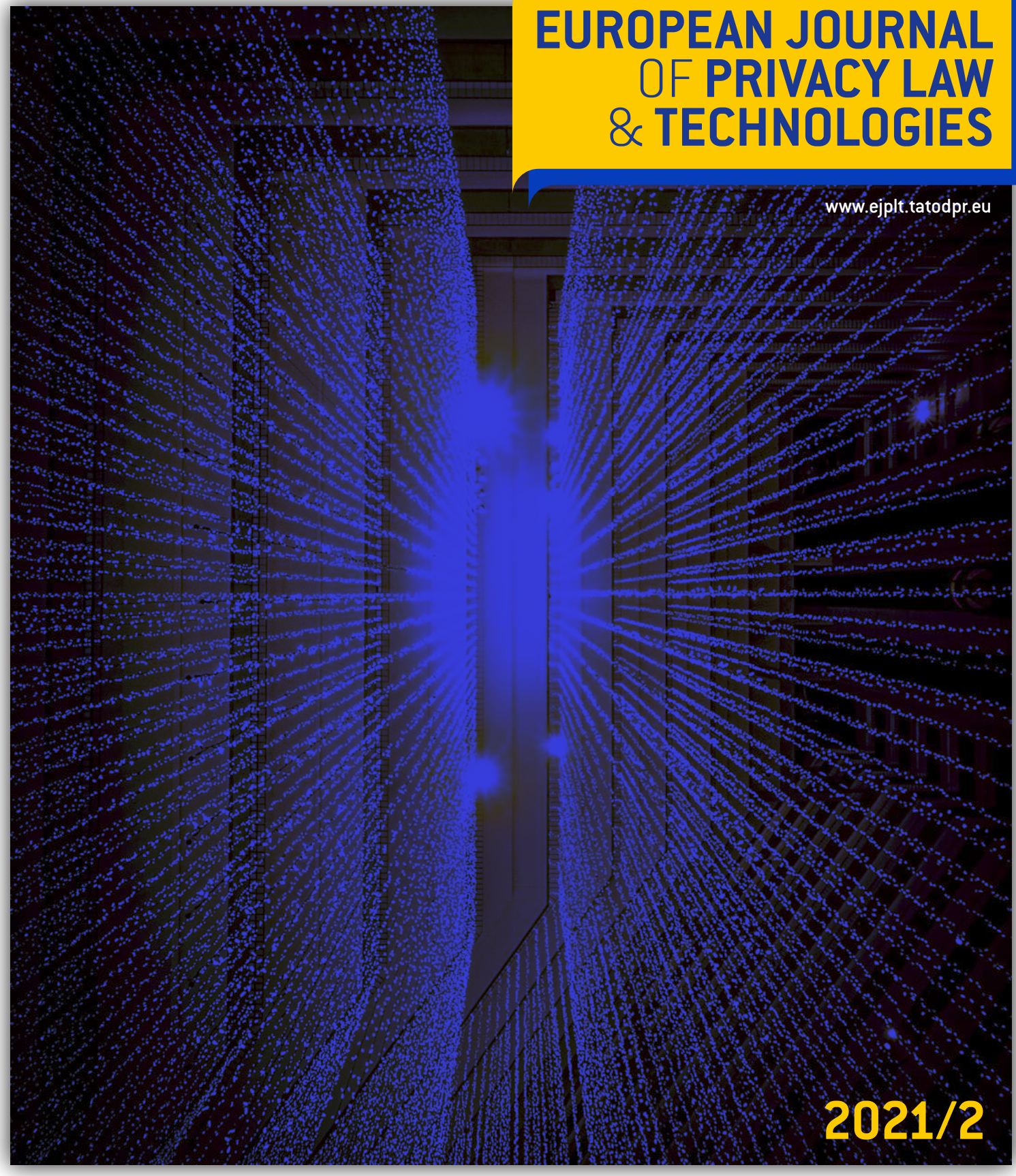
ISSN: 2704-8012

SUOR ORSOLA BENINCASA
UNIVERSITÀ EDITRICE

EUROPEAN JOURNAL OF PRIVACY LAW & TECHNOLOGIES

www.ejplt.tatodpr.eu



2021/2

EJPLT
ISSN: 2704-8012

EUROPEAN JOURNAL OF PRIVACY LAW & TECHNOLOGIES

Directed by Lucilla Gatt

2021/2

SUOR ORSOLA BENINCASA
UNIVERSITÀ EDITRICE

European Journal of Privacy Law & Technologies
On line journal
Italian R.O.C. n. 25223

Co-founded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union

The Journal was born in 2018 as one of the results of the European project "Training Activities to Implement the Data Protection Reform" (TAtoDPR), co-funded by the European Union's within the REC (Rights, Equality and Citizenship) Programme, under Grant Agreement No. 769191.
From 2020, the Journal is co-funded by the Erasmus+ Programme of the European Commission within the European Project 'Jean Monnet Chair European Protection Law of Individuals in relation to New Technologies' (PROTECH) (611876-EPP-1-2019-1-IT-EPPJMO-CHAIR).

The contents of this Journal represent the views of the authors only and are their sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.

The Issues form 2018/1 to 2020/1 were published by Giappichelli Publisher.
From Issue 2020/2 the Publisher is Suor Orsola Benincasa Università editrice.

Editing
Luciana Trama

Design and development
Flavia Soprani, Emanuele Garzia

© Copyright 2022 by Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, published in Febrary 2022
ISSN: 2704-8012
The Issue is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND
All the details at: *https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0*
Free access to the Issue at: *www.ejplt.tatodpr.eu*
The intellectual property of the individual essays remain with the authors.

EJPLT
ISSN: 2704-8012

European Journal of Privacy Law & Technologies

EDITOR IN CHIEF/DIRECTOR
Prof. Avv. Lucilla Gatt –Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

VICE-DIRECTOR
Prof. Avv. Ilaria A. Caggiano – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

ADVISOR BOARD – SCIENTIFIC COMMITTEE
Prof. Valeria Falce – Università Europea di Roma, Italy
Prof. Toni M. Jaeger-Fine – Fordham University, United States
Prof. Indranath Gupta – O.P. Jindal Global University, India
Prof. Antonios Karaiskos – Kyoto University, Japan
Prof. Roberto Montanari – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Prof. Roberta Montinaro – Università degli Studi di Napoli l'Orientale, Italy
Prof. Andrew Morris – University of Loughborough, United Kingdom
Prof. Juan Pablo Murga Fernandez – Universidad de Sevilla
Prof. Alex Nunn – University of Derby, United Kingdom
Prof. Avv. Salvatore Orlando – Università La Sapienza di Roma, Italy

REFEREES
Prof. Carlos Antonio Agurto Gonzáles – Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru
Prof. Miguel Álvarez Ortega – Kyoto University, Japan and Universidad de Sevilla
Prof. Avv. Giuseppina Capaldo – Università La Sapienza di Roma, Italy
Prof. Cristina Caricato – Università di Roma Sapienza
Prof. Roberto Carleo – Università degli Studi di Napoli Parthenope, Italy
Prof. Georges Cavalier – Université de Lyon, France
Prof. Carlos de Cores Helguera – Universidad CLAEH del Uruguay, Uruguay
Prof. Manuel Espejo Lerdo de Tejada – Universidad de Sevilla, Spain
Prof. Elżbieta Feret – Uniwersytet Rzeszowski, Poland
Prof. Giovanni Iorio – Università degli Studi di Milano Bicocca, Italy
Prof. Arndt Künnecke – Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Germany
Prof. Martin Maguire – University of Loughborough, United Kingdom
Prof. Paola Manes – Alma Mater Studiorum Uiversità di Bologna, Italy
Prof. Giovanni Martini – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Michala Meiselles – University of Derby, United Kingdom
Prof. Alessia Mignozzi – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Prof. Salvatore Monticelli – Università di Foggia, Italy
Prof. Cinzia Motti – Università di Foggia, Italy
Prof. Nora Ni Loideain – Institute of Advanced Legal Studies of London, United Kingdom
Prof. Taiwo Oriola – University of Derby, United Kingdom
Prof. Francesco Rossi – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Prof. Maria A. Scagliusi – Universidad de Sevilla, Spain
Prof. Avv. Laura Valle – Libera Università di Bolzano, Italy

European Journal of Privacy Law & Technologies

EJPLT
ISSN: 2704-8012

COORDINATOR OF THE EDITORIAL BOARD

Ph.D. Avv. Maria Cristina Gaeta – Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Italy

MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD

Prof. Sara Lorenzo Cabrera – Universidad de La Laguna, Spain
Prof. Manuel Pereiro Càrceles – University of Valencia, Spain
Prof. David T. Karamanukyan – Siberian Law University, Russia
Prof. Maria Ioannidou – Queen Mary University of London, United Kingdom
Prof. Jacopo Martire, University of Bristol Law School, United Kingdom
Prof. Avv. Ranieri Razzante – Università degli Studi di Bologna, Italy
Prof. Avv. Alessandra Sardu – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Prof. Hakeem Yusuf – University of Derby, United Kingdom
Ph.D. Avv. Andrea D'Alessio – Università degli Studi di Teramo, Italy
Ph.D. Domenico Fauceglia, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Italy
Ph.D. Avv. Caterina del Federico – Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Italy
Ph.D. Matteo Fermeglia – Hasselt University, Belgium
Ph.D. Avv. Paola Grimaldi – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Ph.D. Dorota Habrat – Uniwersytet Rzeszowski, Poland
Ph.D. Avv. Anita Mollo – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Ph.D. Avv. Michael William Monterossi – Universität Luzern, Switzerland
Ph.D. Sara Saleri – Re:Lab, Italy
Ph.D. Kamil Szpyt – Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Poland
Ph.D (c) Avv. Livia Aulino – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Ph.D (c) Noel Armas Castilla – Universidad de Sevilla, Spain
Ph.D. (c) Gabriela García Vera – Uniwersytet Rzeszowski, Poland
Ph.D. (c) Emanuele Garzia – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Ph.D. (c) Pablo Guédon – Université Jean Moulin Lyon 3, France
Ph.D (c) Avv. Valeria Manzo – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy
Ph.D. (c) Marie Potus – Université Jean Moulin Lyon 3, France
Ph.D. (c) Michele Scotto di Carlo – Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy
Ph.D (c) Hans Steege – Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover Volkswagen AG, Germany
Ph.D (c) Emiliano Troisi – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Avv. Delia Boscia – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Avv. Flora Nurcato – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Avv. Chiara Vitagliano – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Dr. Alessandra Fabrocini – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy
Dr. Simona Latte – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Italy

pp.

Section I: **Articles**

MARIA CRISTINA GAETA, DAVIDE SILVIO D'ALOIA – *InsurTech in Italy: opportunities, risks and applicable regulation.* 9

CHIARA SARTORIS – *Banking Contracts: the concept of transparency and its evolution.* 24

FILIPPO MORELLO – *The eternal recurrence of transparency. Protecting consumers in peer-to-peer finance* 36

ANTONELLA CORRENTI – *Online platforms as a complex digital environment characterised by a lack of transparency on the role and status of the parties involved, as well as the use of unfair commercial practices.* 55

PAOLA GRIMALDI – *Information asymmetries in banking and financial contracts: possible solutions from legal design* 69

LAURA GUFFANTI PESENTI – *Some considerations about digital platforms and consumer protection.* 76

LIVIA AULINO, ELIO ERRICHIELLO, MARTA STRAZZULLO – *Il legal design applicato alla procura alle liti. Rapporto di fiducia e garanzia del diritto di difesa.* 87

SIMONA GHIONZOLI – *The evolution of relationships between the customer and their bank, from the rules on transparency to the regulation on payment services. The (digital) archives as means of protection for the consumer customer and citizens.* 96

Section II: **Focus papers**

DOMENICO FAUCEGLIA – *Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l'abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di self-preferencing.* 111

SERGIO GUIDA – *Third-party cookies and alternatives: what consequences in terms of consent?* 135

ANTONELLA DI CERBO – *La tutela dei dati personali dei consumatori: vecchi e nuovi rimedi per controllare le tracce digitali.* 148

SERGIO GUIDA – *Applicazioni eHealth e mHealth tra modelli comportamentali, user-centered design e tutela del paziente: esempi di best practices.* 153

ANTONELLA DI CERBO – *Il corrispettivo dei servizi digitali: i dati personali.* 184

List of authors 189

SECTION I
ARTICLES

Gaeta M.C., D'Aloia D.S., 'InsurTech in Italy: opportunities, risks and applicable regulation' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

InsurTech in Italy: opportunities, risks and applicable regulation

MARIA CRISTINA GAETA
Research Fellow in Private Law at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Lawyer
ORCID

DAVIDE SILVIO D'ALOIA
Ph. D. (c) in Humanities and Technologies: an integrated research path at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa
ORCID

Abstract

InsurTech is an economic and legal phenomenon concerning the application of new technologies and, in particular, Artificial Intelligence, to the insurance sector. The phenomenon is emerging not only in the international and European panorama but also in the Italian one.

In this regard, the paper describes the development of InsurTech in the Italian Legal system and analyse the state of the art of its regulation.

The focus of the paper is on the relationship between Artificial Intelligence and the insurance sector, in specific concrete areas of application: firstly, the change of the insurance sector thanks to the spread of new technologies, as Internet of Things (IoT), and, secondly, the insurance sector applied to Artificial Intelligence devices, such as the case of driverless cars and that of software as a medical device (SaMD).

Finally, the paper discusses the perspective of the insurance sector in the light of the AI evolution.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: AI systems; IoT; Big Data; InsurTech;

Summary: 1. Outlines of InsurTech in the Italian legal system. – 1.1. InsurTech development in Italy. – 1.2. The Italian legal regulation applicable to InsurTech. – 2. Some concrete areas of InsurTech application in Italy. – 2.1. Artificial Intelligence applied to insurance field. – 2.2. Insurance field concerning Artificial Intelligence devices. – 3. Perspectives of the insurance sector in the light of AI development.

1. Outlines of InsurTech in the Italian legal system.[1]

1.1. InsurTech development in Italy.

The term InsurTech derives from the union of "insurance" and "technology" and refers to the legal-economic phenomenon that extends the application of digital technologies to the insurance sector. It aims to acquire new potential and more effective allocation of products and services on the market, also proposing new insurance products or reformulating the offer of more traditional insurance services.[2]

At the time of Web 1.0 the businesses digitalisation was considered as the simple opening of a company website. Then, in the era of Web 2.0, the development of social networks, blogs, podcasts, and ecommerce have changed completely the business scenario. With web 3.0 we took part in the transformation of the web into a database and in the development of Information and Communication Technologies (ICT). Currently, with the arrival of new Web 4.0 technologies and, in particular, Artificial Intelligence (AI), there has been an even deeper impact on the business models and the type of services. Industry 4.0 has also involved the insurance sector by imposing a radical change that has overwhelmed cultures, companies, processes, data management and customer relations.

