stati membri l'elaborazione della disciplina sanzionatoria necessaria, proporzionata, effettiva e dissuasiva,

---

<sup>290</sup> Cfr. *Oberlandesgericht Koblenz*, sentenza del 25 gennaio 2017, ref. 9 W 426/16.

applicabile in caso di violazione<sup>291</sup>; tuttavia attualmente l'Italia non ha ancora adottato le prescritte norme applicative e sanzionatorie.

Alla Commissione UE spetta il compito di vigilare e di coordinare il corretto funzionamento del sistema e dell'esecuzione delle procedure di reclamo, ad ogni modo presso ogni Stato membro è stato istituito un punto di contatto ODR (il c.d. "sportello nazionale"), i cui consulenti hanno il compito di fornire tutte le informazioni sul funzionamento della piattaforma e sulle procedure applicate dagli organismi ADR, e di assistere i consumatori nella presentazione del reclamo attraverso la piattaforma ODR. Il punto di contatto ODR, istituito in Italia presso il Ministero delle attività produttive ha anche il compito di informare il consumatore sugli ulteriori mezzi di ricorso, laddove non sia possibile risolvere il reclamo attraverso la piattaforma<sup>292</sup>.

### ***7.3 Criticità del regolamento 524/2013/UE***

Il regolamento 524/2013/UE appare anzitutto eccessivamente legato alla precedente direttiva direttiva 2013/11/UE, rappresentando di fatto una sorta di appendice della stessa, poiché i ricorsi sono devoluti solamente ad organismi ADR<sup>293</sup>.

Inoltre, la piattaforma ODR elaborata a livello comunitario non sembra offrire adeguata protezione alle parti, specialmente al consumatore: in tal senso la natura contrattuale della procedura, nonché il carattere non vincolante degli atti con cui si conclude la controversia possono compromettere l'efficacia e il successo del sistema.

Il fatto che sia necessario il consenso di entrambe le parti sia per il suo avvio, che per l'individuazione dell'organismo ADR competente costituisce sicuramente un aspetto problematico, poiché in una situazione conflittuale potrebbe essere difficile raggiungere un accordo anche su questi elementi. Né appare opportuna la rimessione

---

<sup>291</sup> Cfr. art 18, Regolamento 524/2013/UE.

<sup>292</sup> Come stabilito dall'art. 7, regolamento 524/2013/UE.

<sup>293</sup> V. E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., p. 13.

dell'esecuzione della proposta transattiva unicamente alla volontà delle parti.

Il regolamento concede la possibilità di ricorrere alle procedure ODR esclusivamente in astratto, senza aver previsto incentivi adeguati per indurre le parti ad utilizzarle e al successivo *enforcement*. Se il consumatore o il professionista nutrono diffidenza verso l'ottemperanza dell'altra parte, probabilmente non saranno invogliati nemmeno ad avviare un tentativo di risoluzione della controversia.

Una soluzione possibile sarebbe l'elaborazione di veri e propri sistemi di *feedback* e *trustmark*, già introdotti, come abbiamo visto nel primo capitolo, in altre piattaforme virtuali con risultati positivi. Grazie ad essi le parti – specialmente i professionisti – sono incentivati verso una costruttiva partecipazione a tali procedure risolutive e alla successiva esecuzione effettiva delle eventuali proposte transattive, come mezzo per preservare e promuovere la propria reputazione ed affidabilità sul *web*<sup>294</sup>.

I cc.dd. *reputation management systems* sono dei *software* pubblici, dunque facilmente accessibili per la massa dei consumatori telematici, che possono così denunciare atteggiamenti biasimevoli e diffondere opinioni negative sul professionista. Quest'ultimo per difendersi da *rating* può ricorrere soltanto al rimedio privato consistente nell'intentare i cc.dd. *reputational claims* per la rimozione del *feedback*, ma molto più facilmente (così come ha dimostrato la prassi) accetterà di partecipare ad una mediazione. I *trustmark*, invece, sono degli strumenti che segnalano ai consumatori chi sono i professionisti affidabili, e sono spesso esposti sui siti internet

---

<sup>294</sup> In tema si rinvia a P. CORTES (a cura di), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford, 2016, p. 31 ss.; Id., *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, cit., p. 61 ss.; C. RULE, *Online Dispute Resolution for Business. For E-Commerce, B2B, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*, San Francisco, 2002, p. 105 ss.; T. WETTER, *Consumer Health Informatics. New Services, Roles, and Responsibilities*, New York, 2016, p. 76 ss.; L.M. PONTE - T.D. CAVENAGH, *Cyberjustice. Online Dispute Resolution (ODR) for E-commerce*, cit., p. 138 ss.; I. RAMSAY, *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Portland, 2012, *passim*; G. CALLIESS - P. ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, Oxford, 2010, p. 156 ss.; S. YUTHAYOTIN, *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce. A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanism*, New York, 2015, p. 229 ss.; O. DILLING - M. HERBERG - G. WINTER, *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transaction*, Portland, 2008, p. 225 ss.; Z.S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford, 2015, p. 337 ss.

dei professionisti medesimi.

Altro aspetto di criticità del regolamento è la limitazione dell'ambito applicativo dello stesso, così come indicato nell'art. 2: si fa riferimento soltanto alle controversie concernenti “*obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi online tra un consumatore residente nell'Unione e un professionista stabilito nell'Unione*”. In tale modo sono sostanzialmente escluse, *ratione personae*, le controversie B2B, mentre, *ratione materiae*, le liti attinenti i contratti di vendita o di servizi conclusi *off line*. La dottrina non ha mancato di criticare tale scelta del legislatore UE, atteso che le procedure di ODR appaiono pienamente applicabili e soprattutto estremamente utili anche nelle controversie che investono *offline disputes* (concernenti rapporti nati al di fuori dell'ambiente telematico). Gli elementi caratteristici del sistema (annullamento di ogni divisione spaziale tra le parti, asincronicità della procedura, economicità, rapidità possono condurre alla realizzazione di esiti conciliativi con maggiori vantaggi e minor dispendio di energie e di tempo, non soltanto nell'ambito dell'*e-commerce*, ma anche nel contesto delle contrattazioni nelle forme tradizionali<sup>295</sup>.

Oltre a quanto finora evidenziato, occorre notare che la piattaforma ODR promossa dall'UE svolge un ruolo meramente passivo di semplice intermediario tra le parti e l'organismo ADR da esse selezionato per suo tramite. Questo ne limita le funzioni, oltre a condizionare negativamente la durata e i costi relativi alla procedura (le parti devono sottoporsi, infatti alle tariffe previste dagli organismi ADR); sarebbe dunque auspicabile l'introduzione di strumenti ODR totalmente automatizzati, fondati ad esempio su *solution set database* completamente gratuiti (*expert systems* cioè che si aggiornano costantemente sulla base dei casi sottoposti e raccomandano quelli che sulla base delle statistiche sono gli accordi transattivi più idonei a risolvere il caso

---

<sup>295</sup> V. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., p. 31-44: “*nelle procedure di ODR l'assenza di parti che si fronteggiano ... consente di placare gli istinti emozionali più forti*”.

individuato), sul modello di *SquareTrade's Direct Negotiation*<sup>296</sup>, già adottato proficuamente da e-Bay.

I fornitori di ODR selezionati per l'Italia offrono un ventaglio di procedure piuttosto limitato e basilare poiché non adottano *technology-based ODR mechanisms*, ma soltanto *technology-assisted ODR mechanism*, volti unicamente a facilitare lo svolgimento della procedura per mezzo di strumenti di comunicazione più rapidi, quali *chat* ed *e-mail*. Questo impedisce l'effettivo sfruttamento di tutte le potenzialità innovative della piattaforma ODR, che viene così relegata ad una mera categoria di ADR, ancillare allo svolgimento del procedimento piuttosto che artefice dello stesso, cosa che invece si presta a poter fare.

#### **8. Verso un ODR globale: il lavoro del Working Group III**

La Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), istituita dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1966, promuove la progressiva armonizzazione e unificazione del diritto commerciale internazionale allo scopo di raggiungere la massima efficienza e prevedibilità e ridurre i costi di transazione per le iniziative imprenditoriali transnazionali<sup>297</sup>. La Commissione è composta da sessanta Stati che ne determinano i progetti e i programmi e creano degli appositi gruppi di lavoro, assegnati a settori specifici di ricerca e sviluppo. Tutti i membri hanno la possibilità di voto in ciascun gruppo; inoltre gli Stati non membri della Commissione e le organizzazioni governative internazionali possono partecipare

---

<sup>296</sup> Sul punto si rinvia a G. KAUFMANN-KOHLER - T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague, 2004, p. 12 ss.; T. KUBOTA, *Cyberlaw for Global E-Business: Finance, Payments, and Dispute Resolution*, New York, 2008, p. 203.

<sup>297</sup> Vedi THE UNCITRAL GUIDE: BASIC FACTS ABOUT THE U.N. COMM'N ON INT'L TRADE LAW, disponibile su [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/06-50941\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/06-50941_Ebook.pdf).

e intervenire alle riunioni pur non godendo del diritto di voto. Dalla sua istituzione, UNCITRAL ha preparato un'ampia gamma di convenzioni, leggi modello, guide legislative e altri strumenti che trattano il merito e diritto processuale nell'ambito del commercio transnazionale.

Durante la riunione del giugno 2000 tenutasi a New York, la Commissione ha proceduto ad uno scambio preliminare di opinioni e proposte in merito all'inclusione di un sistema ODR globale nel suo futuro programma di lavoro. In questa sede gli Stati hanno osservato che i tradizionali meccanismi di contenzioso, compreso il contenzioso giudiziario, erano inadeguati per affrontare controversie transfrontaliere – sorte a seguito di transazioni *e-commerce* - di basso valore/alto volume, a causa dell'elevato costo del contenzioso, nonché del dispendio di tempo, eccessivi in relazione al valore della transazione in controversia; inoltre il contesto transfrontaliero faceva sorgere ulteriori difficoltà in materia di giurisdizione e legge applicabile. In tale prospettiva sarebbe stato utile valorizzare il ricorso a soluzioni alternative delle controversie *online*: poiché le parti accettano volontariamente di utilizzare la procedura ODR e il sistema incorpora principi sostanziali da applicare nella risoluzione delle controversie, l'uso di questo meccanismo avrebbe potuto aggirare ed evitare le questioni altamente controverse su giurisdizione e legge applicabili legali che altrimenti si sarebbero presentate.