In Italy, InsurTech is currently a quite small sector of the insurance sector but characterised by a sustained growth rate[3]. It is a phenomenon that is emerging not only in the international and European panorama but also in the Italian one and which, in its broadest meaning, identifies the entire process of digitalisation of the insurance sector, from the filling of insurance policies to management of claims, thanks to the use of technologies such as Big Data Analytics, Artificial Intelligence (AI) and Application Programming Interface (API), as well as technologies still in the process of spreading, such as Blockchain and Distributed Ledger Technologies (DLT) in general.

---

[1] The author of this paragraph is Dr. Maria Cristina Gaeta, Research Fellow in Private Law, Scientific Secretary of the Research Centre of European Private Law (ReCEPL) at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (Naples, Italy).

[2] E. Battelli, 'Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario' (2020) 4 *Giustizia civile*, 681 ss; C. Tabarrini, A. Luberti, 'InsurTech. Una ricognizione empirica e giuridica', in Consumers' Forum (in collaboration with Università degli Studi Roma Tre), *Consumerism 2018. Il cittadino nell'era dell'algoritmo* [2018], 93

[3] AmCham Italy, 'Working Group Insurance, Subgroup InsurTech, White Paper on the State of the art of InsurTech in Italy', [2021], available at: https://www.amcham.it/it/download/comitato-gruppidilavoro/37

Concerning the relationship between InsurTech and FinTech (Financial Technology), it is necessary to underline that they can be considered as separate or connected phenomena. While InsuTech refers to the insurance sector, FinTech concerns the financial sector. Therefore, the relationship between InsurTech and FinTech is a strict consequence of the relationship between the insurance system and the financial system. There is a close relationship of the two phenomena, even if they require two different legal regulations according to their peculiarities. Indeed, InsurTech is a little bit more complex phenomenon as essentially it is the application to FinTech and RegTech (Regulatory Technology) in new market context: the insurance market.

Concerning the development of the InsurTech phenomenon, currently there are 564 Italian companies active in the FinTech and InsurTech sectors, most of which are based in Northern Italy, according to research conducted by the FinTech & InsurTech Observatory of the School of Management of the Politecnico di Milano, in 2021.[4] These companies are increasingly focused on technological development but are paying particular attention to a sustainable perspective, in compliance with the objectives set at the European level[5] and International level[6]. More specifically, to date, Italian companies in the FinTech and InsurTech sectors have raised 2 billion of euros. This is a relevant figure even though still not competitive enough with respect to the development that these realities have had in other countries, such as the United States of America or in Asia and other European Member States, where startups are progressively increasing.[7]

---

[4] FinTech & InsurTech Observatory of the School of Management of the Politecnico di Milano, 'Cresce il Fintech in Italia: quali sono le startup e i numeri e della rivoluzione', 15 december 2021 available at: https://blog.osservatori.net/it_it/FinTech-in-italia

[5] Eco-innovation Action Plan (EcoAP), launched by the European Commission in December 2011, that is the logical successor of ETAP, the action plan for environmental technologies of the European Union; Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The European Green Deal*, 11.12.2019, COM(2019) 640 final, which was followed by the identification of the first proposals of the Directorate-General for Research and Innovation of the European Commission, to implement the European Green Deal objectives; European Commission Reflection paper - Towards a Sustainable Europe by 2030, 30.01.2019, COM(2019)22; Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088, 18.06.2020, 2020/852; Proposal for a Council Recommendation on learning for environmental sustainability, 14.1.2022, COM/2022/11 final; Communication from the Commission Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022 ((2022/C 80/01).

[6] United Nations, Sustainable Development Goals (SDGs), *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2015, as integrated by the High-level Political Forum (HLPF) established at UN, to in-depth the SDGs see: https://sdgs.un.org/publications/transforming-our-world-2030-agenda-sustainable-development-17981; United Nations Summit on Sustainable Development, New York, 25-27 September 2015, all the details on the Summit are available at: https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/summit; World Economic Forum Annual Meeting 2020, Stakeholders for a Cohesive and Sustainable World, 2021, to see the details of the Annual meeting: https://www.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2020 but, in general, one of the mission of the World Economic Forum is to protect the world from Climate Change https://www.weforum.org/topics/climate-change/; XXVI United Nation Conference on Climate Change (COP 26), Glasgow 31.10.2021-12.11.2021, more details at: https://ukcop26.org/, and the Glasgow Leaders' Declaration on forests and land use, 12.11.2021, signed during the UN Conference, for more information: https://ukcop26.org/glasgow-leaders-declaration-on-forests-and-land-use/.

[7] American Chambers of Commerce in Italy (AmCham Italy), Working Group Insourance, Subgroup InsurTech, White Paper on the State of the art of InsurTech in Italy, 2021

More specifically on the use of technologies in relation to the insurance sector, in Italy there are many companies that have insurance coverage but, from the analysis of the FinTech & InsurTech Observatory it results that 84% have at least active insurance coverage and of these, 42% purchase insurance policies in the traditional way, therefore, through face-to-face meetings with an agent and use of paper documentation, 38% use a hybrid mode, and only 26% use fully digital channels. At the same time, however, the development of the use of technologies in the insurance sector is increasing as a consequence of the COVID-19 pandemic, considering that the digitalisation process caused by the pandemic has also involved the insurance sector, where online contractual relationships through videoconference, or the direct interaction on the online platforms, have been increased. It is, indeed, evident the trend of reliance on technologies also in the insurance sector, which is leading to a growth of the Insurtech in Italy.

Analyzing more in detail the InsurTech sector in Italy, there are 130 innovative companies, and they are divided into two categories: 64% are properly InsurTech companies, that means they offer insurance services, while 36% are Tech Insurance companies, therefore companies that offer technologies for the players in the insurance sector. Overall, these companies were able to raise 120 million euros in funding.[8]

A further area of InsurTech innovation and development, in addition to that relating to the development of new technologies in the insurance sector, is that of connected business ecosystems, which extends collaboration between multiple startups beyond the borders of the insurance sector. The ecosystem is a business model extended to several economic entities with common objectives, aimed at developing a unique value proposition with customer needs at the center. Insurance companies can, therefore, develop new high value-added services in collaboration with startups or companies from other sectors. In this case, technological innovation makes possible a seamless collaboration between actors from different sectors with low transaction costs and high levels of integration, that guarantee univocal management of customer needs and adequate and agreed service levels between the parties. Some typical examples can be seen in services for the domestic sector or in those for transport sector, where insurance coverage (for example for theft and fire risks, as well as for civil liability) can be combined with monitoring and maintenance services, representing an integrated service for the customer, with high added value[9].

Finally, another type of startup that is developing in the InsurTech area is that of peer-to-peer insurance, which can also be implemented through specific platforms. Peer-to-peer insurance, enabled by digital technology, allows the sharing of risk by a small group of people (so-called 'pool'), who share a solidarity fund: if none of the people in the 'social pool' presents a claim to the insurance company to be indemnified, part of the money is returned to them as

[8] FinTech & InsurTech Observatory of the School of Management of the Politecnico di Milano presented at the conference "FinTech & InsurTech: è ora di puntare sullacollaborazione!" held on 14.12.2021, more datails: https://www.osservatori.net/it/eventi/on-demand/convegni/convegno-risultati-ricerca-osservatorio-fintech-insurtech-convegno.

[9] *See* note n. 7.

a dividend. Peer-to-peer insurances are still in the initial phase, but they are expected to spread in Italy thanks to their function[10].

Coming to some concretes examples of the most well-known Italian startups in the InsurTech field, there is Yolo,[11] the first national company for the digital distribution of insurance policies. Yolo is a completely digital insurance broker, which operates in four countries (Italy, Spain, United Kingdom and Ireland). Furthermore, the Claider app of Carpita Servizi Assicurativi[12] is in growing development and has completely rethought the complaint process and management of claims, offering a completely digital customer experience. Finally, an insurance agency specialised in the sale of digital online policies is Prima.[13] Prima is one of the first InsurTech companies mainly involved in the automotive sector, but also in the home and family sector.

As has been highlighted, the InsurTech sector is also growing in Italy. It, therefore, appears necessary from now on to build knowledge and skills in this area, to encourage emerging technologies and their regulation, creating the culture and perspectives necessary to actively participate in the success of new technologies in the insurance sector.

1.2. The Italian legal regulation applicable to InsurTech.

The Italian legislation in the insurance field is particularly complex and not easily open to such technological development. More specifically, insurance contracts are regulated in Italy by the private insurance code.[14] Private insurance code is a well-structured legislation which, however, does not contemplate the development of automated or intelligent systems applicable to insurance contracts.

Therefore, the existing legislation should be suitably updated considering the impact that new technologies have on existing contractual types in the insurance sector. This evident development of InsurTech, as well as the need to regulate it, has been clear in Italian government policy, before relating to FinTehc and then more specifically on InsuTech.

A first initial intervention by the National Institution as concerned the FinTech. In this regard, the Bank of Italy published in 2018 the results of a survey on the adoption of technological innovations applied to financial services.[15] At the same time, to answer to the need to trace an institutional framework of analysis and interpretation of the FinTech phenomenon and of a radical change that is taking place in the banking, financial and insurance

[10] *See* P Marano, 'Navigating InsurTech: The Digital Intermediaries of Insurance Products and Customer Protection in the EU' (2019) 26 2 MJECL, 305 ff.; F. Morello, 'Transparency at any cost? Consumer protection i peer to peer finance', in this EJPLT issue; P Grimaldi, 'Information asymmetries in banking and financial contracts: possible solutions from legal design', in this EJPLT issue.
[11] All the details on Yolo are available on the official website www.yolo-insurance.com.
[12] All the details on Carpita Servizi Assicurativi are available on the official webpage: www.carpita.it/claider.
[13] All the details on Prima are available on the official website: www.prima.it
[14] Italian Legislative decree of 07.09.2005 n. 209, *Italian Private Insurance Code.*
[15] Banca d'Italia, 'FinTech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari' [2017] availabe at: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/analisi-sistema/stat-banche-intermediari/Fintech_in_Italia_2017.pdf

market, the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) has published an extensive document.[16]

More focused on InsurTech is the Italian Decree of the Prime Minister (D.P.C.M.) 18.12.2020, no. 179,[17] in which are provided further assets and relationships of strategic importance for the national interest, in addition to those already identified in the decrees that were promulgated pursuant to Italian Legislative Decree 15.03.2012, no. 21,[18] and related to the sector of art. 4, para 1, Reg. 2019/452/UE,[19] included the financial sector as critical infrastructure (letter a), as well as artificial intelligence and robotic as critical technologies (letter b). In this regard, art. 8, D.P.C.M. no. 179/2020, lists the technologies that have strategic relevance and are considered critical in the context of assets and relationships in the financial sector, including the insurance sector. In this list, in art. 8, para. 1, letter b), n. 3, specific reference is made to critical digital technologies applied in the insurance sector (InsurTech).

Furthermore, from 2021 the FinTech and InsurTech Regulatory Sandbox has also entered in force in Italy. The Regulatory Sandbox was foreseen by the Italian legislator already in June 2019, through an amendment to the law converting the Italian Growth Decree.[20] Then it was implemented by the Italian Ministerial Decree (D.M. 30.04.2021, no. 100[21]) in force from 17th July 2021, after the study phase by the Italian Ministry of Economy and Finance and the competent authorities. The D.M. no. 100/2021 governs the operations and powers of the FinTech Committee institutionalised at the Italian Ministry of Economy and Finance, Treasury Department by art. 36, para 2-octies of the Italian Growth Decree[22], as well as the conditions for carrying out the experimentation of FinTech activities which implement the Regulatory Sandbox.

The Regulatory Sandbox on FinTech and InsurTech is a protected space dedicated to experimenting with technological innovation activities in the banking, financial and insurance sectors. This is one of the most innovative projects in the FinTech and InsurTech sector, which represents an important step forward for the digitalisation of the Country. The experimentation will allow FinTech operators to test innovative solutions, benefiting from a simplified, transitional regime, and in constant dialogue with the supervisory authorities: Bank of Italy, the National Commission for society and the stock

---

[16] Basel Committee on Banking Supervision BCBS, 'Sound Practices: Implications of Fintech developments for Banks and Bank supervisors' [2018], available at: https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.htm

[17] D.P.C.M., 18.12.2020, no. 179, *Regulation for the identification of national assets and relationships of interest in the sectors referred to in Article 4, paragraph 1, of Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council, of 19 March 2019, pursuant to Article 2, paragraph 1-ter, of the decree-law of 15 March 2012, n. 21, converted, with amendments, by law 11 May 2012, n. 56.*

[18] Italian Legislative Decree 15.03.2012, no. 21, *Rules on special powers on corporate structures in the defense and national security sectors, as well as for activities of strategic importance in the energy, transport and communications sectors.*

[19] Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, 19.03.2019, 2019/452/EU.

[20] Italian Legislative Decree 30.04.2019, n. 34, *Urgent measures for economic growth and for the resolution of specific crisis situations*, converted into L. 28.06.2019, n. 58.

[21] D.M. 30.04.2021, no. 100, *Regulation implementing article 36, paragraphs 2-bis and following, of the legislative decree 30.04.2019, n. 34, converted, with modifications, by the law 28.06.2019, n. 58, on the discipline of the Committee and FinTech experimentation.*

[22] Official webpage of the Italian FinTech Committee see: http://www.dt.mef.gov.it/it/attivita_istituzionali/sistema_bancario_finanziario/fintech/comitato_fin/

exchange (Commissione Nazionale per le Società e la borsa, abbreviated as CONSOB) and the Insurance Supervisory Institute (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni, abbreviated as IVASS). In particular, regarding the insurance sector, IVASS is the competent authority that examines the application for operators that carry out significant innovative activities in the insurance sector and analyses the technology development in this sector identifying the appropriate and effective legislative measures to regulate InsurTech.[23]

The mentioned Regulatory Sandbox supports the growth and evolution of the Italian FinTech and InsurTech market and at the same time guarantees adequate levels of consumer protection and stability in financial balances. This is an important regulatory intervention, even if it concerns only the experimentation phase and does not regulate the relationship between private individuals in concrete. Among other things, not all FinTech and InsurTech activities fall within the regulated perimeter. Therefore, the Regulatory Sandbox certainly constitutes the first significant legislative intervention in the FinTech and InsurTech sector, useful for Italian companies that intend to invest in this sector, but an *ad hoc* regulation must be envisaged and with due care. Finally, is evident that the Italian Regulatory Sandbox is provided by the law while in other States it is left to the provision of competent authorities as expressly provided also by the articles 53 and 54 of AI Act Proposal.[24]

What is contestable, of the Italian Regulatory Sandbox is the fact that it is provided only at a national level, when, instead, it would be more appropriate to provide for a Regulatory Sandbox at least at a European level, as indicated also in the AI Act Proposal. Indeed, at EU Level already exist Regulatory Sandboxes even if in partially or completely different areas of application. In this regard, the DLT Pilot regime should be noted[25]. The DLT Pilot Regime Sandbox is part of a digital finance package aimed at increase digital finance. More in details, on 24th September 2020, the European Commission adopted the digital finance package, based on European public consultation[26] entitled 'Digital finance outreach',[27] following the FinTech Action Plan of 2018.[28]

Finally, with particular regard to payment services, on 13th January 2018, in Italy entered in force the Legislative Decree no. 218/2017 [29] which

[23] The Regulatory Sandbox Project on FinTech and InsurTech, with particular regard to role of IVASS, is available at: https://www.ivass.it/operatori/sandbox/index.html?com.dotmarketing.htmlpage.language=3

[24] Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amend and amending certain union legislative acts

[25] European Parliament and Council Proposal 594/2020 for a Regulation on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, 21.04.2021, COM (2021) 206 final.

[26] European Commission Consultation (banking and finance) is available at: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/regulatory-process-financial-services/consultations-banking-and-finance_en

[27] The Digital finance outreach, 01.07.2021 (last update 01.04.2022), is available at: https://ec.europa.eu/info/publications/digital-finance-outreach_en

[28] European Commission, FinTech action plan: For a more competitive and innovative European financial sector, 8.03.2018, available at https://ec.europa.eu/info/publications/180308-action-plan-fintech_en

[29] Legislative Decree 15.12.2017, no.218, Implementation of Directive (EU) 2015/2366 relating to payment services in the internal market, amending Directives 2002/65 / EC, 2009/110 / EC and 2013/36 / EU and Regulation (EU) no. 1093/2010, and repeals Directive 2007/64 /EC, as well as adaptation of the internal provisions to Regulation (EU) no. 751/2015 relating to interchange fees on card-based payment transactions. (18G00004)

implemented the second Payment Services Directive.[30] These legislative provisions regulate digital payments, including via API, and can also be applied to the InsurTech area.

It is clear that the Italian government and legislator have understood that the importance and development of InsurTech entail the need to regulate it in compliance with the ethical principles of trustworthy intelligent systems and, in general, the protection of the individuals, as provided by the European and international Institutions.[31] The Institutions pay their attention on avoiding discriminatory treatments in relation to the choice between to grant or not the insurance contract or, in any case, in relation to the terms and conditions of use of the insurance on the base of predictive analysis of insured parties' data or their profiling.[32]

From the point of view of private law, then, it is possible to affirm that there are many advantages connected to the development of new technologies also in the insurance field, considering, however, that, if not properly regulated, they expose individuals to serious risks.[33] These are already existing risks that are amplified by gravity and reduced by frequency.

Among the main risks certainly are included those concerning data protection and cybersecurety.

About data protection, a high amount of insured parties' personal data are processed, through the use of new technologies. Furthermore, with the Information and Communication Technologies (ICT), first of all the Internet of Things (IoT) or cloud computing, the processing of personal data takes place on a large scale, and this involves a real big data flow with serious implications regarding the protection of personal data and, more generally, the protection of the insured parties 'privacy. In this context, another issue is related to the fact that often the insured parties are aware of the processing of their personal data or they do not completely understand the consequences of the data processing, in particular when the data processing is made through automated systems. At the same time, also non-personal data are processed. The relevance (also economic) of non-personal data has been recently considered at the European level and, in particular, the European Commission has published a Regulation Proposal on fair access to and use of data,[34] as part of the European Data strategy.[35]

---

[30] Directive of the European Parliament and of the Council, On Payment Services In the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, 25.11.2015, 2015/2366/EU, abbreviated as PSD2.

[31] Consultative Expert Group on Digital Ethics operating within the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), Artificial intelligence governance principles: towards ethical and trustworthy artificial intelligence in the European insurance sector, 2021; National Associations of Insurance Commissioners (NAIC), Principles on Artificial Intelligence, 2020.

[32] E. Battelli, 'Big Data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi' (2019) 12 *Corriere Giur.*, 1517 ff.; G. d'Ippolito, E.M. Incutti, 'I processi decisionali interamente automatizzati nel settore assicurativo' (2019) 3 *Riv. dir. impr.*, 736 ff..

[33] P Marano, K. Noussia (ed.), *InsurTech. A Legal and Regulatory View* (Springer, 2020).

[34] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), 23.2.2022, COM (2022) 68 final.

[35] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European strategy for data, 19.02.2022, COM (2020)66 final.

In the case of the processing of personal data, a regulation is already in force and is the General Data Protection Regulation,[36] implemented in Italy with Italian Legislative Decree no. 101/2018,[37] which amended Legislative Decree no. 196/2003, so-called Italian Privacy Code.[38] However, the GDPR does not provide for a complete discipline regarding the processing of data using new technologies, providing only for some specific cases, such as automated data processing (Article 22 GDPR). Moreover, GDPR does not go into detail on the risk of discriminatory treatments using personal data.

About the second issue, it is important to stress that privacy can be considered in a broader context, that is that of cybersecurity domain, or that of IT security, which also includes data security (personal and non-personal data). Therefore, a cybersecurity breach can also involve a data breach or in any case can involve discriminatory treatments using personal data or non-personal data.

In 2018, the European regulation of cybersecurity came into force (Network and Information Security Directive, abbreviated as NISS directive), [39] implemented in Italy with Italian Legislative Decree n. 65/2018.[40] However, it is a general framework of rules for the governance and strategy for cybersecurity, but not provides specific rules of private law applicable in the relationship between the parties with regard also to the insurance sector.

In conclusion, in Italy it is currently possible to apply by analogy the mentioned legislation in force also to InsurTech and, in particular, the private insurance code (legislative decree n.209/2005), as well as the data protection and cybersecurity legislation, as implemented by national law (Italian Legislative Decrees no. 196/2003 and no. 65/2018). In addition, concerning the consumer contract, consumer code finds application (legislative decree n. 206/2005).[41] Nevertheless, the importance that InsurTech plays more and more in the Italian legal system is evident and this requires regulatory intervention.

[36] Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, 27.04.2016, 2016/679/UE (General Data Protection Regulation, abbreviated as GDPR).

[37] Italian Legislative Decree 10.08.2018, no. 101, Provisions for the adaptation of national legislation to the provisions of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27.04.2016, relating to the protection of individuals with regard to the processing of personal data, as well as the free circulation of such data and repealing Directive 95/46 / EC (General Data Protection Regulation)

[38] Legislative Decree 30.06.2003, no. 196, so-called Italian Privacy Code.

[39] Directive of the European Parliament and of the Council concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union, of 6.07.2016, 2016/1148/EU, so-called NIS Directive

[40] Italian Legislative Decree 18.05.2018, n. 65, Implementation of Directive (EU) 2016/1148 of the European Parliament and of the Council of 6.07.2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems in the Union.

[41] Legislative Decree 6.09.2005, n. 206, Consumer Code.

2. Some concrete areas of application of InsurTech in Italy.[42]

2.1. Artificial Intelligence applied to insurance field.

The insurance sector is changing with the development of new technologies.

Until now the insurance was a tool to locate and repair the damage, now the insurance is a tool used to prevent and repair the damage. One wonders, therefore, if these technologies can be useful tools for consumers or represent a new business model for companies.

Artificial Intelligence systems used by insurance companies would allow a more accurate prediction of loss probabilities, reducing asymmetric information; On the other hand, AI could transform some risks from low gravity/high frequency to high gravity/low frequency. Therefore, insurance companies should change traditional insurance coverage and create insurance products in progress, customizing them. Among the AI technologies used by insurance companies, *Internet of Things* (IoT) must be mentioned, because this technology is the basis of the connected insurance and smart contracts, also as the blockchain. The use of IoT would compromise a massive proliferation of user data by reducing costs and making policies more efficient.

In particular, connected insurance is a technology that uses IoT platforms, sensors, and connected devices, to collect data relevant to the monitoring of customer behavior and lifestyle by diversifying the calculation of insurance product prices on the basis of the data collected. Connected insurance follows the logic of the insurance sector: collect, select and store information.

Insurance contracts use smart contracts technology to perform specific actions desired by the parties upon the occurrence of certain conditions, established by an algorithmic code that uses the rule of "if...then", this happens/ is done to cover the cost of air tickets in case of delay or cancellation of the flight. For example, the refund provided for in the ticket purchase contract, if the event occurs, will be automatically credited to the consumer/insured's bank account.

The blockchain represents the real digital transformation of insurance companies, which will make transactive processes more efficient, relating to the management of road accidents and the reduction of timing for the practices management, as evidenced by a study conducted by the Boston Consulting Group[43], which calculates and quantifies the benefits that the entire insurance industry could obtain if the blockchain technology were fully adopted.

The use of the blockchain allows access to Big Data, elaborates predictive analyses, and reduces the margin of error and fraud, to define more precisely the risk profiles for the insured, improving existing insurance processes and allowing the traceability of all data.

---

[42] The author of this paragraph is Mr. Davide Silvio D'Aloia, Ph.D. (c) in Humanities and Technologies, Junior Researcher of the Research Centre of European Private Law (ReCEPL) at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (Naples, Italy).

[43] Boston Consulting Group, 'The First Blockchain Insurer', 2018, available at: https://www.bcg.com/it-it/publications/2018/first-all-blockchain-insurer

Insurance coverage will be flexible, customizable, and coherent to the needs of the individual insured, "Usage-based insurance", because of Big Data. However, Big Data and IoT offer undisputed advantages, but present also risks to the person, because his personal data, as an object of legal protection, become an object economically appreciable.

Moreover, predictive algorithms could generate discriminatory evaluation and profiling criteria. In fact, in the matter of "car RC" there are "on-board diagnostics" devices, which, recording the style of driving and the number of braking performed, make the insurance contract "user-centric", in which the insured becomes a decision-making element in the contractual dynamics.

Last but not least, not to be underestimated is the risk of entrusting an algorithm with the decision to offer insurance coverage and, in addition, the risk of being subject to theft of digital identity and all the extortion, including the c.d. "phishing", may be contained or entirely avoided by the use of appropriate technologies.

The use of predictive algorithms is in contrast with the normal contractual uncertainty, typical of the insurance contract, and against the principle of mutuality enshrined in Art. 1895 of the Italian Civil Code ("The contract is null and void if the risk has never existed or has ceased to exist before the conclusion of the contract"), and is accentuated when the algorithm denies compulsory insurance coverage to a person (e.g. care insurance contracts) contrary to the law.

But there is more: after the COVID-19 pandemic, digitalisation has had a strong increase. Physical meetings with consultants have been reduced by 32%, in favor of videoconferences and branch access by 39%.

There is a growing trend of reliance on technology in the insurance industry!

2.2. Insurance field concerning Artificial Intelligence devices.

Having concluded the examination on the AI applied to the insurance field, we wonder, on the contrary, how to adapt the insurance field to the systems of AI, for example, driverless cars and medical devices.

The insurance industry in car sector is going to be radically modified with the development of ADAS systems (Advanced Driver Assistance System) and driverless cars, in fact, it is estimated that by 2030 the traditional car insurance market will be reduced by 60%[44]. The current Italian system of preventive rules and compensation covers three risk profiles: the danger of the driver, the danger of the motor vehicle to third parties, and the danger of the vehicle for the transported.

The advent of driverless cars, leads to a centrality of the "third-part" in the system of civil liability, so as to put in crisis the current system based on the dichotomy between the system of compulsory private insurance and Art. 2054 of the Italian Civil Code (indexed "Circolazione dei veicoli"), according to which

[44]Marketsandmarkets, 'ADAS Market by System (ACC, DMS, IPA, PDS, TJA, FCW, CTA, RSR, LDW, AEB, & BSD), Component (Radar, LiDAR, Ultrasonic, & Camera Unit), Vehicle (PC, LCV, Bus, & Truck), Level of Autonomy (L1, L2&3, L4, L5), Offering, EV, and Region - Global Forecast to 2030', 2019, available at the link: https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/driver-assistance-systems-market-1201.html

it is the driver who is held liable for a damage caused by the operation of the vehicle.

With the advent of these technologies, there is, therefore, a transition to the centrality of the vehicle and no longer of the driver, so the system provided for in the Civil Code will have to be reformed, foreseeing, in the event of a completely autonomous accident, the liability of the owner and/or its producer.

In this new scenario, defined as "liability for autonomous vehicles", the European system Market Enterprise Responsibility (MER) presupposes the creation of a fund to be financed by the manufacturers of driverless cars on the basis of the market shares achieved by the companies, to create funds to be used for compensation of the damage.

The MER would allow social security cover for all kinds of bystanders, but each European state would have to reformulate its own system of national rules in order to achieve full harmonization with other state disciplines.

Another major player in the insurance industry is the Software as a medical device (SaMD), AI system that can be used autonomously to diagnose, prevent, monitor, or treat a disease. The system assists the operator in the diagnosis, screening, monitoring, prediction, and determination of the disease.

AI and machine learning (ML) technologies have the potential to adapt and optimize SaMD real-time performance to improve health care. SaMD, based on artificial intelligence/machine learning, change and adapt intrinsically as they become available and, through the technologies of Big Data Analytics, deep learning, and robotic automotive process, can collect a large amount of data.

The use of these systems is regulated at the European level by Regulation 2017/745/EU – Medical Device Regulation (MDR) and Regulation 2017/746/EU – In-Vitro Diagnostic Regulation (IVDR). However, the current EU regulatory framework does not directly define a self-learning AI system (in fact, in April 2021 the European Commission presented the Artificial Intelligence Act (AIA) project, that regulates equally all sectors of the AI industry, including medical devices).

Medical device manufacturers, due to the great growth in the industry, must comply with legal requirements, which include reporting and monitoring of the product, reminders, and warnings. In this context, manufacturers of medical devices, responsible for all claims arising from their products, must provide sufficient financial cover (Art. 10, co. 16 MDR).

To protect the producer and distributor of this software from civil actions arising from the exposure of the products to consumers, adequate liability insurance for risk control is needed.

Medical devices AI represents an opportunity to transform and improve patient outcomes and efficiency, as well as accelerate healthcare research.

Future legislative changes will have to focus on transparency of technology and non-discriminatory protection of the policyholder, also with a view to effective protection of personal data, in the case of driverless car insurance and in the case of SaMD.

3. Perspectives of the insurance sector in the light of AI development. [45]

In the light of the analysis conducted so far, it is clear that the insurance world is changing its perspective with the evolution and the development of new technologies. From an insurance system with a compensatory function, we have now moved to an insurance system progressively based on AI, able to predict and quantify damages, also thanks to the use of predictive techniques, as well as able to monitor the performance of the insurance contract and the behaviour of the insured party.

Different are the risks of the insurance industry that can be considered in relation to the application of AI.