Durante la sessione di New York del luglio 2010, la Commissione ha discusso la portata dei lavori da intraprendere: inizialmente era stato osservato che il campo di applicazione avrebbe dovuto essere limitato alle sole transazioni B2B, attesa la difficoltà ad affrontare ed armonizzare le questioni relative alla protezione dei consumatori, giacché le leggi e le politiche di protezione dei consumatori variavano significativamente da Stato a Stato. Erano state fissate *issues* specifiche tra le quali “*si segnalano quelle relative all'imparzialità e indipendenza del neutral, della riservatezza della procedura e delle comunicazioni elettroniche, del settlement della controversia, del diritto applicabile e dell'enforcement*”<sup>298</sup>. Era stato inoltre affermato

---

<sup>298</sup> Testualmente, F. SBORDONE, *L'UNCITRAL e l'edificazione di un Global ODR System*, in E. Minervini (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., p. 65.

che i lavori in tale settore avrebbero dovuto essere condotti con estrema cautela al fine di evitare indebite interferenze con la legislazione sulla protezione dei consumatori.

L'UNCITRAL ha infine affidato il compito di ricercare soluzioni ODR al Gruppo di lavoro III (*Working Group III*), con l'incarico di lavorare specificamente su questioni relative "alle transazioni nel commercio elettronico transfrontaliero, comprese le transazioni *business-to-business* e *business-to-consumer*". In questa sede era stato espresso il parere che, nell'attuale contesto elettronico, le transazioni che coinvolgono i consumatori costituiscono una parte significativa delle relazioni commerciali transfrontaliere che avvengono tramite l'uso della tecnologia. La Commissione ha concluso che, sebbene l'ambito di lavoro intrapreso debba essere attentamente progettato per non pregiudicare i diritti dei consumatori, sarebbe possibile sviluppare un insieme generico di regole applicabili a entrambi i tipi di transazioni (*business-business* e *business-to-consumer*).

Il Gruppo di lavoro III ha avviato dunque un processo di elaborazione di un sistema di norme giuridiche che faciliterà l'uso crescente dei meccanismi ODR necessari per garantire la rapida risoluzione e l'applicazione transfrontaliera delle controversie B2B e B2C di basso valore economico, ma di volume elevato. Nel suo progetto, il *Working Group III* ha deciso di seguire un piano di sviluppo in quattro fasi per produrre strumenti per ODR: in primo luogo procedere alla creazione di regole procedurali per facilitare l'ODR; in secondo luogo, fornire dei principi sostanziali standard per la definizione dei casi; in terzo luogo, elaborare un allegato sui requisiti minimi per i fornitori di ODR al fine di aiutare i consumatori; infine l'elaborazione di un meccanismo di *enforcement* transfrontaliero.

Il Segretariato delle Nazioni Unite ha provveduto a distribuire la bozza aggiornata delle regole procedurali accelerate da utilizzare come base per la discussione del gruppo di lavoro: da un lato si ribadisce che le regole di risoluzione delle controversie online UNCITRAL (*Rules*) sono destinate all'applicazione nel contesto di transazioni transfrontaliere di basso valore e ad alto volume condotte in tutto o in parte mediante l'uso di mezzi elettronici di comunicazione; dall'altro si specifica che tali regole sono destinate ad operare in combinazione con una struttura di risoluzione delle

controversie *online* composta da determinati documenti (allegati alle *Rules* e parte delle stesse):

- a) Linee guida per i fornitori di sistemi di risoluzione delle controversie online;
- b) Regole supplementari per i *providers* di sistemi di risoluzione delle controversie online;
- c) Linee guida e requisiti minimi per l'individuazione di persone imparziali;
- d) Principi giuridici sostanziali per la risoluzione delle controversie;
- e) Meccanismo di *enforcement* transfrontaliero;

Il *Working Group III* ha posto innanzitutto l'accento sul problema della barriera linguistica<sup>299</sup> che impedisce alle imprese e ai consumatori di comunicare in modo efficace tra di loro, notando però i grandi progressi compiuti in questo settore, poiché vi sono piattaforme – quali eBay e Google – che offrono attualmente ampi servizi di traduzione *online*<sup>300</sup>.

Alla riunione di New York del 23-27 maggio 2011, il Gruppo di lavoro III ha rivisto la sua prima bozza di norme procedurali che regolano le transazioni commerciali transfrontaliere. Tali bozze di regole procedurali erano generiche e potevano applicarsi ugualmente sia alle transazioni B2B che a quelle B2C, a condizione che entrambe abbiano la caratteristica comune di essere di basso valore.

Inoltre, il Gruppo di lavoro III ha riaffermato l'uso di un processo in tre fasi da svolgersi interamente *on line* sulla piattaforma ODR (comprese le comunicazioni tra le parti):

- 1) la c.d. *technology enabled negotiation*: il soggetto che dato avvia alla procedura (*claimant*) ed il *respondent* negoziano direttamente la controversia sulla

---

<sup>299</sup> U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, *Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the Work of its Twenty-Second Session*, U.N. Doc. A/CN.9/716 (17 gennaio 2011) [di seguito *Report of Working Group III, Twenty-Second Session*].

<sup>300</sup> Vedi *Cos'è Google Translate?*, GOOGLE, <http://translate.google.com/about/index.html>; EBAY, <http://www.ebay.com>.

piattaforma ODR, senza l'intervento di alcuna terza parte neutrale;

- 2) la c.d. *facilitated settlement*: se le parti non hanno raggiunto una composizione amichevole della lite nella prima fase, l'ODR *administrator* nomina un *neutral adjudicator* con lo scopo di aiutare le parti ad addivenire ad un accordo; se ciò dovesse essere strettamente necessario, potrà anche avviare e condurre una fase istruttoria;
- 3) la *final stage*, sulla quale, tuttavia, il *Working Group III* ancora oggi discute in merito a natura ed effetti, dibattendo su una conclusione:
  1. vincolante, mediante la c.d. *binding arbitration phase* prevista dalle cc.dd. *rules Track I*, cui le parti devono aderire già al momento della conclusione della transazione online a cui la procedura si riferisce, sottoscrivendo telematicamente un'apposita clausola non abusiva – poiché non può e non deve impedire al consumatore di ricorrere al proprio giudice naturale – che autorizza il *neutral* ad emettere - entro dieci giorni dalla conclusione infruttuosa della fase facilitativa - *ex aequo et bono* e/o in conformità agli usi commerciali un lodo arbitrale vincolante per le parti con efficacia di “cosa giudicata”, succintamente motivato sulla base dei fatti e delle circostanze allegati dalle parti nelle fasi precedenti;
  2. non vincolante: conformemente alle cc.dd. *rules Track II*, verrebbe formulata dal *neutral* una “raccomandazione” non vincolante, che però potrebbe divenire vincolante per le parti in ragione dell'accettazione (*agree; option I*) oppure essere spontaneamente eseguita da una o da entrambe le parti (*option II*), pur senza essere stata accettata nell'ambito della procedura di ODR.

È stato suggerito che limitando gli sforzi conciliativi di una persona indipendente e neutrale competente nella seconda fase, l'imparzialità del soggetto neutrale e l'integrità del processo sarebbero preservate, facilitando così l'uso della stessa persona nella seconda e terza fase del processo.

Di recente si è aperto un dibattito da parte di chi suggerisce che si potrebbe ottenere un risultato sostanzialmente identico utilizzando semplicemente un processo a due fasi

in cui una seconda fase, designata come fase di “conciliazione - arbitrato” combinerebbe la seconda e la terza fase. In base a questo processo, un soggetto neutrale che soddisfi gli standard di competenza, indipendenza e imparzialità, e a cui sarebbe vietato avere discussioni *ex parte*, tenterebbe inizialmente la conciliazione e procederebbe all’arbitrato se la conciliazione non dovesse avere successo<sup>301</sup>.

Il futuro e auspicato avvento del sistema globale di ODR sopra descritto, potrebbe sconfiungere definitivamente le immotivate - ma persistenti - diffidenze verso i sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla tradizionale tutela giudiziale dei diritti<sup>302</sup>; specialmente con riferimento alle transazioni di modesta entità che avvengono *online* e *crossborder* (anche extra- UE).

Nell’ottica di un bilanciamento tra rischi e utilità, prevale ancora nella visione dei consumatori e dei professionisti, il *favor* per i sistemi di ODR “endogeni”, ossia completamente inclusi nella piattaforma *web* sulla quale si è conclusa la transazione commerciale *de quo* perché celeri, poco costosi e di immediata ed effettiva attuazione, spontaneamente osservata dalle parti (*c.d. self-executing*)<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> Queste cosiddette procedure “web-arb” sono flessibili e possono essere adattate per soddisfare le diverse esigenze. Vedi R. FULLERTON, *Med – Arb and its Variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals*, 65DISP. RESOL. J. 52 (2010); K. M. BLANKLEY, *Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality When the Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case*, 63 BAYLOR L. REV. 317 (2011); B. C. BARTEL, *Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential*, 27 WILLAMETTE L. REV. 661 (1991).

<sup>302</sup> Sul punto si rinvia a G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, pp. 75 ss.

<sup>303</sup> Cfr. F. SBORDONE, *L’UNCITRAL e l’edificazione di un Global ODR System*, cit., p. 66 ss.

### **8.1 Osservazioni sull'anatomia di un modello di ODR globale**

Nello sviluppo di un sistema rapido per ODR è importante tenere in adeguata considerazione la posizione di tutte le parti interessate. Pertanto, lo sviluppo di un modello a più *stakeholder* non è solo auspicabile, ma anche necessario perché il sistema abbia successo<sup>304</sup>.

Gli *stakeholder* interessati comprendono:

- agenzie pubbliche (in quanto redattori di *policies*, legislatori e autorità di regolamentazione);
- consumatori;
- fornitori di ODR.