Firstly, the issue of more accurate prediction of risk probabilities emerges in relation to the lack of detailed information about the insured party that are necessary to be able to concretely quantify the policy, often profiling the insured parties through connected insurance.[46] In this regards, thanks to AI systems, that elaborate the data processed, the insurance company would be able to profile the insured party and predict his/her behaviour, without guaranteeing the completely awareness of the party or without giving him/her the possibility to modify the results obtained by the algorithms via data analysis.[47]

The imbalance between the parties to the contract is evident. In fact, even if the insured party is willing to consent to the processing of his/her data, in the belief that he/she will get a cheaper insurance premium, on the contrary, he/she runs the risk to give excessive information on himself/herself, which could also lead to discriminatory treatment, because it is too personalised.

The personalisation of insurance products and premiums according to the characteristics of individuals plays a major role. An insurance company, by adopting automated decisions, makes a prediction of the probability of a risk materialising on the basis of information taken from the user's past, thus making a prediction. However, in the application of personalisation techniques, care must be taken not to lead to cases of discrimination against the insured on the basis of subjective elements that discriminate in the identification of insurable persons or in any case in the quantification of the relevant insurance policy. Profiling, if not properly regulated, can perpetuate stereotypes and social segregation; it can also confine a person to a specific category and limit them to the preferences suggested for that category.

Therefore, despite the advantages of these systems, in terms of efficiency and effectiveness, the algorithms underlying their operation can lead to discriminatory results.

---

[45] The author of this paragraph is Dr. Maria Cristina Gaeta, Research Fellow in Private Law, Scientific Secretary of the Research Centre of European Private Law (ReCEPL) at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (Naples, Italy).

[46] E. Battelli, Big Data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi' (no. 22); E. Battelli, 'Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario' (no. 2); D. Porrini, 'Big Data, Personalization of policies and effects in the insurance market', in V. Sickle-G. Ghidini, G. Olivieri (eds.), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, (Giuffré, 2018), 319 ff..

[47] On the contractual balance, see L. Gatt, 'Il contratto nel diritto europeo', in G. Amodio e F. Macario (eds.), *Diritto civie. Norme, questioni concetti* (Mulino, 2nd ed., 2022), 554 -562.

In fact, the same Working Party Article 29 (WP29) and, then, the European Data Protection Board (EDPB), introduced by the GDPR, consider that profiling and automated decision-making may involve significant risks for the rights and freedoms of individuals, who are often unaware of the profiling activity or not fully aware of the consequences.

Another risks that should be considered is related to the typology of the risks, that shifts from low severity and high frequency to high severity and low frequency. Indeed, AI has the ability to transform the nature of insurance risk. For example, with driverless cars the number of claims is reduced and, consequently, the probability of loss for the insurance company will be reduced (low frequency). At the same time, however, a failure or hacking attack on the autonomous driving AI system in driverless cars can lead to serious accidents and, therefore, an increase in the maximum possible loss (high severity).

One potential way to reduce the severity of the risk and ensure sufficient independence of loss events could be to classify the applied AI systems, which would also imply different insurance plans proportionate to the risk. In this sense, the Artificial Intelligence Act Proposal of 2021 divides AI-enabled products into prohibited AI systems, high risk AI systems and low risk AI systems.

Finally, the Big Data revolution associated with the use of predictive algorithms has involved the financial-insurance system, for which it is important to analyse data on a statistical basis, in order to predict the probability of a certain risk. These data are personal data and also non-personal data, which have an increasingly relevant potential, including economic potential, with a consequent impact on the market. In this context, in addition to the GDPR and the NISS Directive, it is hoped that the proposed ePrivacy Regulation and Data Act will enter into force in the short term.

In conclusion, the growth of InsurTech seems to promise further significant developments, involving many of the insurance sectors in terms of growth of the number of start-ups and investments. Therefore, the main recommendations that emerge from this paper are addressed to the Government, the Supervisory Authorities, the Trade Associations, the companies operating in the sector and the individual players involved in the insurance industry, so that they invest consciously in the InsurTech sector. In particular, there is a need to invest in the education system in order to train young people with adequate skills and valuable experiential opportunities in the field of new jobs in the digital world.

In addition, there is a need to set up an artificial intelligence authority (regulated by the AI Act Proposal), which could also be responsible for InsurTech, as suggested by the European Central Bank.

Furthermore, it is necessary to provide stable and ongoing relations with the InsurTech world, including through the active contribution of the associations that are emerging in this field, and to create forms of collaboration useful for the birth and development of ecosystems in which companies from different sectors develop more integrated solutions and services.

At the same time, this work is addressed to the legislator, as it is necessary to integrate the existing legislation and, in an evolutionary way, to introduce a regulatory framework on InsurTech, after having previously explored the

emerging business models, within specific Sandboxes. In this regard, the implementation of an *ad hoc* Regulatory Sandbox for Artificial Intelligence, as envisaged by the AI Act Proposal, appears to be the first step to be taken. It could be integrated for some aspects with the one already started by the Italian FinTech Committee, but autonomous for different profiles. In any case, the implementation of the AI Regulatory Sandbox is still to be defined and will depend on a soft law regulation, or at least a second level of binding law, that will integrate or complement the AI Act Proposal when it comes into force. After the entry into force of the proposed regulation, it is easy to assume that the AI Regulatory Sandbox will constitute the operative benchmark for different sectors, becoming the dominant model able to include different innovations of the relevant sectors, such as for the data driven economy, or to stimulate the creation of new and autonomous Regulatory Sandboxes.

Once the experimentation phase through Regulatory Sandboxes will be completed, in view of regulating InsurTech, a first intervention should concern the identification of principles protecting the individual, in relation to the impact that new technologies have also in the insurance sector.[48] The aim is to envisage an intervention like that initiated by the Project Group 'Restatement of European Insurance Contract Law', which gave rise to the Principles of European Insurance Contract Law - PEICL, principles on the regulation of insurance contracts, envisaged at European level.[49]

Indeed, starting from the PEICL it would be possible to supplement them, regulating the InsurTech phenomenon in a way that protects individuals, who find themselves in a position of vulnerability with respect to the rapid and incessant development of the new technologies. Considering, then, the cross-border impact that new technologies necessarily imply, the introduction of principles applicable at least at the European level, would allow to protect the existing legal cases with clear transnational features, resulting from the removal of geographical barriers for the pervasiveness of ICT.

[48] Explainatory memorandum of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology (DLT); M Lima Rego, B Kuschke (eds.), *Insurance and Human Rights*, Springer 2022.

[49] The Project Group 'Restatement of European Insurance Contract Law, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL, is available at https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/forschung/evip/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf, for more details see: A. Th. Müller, 'Vers un droit européen du contrat d'assurance. Le "Project Group Restatement of European Insurance Contract Law"'(2007) 15 (1) European Review of Private Law, 59 – 100. *See* also H Heiss, 'Towards a European Insurance Contract Law: Restatement - Common Frame of Reference - Optional Instrument?', available at http://www.aidahungary.org/wp-content/uploads/2014/02/AIDA2006_11_24_Helmut_Heiss_eloadas.pdf. More in general on the Principles of European Contract Law (PECL), see L. Gatt, 'Il contratto nel diritto europeo' (n 32) 554 -562.

Sartoris C., 'Banking Contracts: the concept of transparency and its evolution' (2021) 2 EJPLT, Available at : www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

Banking Contracts: the concept of transparency and its evolution

CHIARA SARTORIS
Postdoctoral Research fellow at Università degli Studi di Firenze
Lawyer

Abstract
The essay examines the evolution of the concept of transparency in banking contracts by-means of the analysis of the Italian and European laws and case-law. Today bank's duty of transparency does not mean conveying huge amount of information to customers; it rather means providing a quality information. Transparency indeed should be designed in a substantial way. This new approach implies further tasks for banks. Compliance to transparency rules involves either the organization of effective consulting services for customers or the development of contract design practices. These purposes required an effort to enhance customers' banking and financial education, so as they can actively cooperate with banks to design transparent contracts.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: banking contracts; transparency; consulting service; contract design; duty of information; banking education; financial education.

Summary: Introduction. – 1. The rules of transparency in banking contracts. – 2. Transparency and European case-laws in matter of mortgage loans. – 3. A new design for bank-customer relationship. – Conclusions.

Introduction.

Transparency in asymmetric contracts is a complex issue since it involves opposite interests: customers' interest to a complete intelligibility of contractual content, on the one hand; and general interest to market functioning, on the other hand. Such an issue assumes crucial importance with particular reference to banking contracts, whose contents are technically complex and imply relevant financial risks for customers[1]. These latters need to access to information concerning contractual terms and conditions in order to be aware of costs and characteristics of the banking services they are going to activate, as well as to make mindful choices among different banking offers.

In particular, the most important aspect of a banking contract is represented by economic terms and conditions, such as: rate interests for each banking operation, how to calculate interests, interests' frequency, indexing criteria, fees and costs of a service. These conditions, indeed, tend to be on behalf of professionals and to the detriment of customers. Thus, it is extremely important that these latters are able to understand what economic consequences they are going to deal with,

In the last three decades the Euro-unitarian Law and the EU Court of Justice have often provided or strengthen banks' duties of information towards customers. The transfer of information and data is considered the primary tool to overcome informative asymmetries which characterize a contractual

[1] The mentioned issue is object of several studies by the Italian and European scholars: P Schlesinger, 'Problemi relativi alla "trasparenza bancaria"' (1989) Corr. Giur., 230 ff.; P Rescigno, '"Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti', (1990) I, Banca, borsa, tit. Cred., 297 ff.; PL Carbone, 'La trasparenza bancaria e la tutela del risparmiatore', (1992) I Corr. Giur., 479 ff.; G Alpa, 'La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo' (1992) IV, Giur. it., 409 ff.; Id, *La trasparenza nei contratti bancari* (Cacucci, 2003); Id, 'La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparimiatore' (2004) 210, Quad. dell'Ass. per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa, 48 ff.; G Carriero, 'Trasparenza bancaria, credito al consmo e tutela del contraente debole' (1992) V, Foro it., 354 ff.; A Nigro, 'La nuova normativa sulla trasparenza' (1993) 4 Nuove leggi civ. comm., 571 ff.; A. Maisano, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficie transizione dal diritto delle banche al diritto bancario* (Giuffrè, 1993); A Tidu, 'Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari', Enciclopedia giuridica (Treccani, 1994) XXXI, E Minervini, 'La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)' (1997) 1 Banca, borsa e tit. cred., 94 ff.; AA Dolmetta, 'Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia' (1998) 1 Dir. banc. e merc. fin., 29 ff.; D Rufini, 'Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali)', *Dig. Comm.* (Utet, 2000), 93 ff.; E Capobianco, 'I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio dei rapporti con la clientela' (2002) II Dir. banc. merc. fin., 198 ff.; M Caratelli, *La trasparenza tra banche e clienti. Fabbisogni informativi e intervento pubblico* (Franco Angeli, 2006); V Calandra Buonaura, 'La trasparenza nei servizi bacari di investimento' (2008) Giur. Comm., 220 ff.; E Quadri, 'Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore' (2011) Nuova giur. civ. comm., 90 ff.; A Mirone, *La trasparenza bancaria* (Cedam, 2012); G De Nova, 'La trasparenza bancaria: lex generalis o lex specialis?' (2014) 3 Bancaria, 59 ff.; G Mucciarone, 'La trasparenza bancaria', in V Roppo (ed.), *Trattato Roppo dei contratti*, V, Mercati regolati (Giuffrè, 2014), 663 ff.; A. Barenghi, 'Appunti sulla trasparenza bancaria venticinque anni dopo' (2017) 3 Quest. Giust., 115 ff.

relationship between banks and customers. The result, however, is that customers are usually required to subscribe contracts whose contents are excessively complex and detailed and thus unintelligible. Consequently today the traditional informed-consent method is not the solution for all the problems concerning informative asymmetry.

Not surprisingly recent European case-law shows a new approach to transparency issues: what really matter is not the amount of information that banks convey to customers, instead it is crucial the quality of information. Therefore, as it will be shown, the attention has to be focused on a substantial concept of transparency. At the same time, it is necessary to wonder which tools ensure an adequate standard of transparency.

From this point of view, the present research aims at analysing the evolution of the concept of transparency in banking contracts on the basis of both the recent frameworks in such a matter and the European case-law concerning mortgage loan agreements. The purpose of the studdy is to show how the transparency rule should be designed and which role customer should have in order to acquire a suitable and effective level of information.

1. The rules of transparency in banking contracts.

Within the Italian legal system transparency in banking contract is regulated by the d.lgs. n. 385/1993 (the so-called T.U.B.), which has been modified several times in the light of the evolution of the Euro-unitarian framework in this matter. According to this law, the rule of transparency operates in every step of a contractual relationship between a bank and a customer: from the pre-contractual moment to the signature of the contract and finally to the execution of the contract.

With particular reference to the contents of the mentioned rules, two are the possible declinations of the concept of transparency.

On the basis of a primary meaning, the word "transparency" points out the need that contractual content is drafted in a clear and understandable way. Actually, the crucial requirement to ensure the intelligibility of contractual terms and conditions is represented just by the way they are formally and grammatically written. This is confirmed also by the article 35 of the Italian Consumer Code, which refers the word transparency to clearness and intelligibility of contractual draft[2].

However, over the years, such a word tends to be designed in a more extensive meaning. Transparency is declined in a series of rules which concern written form of the contract, contractual contents, as well as professionals'

[2] According to article 35 of the Italian Civil Code: 'In case of doubts about the meaning of a clause, the interpretation which is more favourable for consumer prevails'. See: P Forchielli, 'Clausole abusive e disciplina gidente dell'interpretazione', in CM Bianca and G Alpa (eds.), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con I consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993* (Cedam, 1996), 462 ff.; V Rizzo, *Trasparenza e "contratti del consumatore. La novella al codice civile"* (Esi, 1997); G Stella Richter, 'L'interpretazione dei contratti dei consumatori' (1997) Riv. trim. dir. proc. civ., 1028 ff.; M Pennasillico, 'L'interpretazione dei contratti del consumatore', in P Perlingieri and E Caterini (eds.), *Il diritto dei consumi* (Esi, 2004) I, 157 ff.; S Martuccelli, *L'interpretazione dei contratti del consumatore* (Giuffrè, 2004); A Genovese, *L'interpretazione del contratto standard* (Giuffrè, 2008).

behavioral duties towards customers, in particular informative duties. Basically, the Banking Law has turned from an idea of "informative-transparency" to an idea of "conformative-transparency", because the duty of transparency does not only imply the transfer of information towards customers, but it also influences rules about contractual form and content. It is the so-called contractual "neo-formalism"[3].

With reference to form, within the Italian legal system transparency is declined in two rules: on the one hand, banking contracts must have a written form according to article 117, 1st paragraph, of d.lgs. n. 385/1993[4]; on the other hand, a copy of the contract must be submitted to the customer who subscribes it. The importance of these rules is embodied by the provisions of the pathological consequences in case of breach: article 117, 3rd paragraph, of d.lgs. n. 385/1993 statues the nullity of the contract. Moreover, this nullity has a peculiar function of protection in favour of customers, consequently these latters are the only subjects who are legitimated to activate the remedy in front of a judge (article 127, 2nd paragraph, of d.lgs. n. 385/1993)[5].

---

[3] For a study of the phenomenon of the so-called "neo-formalism" see: E Morelato, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo* (Cedam, 2006); L Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo* (Giuffré, 2008); Id, 'Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito' (2011) Contr. e impr., 27 ff.; V Scalisi, 'Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?' (2011) I Riv. dir. civ., 415 ff.; E Fazio, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale* (Giuffrè, 2011); S Pagliantini, 'Neoformalismo contrattuale', *Enciclopedia del diritto – Annali* (Giuffrè, 2011) IV, 772 ff.; Id, 'Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 97/11 e la dir. 2011/83/UE: una nozione (già) *vieille renouvelée'* (2021), Nuove leggi civ. comm., 327 ff.; Id, 'L'incerto incedere del formalismo di protezione tra usi e abusi' (2013) Contr. e impr., 299 ff.; F Addis, '"Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole' (2012) Obbl. e contr., 9 ff.; C Maradei, "Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria", in O Calliano (ed.), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi, e diritti del consumatore europeo* (Giappichelli, 2013), 68 ff.; M Girolami, 'Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale' (2017) Banca, borsa, tit. cred., 543 ff.; P Gaggero, 'Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale' (2016), Contr. e impr., 1463 ff.; E Tosi, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento* (Giuffrè, 2018).

[4] The United Section of the Supreme Court of Cassation clarified the extend of the written form requirement. For the validity of the contract is not necessary that it is subscribed by both the contractual parties, but it is sufficient the customer's signature, because this latter is the party seeking for protection by-means of the written form. Even if the judgement concerns the interpretation of the formal requirement for financial contracts ex article 23 d.lgs. n. 58/1998 (the so-called T.U.F.), the Supreme Court has then statued that this decision can be extended also to banking contracts. Cfr. Cass., Sez. Un., 16 January 2018, n. 898. For notes or comments about this decision see, *ex multis*: A Di Majo, 'Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme'(2018) 3 Giur. it., 568 ff.; C Colombo, 'La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite' (2018) 2 Giur. it., 133 ff.; G D'Amico, 'La forma del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. Non è prescritta *ad substantiam actus',* (2018) 2 Contr., 133 ff.; G La Rocca, 'Interessi contrapposti e "conseguenze opportunistiche" nella sentenza delle sezioni unite sulla sottoscrizione del contratto' (2018) Foro it., 1289 ff.; C Sartoris, 'Contratti di intermediazione finanziaria: il vincolo di forma *"ad substantiam"* è unilaterale', [2018] Persona e mercato <http://www.personaemercato.it/contratti-di-intermediazione-finanziaria-il-vincolo-di-forma-ad-substantiam-e-unilaterale-di-chiara-sartoris/>

[5] *Ex multis*: G Passagnoli, 'Nullità speciali' (Giuffrè, 1995); Id, 'Le nullità di protezione', in F Ruscello (ed), *Studi in onore di Davide Messinetti* (ESI, 2009); F Di Marzio, 'Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti' (2000), Giust. Civ., 475 ff.; S Monticelli, 'Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio' (2002) 4 Riv. dir. priv., 685 ff.; L Valle, 'L'inefficacia delle clausole vessatorie e la nullità a tutela della parte deboe del contratto'(2005) 1 Contr. e impr., 149-199; M Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa* (Cedam, 2008); Id, 'Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)' (2015) I Banca, borsa e tit. cred., 172 ff.; G De Cristofaro, 'Le invaidità negoziali "di protezione" nel diritto comunitario dei contratti', in S. Pagliantini (ed.), *Le forme della nullità* (Giappichelli, 2009); S Pagliantini, 'Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale' (2012) 4 Nuova giur. civ. comm., 751 ff.; I

With reference to contractual content, article 117, 4th paragraph, of d.lgs. n. 385/1993 provides a series of elements which must be specified into the contract, such as interests rate, amortization plan, costs and conditions charged by the bank. Moreover article 119 lists a series of informative duties for banks towards customers. In particular, professionals are required to handle with two main tasks: on the one hand, they have to collect information about the characteristics and the quality of each single customer they are dealing with; on the other hand, on the basis of the information previously collected, they have to inform the customer about the economic risks she/he exposes, the economic consequences of the contract, the main characteristics of the service or product she/he acquires[6].

According to the Euro-unitarian framework, banks have to comply to their informative duties on the basis of a graduated approach: the standard of information varies in relation to the typology of customer, depending on whether she/he is a simple consumer or a retailed customer or a qualified customer[7]. Obviously, the maximum grade of informative protection must be ensured in favor of simple consumers.

The application of the above-mentioned rules if, on one side, has the merit of ensuring the balance between asymmetric contractual positions, on the other side, however, poses a problem of effective protection[8]. It is clear that

---

Prisco, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio* (ESI, 2012); U Malvagna, 'Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex ar. 127 TUB' (2015) Riv. dir. banc., 1 ff.

[6] If professionals do not perform the duties of information, they meet the civil liability and therefore have to compensate customers' damages, according to the distinction between behavioural rules and validity rules set by the United Section of the Supreme Court of Cassation of 19 December 2007, n. 26724-26725. Cfr. G Vettori, 'Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio', (2008) Obbl. e contr., 104 ff.; V Mariconda, 'L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità' (2008) Corr. Giur., 230 ff.; V Sangiovanni, 'Commento a Cass. S.U. 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725' (2008) Contr., 231 ff.; E Scoditti, 'La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite' (2008) I, Foro it., 784 ff.; C Scognamiglio, 'Regole di validità e di comportamento: I principi e I rimedi' (2008), Eur. dir. priv., 599 ff.; IA Caggiano, 'Gli obblighi di informazione nei servizi d'investimento tra nullità e responsabilità', in G Gandolfi (ed.), *Codice europeo dei contratti*, Libro II. *Dei singoli contratti* (Giuffrè), 2017, 20-30.

[7] See: L Frumento, 'La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva MIFID' (2007) Contr., 583 ff.; P Fiorio, 'La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica' (2008), Giur. it., 2241 ff.; V Sangiovanni, 'L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la MIFID' (2010) Corr. giur., 1385 ff.; A Antonucci, 'Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato' (2010), 6 (I) Banca borsa, 728 ff.; V Santocchi, 'Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali tra intermediario e cliente', in E Gabrielli, R Lener (eds.), *I contratti del mercato finanziario* (Giappichelli, 2011); A Tucci, 'La classificazione dei clienti', in R Lener (ed.), *Diritto del mercato finanziario – Saggi* (Giuffrè, 2011), 87 ff.; U Minneci, 'Servizi di investimento in favore del cliente professionale: dal regime del rapporto alla disciplina dell'attività' (2012) I, Banca borsa e tit. cred., 568 ff.; R Natoli, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione* (Giuffrè, 2012); L Purpura, 'L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio', (2013) 2(I), Banca borsa, 225 ff.; D Imbruglia, *La regola di adeguatezza e il contratto* (Giuffrè, 2017).

[8] The importance of the principle of effectivity in contract law is highlighted by: N Trocker, 'Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo (parte prima)' (2007) 1 Riv. trim. dir. proc. civ., 35 ff.; N Irti, *Significato giuridico dell'effettività* (ESI, 2009); C Mak, 'Rights and remedies – Article 47 EUCFR and effective judicia protection in european private law matters', in HW Micklitz (ed.), *Constitutionalization of european private law* (Oxford University Perss, 2014), 236 ff.; S Pagliantini, 'Diritto giurisprudenziale e principio di effettività' (2015) 4 Pers. e merc., 112 ff.; G Vettori, 'Contratto giusto e rimedi effettivi' (2015) 1 Pers. e merc., 5 ff.; Id, 'Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo', (2017) 1 Pers. e merc., 15 ff.; Id, *Effettività tra legge e diritto* (Giuffrè, 2020); D Imbruglia,' Effettività della tutela: una casistica', (2016) 2 Pers. e merc., 62 ff.; I Pagni, 'Effettività della tutela giurisdizionale', *Enciclopedia del diritto – Annali* (Giuffrè, 2017), 355 ff.

whenever a customer receives a huge amount of information, she/he is not able to completely understand every aspect of the contract is part of. Consequently, she/he is not able to express an aware consent to the contract. Excessive information is bound to produce no information.

These are the reasons way, in the last few years, the European Union has changed its approach towards banking contracts. The purpose of the new framework is a process of "simplified disclosure"[9]. The tool to achieve this purpose is represented by the role of mediation that banks are expected to act towards customers. According to this new legal approach, what really matter is not only the transfer of information from professionals to customers, but also the arrangement of consulting services to help customers understand contractual contents and, consequently, make aware decisions[10].

In particular, the Directive 2014/65/EU (the so-called MiFID II)[11] strengthens professionals' duties of information by-means of the introduction of a specific duty of consulting and assistance in favour of customers. A such new framework is translated in a set of rules which modify the d.lgs. n. 385/1993. For example: article 120 *novies*, 2nd paragraph, provides the duty to convey tailored information; article 120 *undecies* provides rules in order to verify customer's creditworthiness; article 124, 5th paragraph, allows customers to ask for adequate explanations concerning the granting of a credit; article 124 *bis* provides consulting duties. According to the described rules, today transparency also stands for consulting and assistance duties in favour of customers[12].

---

[9] Cfr. Barenghi, "Appunti sulla trasparenza bancaria venticinque anni dopo" 120.

[10] This leads to the problem of defining the liability rules in case banks breach the consulting duties they are burdened. Think, for instance, to the case of a bank that makes a customer buy a financial product which is not suitable for her/him or to a case of abusive granting of credit. See: A Nigro, 'La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito', Giur. comm. (1978) I, 219 ff.; Id, 'Note minime in tema di responsabilità per concessione "abusiva" dei crediti e legittimazione del curatore fallimentare' (2002) Dir. banc. merc. finanz., 294 ff.; F Anelli, 'La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito' (1998) I, Dir. banc. merc. fin., 137 ff.; B Inzitari, La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito (2001) I Banca, borsa e tit. cred., 265 ff.; A Castiello D'Antonio, 'La responsabilità della banca per "concessione abusiva del credito"' (2002) I Dir. fall., 1077 ff.; A Viscusi, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito* (Giuffrè, 2004); G De Nova, 'La responsabilità dell'operatore finanziario per esercizio di attività pericolosa' (2005) Contr., 709 ff.; G Piazza, 'La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari "inadeguati" al profilo del risparmiatore' (2005) Corr. Giur., 1031 ff.; V Sangiovanni, 'Inadeguatezza delle operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno', (2006) 11 Corr. giur., 1569 ff.; C Colombo, 'Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione nell'offerta di servizi di investimento', in V Troiano, R Motroni (eds.), *La MiFID 2. Rapporti con la clientela. Regole di governance. Mercati* (Padova, 2016).

[11] *Ex multis*: F Scacchi – G Zaghini, MiFID II. *Le nuove regole dei mercati e degli strumenti finanziari. Verso la Capital Market Union* (Ecra, 2015); F Capriglione, 'Prime riflessioni sulla Mifid II (Tra aspettative degli investitori e realtà)' (2015) Riv. Trim. Dir. econom., 72 ff.; V Troiano, R Motroni (eds.), *La MiFID 2*; D Busch, G Ferrarini, *Regulation of the EU Financial Markets –MIFID and MiFIR* (Oxford Press, 2017); R Costi, *Il mercato mobiliare: aggiornamento alla mifid II* (Giappichelli, 2018); F Annunziata, 'Il recepimento di Mifid II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità' (2018) 4 Riv. soc., 1110 ff.; F Della Negra, *MiFID II and Private Law: enforcing EU conduct of business rules (Hart Publishing*, 2018); E Pezzutto, R Razzante, *MiFID II: le novità per il mercato finanziario* (Giappichelli, 2018); C Robustella, 'La tutela rafforzata dell'investitore nella MIFID II' (2019) 1 Jus civile, 48 ff.

[12] See: MT Paracampo, 'Le società di consulenza finanziaria: una disciplina in itinere' (2009) Soc. , 1459 ff.; M Scolari, 'Il valore della consulenza finanziaria' (2010) 4 Banca finanza, 20 ff.; A Nigro, 'Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?', in Aa.Vv., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?* (Giappichelli, 2011), 29 ff.; A Mascio, *La consulenza finanziaria. Regolamentazione, modelli di servizio e pianificazione finanziaria* (Egea, 2011); F Civale,

Such a different approach has precise consequences for banks. In order to comply with the new duties, banks are required to adopt a series of organizational measures suitable to ensure consulting and assistance services to customers, such as the development of internal dedicated structures and the training of a qualified staff.

However the described evolution of the concept of transparency seems not to be completed yet. Other new aspects emerge from the European case-law.

2. Transparency and European case-laws in matter of mortgage loans.

In order to understand the last step of evolution of transparency in banking contract, it is interesting to analyse some recent European case-laws in matter of mortgage loan agreements.

One of the he most recent judgments concerns the case of a mortgage loan agreement denominated in a foreign currency (Swiss francs) and repayable in euro (BNP Paribas case)[13]. A contract so contrived implies a risk of exchange connected to the euro currency fluctuation compared with Swiss francs fluctuation. The problem is that such a risk is not explicitly mentioned into the contract.

Beyond the abusiveness issue of the contractual term concerning the risk of exchange, the referring court asks also to clarify whether such a term fulfills the requirement of transparency set by article 4, 2nd paragraph, of the Directive 1993/13/EEC. In order to answer that question, the EU Court of Justice reflects upon the meaning of the requirement of transparency in the light of its case-law.

In general, according to European judges, information provided before the conclusion of a contract is of fundamental importance for a consumer. On the basis of information on contractual terms and consequences of a contract, a customer decides whether she/he wants to be bound to a seller or supplier. Such a principle is constantly statued by the EU Court of Justice. In this mind, it provides that the requirement of transparency cannot be merely reduced to intelligibility of terms and conditions at a formal and grammatical level. On the contrary, the idea of transparency behind the system of protection introduced by the Directive 1993/13/EEC 'must be understand in a broad sense'. This implies that 'an average consumer, who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect, is in a position to understand the specific functioning of that term and thus evaluate, on the basis of clear, intelligible criteria, the potentially significant economic consequences of such a term for his or her financial obligations'[14].

L Zitiello, 'Consulenza e Mifid II: il nuovo assetto a "geometria variabile"' (2015) Dir. banc., 1 ff.; F Di Ciommo, 'La consulenza finanziaria alla luce della MiFID 2', (2017) Riv. trim. dir. econom., 39 ff.; N Michieli, 'La consulenza: le nuove frontiere dei servizi di investimento' (2020) 3 Banca, impresa e società, 521 ff.

[13] Cfr. Judgement of 10 June 2021, *BGL BNP Paribas SA*, C-548/18, EU:C:2019:848.