All'interno di questa classificazione delle parti interessate possono sussistere differenze nei bisogni e negli interessi dei sottogruppi. Ad esempio, quando sono coinvolte rivendicazioni di alto valore/basso volume, le parti interessate (indipendentemente dal fatto che siano professionisti o consumatori) necessitano - e nella maggior parte dei casi utilizzeranno - sofisticate procedure di risoluzione delle controversie. Viceversa, quando sono coinvolte rivendicazioni di basso valore/alto volume, nella maggior parte dei casi occorrerà coinvolgere le parti interessate (indipendentemente dal fatto che siano professionisti o consumatori) e utilizzare procedure di risoluzione delle controversie più rapide, a basso costo e meno sofisticate. Occorrerà incorporare all'interno del sistema ODR opzioni che offrano a tutti gli *stakeholder* la possibilità di utilizzare un processo rapido, semplificato ed economico

---

<sup>304</sup> L. DEL DUCA, *Options for Low Value/High Volume & High Value/Low Volume Claims*, PROPOSALS FOR THE 11TH INTERNATIONAL ONLINE DISPUTE RESOLUTION FORUM (9 settembre 2011), <http://www.odr2012.org/node/14> (commento in risposta a Z. LOEBL, *Discussion on pre-dispute binding arbitration agreement*, PROPOSALS FOR THE 11TH INTERNATIONAL ONLINE DISPUTE RESOLUTION FORUM (26 luglio 2011), disponibile su <http://www.odr2012.org/node/14>).

per richieste di basso valore/alto volume, oppure un processo più lento, sofisticato, costoso, ma più dettagliato per richieste di alto valore/basso volume.

Il gruppo di lavoro *ERI Commerce Redress Interchange* (ECRI) ha proposto un modello di comunicazione standardizzato per facilitare la crescita di sistemi ODR globali<sup>305</sup>. La proposta include informazioni testuali localizzate per lingua, ma anche comunicazioni grafiche e audio appropriate. Il gruppo di lavoro ha osservato che lo standard ECRI può essere incorporato con strumenti di traduzione automatica - quali i servizi di traduzione improntati da eBay, che fornisce traduzioni online istantanee in 16 lingue, e da Google, che traduce online istantaneamente in 58 lingue - per offrire la massima flessibilità alle parti nella scelta del metodo di comunicazione più opportuno.

Un secondo gruppo composto da venti organizzazioni non governative (ONG) e da un membro del Parlamento europeo<sup>306</sup> ha presentato una proposta al *Working Group III* della Commissione delle Nazioni Unite sul diritto commerciale internazionale (vd. *supra*). La proposta raccomanda la creazione di una serie completa di codici standardizzati per i casi di contestazione, codici che dovrebbero essere numerici e

---

<sup>305</sup> Z. LOEBL, C. RULE & V. ROGERS, *The E-Commerce Claims Redress Interchange Working Group Standards Proposal*, ECRI WORKING GROUP (2010), <http://www.odr2012.org/files/ECRIstandard.doc> [di seguito *E-Commerce Claims Redress Interchange*].

<sup>306</sup> Le ONG partecipanti e i membri del Parlamento europeo sono: The American National Standards Institute; Arbeitsgruppe Rechtsinformatik, Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Universität Wien; Centro di negoziazione e mediazione della Facoltà di giurisprudenza presso l'UNAM (Messico); Centro per studi socio-legali, Università di Oxford; ADR.eu; Tribunale arbitrale ceco; Chartered Institute of Arbitrators (Singapore) Limited; Divisione Risoluzione delle controversie, Council of Better Business Bureau, Inc.; Facoltà di Giurisprudenza, Potchefstroom Campus, Northwest University, Potchefstroom, Sud Africa; Gould Negoziazione e programma di mediazione, Stanford Law School; Forum Internet di Hong Kong; Istituto degli arbitri di Hong Kong (HKI Arb); Istituto di diritto commerciale, Penn State Dickinson School of Law; Istituto di diritto e tecnologia, facoltà di giurisprudenza, Università di Masaryk; Associazione internazionale per la gestione commerciale e dei contratti (IACCM); Università degli affari esteri della Cina; ODR Latino America; La facoltà di giurisprudenza dell'Università di Leicester; Universitat Oberta de Catalunya (Spagna); Zuzana Roithova (membro del Parlamento europeo); il Centro nazionale per la risoluzione delle controversie e della tecnologia; e la Pace Law School. Vedi anche PACE LAW SCH. Inst. DEL DIRITTO COMMERCIALE INT., ET. AL., Creazione di un sistema di scambio di dati per la risoluzione delle controversie online transfrontaliera, nota presentata alla comunicazione U.N. su legge internazionale, gruppo di lavoro III, 23d Sess. 24-24 maggio 2011, disponibile all'indirizzo <http://www.odr2012.org/files/system.docx> (nota non adottata dal Gruppo di lavoro III).

dovrebbero fornire la riparazione nelle controversie sorte da transazioni *e-commerce* di basso valore e volume elevato. Questi codici faciliterebbero la comunicazione tra le parti che non condividono un linguaggio comune fornendo un riferimento certo per poter esprimere le loro rimostranze e i loro desideri.

La proposta afferma che lo spiegamento iniziale deve essere di portata limitata, concentrandosi su quattro casi principali: 1) beni / servizi non consegnati; 2) merci / servizi non ordinati; 3) merce / servizi diversi da come descritto; 4) regolamento non rispettato. Questi quattro casi potranno poi essere accresciuti gradualmente man mano che il sistema si sviluppa.

Nonostante i vari progetti in corso, attualmente nel panorama globale esistono sistemi per la risoluzione delle controversie *online* ancora abbastanza sconnessi e non coordinati tra di loro. Per rispondere in modo più efficace alla sfida del rimedio globale e della protezione dei consumatori è chiaramente necessario un sistema ODR più ampio e coordinato, con meccanismi efficienti per comunicare procedure standardizzate, dettagli sui casi transnazionali e modalità efficaci per far rispettare i risultati.

Facciamo riferimento al lavoro di alcuni studiosi<sup>307</sup> che hanno fatto un compendio dei vantaggi e dei punti di forza dei sistemi ODR (pubblici e privati) attualmente esistenti, nel tentativo di descrivere l'anatomia di un ODR globale, inteso come un sistema globale per le controversie scaturite dalle transazioni del commercio elettronico transfrontaliero.

---

<sup>307</sup> L. DEL DUCA, C. RULE E Z. LOEBL, *Facilitating Expansion of Cross-Border E- Commerce - Developing a Global Online Dispute Resolution System (Lessons Derived from Existing ODR Systems – Work of the United Nations Commission on International Trade Law)*, in Penn State Journal of Law & International Affairs, Volume 1- Issue 1, aprile 2012.

Il funzionamento di un sistema ODR transfrontaliero implica che i programmi ODR che partecipano al sistema dovranno adottare specifiche politiche di cooperazione: soddisfare criteri coerenti e operare secondo regole simili; essere accreditati o revisionati dagli enti nazionali di regolamentazione prima della loro partecipazione; essere assistiti da centri di consumo interconnessi che forniscano linee guida ai consumatori e possano sensibilizzare i venditori *online* nazionali; incorporare degli standard procedurali ODR comuni sulle modalità di comunicazione per tutti i fornitori di ODR e per le organizzazioni di protezione dei consumatori, al fine di facilitare la risoluzione direttamente tra le parti e mediante mediazione / arbitrato di terzi; operare come un'unica piattaforma *online*, implementando un linguaggio ODR comune.

Qualsiasi futuro sistema ODR transfrontaliero deve fornire:

- regole e standard ODR comuni minimi per i fornitori di ODR e i neutrali e per gli arbitri e mediatori, ovvero i risultati del lavoro del *Working Group III UNCITRAL III*;
- un'infrastruttura ODR transfrontaliera che interconnette tutti gli *stakeholder* ODR;
- modalità disponibili per istituire e integrare delle “Regole ODR minime comuni” e delle “Regole ODR transfrontaliere di interconnessione delle strutture”, sostenendo allo stesso tempo la creazione di vari programmi ODR su base globale o regionale in competizione e complementari l'un l'altro.

Un tale meccanismo di risoluzione transfrontaliera sarà possibile soltanto se esiste un sistema complementare che consenta ai vari *stakeholder* (ad esempio agenzie governative, acquirenti e venditori, fornitori di servizi di risoluzione delle controversie *online*, entità coinvolte nell'esecuzione dei risultati ecc.) di scambiarsi informazioni in tempo reale e in più lingue. Un sistema di scambio di informazioni siffatto non dovrà fornire la valutazione del caso o l'applicazione dei risultati, ma consentirà soltanto di condividere in modo efficiente i dati sulle controversie in tutto il mondo in più lingue diverse.

Occorrerà innanzitutto creare una struttura comune dei dati, utilizzata, controllata e concordata da tutti i partecipanti al sistema, che descriverà ogni singolo dato incluso per ciascun caso, insieme a tipi, alle lunghezze e ai collegamenti dei dati specifici.

I partecipanti concorderanno poi su una serie completa di codici standardizzati per i tipi di controversie, come componente necessaria della struttura dei dati. Questi codici includeranno anche i codici di motivazione e risoluzione, nonché quelli utilizzati dalle parti nelle fasi di negoziazione e di risoluzione autodefinita delle controversie. Questi codici dovranno essere numerici e correlarsi ad ogni tipo comune di controversia e modalità di risoluzione, in modo da descriverne la natura esatta. Faciliteranno enormemente la comunicazione tra le parti che non condividono un linguaggio comune, perché la semplice conoscenza dei numeri dei codici e dei loro significati sarà adeguata per comprendere gli aspetti più importanti del caso. A tal fine potrebbe essere utilizzata la struttura standard di codici ideata dall'ECRI (vd. *supra*).

Inizialmente, le strutture di dati saranno sviluppate per semplici casi basati sui fatti come i seguenti: 1) beni / servizi ordinati ma non consegnati; 2) beni / servizi non ordinati; 3) beni / servizi diversi da come descritti; e 4) il regolamento non è stato rispettato. Queste strutture iniziali di dati saranno quindi potenziate passo dopo passo man mano che il sistema si sviluppa. Un sistema associato consentirà un aggiornamento rapido, senza interruzioni e continuo delle strutture di dati.