[14] Cfr. judgement of 21 March 2013, *RWE Vetrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180, paragraph 44; judgement of 30 april 2014, *Kàsler*, C-307/13, EU:C:2014:282, paragraph 70; judgement of 21 December 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C154-/15, EU:C:2016:980, paragraph 50; judgement of 20 September 2017, *Andriciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703 paragraph 48; judgement of 3 October 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819.

In the BNP Paribas case, in particular, the Court of Justice statues that the requirement of transparency cannot be satisfied by communicating information to the consumer, if that information is based on the assumption that the Euro-Swiss francs exchange rate will remain stable. The result is that the consumer is not clearly warned if she/he is exposing her/himself to a certain foreign exchange risk, that may be economically difficult to bear in the event of a depreciation of the currency in which the borrower receives her/his income.

Moreover, in another case concerning a variable-interest-rate mortgage loan (Moral Guasch case)[15], judges provides that national courts have the task to carry out the necessary checks in order to verify whether all the information likely to have bearing on the extent of her/his commitment have been communicated to the consumer. Thereby it is possible to enable her/him to estimate the total cost of the loan.

In conclusion, on the basis of the European case-law, two are the crucial aspects that judges should check with reference to banking contract: on a first level, if contractual terms are drafted in a plain and intelligible language, so as to enable an average consumer to estimate such a cost; on a second level, if the loan agreement mentions the essential information with reference to the nature of the goods or services, which are the subject matter of that agreement. It is evident that both of the described elements play a decisive role in consumer's assessment.

3. A New Design for the Bank-Customer Relationship.

In the light of the described European case-law in matter of mortgage loan, two observations can be developed.

First of all, it is clear that transparency is to be considered in a substantial meaning. Professionals do not simply have to convey complete information to customers, but they have to enable them to understand the specific economic consequences of the obligations they are binding to. Thus, it is not sufficient that banks provide information, on the contrary it is necessary that such an information is provided by-means of suitable tools with reference to both its drafting and its procedure of communication.

Secondly – and consequently – the traditional principle of informed consent should be revised because, on the one hand, it does not ensure the substantial meaning of transparency and, on the other hand, it tends to deprive professionals of responsibility towards customers.

Another aspect is worth to be highlighted. According to the new substantial meaning of transparency, banks should improve contract design techniques. Indeed, the purpose of a substantial transparency in banking contracts may be

[15] Cfr. judgement 3 March 2020, *Moral Guasch*, C-125/2018, EU:C:2020:138, paragraph 56: 'Information that is particularly relevant for the purposes of the assessment to be carried out by the national court in that regard include (i) the fact that essential information relating to the calculation of that rate is easily accessible to anyone intending to take out a mortgage loan, on account of the publication of the method used for calculating that rate, and (ii) the provision of data relating to past fluctuations of the index on the basis of which that rate is calculated'.

achieved also by the development of new drafting practices[16]. In recent times, it is increasing legal professionals' attention for the legal design in general, since several multidisciplinary studies show the importance of visual design in order to prevent future disputes. The more a contract is projected and designed in a simple way and with an appealing layout, the more the document becomes readable and intelligible[17]. Therefore, banks should take into account these studies and develop a more efficient contractual drafting method in order to fulfil the legal transparency standard.

Two are the tools suitable to pursue this goal.

Firstly the graphic drafting of the agreement can be improved in order to facilitate its reading. From this point of view, there are several tecniques to be implemented. Here are the most useful: the font of the contractual text should be drafted with proper dimension; it should be ensured an adequate distance between each line; it should be highlighted, possibly with different colours, the parts which imply the assumption of specific obligations by customers.

Secondly the intelligibility of contractual content can be reached also by-means of the inclusion, within the document, of tables, charts or diagrams, so as to complement the contractual text and to explain it. As psychology studies demonstrate, sometimes an image can be more powerful and efficient to convey a message. Therefore, visual design can be a useful and challenging tool to draw customers' attention to the most relevant aspects of the agreement.

A better-designed contract can certainly contribute to the transparency goal, but it obviously implies an effort of organization for banks. Legal design, indeed, is a multidisciplinary matter, which requires to engage a team-work with lawyers, designers, psychologists and computer programmers. The result can be particularly positive for banks, also from a cost-saving point of view: the more the requirement of transparency is fulfilled, the less is the risk of litigation with customers. However, it is obviously important that such an organizational activity does not end to become a considerable additional charge for customers.

Last but not least, there is something more to consider.

The above-mentioned European case-law also shows that banks' duties of transparency do not imply a passive role for customers. On the contrary, a new

---

[16] Studies on contract and legal design are quite recent, but full of interesting implications for the problems of transparency in banking contracts. In general, see the following studies: N Argyres, KJMayer, 'Contract design as a firm capability: an integration of learning and transaction cost perspectives' (2007) 32(4) Academy of management review, 1060-1077; TD Barton, 'Collaborative contracting as preventive/proactive law', in G Berger-Walliser, K Østergaard (eds.), *Proactive law in a business environment* (DJOF Publishing, 2012), 107-127; H Haapio, 'Making contracts work for clients: towards greater clarity and usability', in E Schweighofer et al. (eds.), *Transformation of legal languages. Proceedings of the 15th international legal informatics symposium IRIS 2012* (Österrichische Computer Gesellschaft), 389-396; H Haapio, TD Barton, 'Business-friendly contracting: how semplification and visualization can helo bring it to practice', in K Jacob, D Schindler, R Strathausen (eds.), *LiqquidLegal. Transforming legal into a business savvy, information enabled and performance drivend industry* (Springer International Publishing, 2015), 371-396; S Passera, 'Beyond the wall of text: how information design can make contracts user-friendly', in A Marcus (ed.), *Design, user experience and usability; users and interactions* (Springer International Publishing, 2015), 341-352; A Keating, CB Andersen, 'A grafic contract. Taking visualization in contracting a step further' (2016) 2 (1-2) Journal of strategic contracting and negotiation, 10-18; S Passera, A Smedlund, M Liinasuo, 'Exploring contract visualization: clarification and framing strategies to shape collaborative business relationships' (2016) 2(1-2) Journal of strategic contracting and negotiation, 69 ff.

[17] See in particular S Passera, 'Beyond the wall of text', 341-352; M Hagan, Law by design, <http://www.lawbydesign.co>

tendency is in place in banking contract matter. Customers, especially when they are consumers, are required to actively cooperate with banks for the purpose of transparent terms and conditions. Indeed, some scholars[18] invite to reflect upon the existence of a self-information duty for customers with particular reference to the economic consequences of the banking contract they enter into (for example the method of functioning or of calculation of interests rates, the cost of the banking service, and so on).

The importance of such a new approach to transparency design is demonstrated by the shaping of a different role for consumers within an asymmetric relationship. Think, for instance, to the Italian law that enforces the Directive 2019/770/EU on certain aspects concerning contracts for the supply of digital contente and digital services[19]: this law not only imposes duties of information for professionals, but also provides specific consumer's duties of self-information and of cooperation with professional. In addition think to the Directive 2018/2001/EU (c.d. RED II – Renewable Energy Directive)[20]: as a result of the process of liberalization of the energetic sector, the Directive assigns relevant tasks to consumers, promoting the role of their self-determination whenever they contribute to the production of renewable energy by-means the use of self-energy-supply systems[21].

Even if the above-mentioned laws refer to matters far different from banking contracts, they express a general tendency, at an Euro-unitarian level, to enhance an active role for consumers in asymmetric contracts for the purpose to increase their participation in the design of contractual contents. Such a pro-active role is the natural corollary of the goal pursued by the European laws to enhance banks' consulting activities towards their customers. The more these latters stimulate the demand of information, explanation or advice, the more banks can provide contracts which are really drafted in a transparent way. This means that the link between banks' consulting services

---

[18] See: MR Zorino, *Il consumAttore* (CLEUP, 2006); C Fuchs, E Prandelli, M Schreier, 'The psychological effects of empowerment strategies on consumers'product demand' (2010) Journal of marketing, 65-79; L Ammannati, 'La disciplina europea sull'efficienza energetica e il modello italiano: discrezionalità e vincoli per gi stati membri', in P Biandrino, M De Focatiis (eds.), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?* (Giuffrè, 2017), 30 ff.;

[19] Cfr. D.lgs. 4 November 2021, n. 173, which has entered into force since 1 January 2022. For a study of the Directive 2019/770/EU see: C Camardi, 'Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali' (2019) 3 Giust. civ., 499 ff.; K Sein, G Spindler, 'The new directive on contracts for supply of digital content and digital services – Conformity criteria, remedies and modifications', (2019) 3-4 ERCL, 257-279 (part 1) and 365-391 (part 2); J Morais Carvalho, 'Sales of goods and supply digital content and digital services. Overview of Directives 2019/770 and 2019/771' (2019) 8(5), Journal of European consumer and market law, 173 ff.

[20] The RED II Directive is part of a larger package of normative acts, the so-called Winter Package or Clean Energy Package, which was submitted by the Commission on 30th November 2016. See: R Miccù (ed.), *Multilevel regulation and government in energy market. Implementation of the "third package" and promotion of renewable energy* (Jovene, 2016); L Ammannati, 'La disciplina europea sull'efficienza energetica', 30 ff.; F Scalia, 'L'efficienza eneregetica nell'ambito del "Clean energy for all europeans package" e della Strategia energetica nazionale' (2017) 6 Dir. e giurisp. agr. alim. e dell'amb., 1 ff.; L Carbone, G Napolitano, A Zoppini (eds.); *Annuario di diritto dell'energia 2019. La strategia energetica nazionale. Governance e strumenti attuazione (*Il Mulino, 2019); E Cusa: 'Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche' (2020) 1 Orizzonti del diritto civile, 78 ff.

[21] According to the European Parliament, ITRE Commission, communication n. 339/2015 of 28.04.201, it is necessary to 'ensure an energy system that should be inclusive and put citizens in the condition to accomplish an active role in the energetic transition process, to produce their own renewable energy and to become efficient from an energetic point of view'.

and consumers' cooperation can realize a virtuous cycle, which is worth to be empowered.

In conclusion, today transparency has become a relational concept, because it is also the result of the cooperation between banks and customers.

Conclusions.

The present study shows that today transparency is no more to be assumed as a mere synonym of the word information. The concept of transparency in banking contract – and, in general, in asymmetric contracts – ought to be considered in a broad sense, with reference to the whole set of fairness rules concerning the relationship between banks and customers.

Without any doubts, the transparency rules have the purpose to overtake informative asymmetry in banking contract and thus allow either to increase customers' self-determination or to ensure market competition. According to this double purpose, bank can not simply convey information to customers, but has to contribute to make them informed and aware of the characteristics and the economic consequences of the specific contract they enter into. In this perspective, transparency should be designed in a substantial way, enhancing the possibility for a reasonably well-informed and observant consumer to understand, on the basis of clear and intelligible criteria, the significant economic consequences and risks for her/his obligations.

In the light of the above-mentioned considerations, the contractual relationship between bank and customer is a crucial factor. As previously said, transparency is the result of an activity of necessary cooperation between contractual parties. Customers are expected to cooperate with the bank to satisfy the goal of transparent terms and conditions by-means of a proactive approach. They have a sort of burden of self-information on the characteristics and the functioning of the banking contract. Whereas banks have to aid them in the construction of a positive contractual relationship.

In order to ensure an active participation of customers to banks' duties of transparency design, two other aspects ought to be taken into consideration. On the one side, banks should improve their internal organization system, so as to be able to provide adequate consulting services. On the other side, they should develop or improve contractual design techniques in order to make documents more understandable and clear.

Finally, it cannot be ignored that at the basis of the described evolution of transparency there is a crucial factor, that is education. The more banking professionals develop their competences in transparency matter, the more they are able to fulfil their informative duties. At the same time, the more customers receive a suitable financial education, the more they are able to contribute to the transparency standard of the agreement they are part of and, thus, take aware decisions[22].

[22] Psychology studies demonstrate that people's decisioning process in economic and financial context is affected by several *bias* and cognitive mistakes. Education to the making of correct and rational decision can be provided by-means of the so-called debiasing practice, which can contribute, together with bank's informative duties, to the empowerment of consumers' self-determination. See the studies of: D

Therefore, the legal system should meet this challenge and contribute to improve the development of policies of banking and financial education for customers, as it is a fundamental tool to ensure either the correct functioning of the banking market or the growth of a climate of trust towards the banking system. In addition, the educational factor is increasingly crucial in connection with the spread of the digital dimension of banking activities (the so-called FinTech)[23], which implies more competences and efforts from both of the contractual parties.

It is clear, indeed, that the complexity of the transparency rules in banking contracts can be handled only with a complex coordination and harmonization of several and different tools suitable to ensure, at different levels, such a standard of transparency. Only if transparency is perceived as a value by banks, it can be realized a virtuous cycle in which customers have trust in the banking system and this latter works in a correct way.

Kahneman, A Tversky, 'Prospect Theory: an analysis of decision under risk', (1979) 47 (2) Econometrica, 263 ff.; H Shefrin, *Beyond greed and fear: understanding behavioural finance and the psichology of intesting, financial management association surveys and synthesis series* (Harvard Business School Press, 2000); T Gilovich, D Griffin, 'Introduction – Heuristics and biases: then and now', in T Gilovich, D Griffin, D Kahneman (eds.), *Heurisics and biases: the psychology of intuitive judgement* (Cambridge University Press, 2002), 1 ff.; J Morton, 'The interdependence of economic and personal finance education,' (2005) 69 (2), Social education, 66 ff.; N Linciano, 'Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail', (2010) Consob – Quad. di finanza, 66; G Tavaglini, B Ronchini, 'Uno studio empirico circa il livello di educazione finanziaria in Italia' (2011) Banca impr. Soc., 49 ff.; M Novarese, 'Educazione finanziaria e regolamentazione: riflessioni di economica cognitiva' (2012) An. giur. ec., 97 ff.; FP Patti, 'L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali)' (2015) 6 Contr. e impr., 1425 ff.; U Morera, 'Nuove prospettive per l'educazione finanziaria' (2015) Foro it., 125 ff.; I Sabbatelli, 'Educazione finanziaria e credito responsabile', (2016) 3 Riv. trim. dir. proc. civ., 282 ff.; E Righini, *Educazione finanziaria. Uno strumento per cittadini, risparmiatori e mercati* (FrancoAngeli, 2020).

[23] Cfr. DW Arher, J Barberis, RP Buckley, 'The evolution of Fin Tech: a new post crisis paradigm?' (2016) Georgtown journal of international law, 1271 ff.; R Ferrari, *L'era del fintech: la rivoluzione digitale nei servizi finanziari* (FrancoAngeli, 2016); M Bofondi, G Gobbi, 'The big promise of FinTech', (2017) European economy – Banks, regulation and the real Sector, 2 ff.; S Mocetti, M Pagnini, E Sette, 'Information technology and banking organization' (2017) 51 Journal of financial services research, 313 ff.; G Ferrarini, 'Regulating FinTech: crowfunding and beyond', (2017) European economy – Banks, regulation and the real sector, 2 ff.