Le amministrazioni locali, a loro volta, dovranno fornire un'architettura essenziale non solo per la risoluzione delle controversie transfrontaliere sul commercio elettronico, ma anche per un'efficace *enforcement* transfrontaliero. Le strutture dati comuni consentiranno l'interconnessione dei sistemi di ricorso pubblici e privati, componente essenziale dell'*enforcement* transfrontaliero attraverso tutti i canali di pagamento e gli intermediari di Internet.

Dovrà, poi, essere creato un *database* di casi globale e / o regionale da rendere disponibile a tutti i partecipanti al sistema tramite servizi *web*, in modo che i casi possano essere condivisi volontariamente tra i dispositivi di rete di tutto il mondo. Ad oggi, la condivisione delle informazioni avviene su base *ad hoc* tra i vari gruppi, ma questi sono sistemi di sovrapposizione incompatibili, solitamente elaborati tra i singoli dispositivi di rete. Questa nuova architettura consentirà, invece, uno scambio

istantaneo tra tutti i partecipanti al sistema, nonché una visione universale dei casi in tutto il mondo.

Oltre alle funzioni principali sopra descritte, l'“ODR Data Exchange” può assumere gradualmente ruoli e responsabilità aggiuntivi. Ad esempio, potrebbe ideare un sistema di informazione per i compratori, grazie al quale gli acquirenti del *web* potranno apprendere i loro diritti, le opportunità dell'ODR e tutte le altre informazioni disponibili.

Si potrebbe creare poi una piattaforma di scambio dei dati sulle negoziazioni automatizzate affinché le parti possano tentare di risolvere i propri problemi amichevolmente prima di rivolgersi a un fornitore di ODR per il regolamento delle controversie o l'arbitrato agevolati. Tale risoluzione delle controversie auto-diretta assistita dovrebbe ridurre significativamente il numero di casi che richiedono l'intervento di terzi neutrali per la composizione della lite, come evidenziato dalle statistiche dei fornitori ODR globali privati come eBay.

Se si ottenesse un forte coordinamento internazionale su base globale o regionale, questa iniziativa potrebbe persino diventare un unico punto di ingresso nell'ambiente ODR transfrontaliero per acquirenti e venditori, offrendo un servizio universale rappresentato da un logo globale, cosicché gli acquirenti insoddisfatti potrebbero semplicemente fare “click” sul logo visualizzato sul sito *web* del venditore per ottenere un accesso semplice ed immediato al rimedio per i consumatori.

Il sistema potrebbe, inoltre, facilitare la gestione di una Camera di compensazione centrale che gestisca le finanze necessarie per rendere autosufficiente il procedimento di ricorso: i proventi raccolti dai commercianti *online* per l'utilizzo del logo ODR possono essere aggregati dalla Camera di compensazione centrale e distribuiti in modo appropriato a tutti i partecipanti al sistema, sotto il monitoraggio di questa. Il logo globale faciliterebbe anche la partecipazione dei venditori *online* al sistema e ne coprirebbe i costi amministrativi, insieme ai piccoli contributi regolari dei venditori *online* su scala globale.

L'“ODR Data Exchange” potrebbe anche aiutare i fornitori ODR a gestire il processo e sviluppare dei registri finanziari, nonché consentire la risoluzione delle controversie mantenendo la riservatezza e la protezione dei dati dei propri utenti.

Oltre a un'infrastruttura di scambio di dati, qualsiasi sistema ODR globale richiede una rete di fornitori di servizi per facilitare e decidere effettivamente i casi. È stato proposto un progetto per un'iniziativa privata pilota basata sulle regole ODR e altri documenti in preparazione del Gruppo di lavoro III<sup>308</sup>:

- Partecipazione. La partecipazione al progetto pilota sarà aperta a qualsiasi ente di regolamentazione e organizzazione di consumatori e / o fornitori di ADR / ODR a seguito di input e / o approvazione da parte dei rispettivi regolatori nazionali. Nel sistema futuro, i fornitori di ADR / ODR gestiranno i casi e le organizzazioni dei consumatori forniranno orientamenti ai consumatori e si metteranno in contatto con i venditori online nazionali coinvolti per assicurare la loro ampia partecipazione all'ODR transnazionale.
- Piattaforma infrastrutturale ODR. La piattaforma infrastrutturale ODR transfrontaliera sarà pilotata come un insieme di servizi ai fornitori ADR / ODR partecipanti e possibilmente ai centri di consumo; la piattaforma stessa non sarà un fornitore di ODR ma fornirà i suoi servizi ai fornitori ODR partecipanti. Il servizio sarà sviluppato da un team internazionale di esperti tecnici con il contributo di regolatori nazionali, centri di consumo e fornitori di ODR.
- Pubblicazione di uno standard di “comunicazione aperta” e dei minimi “requisiti tecnici” - Comunicazione delle modifiche. Coerentemente con quanto sopra, alla conclusione del progetto pilota, gli esperti tecnici finalizzeranno e pubblicheranno uno standard di comunicazione aperta e i requisiti tecnici minimi in modo che i futuri fornitori di ODR siano in grado di implementare le proprie soluzioni ODR uniche in conformità con le

---

<sup>308</sup> Cfr. Commissione delle Nazioni Unite sul diritto commerciale internazionale, gruppo di lavoro III, risoluzione delle controversie online per le transazioni di commercio elettronico transfrontaliero: bozze di regole procedurali, A / CN.0 / WG.III / WP.109 (27 settembre 2011 ) [di seguito Draft Procedural Rules]; vedi anche U.N. Comm. su Diritto commerciale internazionale, Rapporto del Gruppo di lavoro III (Risoluzione delle controversie online) sul lavoro della ventitreesima sessione, ¶ 140, Documento U.N. A / CN.9 / 721 (3 giugno 2011) (prendendo nota dei criteri minimi per l'accreditamento di fornitori di ODR e neutrali, principi legali sostanziali e appendice sull'attuazione) [di seguito Relazione del gruppo di lavoro III].

pubblicazioni specifiche. Dovrebbe inoltre essere previsto il dovere di ogni utente di comunicare tutte le integrazioni o le modifiche dello standard di comunicazione al team di servizio e il diritto del team di servizio di pubblicare integrazioni e / o modifiche selezionate come aggiornamenti dello standard di comunicazione pubblicato.

- Regole supplementari del fornitore. I fornitori ODR partecipanti saranno in grado di prevedere regole supplementari, che completino le regole ODR senza, però, entrare in conflitto con queste.
- Monitoraggio e conferma dei costi – Prevenzione della compravendita dei fori. Il progetto pilota tratterà e confermerà i costi del mantenimento della piattaforma infrastrutturale ODR transfrontaliera e ogni specificazione, nonché i modi migliori per prevenire il cd. “forum shopping” e la scelta selettiva tra i fornitori di ODR partecipanti.
- Localizzazione degli standard di comunicazione. I partecipanti alla piattaforma accetteranno di circoscrivere gli standard di comunicazione nella loro lingua e di incoraggiare l’uso delle regole ODR UNCITRAL nei loro rispettivi paesi.
- Incoraggiare la partecipazione all’ODR transnazionale – “Opting – in” caso per caso o partecipazione pubblica formale. Un ruolo dei fornitori di ODR partecipanti (compresi i centri di consumatori pubblici e privati e i programmi di marchi di fiducia) sarà incoraggiare i venditori *online* idonei a sviluppare e partecipare all’ODR transnazionale come pratica commerciale standard e per fornire un prezioso servizio ai clienti. Le imprese possono optare per l’ODR transfrontaliero, caso per caso o attraverso la partecipazione formale e pubblica a vari programmi ODR e / o di marchi di fiducia.

## **9. *Delocalizzazione della procedura ODR e Internet jurisdiction***

I procedimenti ODR rappresentano un fenomeno integralmente interno al *web* e non sono, dunque, legati ad un preciso ambito spaziale di operatività. La tendenza sembra

essere quella di una loro completa delocalizzazione che li rende inevitabilmente “impermeabili” all’applicazione di un sistema di norme - sostanziali e procedurali -, previsto a livello statale o sovrastatale (ad esempio diritto UE)<sup>309</sup>. In questo contesto, la rinuncia non solo alla giurisdizione dello Stato, ma anche al diritto sostanziale nazionale dipende dalla nascita spontanea di una specifica tipologia di risoluzione alternativa delle controversie telematica, come strumento semplice, ma efficace di regolazione dei rapporti sorti nell’ambito del mercato digitale. La devoluzione della competenza a giudici statali – ovviamente vincolati dal proprio ordinamento di appartenenza – per le controversie sorte sul *web*, o l’utilizzo di sistemi di risoluzione comunque esterni all’ambiente virtuale, ovvero il ricorso ad autorità terze (sempre però esecutrici ed interpreti di un ordinamento nazionale) sono ormai impraticabili nell’opinione pubblica dei cc.dd. *cybernauti*, poiché rappresentano non soltanto un disvalore, ma anche una diseconomia in termini di costi e di tempo<sup>310</sup>.

Internet è un fenomeno che ha dimostrato di essere in grado di autoalimentarsi e di trovare in se stesso leggi, giurisdizioni e risorse proprie che prevalgono e respingono drasticamente gli ordinamenti nazionali. Da un punto di vista giuridico, l’“economia della piattaforma” sta ridisegnando il modo di comprendere e svolgere le transazioni, e i regimi giuridici esistenti non sono attualmente in grado di fornire soluzioni regolatrici uniche; gli interventi finora operati spaziano da approcci normativi tradizionali, ad altri che promuovono l’autoregolamentazione, dando origine ad uno scenario frammentato e incoerente. L’ “economia della piattaforma” richiede una nuova generazione di regolamentazione (cc.d.. “regolazione 2.0” o “Regulation.com”), basata sulla trasparenza delle informazioni e su un regime di responsabilità fondato sull’archiviazione dei dati da parte della piattaforma.

Il decentramento di Internet, poi, ha consentito la diffusione di organismi privati di autocontrollo che collaborano con le autorità pubbliche ma, al contempo, elaborano di propria iniziativa codici di autoregolamentazione e norme comportamentali autogene

---

<sup>309</sup> P. PACILEO, *On line dispute resolution: “la piattaforma UE” come nuovo modello di Internet jurisdiction*, in *Iusdicere in a globalized world*, vol.2, RomaTrE-press, 2018.