Morello F, 'The eternal recurrence of transparency. Protecting consumers in peer-to-peer finance' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

The eternal recurrence of transparency. Protecting consumers in peer-to-peer finance

FILIPPO MORELLO
Ph.D. (c) in Private Law at Università di Pisa

Abstract

Digital financial services are arguably complex and puzzling for consumers, but how to make them more transparent for users is an open problem. In peer-to-peer (or collaborative) finance, where consumers directly conclude financial transactions with each other, the opacity of the intermediaries' practices calls forth transparency regulation as the primary policy response. Accordingly, information obligations play a crucial role in the recently adopted EU 2020/1503 Regulation. More broadly, newer doctrines, positive law, and regulatory undertakings in this or neighbouring domains rely on a fine-tuned set of disclosure techniques to overcome the traditional criticism of transparency regulation. Through the normative lens of financial regulation, the article questions the recourse to mandated disclosure – an approach rhetorically dumped but practically iterated – to regulate peer-to-peer finance. After reviewing four emerging regulatory paradigms of transparency, identified as economic, procedural, substantial, and design transparency, the work concludes that peer-to-peer transactions pose threats to users that go beyond the reach of even a well-designed information regulation. Regulators should, instead, opt for more effective regulatory techniques such as conduct rules, product regulation, and guarantee schemes to absorb potential losses.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: Peer-to-peer finance; consumer protection; transparency.

Summary: Introduction. – 1. Peer-to-peer consumer finance. – 1.1. Insurance. – 1.2. Investment. – 1.3. Lending. – 2. Unity in multiplicity. Risks and shortcomings. – 3. Consumers' protection through transparency? – 3.1. Procedural transparency. – 3.2. Economic transparency. – 3.3. Substantial transparency. – 3.4 The (tiny) room for legal design. – 4. Beyond the blinders of information asymmetry. – 4.1. Market failures and policy options for consumer protection. – 4.2. Market failures and policy options for regulation. – Conclusions.

Introduction.

The transparency regime laid down in European retail financial law is not the same as fifteen years ago. The orthodox information asymmetry view underpinning mandated disclosure proved questionable in theory[1] and unable to prevent the 2008-2009 financial distress propagation to consumers. However, these circumstances did not yield a radical overhaul of consumer finance regulation, in which transparency regulation still plays a big part. This can be explained, along with path-dependency, with the renewal of disclosure itself, whose rationales and techniques have significantly renovated over the recent years. The thrust towards language simplification, streamlining of the information, personalisation of disclosure, and non-written explanations are just a few instances of the old-but-new regulatory paradigm.

These adjustments come with a massive problem for scholars and regulators, i.e., whether the revived transparency logic is effectively up to date with the swirling evolution of consumer finance. The present work engages with one specific limb of this overarching question, notably the efficacy of transparency regulation in peer-to-peer financial services. The first EU regulatory initiatives in this domain glimpse the belief that disclosure is still what consumers utmost need. This is evident in the Regulation on Crowdfunding Service Providers, where information duties and warning obligations surround the financial transactions concluded by consumers. Less visibly, a similar rationale lurks, yet with important caveats, in other recent consumer law statutes and doctrines. Albeit tentative, such an approach can be pre-emptively assessed with the analytical toolkit of financial regulation, which builds on the welfare, behavioural economics findings to formulate legal and policy arguments.[2] Using this method, the present work critically reviews the quest for transparency in peer-to-peer finance and its expected output in terms of consumer protection. The analysis reaches two normative conclusions. First, the adequacy of transparency regulation needs to be questioned vis-à-vis the increasing body of legal and economic literature on the risks of peer-to-peer markets. Second, financial regulation offers a variety of complementary regulatory strategies that might effectively complement disclosure duties.

[1] O Ben-Shahar and C E Schneider, 'The Failure of Mandated Disclosure' (2011) 159 UPLR 647.
[2] J Armour, D. Awrey, P Davies, L Enriques, J Gordon, C Mayer, J Payne, *Principles of Financial Regulation* (Oxford University Press 2016).

The article is structured as follows. Section 1 introduces the collaborative finance industry in the insurance, investment, and lending markets. Section 2 draws on the financial regulation thinking to detect the main risks of peer-to-peer finance. Section 3 examines four transparency paradigms that underpin the early laws on the sector and concludes that none of these effectively reduces the risks identified in section 2. Section 4 suggests moving forward from the 'informative' paradigm in peer-to-peer markets and advances more appropriate legal and regulatory options.

1. Peer-to-peer consumer finance.

Peer-to-peer financial services offer online interfaces where users can trade financial assets among themselves. While the financial positions traded are simple ones, such as lending, insurance, and investment, the innovative trait of these services consists in the direct contractual tie between the ultimate participants. [3] Such horizontal link is merely indirect in institutional finance. For instance, despite being mutually necessary for the bank's activity, banks' depositors and borrowers are not bound to each other by a contract.[4] Similarly, it is true that in insurance, policyholders cover each other's risks. Still, as a matter of law, every policyholder has only a contract with the insurer whereby the latter takes up the former's risk. Thus, what makes the peer-to-peer economy both ubiquitous and profitable is the substitution of settled middlemen with a new kind of online broker, the digital platform, that arranges direct transactions among peers with low intermediation costs.[5]

Concerning consumer finance, peer-to-peer platforms mainly offer insurance, investment, and lending services.

1.1. Insurance.

In peer-to-peer insurance, consumers longing for protection against risk can access an online platform disclosing their insurance needs. The platform screens the applicants, groups them into clusters based on preferences and risk categories, and for each cluster collects uniform premiums in a common fund. 'Peer' users are typically clustered together so that same-risk consumers

[3] The notion of 'simple position' to refer to insurance, investment, and lending is generic. According to J Benjamin, *Financial Law* (Oxford University Press 2007) 49, simple financial positions are characterised by the fact that the credit exposure of the risk taker is not protected. In the Author's view, insurance is a simple financial position, while lending and investment are funded positions. Simple Financial Position in a different way. Risk buyer and risk seller

[4] During their ordinary business, banks take up deposits from savers and lend the money they collect to borrowers in search of capital. This function is normally associated with the transformation of maturity, credit, and liquidity. See J Armour, D. Awrey, P Davies, L Enriques, J Gordon, C Mayer, J Payne, *Principles of Financial Regulation*, 423-424.

[5] A Bertolini, F Episcopo, Cherchiu, 'Liability of Online Platforms' (European Parliament Research Service, 2021) 7. The specificity of peer-to-peer financial platforms is that they operate at the periphery of the financial system, in the markets for end-users of financial assets such as individuals and small-medium enterprises. The idea of the markets for consumers and small-medium businesses a s the periphery of the financial system is developed by K Pistor, 'Towards a Legal Theory of Finance' (European Corporate Governance Institute (ECGI) Law Working Paper No. 196/2013) 17.

mutually insure themselves (and the same holds for same-risk businesses).[6] Throughout the policy period, the platform manages the money pool and pays the policyholders out upon the occurrence of the event they are insured against.[7] As insurance companies, the intermediary weighs and segments the risk and indemnifies the insured party. Unlike proper insurers, however, peer-to-peer platforms hold the premiums separately from their balance sheets and pay policyholders without drawing their funds, so they do not run a fully-fledged insurance business and are well beyond the boundaries of insurance services as a regulated activity. The business models of peer-to-peer insurance are mainly two. In the 'broker' model, the premiums collected by the broker are half pooled in a fund managed by himself and half directed to a proper insurer. Policyholders can claim the indemnities up to a specific figure to the broker and higher amounts to the insurance.[8] In the 'self-governing' model, all premiums are pooled in a fund held by the platform and managed by stakeholders. For an indemnity to be paid, policyholders must address their claims to their fellow stakeholders, who decide on the settlement.[9]

In legal terms, not being part of the peer-to-peer agreement, platforms are often licensed as brokers instead of insurers and are subject to the organisation and conduct rules pending on brokering services providers.[10] Whether the multi-party transactions they set up fit with the notion of insurance contracts intended in national private law may vary from the different business models and domestic legislation. Due to the absence of an insurance company as the counterparty, neither the 'broker' nor the 'self-governing' arrangements can be unreservedly labelled as insurance agreements. The misalignment has profound regulatory consequences. Exemplarily enough, the Insurance Distribution Directive, which promotes fairness and transparency in the sale and promotion of insurance products, only applies to the service providers intermediating an 'insurance contract' (art. 2, 1), a notion undefined in the Directive and drawn from domestic law.[11] The multi-party transactions set up by insurance platforms are thus very prone to escape the Directive.

---

[6] Bargaining with a 'peer' does not imply that the parties have common features or belong to the came category (consumers, businesses). It just emphasizes that they are at the same level in disintermediated transactions. On the concept of 'peer' in the sharing economy, see M L Rego, J C Carvalho, 'Insurance in Today's Sharing Economy. New Challenges Ahead or a Return to the Origins of Insurance?', in P Marano, K. Noussia (ed.), *InsurTech. A Legal and Regulatory View* (Spinger 2020) 29.

[7] P Marano, 'Navigating InsurTech: The Digital Intermediaries of Insurance Products and Customer Protection in the EU' (2019) 26 2 MJECL 305.

[8] Institute of International Finance, 'Innovation in Insurance: How technology is changing the industry', Institute of International Finance (2016) 11.

[9] A third model, the so-called 'carrier model', is very much akin to a traditional insurance contract negotiated and concluded online. See M L Rego, J C Carvalho, 'Insurance in Today's Sharing Economy. New Challenges Ahead or a Return to the Origins of Insurance?', in P Marano, K. Noussia, *InsurTech. A Legal and Regulatory View* (Spinger 2020) 27.

[10] OECD, 'Regulatory and Supervisory Framework for Insurance Intermediation' (2020).

[11] Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast) [2016] OJ L 26. See P Corrias, Profili Generali della Nuova Disciplina recata dalla Direttiva 2016/97 (2018) 2 RTDE 158.

1.2. Investment.

The only activity considered within 'peer-to-peer' investment in this study is crowdfunding, which enables consumers (and firms) to invest in debt, equity, or hybrid securities issued by a small or medium firm through a digital marketplace. Platform-intermediated trading, on the one hand, and peer-to-peer investment, on the other, occur in various fashions, but only crowdfunding combines both elements. For instance, online interfaces are used in stock exchanges and otc markets, where, however, the intermediaries take part in the issue, distribution, and holding of debt and equity securities and cannot be regarded as mere brokers or marketplace platforms.[12] Similarly, although transactions in crypto-assets rely heavily on platforms, participants in this market invest in a network of dispersed transactions and not directly in a 'peer' project or enterprise.[13] On a different note, the microfinance galaxy encompasses a broad array of peer-to-peer services, in which, nonetheless, the presence of an intermediating platform is not necessary.[14]

In crowdfunding, the platform serves as a marketplace for users, namely investors and businesses searching for equity, debt, or hybrid funding. Platforms do not hold securities on behalf of investors, but they work as matchmakers and manage cashflows between the parties. Small and medium businesses, screened by the platform, offer their products to a cohort of professional or individual buyers, who scroll through the financial products and make their investment decisions. Three kinds of investment crowdfunding exist.[15] The 'reward-based' model allows users to fund a firm in return for production units. Investors are both financiers and consumers of the items or services produced by the issuing firm. The 'equity-based' model consists of shares purchases whereby investors become part of the shareholding and acquire economic and non-economic rights.[16] Other intermediaries offer 'lending-based' crowdfunding options, in which investors purchase transferable debt securities and then make a margin through either the debt interests or a profitable transfer.

The legal question around crowdfunding has long been whether the traded instruments represent 'securities' within securities regulation. Crowdfunding

[12] J Armour, D. Awrey, P Davies, L Enriques, J Gordon, C Mayer, J Payne, *Principles of Financial Regulation* (Oxford University Press 2016) 181; J Benjamin, *Financial Law* (Oxford University Press 2007) 151.

[13] The specificities of the markets for cryptoassets depend both on the kind of transactions performed and on the object of the transactions, i.e. entitlements to be registered in distributed-ledgers. These features suggest that investing in cryptoassets can hardly be regarded as 'peer-to-peer' investing and thus pose it beyond the scope of the present research. However, there is significant evidence that blockchain technology can serve peer-to-peer platforms to carry out their intermediation. See L Gonzalez, 'Blockchain, Herding and Trust in Peer-to-Peer Lending' (2020) 46 MF 815; E F Greene, J M Amico and S Bala, 'Blockchain, Marketplace Lending and Crowdfunding: Emerging Issues and Opportunities in FinTech' in Iris H-Y Chiu and I G MacNeil (ed.), *Research Handbook on Shadow Banking* (Elgar Publishing 2018) 253.

[14] A Roy, 'Poverty Capital: Microfinance and the Making of Development' (Routledge, 2010).

[15] J Armour L Enriques, 'The Promise and Perils of Crowdfunding: Between Corporate Finance and Consumer Contracts' (2018) 81 MLR 1 54; E Kirby and S Worner, 'Crowdfunding: An Infant Industry Growing Fast' (2014) OICV-IOSCO, Staff Working Paper.

[16] The prominent right is, of course, the entitlement to a proportionate share of the profit. See ESMA, 'Opinion on Investment-Based Crowdfunding' (2014).

positions can indeed be intended as financial instruments.[17] Yet, the Prospectus Regulation – according to which securities must be issued at first instance upon an informative prospectus – does not apply to issues under 8 million over 12 months.[18] Notably, the recent EU Regulation 2020/1503 on crowdfunding services for business contains a comprehensive set of rules that range from the organisational and operational requirements (articles from 3 to 11) to the authorisation and supervision regimes (articles from 12 to 18).[19] Despite not being applicable to projects owned by consumers, the Regulation lays down noticeable informative safeguards for unsophisticated investors; among these, mandatory disclosure of the characteristics of the products (articles 19 and 20), an entry test and a pre-emptive simulation of the ability to bear losses (article 21), a pre-contractual reflection period (article 22), a personalised 'key investment information sheet' (article 23).

1.3. Lending.

A third and final collaborative offshoot of financial services is peer-to-peer lending. Addressed to both consumers and businesses, it is a particular form of crowdfunding where multiple investors lend money to one or more credit applicants. Peer-to-peer lending deserves a specific focus since, unlike 'lending-based' crowdfunding, it also addresses consumers on the borrowing side of the credit relationship. In peer-to-peer lending, consumers lend when searching for a diversified and profitable investment and borrow as project owners when unworthy of banking credit or in need of more flexible loans.[20] As for the functioning, peer-to-peer platforms are comparable to other crowdfunding marketplaces: they assess creditworthiness, provide prospective borrowers and lenders with information on the available offers, set up transactions following users' preferences, and oversee performance.

In terms of the legal regime, peer-to-peer consumer lending lies in regulatory limbo. The originated loans do not constitute 'credit agreements' within the Consumer Credit Directive (2008/48/EU), the consumers' counterparty not being a professional but consumers in turn.[21] Then, loan

[17] O Havrylchyk and M Verdier, 'The Financial Intermediation Role of the P2P Lending Platforms' (2018) 60 CES 115. In order to be securities, financial instruments must be offered to the public, cash-settled, and transferable; the three criteria can be detected in reward, equity, and lending crowdfunding instruments.