<sup>310</sup> In argomento si rinvia a F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., p. 32 ss.

(le cc.dd. *netiquette*)<sup>311</sup>.

Di fatto si sta registrando l'emersione di un nuovo quadro di *governance* che trova il suo punto focale nell'autoregolamentazione spontanea delle piattaforme digitali, una *governance* questa che emerge dal basso verso l'alto: dalla valutazione degli utenti agli standard di qualità che questi creano. Di conseguenza, in un sistema autosufficiente come quello virtuale, un servizio ODR si può configurare come una tipologia di *internet jurisdiction* affidabile ed innovativa che mette in crisi il diritto privato internazionale esistente. Il sistema di risoluzione delle controversie *online* può strutturarsi in una procedura precostituita, ossia nell'ambito di codici di condotta già predisposti a cui l'impresa *web* aderisce ed essere previsto e descritto già nelle condizioni generali del contratto concluso *on line*; e, soprattutto, può essere operativa anche nella eventuale fase della messa in esecuzione dell'accordo cui si dovesse pervenire. Può essere sia proponibile dalla medesima piattaforma elettronica su cui si negoziano i beni e/o i servizi (ad esempio, eBay), sia da un sito specializzato, che predisponga appositamente strumenti ODR esterni a quello che gestisce la piattaforma e con cui eventualmente quest'ultimo provveda a realizzare una *partnership*. Nel primo caso, l'obiettivo principale delle piattaforme non è quello di offrire un modello ODR di successo, ma piuttosto di fornire una sede per la risoluzione delle controversie come complemento organico alle transazioni che avvengono tramite la medesima piattaforma. Questi luoghi "integrati" per la risoluzione delle controversie costituiscono un meccanismo di *enforcement* separato non soltanto dal sistema giudiziario, ma anche da manifestazioni più generiche di risoluzione extragiudiziale. L'integrazione della risoluzione delle controversie all'interno della piattaforma intermediaria può creare un monopolio di fatto sull'*enforcement*: in un ambiente

---

<sup>311</sup> L. MARINI, *op. cit.*, p. 16, sostiene che tali norme, cui gli operatori del mercato telematico sono vincolati in virtù dell'interesse comune e superiore al funzionamento del sistema, seppur non sanzionabili da parte di un'Autorità, sono completamente equiparabili agli imperativi categorici espressi dalla legge scritta. In argomento v. anche C. SANSOTTA, *Nozioni di informatica*, Raleigh, 2011, *passim*; G. ZICCARDI, *Etica e informatica. Comportamenti, tecnologie e diritto*, Milano, 2009, *passim*; Id., *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, tomo II, Milano, 2008, p. 29 ss.; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, p. 100-101.

fondato sulla fiducia, le piattaforme *online* stanno mettendo in atto un meccanismo di *enforcement* per esclusione, giacché le parti delle transazioni sono portate a tenere un comportamento collaborativo (sia durante le transazioni che nell'eventuale fase di risoluzione delle controversie) sotto la minaccia dell'esclusione dalla piattaforma mediante la rimozione della quotazione o la cancellazione della registrazione. Così laddove l'accessibilità, la velocità e il basso costo di questi rimedi li rendono attraenti per gli utenti e costituiscono il loro punto di forza, le piattaforme possono effettivamente competere con la struttura esecutiva fornita dallo Stato.

La sfida del giurista che opera nella realtà virtuale è quella di mettere in atto un impegno concreto – pur senza prescindere dalle necessarie teorizzazioni sulle vie da seguire – che porti ad una sistemazione del diritto sparso del commercio elettronico, nella consapevolezza che le categorie dommatiche non possono valere *tout court* quando sono riferite alla fenomenologia “telematica”<sup>312</sup>. È vero, infatti, che è stato dimostrato che nessun diritto nazionale appare adeguato a disciplinare il contratto elettronico, tuttavia quest'ultimo non può essere sottratto a regole giuridiche, ma si può pensare di regolarlo sulla base di una nuova *lex mercatoria* dei *computers*<sup>313</sup>, che

---

<sup>312</sup> Illuminante è la riflessione elaborata da S. SICA, *Commercio elettronico e categorie civilistiche: un'introduzione*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 5, mentre acutamente P. RESCIGNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 18, rileva la “crisi” dello Stato quale fonte di produzione del diritto nella società odierna e sollecita una revisione dell'intero sistema, ed in particolare dell'intera gerarchia delle fonti.

<sup>313</sup> G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2002, p. 50 ss., coglie l'apprezzabile tentativo dei giuristi impegnati nell'esame del fenomeno telematico di ricostruire, attraverso il richiamo alla *lex mercatoria*, il processo di formazione del diritto applicabile in Internet con particolare riferimento all'autoregolazione (*contra*, T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, pp. 37 ss.), impendendo la loro esclusione da uno scenario regolamentare in cui prevalga la spinta autoregolativa del mercato telematico. In particolare, P. RESCIGNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 18, osserva opportunamente che, rispetto al *favor* per l'applicazione alle attività svolte nel c.d. cyberspazio di un insieme di norme regolatrici che dovrebbero essere assolutamente tipiche e completamente autonome, creando, pertanto, una sorta di regolamentazione transpaziale, la *lex mercatoria*, oggi intesa anche come tutela del consumatore, del contraente debole, può ricevere un significativo arricchimento da queste innovative tecniche regolamentari dell'autodisciplina, riconosciute ormai dalla maggior parte degli operatori del diritto compatibili con la possibilità di una concertazione. Nasce, di conseguenza, un diritto che pur traendo origine “*da valutazioni, necessità e regole maturate nell'ambito di ciascuna classe*,”

introduca un diritto comune di Internet, da intendersi come l'insieme delle pratiche e degli usi accettate dalle Corti, dietro le indicazioni dei governi, degli utenti e dell'industria telematica<sup>314</sup>.

In questo contesto le piattaforme *online* assurgono al ruolo di veri e propri legislatori, che sviluppano e offrono proprie soluzioni normative. Si tratta di una nuova forma non legale di regolamentazione in cui le piattaforme (ma anche, in minima parte, le aziende e gli utenti) generano spontaneamente nuove regole, basate in gran parte su meccanismi di reputazione e fiducia, attraverso i quali vengono forniti *feedback* e valutazione sui servizi utilizzati e sui prodotti acquistati sul *web*. I sistemi di reputazione si presentano come una forma nuova per affrontare e regolamentare i fallimenti del mercato e i problemi legati all'informazione asimmetrica, al di fuori di qualsiasi procedura legale. Questo soprattutto nei casi in cui i *rating* degli utenti sono utilizzati come segno di riferimento per la risoluzione di controversie private nell'ambito di una procedura di risoluzione della controversia incorporata nella stessa piattaforma di *e-commerce*.

Sotto la pressante spinta dell'economia contemporanea – continuamente in profondo mutamento – le trasformazioni giuridiche e il rinnovamento delle categorie tradizionali non avvengono mediante la legge, bensì tramite il contratto. Questa società post-regolatrice perché a suo agio nelle transazioni svolte al di fuori dai quadri legali e normativi tradizionali non esige una mera *deregulation*, ma una regolamentazione basata sull'autoregolamentazione che funga da delega per nuove forme di *governance* transnazionale: una *governance* attraverso il contratto (strumento che governa l'“economia della piattaforma”) e, quindi, una *governance* del contratto.

L'applicazione della *lex mercatoria* al commercio elettronico è un fenomeno già in

---

*categoria o gruppo, poi cerca un proprio compimento, una propria integrazione nel dialogo e nell'intesa con gruppi antagonisti o conviventi nella realtà sociale, indipendentemente da posizioni di conflitto o di coincidenza di interessi”.*

<sup>314</sup> La *lex mercatoria* che si ricava dalla legislazione comunitaria aiuta a modernizzare il diritto civile orientandosi verso la tutela non soltanto dell'impresa, ma anche del consumatore, come evidenziato da P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 11.

atto: sue fondamentali manifestazioni sembrano essere costituite dall'estrema oggettivazione dello scambio (mediante pratiche uniformi che indirizzano il diritto anche attraverso le scelte tecnologiche). Da questo deriva il rischio che le problematiche giuridiche - legate, ad esempio, alla tutela del contraente più debole per un aumento illimitato di consumatori a cui la personalizzazione dei prodotti può portare, e volte a colmare il deficit di protezione che caratterizza a tutt'oggi l'operatore non professionale nei rapporti contrattuali informatici - possano essere ritenute secondarie rispetto alla necessità di incrementare in ogni modo lo sviluppo del commercio elettronico.

Pertanto, non è più procrastinabile la creazione di uno specifico diritto sovranazionale, che costituisca un ordinamento indipendente, a cui sottoporre Internet: una sorta di *lex electronica* come originale tipo di *jurisdiction* che crei una disciplina uniforme al riparo dall'ingerenza di qualsiasi ordinamento giuridico statale e che assicuri certezza del diritto nei settori internazionali del commercio, del credito, del trasporto e della finanza<sup>315</sup>.

In tal senso, la dottrina nordamericana ha coniato la nozione di *lex informatica* per indicare quell'insieme di scelte tecniche, legate alla commistione tra norme giuridiche e tecniche, che si traducono in un sistema di regole parallelo e che impongono determinati comportamenti agli operatori telematici. Questa *lex informatica* si caratterizza per non essere una regolamentazione diretta e pubblica, bensì priva di qualsiasi collegamento con i sistemi giuridici statuali, implicita e celata nella tecnica; ciononostante potrebbe costituire lo strumento più efficace per risolvere i problemi giuridici legati alla diffusione dell'informatica, proprio per il ricorso alle norme tecniche che ne garantisce un facile controllo e una semplice attuazione<sup>316</sup>.

Nei rapporti tra privati le scelte tecniche condizionano fortemente quelle giuridiche, specialmente per quanto riguarda la formazione e la dichiarazione della volontà

---

<sup>315</sup> Così L. MARINI, *Il commercio elettronico. Profili di diritto comunitario*, Padova, 2000, p. 8.

<sup>316</sup> G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 45, apprezza la sensibilità dimostrata dalla dottrina nordamericana nell'occuparsi delle problematiche che investono i diritti fondamentali degli individui.

contrattuale: la tendenza del commercio elettronico è quella di “proceduralizzare” i contratti informatici e di oggettivare gli scambi; questa contrattualistica uniforme basata tutta sulla tecnica, esalta la centralità del contratto quale strumento di innovazione giuridica, in cui le opzioni sono predefinite, il consenso viene espresso con un “click” e i moduli, i formulari e i meccanismi tecnici di verifica della manifestazione della volontà sono elaborati in formato digitale.

Alla fine di questa analisi, possiamo concludere con una *summa* delle peculiarità che un futuro e sviluppato sistema ODR dovrebbe presentare:

- rinuncia alla legge e alla giurisdizione statale nella ricerca delle soluzioni alle controversie sorte sul *web*;
- composizione amichevole degli interessi;
- omogeneizzazione delle modalità di conclusione del contratto *on line* e dei modelli di risoluzione di una controversia che ha ad oggetto il medesimo contratto;
- assenza completa della fase dell'accertamento di diritti e responsabilità;
- spontanea e volontaria adesione dei singoli<sup>317</sup>.

L'emersione delle ODR ha portato alla formazione di un modello di *friendly law* che può risolvere qualsiasi asimmetria tra le fasi contrattuale e patologica, minando all'origine ogni pregiudizio allo sviluppo dei rapporti economici in rete, giacché al suo interno le relazioni economiche possono non soltanto manifestarsi, ma anche trovare la loro composizione nell'eventualità che sorga una controversia. Questo modello si caratterizza per operare all'interno di ambiente autonomo come quello digitale, in continua trasformazione e che plasma inevitabilmente la società, intesa come comportamenti degli utenti, e al tempo stesso limita e definisce l'ambito di intervento delle molteplici leggi statali al di fuori della loro competenza giurisdizionale territoriale.

---

<sup>317</sup> P. PACILEO, op.cit., p. 624.



## CONCLUSIONI

Al termine del presente lavoro appare opportuno fare una *summa* delle sfide e delle questioni legislative - legate allo sviluppo tecnologico e, in particolare al commercio elettronico - che rimangono ancora insolute. Alcune di esse sono state evidenziate nel corso della trattazione, con l'individuazione di possibili soluzioni e dei tentativi posti in essere dai legislatori nazionali e sovranazionali.

Un primo, fondamentale, problema è la qualificazione giuridica delle piattaforme digitali. Esse infatti rifuggono ogni regime di responsabilità per le condotte distorsive poste in essere dai propri utenti e, per tale ragione, sottolineano di non instaurare alcun rapporto di *agency* con le parti: si definiscono “meri facilitatori” e mai intermediari nell'incontro della volontà delle parti. Ma se è vero che effettivamente le piattaforme digitali forniscono gli strumenti necessari per facilitare la conclusione delle transazioni tra gli utenti - i quali poi gestiscono autonomamente i propri rapporti -, è anche vero che il loro intervento è spesso invasivo, nella misura in cui le piattaforme prevedono requisiti e condizioni di accesso al sistema, gestiscono i pagamenti *online* e intervengono sia durante che dopo la conclusione delle transazioni per prevenire/risolvere le controversie che possono insorgere tra le parti. Una questione importante è proprio quella di definire in che termini le piattaforme rispondono delle condotte abusive dei propri utenti; nonostante l'immunità da responsabilità concessa da diversi ordinamenti (direttiva *e-commerce* UE, Sezione 230 negli USA), sono gli stessi intermediari digitali a cercare di prevenire questi rischi e ad attivarsi direttamente nella successiva fase risolutiva, con la creazione di sistemi ODR. Occorrerebbe un intervento volto a definire, nello specifico, il regime di responsabilità delle piattaforme *online*, tenuto conto della loro ingerenza e del ruolo che in concreto svolgono.

Infatti, se è vero che l'“economia della piattaforma” e, in generale, l'*e-commerce*, hanno dimostrato di sapersi autoregolamentare, poiché le dinamiche intrinseche che li definiscono e la loro caratteristica di continua mutevolezza possono rendere

inadeguate la regolamentazione dei legislatori, nonché il ricorso alle autorità giudiziarie, rimane comunque necessario un intervento autoritativo che limiti le condotte distorsive e definisca degli standard comportamentali, nel quadro di un regime flessibile, che non freni la crescita del mercato digitale.

Per assicurare un elevato grado di protezione dei consumatori nel mercato digitale e superare gli ostacoli all'affermazione ed alla diffusione dello strumento di ODR appare dirimente e decisivo un ulteriore intervento dei legislatori (a livello statale, ma soprattutto sovrastatale) che superi gli attuali tentativi normativi alquanto limitati, generici e sporadici.

L'innovativa piattaforma ODR UE, prevista dal regolamento 524/2013/UE, dovrebbe essere imposta come strumento di risoluzione delle controversie totalmente autonomo, in grado di modificare i sistemi e le modalità di elaborazione delle risoluzioni tradizionali. Soprattutto, dovrebbe essere aperta alle sperimentazioni di *automated negotiation or blind bidding*, *multi-variable resolution optimization programs*, *software as mediator or software based mediation* e *solution set databases*, sul modello delle forme di ODR statunitensi. A questi possono affiancarsi i sistemi di *ODP guarantees* (ovvero *Online Dispute Prevention Guarantees*), quali, ad esempio, i meccanismi di *peer pressure* oppure di *credit card charge back*, volti a tutelare il consumatore preventivamente per evitare che sorgano eventuali controversie.

È ormai improcrastinabile e urgente un cambiamento nel modo di intendere lo strumento ODR: non già una tipologia di procedura assistita caratterizzata dalla presenza di un terzo che coadiuva le parti nel perseguimento del medesimo risultato (*assisted negotiation*), ma un'innovativa procedura automatica in cui un sistema di intelligenza artificiale (il c.d. *blind bidding*, ossia “modello di offerta al buio”) semplifica l'incontro delle posizioni negoziali in contrasto e la composizione delle controversie, sulla base della disponibilità delle parti - preventivamente manifestata qualora esse concordino sull'*an debeat*ur e il conflitto sorga unicamente in ordine al *quantum* - a raggiungere un accordo entro un lasso temporale predeterminato ed entro un margine differenziale rispetto alla somma offerta da ciascuno per la risoluzione

della vicenda<sup>318</sup>. Un *software* che funziona in questo modo offre due notevoli vantaggi: il primo, di natura operativa, è rappresentato da economicità, velocità e praticità; il secondo, di stampo psicologico, è costituito dalla tutela assicurata alle parti, poiché si garantisce loro il riserbo sull'entità delle proprie richieste ed una fase negoziale che non necessita di colloqui diretti con controparte.

La forma dell'accordo cui si addiunge al termine della procedura ODR non può risolversi in una semplice modalità di manifestazione delle dichiarazioni delle parti. Le categorie tradizionali non offrono un'adeguata qualificazione della forma elettronica che utilizza il *web* come canale di diffusione delle dichiarazioni dei soggetti attraverso l'invio *on line*, in quanto non è forma verbale né forma scritta, perché non impressa su un supporto durevole<sup>319</sup>. È necessaria dunque una qualificazione dell'istituto, conformemente al fenomeno descritto recentemente da autorevole dottrina e definito come "neoformalismo" (rinascita del formalismo, sulla base di un eccesso di generalizzazione e sintesi)<sup>320</sup>.

In prospettiva, il ruolo della piattaforma ODR<sup>321</sup> - che nel contesto socio-giuridico-economico italiano è stata introdotta da poco più di un anno - appare decisivo e fondamentale. Infatti, nel nostro Paese, da un lato, la penetrazione dell'*e-commerce* nel 2015 è stata del 4% (in media quattro volte inferiore al dato emerso in altre realtà commerciali concorrenti come Gran Bretagna, Francia e Germania) e, dall'altro però,

---

<sup>318</sup> Cfr. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., p. 18 ss., il quale precisa che "nel modello di transazione automatica, l'accordo è concluso allorché le offerte delle parti, come modificate nella fase del rilancio, siano comprese, entrambe, nel margine differenziale rispetto all'importo da ultimo offerto, cui ciascuna parte ha dimostrato disponibilità a rinunciare. L'accordo è, quindi, concluso per un valore che rappresenta la media aritmetica degli importi da ultimo reciprocamente offerti".

<sup>319</sup> V. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., p. 40.

<sup>320</sup> Sul punto si rinvia a S. SICA, *Forma, autonomia privata e negozio giuridico*, in G. AUTORINO - S. SICA, *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, Salerno, 2007, pp. 123 ss.

<sup>321</sup> In tema v. G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 35 ss.; G. BRIGANTI, *La mediazione problem solving e trasformativa nelle controversie civili e familiari, anche in ambito telematico*, Tricase, 2014, p. 66 ss.

nel medesimo periodo il tasso di crescita è stato del 17% (decisamente superiore agli altri Paesi citati, in cui il mercato, invero, ha ormai raggiunto uno stadio di maturità). È necessario però anche il supporto di una corretta *policy* aziendale (sono ancora pochi i professionisti che hanno adeguato i loro siti *web* alle indicazioni contenute nel Regolamento 524/2013/UE), nonché dell'introduzione di ulteriori strumenti istituzionali volti ad eliminare gli ostacoli alla diffusione dell'ODR.

Tali ostacoli sono legati ad una limitata offerta, promozione e conoscenza dello strumento, alla presunta ed infondata incompatibilità di questa tipologia di procedura con i sistemi di *civil law* ed alla atavica paura e diffidenza, verso un qualcosa di estremamente nuovo, cui non si è preparati, e che già attanaglia, invero, l'ADR, di cui l'ODR dovrebbe costituire l'evoluzione.

Pertanto, facendo tesoro del lavoro intrapreso dal Working Group III dell'UNCITRAL sarebbe auspicabile un intervento normativo a livello transnazionale che promuova procedure obbligatorie di ODR<sup>322</sup>, superando la frammentazione dei modelli già esistenti<sup>323</sup>. Un tale lavoro ci si augura che sconfigga definitivamente le persistenti ed in larga parte ormai immotivate diffidenze nei confronti dei sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla tradizionale tutela giudiziale dei diritti.

---

<sup>322</sup> Così E. MINERVINI, *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in Id. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., pp. 45 ss.

<sup>323</sup> In argomento si rinvia a C. MENICHINO, *Art. 19, d.lg. 70/2003 (Composizione delle controversie)*, in G. FINOCCHIARO - F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milanofiori Assago (MI), 2014, p. 798 ss.; G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, p. 35 ss.; G. CAPILLI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie: dalle ADR alle ODR*, in Aa.Vv., *Annali 2010/2011. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza. Università Telematica "Giustino Fortunato"*, Torino, 2010-2011, p. 51-64.

## BIBLIOGRAFIA

### In lingua italiana

AMADORI, A., *Adr e arbitrato in Italia: disciplina codicistica ed ambiti applicativi*, Ostuni, 2012.

ANDREOLA, E., *Profili di responsabilità civile del motore di ricerca*, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 2/2012.

ARAGUENA, G., *Sospensione di un account su eBay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6/2012.

ATELLI, M. – ATERNO, S. – CACCIARI, A. - CAUTERUCCIO, R., *Codice dell'amministrazione digitale. Commentario*, Roma, 2008.

AUTORINO, G. - NOVIELLO D. – TROISI C., *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna (RN), 2014.

BELISARIO, E., *La nuova pubblica amministrazione digitale. Guida al codice dell'amministrazione digitale dopo la legge n. 69/2009*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2009.

BRIGANTI, G., *La mediazione problem solving e trasformativa nelle controversie civili e familiari, anche in ambito telematico*, Tricase, 2014.

BRUNI, A., *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale. Tecniche e casistica*, Santarcangelo di Romagna, II ed., 2011.

BUGLIOLACCHI, L., *(Di- s) orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. Civ. Prev.*, n. 7-8/2010.

CAMMAROTA, G., *Le modifiche al Codice dell'amministrazione digitale (Commento a D.lgs. 4 aprile 2006, n. 159)*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2006.

CAPILLI, G., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie: dalle ADR alle ODR*, in *Aa.Vv., Annali 2010/2011. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza. Università Telematica "Giustino Fortunato"*, Torino, 2010-2011.

CASSANO, G., *Google v. Vividown: responsabilità “assolute” e fine di Internet*, in *Dir. fam.*, n. 4/2010.

CASTORINA, E., *Il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005): il differimento dell'entrata in vigore e gli “atti di indirizzo e coordinamento”*, in *Dir. Inf.*, n. 3/2005.

CLARIZIA, R., *Il documento informatico sottoscritto: alcune note a margine del codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. internet*, n. 3/2005.

COPPOLA, S., *Il consumatore europeo: dalla tutela storica alla direttiva ADR*, in P. CENDON - C. PONCIBÒ (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014.

CORRADINO, M. - STICCHI DAMIANI, S., *ADR e mediazione*, Torino, 2012.

COSÌ, G. - ROMUALDI, G., *La mediazione dei conflitti. Teoria e prativa dei metodi ADR*, Torino, 2012.

CUFFARO, V., (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, III ed., 2012, p. 1295; M. Vietti, *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2013, p. 1487; V.C. La Sorte, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, Padova, 2016.

CUOMO, A. - FUCCILLO, G., *La mediazione e le altre procedure ADR: brevi considerazioni*, Castellammare di Stabia, 2011.

DE FRANCESCHI, A., *The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy* (2016) *EuCML* 56, 57-58.

DE GIOVANNI, E., *Il “Codice dell'amministrazione digitale”*: prime impressioni, in *Dir. internet*, n. 3/2005.

DE LEO, F., *Sospensione dell'account da parte di Ebay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*, in *Resp. Civ. Prev.*, n.6/2013.

DELFINI, F., *D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82: il codice dell'amministrazione digitale*, in *Contr.*, n. 8-9/2005.

DRAETTA, U., *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001.

FINOCCHIARO, G., *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in AA.VV., *Il contratto telematico*, a cura di V.

RICCIUTO - N. ZORZI, in *Trattato di diritto comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XXVII, Padova, 2002.

FIORIGLIO, G., *I diritti dei cittadini e delle imprese nel codice dell'amministrazione digitale*, in *Riv. dir. econ. e gestione delle nuove tecnologie*, n. 2/2006.

ISONI, C. – CARIA, C. - ELIA, P. - TANTALO, L., *Negoziazione, mediazione, conciliazione, arbitrato forense e ADR dei consumatori*, Roma, 2016.

MANCINI, F., *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli, 2016.

MARINI, L., *Il commercio elettronico. Profili di diritto comunitario*, Padova, 2000.

MENICHINO, C., *Art. 19, d.lg. 70/2003 (Composizione delle controversie)*, in G. FINOCCHIARO - F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milanofiori Assago (MI), 2014.

MINERVINI, E., *I sistemi di ODR*, in Id. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli, 2016.

MONTELEO, A., *La responsabilità online: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2010.

PACILEO, P., *On line dispute resolution: la "piattaforma Ue" come nuovo modello di internet jurisdiction*, in "Iusdicere in a globalized world: a comparative overview", vol. 2, RomaTr-EPRESS, Roma, marzo 2018.

PAIS, I. - PROVASI, G., *Sharing economy: a step towards the re-embeddedness of the economy?*, in *Stato e mercato*, 2015.

PERLINGIERI, P., *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002.

PETRUSO, R., *La responsabilità degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e Dir. Priv.*, n. 4/2011.

PETRUSO, R., *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Europa e dir. priv.*, n. 4/2012.

PETRUSO, R., *Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Europa Dir. Priv.*, n. 2/2017.

- PIAZZA, A., *La responsabilità civile dell'internet provider*, in *Contr. Impr.*, n. 1/2004.
- PIETRANGELO, M. - D'ELIA, I., *Il Codice dell'amministrazione digitale nel processo di semplificazione normativa: genesi e criticità*, in *Inform. dir.*, n. 1-2/2005.
- RESCIGNO, P., *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002.
- RESTA, G., *La "morte" digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6/2014.
- RICCIO, G.M., *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002.
- ROSSELLO, C., *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4/2010.
- ROSSI, G., *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contr e Impr.*, n. 1/2012.
- SANSOTTA, C., *Nozioni di informatica*, Raleigh, 2011.
- SBORDONE, F., *L'UNCITRAL e l'edificazione di un Global ODR System*, in E. Minervini (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli, 2016.
- SCORZA, G., *Profili civilistici nel Codice dell'amministrazione digitale*, in *Inform. dir.*, n. 1-2/2005.
- SICA S., *Commercio elettronico e categorie civilistiche: un'introduzione*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002.
- SICA, S., *Forma, autonomia privata e negozio giuridico*, in G. AUTORINO - S. SICA, *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, Salerno, 2007.
- SICA, S. - GIANNONE CODIGLIONE, G., *Social network sites e il "labirinto" della responsabilità*, in *Giur. merito*, n. 12/2012.
- SMORTO, G., *I contratti della sharing economy*, in *Foro It.*, 2015, V, 3.
- SMORTO, G., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2/2015.
- SMORTO, G., *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa dir. priv.*, n.1/2016.

- VACCÀ, C., *Il punto su ODR, online dispute resolution*, in *Contratti*, n. 11/2009.
- VALENTINO, L., *Riflessioni in tema di ADR*, Napoli, 2012.
- VARANO, V., *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007.
- VIGEVANI, G.E., *Diritto dell'informazione e privacy nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2016.
- VIGORITI, V., *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5/2012.
- VISCONTI, G., *Tutela dei consumatori. Controversie "online" fra i consumatori ed i professionisti. Piattaforma ODR europea*, in *PMI*, n. 3/2016.
- ZICCARDI, G., *Etica e informatica. Comportamenti, tecnologie e diritto*, Milano, 2009.
- ZIINO, S., *I vari sistemi ADR. Studio sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e sui rapporti con il processo giurisdizionale*, Palermo, 2011.

## **In lingua inglese**

BA & PAVLOU, *Evidence of the effect of trust building technology in electronic markets: price premiums and buyer behaviour*, MIS Quarterly, 26, 2002.

BARTEL, B.C., *Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential*, 27 WILLAMETTE L. REV. 661 (1991).

BEN, O. - SHAHAR, *One-way contract: Consumer protection without law*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, 2009, [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=law_and_economics).

BENNETT MOSES, L., *How to Think about Law, Regulation and Technology: Problems with Technology as a Regulatory Target*, cit., 2013.

BLANKLEY, K.M., *Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality When the Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case*, 63 BAYLOR L. REV. 317 (2011).

BUSCH, C. - SCHULTE-NÖLKE, H. - WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA, A. - ZOLL, F., *The rise of the platform economy: a new challenge for EU consumer law?*, 1 EuCML 3, 2016.

CALKINS, M.M., *My reputation always had more fun than me: the failure of eBay's feedback model to effectively prevent online auction fraud*, Richmond Journal of Law and Technology, 7, 2001.

CALLIESS, G. - ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, Oxford, 2010.

CLAUSEN, A., *Online reputation systems: The cost of attack of PageRank*, 2003. Disponibile online su: <http://members.optusnet.com.au/clausen/reputation/rep-cost-attack.pdf>.

CLAYTON, G.P., *Reputation and intermediaries in electronic commerce*, 2002. Disponibile online su: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=14308440](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=14308440).

COLE, S.J. - UNDERHILL, C.I., *Fifteen Years of ODR Experience: The BBB Online Reliability Trust Mark Program*, 42 UCC L.J. 443, 443-44 (2010).

COLON-FUN, I., *Protecting the new face of entrepreneurship: online appropriate dispute resolution and international consumer- to-consumer online transactions*, 12 Fordham J. Corp. & Fin. L. 233, 255, 2007.

CORTÉS P. - LODDER, A.R., *Consumer dispute resolution goes online: reflections on the evolution of European law for out-of-court redress*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law Journal*, vol. 1, issue n. 1, 2014.

CORTES, P., (a cura di), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford, 2016.

DE GROOTE, B., *Maletic and EuU- jurisdiction for consumer contracts*, in 3 *EuCML* 138, 2016.

DEL DUCA, L., *Options for Low Value/High Volume & High Value/Low Volume Claims*, PROPOSALS FOR THE 11TH INTERNATIONAL ONLINE DISPUTE RESOLUTION FORUM (9 settembre 2011), <http://www.odr2012.org/node/14> (commento in risposta a Z. LOEBL, *Discussion on pre-dispute binding arbitration agreement*, PROPOSALS FOR THE 11TH INTERNATIONAL ONLINE DISPUTE RESOLUTION FORUM (26 luglio 2011), disponibile su <http://www.odr2012.org/node/14>).

DEL DUCA, L. – RULE, C. – LOEBL, Z., *Facilitating Expansion of Cross-Border E-Commerce - Developing a Global Online Dispute Resolution System (Lessons Derived from Existing ODR Systems - Work of the United Nations Commission on International Trade Law)*, 1 *Penn St. J.L. & Int'l Aff.* 70, 2012.

DELLAROCAS, C.N., *Goodwill hunting: an economically efficient online feedback mechanism for environments with variable*, 2002. Disponibile online su: <http://ccs.mit.edu/dell/papers/goodwillhunting.pdf>.

DILLING, O. - HERBERG, M. - WINTER, G., *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transaction*, Portland, 2008.

EDWARDS, L. - THEUNISSEN, A., *Creating Trust and Satisfaction Online: How Important Is ADR? The UK eBay Experience*, in *Ventunesima Conferenza Bileta: Globalisation and Harmonisation in Technology Law*, Malta, aprile 2006.

EDWARDS, L. – WILSON, C., *Redress & Alternative Dispute Resolution in Cross-Border E-commerce Transactions*, in *Journal International Review of Law, Computers & Technology* Volume 21, 2007 - Issue 3: *Cyberspace: Who's (Should be) the King of the Castle?*, Briefing note, PE 382.179.

EKSTRÖM, M.A. - BJÖRNSSON, H.C., *A rating system for AEC e-bidding that accounts for rater credibility*, 2002 Disponibile online su: <http://e-aec.stanford.edu/publications/docs/RatingsCIB.pdf>.

FARMER, R. - GLASS, B., *Building Web Reputation Systems* (Sebastopol - CA 2010).

R. FULLERTON, R., *Med – Arb and its Variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals*, 65DISP. RESOL. J. 52 (2010).

GOLDMAN, E., *Regulating Reputation*, in H. MASUM, M. TOVEY (a cura di), *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, Cambridge, MA, The MIT Press, 2011.

GUADAMUZ, A., Guadamuz, *eBay law: The legal implications of the C2C electronic commerce model*, *Computer Law and Security Report*, 19, 2003.

HARVEY, B.W. – MEISEL, F., *Auctions law and practice*, p. 29, Oxford: Oxford University Press, 2006.

HORNLE, J., *JISC Legal Briefing paper: Online Dispute Resolution (ODR)*, 12 ottobre 2004, disponibile su <http://www.jisclegal.ac.uk>.

JAIN, S., “*Online Dispute Resolution: Mechanism, Modus Operandi and Role of Government*”, SSRN Electronic Journal, 2015.

JULIÀ - BARCELÒ, *Online intermediary liability issues: comparing EU and US legal frameworks*, *European Intellectual Property Review*, 21, 2000.

KATSH, E. - RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace* (2001, Wiley).

KATSH, E., “*Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace*”, *Lex Electronica*, Vol.10 No.3, Hiver/Winter 2006

KAUFMANN-KOHLER, G. - SCHULTZ, T., *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague, 2004.

KLEIN, T.J. - LAMBERTZ, C. - SPAGNOLO, G. - STAHL, K.O., *Last minute feedback*, Working Paper, University of Mannheim (2007).

KOOPMAN, C. - MITCHELL, M. - THIERER, A., *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, Mercatus Working Paper, Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA, Dec. 2014.

KUBOTA, T., *Cyberlaw for Global E-Business: Finance, Payments, and Dispute Resolution*, New York, 2008.

LEIGH, D. - FOWLIE, F., “*Online Dispute Resolution (ODR) within Developing Nations: A Qualitative Evaluation of Transfer and Impact*” *Laws* 3, n. 1 (2014).

LIU, H. et al. *Brokering private reputation information in online transaction communities* (draft), 2003. Disponibile online su: <http://web.media.mit.edu/~hugo/publications/drafts/GossipMonger.doc>.

LIYANAGE, K.C., “*The Regulation of Online Dispute Resolution: Effectiveness of Online Consumer Protection Guidelines*” *Deakin Law Review* 17, n. 2, 2013.

LODDER, A.R., - ZELEZNIKOW, J., *Enhanced Dispute Resolution through use of information technology* 8 (2010).

LOEBL, Z. – RULE, C. - ROGERS, V., *The E-Commerce Claims Redress Interchange Working Group Standards Proposal*, ECRI WORKING GROUP (2010), <http://www.odr2012.org/files/ECRIstandard.doc>.

MACINNES, I. – LI, Y. - YURCIK, W., *Reputation and Dispute in eBay Transactions*, 10 *Int’l J. of Elec. Commerce* 27 (2005).

MENKEL-MEADOW, C., “*Is ODR ADR?*”, *International Journal on Online Dispute Resolution* 3, n. 1, 2016.

MILGROM, P. - THIERER, A. - KOOPMAN, C. - HOBSON, A. - KUIPER, C., *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the Lemons Problem*, in *University of Miami Law Review*, 2016.

MUELLER, *Success by Default. A New Profile of Domain Name Trademark Disputes under ICANN’s UDRP*. Convergence Center, Syracuse University School of Information Studies, 24 giugno 2002. Disponibile su <http://dcc.syr.edu/markle/markle-report-final.pdf>.

ORTOLANI, P., *Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin*, 36(3) *Oxf. J. Leg. Stud.* 595, 604, 2016.

OSTROM, E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, spec. 29 ss.; trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006.

PONTE, L.M. - CAVENAGH, T.D., *Cyberjustice. Online Dispute Resolution (ODR) for E-commerce*, Pearson, 2005.

RAMBERG, C., *Internet marketplaces, the law of auctions and exchanges online*, Oxford, 2002.

RAMSAY, I., *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Portland, 2012.

REICHLING, F., *Effects of Reputation Mechanisms on Fraud Prevention in eBay Auctions*, Working Paper, Stanford University (2004).

RESNICK, P. - ZECKHAUSER, R., *Trust among strangers in Internet transactions: empirical analysis of eBay's reputation system* (draft, 2, maggio 2001). Disponibile online su: [www.si.umich.edu/~presnick/papers/ebayNBER/RZNBERBodegaBay.pdf](http://www.si.umich.edu/~presnick/papers/ebayNBER/RZNBERBodegaBay.pdf).

RESNICK, P. et al., *The value of reputation on eBay: a controlled experiment*, 2004. Disponibile online su: [www.si.umich.edu/~presnick/papers/postcards/postcards.pdf](http://www.si.umich.edu/~presnick/papers/postcards/postcards.pdf).

RIEFA, C. "To Be or Not to Be an Auctioneer?" *Some Thoughts on the Legal Nature of Online "eBay" Auctions and the Protection of Consumers*, in *Journal of Consumer Policy*, vol. 31, issue 2, 2008.

RIETJENS, B., *Trust and reputation on eBay: Towards a legal framework for feedback intermediaries*, in *Information & Communications Technology Law Journal*, vol. 15, issue 1, 2006.

RIORDAN, J., *The liability of Internet Intemediaries*, Oxford, 2016.

RULE, C., *Online Dispute Resolution for Business. For E-Commerce, B2B, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*, San Francisco, 2002.

RULE, C. – ROGERS, V. - DEL DUCA, L., *Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value-High Volume Claims—OAS Developments*, 42 UCC L.J. 221, 223-24 (2010).

STEMLER, A., *Betwixt and between: regulating the shared economy*, 43 *Fordham Urb. L.J.* 31, 2016.

TADDEO, M. - FLORIDI, L. (cur.), *Responsabilities of online services provides*, Cham, 2017.

TANG, Z.S., *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford, 2015.

THOMPSON, M., *Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries*, 18 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 783, 2016.

THORNBURG, E.G., *Going Private: Technology, Due Process and Internet Dispute Resolution*, 34 *UC Davis L Rev* 151, 2000.

THORNBURG, E., “*Fast, Cheap and Out of Control: Lessons from the ICANN Dispute Resolution Process*”, 7 *Journal of Small & Emerging Business* 191, 2001.

VILALTA, A.E., - MARTELL, R.P., “*E-Commerce, ICTs and Online Dispute Resolution: Is This the Beginning of a New Professional Profile?*” *International Journal on Online Dispute Resolution* 2, n. 2, 2015.

WETTER, T., *Consumer Health Informatics. New Services, Roles, and Responsibilities*, New York, 2016.

WING, L., “*Ethical Principles for Online Dispute Resolution*”, *International Journal on Online Dispute Resolution* 3, n.1, 2016.

YUTHAYOTIN, S., *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce. A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanism*, New York, 2015.

## GIURISPRUDENZA

*Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

*Gentry, et al. v eBay Inc.*, Super Ct. No. GIC746980 (Cal. Crt. App., 26 giugno 2002).

*Grace V. eBay, Inc.* 16 Cal.Rptr.3d 192 (Ct.App.), cert.granted, 19 Cal.Rptr.3d 824, e dismissing review, 21 Cal. Rptr.3d 611 (2004).

*Rolex SA v eBay GmbH*, Bundesgerichtsh, Germania (I ZR 304/01), 11 marzo 2004

*Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, Super Ct., 545 U.S. 913 (2005) N. 04–480. Discussa il 29 marzo 2005— decisa il 27 giugno 2005.

*Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.* 600 F.3d 93 (2nd Cir. 2010).

*L'Oréal SA contro eBay International AG*, C-324/09 Corte di Giustizia Ue, del 12.7.2011.

*O' Connor et al v. Uber Technologies, Inc.*, C.A. No. 13-03826-EMC, District Court for the Northern District of California, 11 marzo 2015.

*Patrick Cotter, et al. v. Lyft Inc.*, No. 3:13-cv-04065-VC District Court for the Northern District of California, 11 marzo 2015.