[18] Regulation (EU) 2017/1129 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market and repealing Directive 2003/71/EC [2017] OJ L 168. The application of the low value exemption might change depending on whether we look at the crowdfunding instruments as component of a whole issue or if we look at each crowdfunding share as an autonomous financial product.

[19] Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020 on European crowdfunding service providers for business, amending Regulation (EU) 2017/1129 and Directive (EU) 2019/1937 [2020] OJ L 347.

[20] There is a huge question as to whether peer-to-peer lending is a substitute or a complementary of banking consumer credit. See N Branzoli and I Supino, 'FinTech Credit: A Critical Review of Empirical Research Literature' (2020) Bank of Italy Occasional Paper No. 549; H. Tang, 'Peer-to-Peer Lenders Versus Banks: Substitutes or Complements?' (2019) 32 RFS 1900; C De Roure, L Pelizzon and A V Thakor, 'P2P Lenders Versus Banks: Cream Skimming or Bottom Fishing?' (2018) SAFE Working Paper No. 206.

[21] Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers [2008] OJ L 133. The literature on the uneasy application of the Directive to peer-to-peer lending is vast. See, among many, F Ferretti, 'Peer-to-Peer Lending and EU Credit Laws: A Creditworthiness Assessment, Credit-Risk Analysis or … Neither of the Two?' (2021) 22 1 GLJ 102; T

shares funded by lending investors hardly fall within the scope of securities regulation.[22] Finally, the EU Regulation on crowdfunding service providers explicitly exempts consumers projects from its scope of application (art. 1, par. 2, a). As a result, horizontal lending transactions are designed by the platforms' terms of services subscribed by users, with general consumer law provisions as the only potential counterweight. Nevertheless, consumer law is barely applicable in a digital environment where the ultimate relationships are discrete bilateral contracts between consumers.[23]

2. Unity in multiplicity. Risks and shortcomings.

Such a diverse array of financial services has significant standard features that justify a unitary analysis. Beyond the different financial positions traded, peer-to-peer transactions share an equivalent backbone. Once consumers subscribe to platforms' terms and conditions and create their accounts, they can start buying and selling behind a pseudonym and a financial rating. Once admitted, they choose or are matched with a cohort of fitting counterparts, be they co-insured parties, small businesses in need of funding, or consumers eager to lend or borrow.[24] As a result of the matching, each user has a bundle of bilateral contracts with the alleged peers. Despite not being part of these contracts, the intermediary is responsible for their accounting and settlement. Indemnities, returns on investments, and loan instalments are driven by the platform that draws on shared pools or users' funds to clear the due transactions. Behind their collaborative veil, all peer-to-peer intermediaries ultimately cut intermediation costs by outsourcing financial risk to the crowd: a wider variety of offers and decision-making power inevitably come with unprecedented burdens for consumers. Widespread regulatory inertia exacerbates the bearing of the neighbour's financial risk.[25] Afraid to stifle the benefits of an innovative business model, legislators and regulatory agencies have been reluctant to step in so far.[26]

The peer-to-peer sector has displayed several risks so far. Some of these threaten the existence or profitability of the intermediaries that sustain the market and hence consumers; they can thus be regarded as regulatory. Others pertain directly to consumer protection and are likely to cause actual harm or

---

Jorgensen, 'Peer to Peer Lending. A New Digital Intermediary, New Legal Challenges' (2018) 1 NJCL 232; R Lenz, 'Peer-to-Peer Lending: Opportunities and Risks' (2016) 7 EJRR 688.

[22] See nt 16.

[23] P Palka, 'Terms of Service Are Not Contracts. Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms', in S Grundmann (ed), *European contract law in the digital age* (Intersentia 2018) 135.

[24] In the different market sectors considered, the matching takes different shapes. However, in insurance, investment, and lending, the ultimate matching is made by the platform relying on the preferences, the needs, and the financial situation of consumers. The degree of the platform gatekeeping power then varies sensibly according to the business model.

[25] C Busch and V Mak, 'Peer-to-Peer Lending in the European Union' (2016) 4 EuCML 181.

[26] Many commentators point out that the crowdfunding market is still in its infancy and that a constraining regulation would not be suitable for now. In line with this idea, J Armour L Enriques, 'The Promise and Perils of Crowdfunding: Between Corporate Finance and Consumer Contracts' (2018) 81 MLR 1 54; E Kirby and S Worner, 'Crowdfunding: An Infant Industry Growing Fast' (2014) OICV-IOSCO, Staff Working Paper. Beyond that, after the approval of the Regulation, one cannot ignore that the new rules have a very narrow scope and that they are overly permissive. The reasons for these criticisms are articulated throughout the article.

increase distrust in platform users. At the regulation stage, peer-to-peer financial platforms are exposed to a peculiar risk of runs from users.[27] Although platforms do not take deposits and do not hold the users' assets on their balance sheet, they are vulnerable to a run risk similar to banks'.[28] Users' assets on platforms, namely the rights to be paid upon a specific loss, a return on equity or debt investment, and the repayment of a loan, are medium- to long-term, highly illiquid positions. To rebalance the fact that these assets are, to some extent, locked-in, platforms offer a set of exit and liquidity options: secondary markets, mandatory purchase by the platforms, and rights to withdraw. The run scenario occurs when consumers, very prone to irrational and herd behaviours, resort in large numbers to such options. The likely result is, at best, a depreciation of the assets traded on the platform; at worse, the getaway of all users and the failure of the platform.[29] A second and remarkable source of risk is the dissociation between the gatekeeper and matchmaker, the platform, and the consumers that bear the financial risks in platform transactions. The fact that platforms are not directly affected by such risk makes them prone to poor performance in screening and matching. When this results in over-inclusion and poor matchmaking, the market will likely fail.[30] Third, there is a substantial risk that peer-to-peer intermediaries acquire a dominant position in the market and preserve it through non-competitive practices, such as artificially low prices and other barriers to entry.[31] Once again, practices that hinder competition may progressively lead the market to waste appeal and value. As anticipated, these concerns affect the market intermediaries in the first instance and end-users subsequently.

In the consumer protection outlook, platforms' users face severe asymmetries vis-à-vis the intermediary and the ultimate counterparties. The unbalance has its roots in the economic position of consumers, and it is exacerbated by the complexity and opacity of the marketplace.[32] The firsts dimension of asymmetry concerns the contractual relationship between each user and the platform. Users' subscription to the terms of service - the

[27] O Havrylchyk, 'Regulatory Framework for the Loan-Based Crowdfunding Platforms' (2018) OECD Economics Department Working Papers No. 1513.

[28] The classic bank run scenario occurs when a huge number of depositors withdraw cash for fear of the bank's failure, and thus lead the bank astray drying up the liquidity reserves and forcing the bank to liquidate other assets to accommodate the withdraw demand. Bank runs are self-fulfilling prophecies. See J Armour, D. Awrey, P Davies, L Enriques, J Gordon, C Mayer, J Payne, Principles of Financial Regulation (Oxford University Press 2016) 110; D W Diamond and P H Dybvig, 'Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity' (1983) 91 JPE 401.

[29] The covid crisis was not gone far from triggering the presented 'run risk'. See R Jones, 'Peer-to-peer Lending: 'I'm 19,050th in the Queue to Get My Savings Back' The Guardian (17th October 2020); N Pedersen, 'The Impact of COVID-19 on Peer-to-Peer Lending' KoganPage (27th November 2020).

[30] A similar scenario in financial markets is very much correlated with the so-called 'originate-to-distribute' business model, whereby the fabrication of a financial product by an actor that is not affected by the costs and consequences of its circulation. See T Adrian and B Jones, 'Shadow Banking and Market-Based Finance' (2018) IMF No. 18/14. A typical example of such model, somehow replicated by peer-to-peer platforms, is securitisation, where lax-screening by risk-less intermediaries played a huge role in the 2007-2009 financial crisis outbreak. See B J Keys, T Mukherjee, A Seru, V Vig, 'Did Securitization Lead to Lax Screening? Evidence from Subprime Loans' (2010) 125 QJE 307.

[31] C Busch, I Graef, J Hoffman, A Gawer, 'Uncovering Blindspots in the Policy Debate on Platform Power. Final Report' (2021) European Commission, 8.

[32] For an overview on the main issues that consumers are faced with when accessing financial markets, see J Armour, D. Awrey, P Davies, L Enriques, J Gordon, C Mayer, J Payne, Principles of Financial Regulation (Oxford University Press 2016) 325.

normative source of the transactions – entitle the platform to proceed with all the steps necessary to conclude the downstream contracts. In terms of readability and accessibility, terms of services are not only long, difficult to understand as many boilerplates, but even very hard to find on digital interfaces.[33] This often results in consumers that surf the marketplace searching for attractive returns, unaware of their rights and duties under the contract. This is linked to the second asymmetry users are faced with, i.e., the understanding and selection of financial products. While platforms typically screen users when they sign up, the choice of financial products is an unsupervised operation almost entirely left to users.[34] As long as brokers do not actively distribute the financial positions, the risk that consumers enter transactions they don't need or, worse, detrimental to them is inherent to the platform business model. The misallocation of products is, thus, in all respects, a problem of poor and uninformed decision-making from market participants. Finally, there are severe concerns that consumers interested in saving money do not understand the kind of service provided by the platforms and mistake them for traditional banks. Unlike banking savings services, namely deposits, platforms offer highly illiquid products that cannot be converted into cash on demand.[35] In addition, the consumers' assets are not covered by any of the mandatory compensation schemes provided for bank deposits.[36] This means that consumers are unsecured creditors very likely to end up empty-handed if the horizontal counterparts or the platform default. So, where mistakenly convinced to deal with a perfect bank surrogate, consumers might see their liquidity and protection expectations disappointed.

3. Consumers' protection through transparency?

At first sight, at the root of consumers' vulnerability in peer-to-peer markets, there is a combination of inexperience, financial illiteracy, and insufficient knowledge of platforms' services. Traditionally, the legal response to similar shortcomings would have been transparency regulation to restore the cognitive and informative equality of the bargaining parties. Despite the severe criticism this regulatory technique has faced,[37] recent trends in consumer law

[33] D Wielsch, 'Private Law Regulation of Digital Intermediaries' (2019) ERPL 197; P Palka, 'Terms of Service Are Not Contracts. Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms, in S Grundmann (ed), *European contract law in the digital age* (Intersentia 2018) 135.

[34] Platforms do an important job in evaluating and segmenting risk, that results in consumers being pooled in risk categories and having access to instruments belonging to a certain risk category. However, this activity is made spontaneously by platforms with different methods and objectives and, above all, platforms do not directly engage in the ultimate choice for one product instead of one other.

[35] Liquidity transformation, a prerogative of banking activity, is not offered by platforms, that only offer secondary markets trading to liquidate the investments. In the context of peer-to-peer lending, the first platform to initiate a secondary market where loans could be transferred was Prosper in 2009. Prosper closed the secondary market in 2016, but many others have decided to offer a similar service to their investors.

[36] Deposit compensation schemes have become a cornerstone of depositors' protection within the EU. The different national instruments have been in part harmonised through the Directive 2014/49/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on deposit guarantee schemes [2014] OJ L 173. See J Kerlin, *The Role of Deposit Guarantee Schemes as a Financial Safety Net in the European Union* (Palgrave Macmillan 2017).

[37] O Ben-Shahar and C E Schneider, 'The Failure of Mandated Disclosure' (2011) 159 UPLR 647.

and policy continue to pursue the clarity and comprehensibility of retail services, albeit with fine-tuned tools. These new transparency paradigms are gradually being implemented in peer-to-peer finance too.

3.1. Procedural transparency.

A promising strain of legislation entitles individuals to shed light on how their data are processed throughout commercial processes, mainly when automated decision-making occurs. Exemplarily, the GDPR provides the data subject with, among others, a right to be informed about any automated decision-making process to her account (articles 13 and 14). In these cases, the data subject can access the data (article 15), ask for human intervention (article 22), and, according to some scholars, he is entitled to receive an explanation of the nature and logic of the automated process.[38] The GDPR is not a one-off. The newly adopted EU Regulation on Crowdfunding mandates intermediaries that 'apply credit scores' or 'suggest the pricing of crowdfunding offers' to 'make available a description of the method used to calculate such credit scores or prices' (article 19, par. 6). These provisions lay the foundations of a 'procedural transparency' approach that calls forth a technological 'due process' to avoid flaws, biases, and possible discriminations in the treatment of online users.[39] In peer-to-peer relationships, the platform gathers vast amounts of consumers' data from various sources and processes them very obscurely.[40] The technological asymmetry is even more profound considering how the platform holds the consumers' assets, how users are matched with each other, and the settlement of transactions. In short, users only scratch the surface of sophisticated digital infrastructures.

Does a likewise transparency paradigm curb users' vulnerability in peer-to-peer finance? It is hardly the case. First, the procedural transparency regime lacks effectiveness. The technological and commercial engines behind platform transactions are often too complex to be explained to platform users. There is little if no chance consumers would understand where the possible flaws occurred and act accordingly. Then, not all procedural transparency provisions bestow subjects with rights to obtain a revision of automated decision-making; when this is the case, unawareness or inertia of the interested party makes

[38] In favour of a proper right to explanation in the GDPR are G Malgieri and G Comandé, 'Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation' (2017) 7 IDPL 243, as opposed to S Wachter, B Mittelstadt and L Floridi, 'Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation' (2017) 7 IDPL 76.

[39] D Keats-Citron, 'Technological Due Process' (2008) 85 6 WULR 1249.

[40] The problem of technological black boxes that process consumers' and firms' data is nowadays well known to legal scholars. See, among many, I Mendoza and L A Bygrave, 'The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling', in T-E Synodinou, P Jougleux, C Markou, T Prastitou (edited), *EU Internet Law. Regulation and Enforcement* (Springer 2017) 77; B Reddix-Smalls, 'Credit Scoring and Trade Secrecy: An Algorithmic Quagmire or How the Lack of Transparency in Complex Financial Models Scuttled the Finance Market', (2011) 12 UCDBLJ 94. The difficulties to explain algorithmic decision-making derive from many factors, not least the availability of that information for the data controller (and its employees) himself. Very often, what consumers and firms can only aspire to is an intuitive reconstruction of the decision (A D Selbst, S Barocas, 'The Intuitive Appeal of Explainable Machines (2018) 87 FLR 1085) or a counterfactual hypothesis (S Wachter, B Mittelstadt and C Russell, 'Counterfactual Explanations Without Opening the Blck Box: Automated Decisions and the GDPR' (2018) 31 2 HJLT 841).

them barely viable.[41] Second, in economic terms, the resources and time invested in fostering procedural disclosure would raise the intermediation costs without any tangible offset on consumers' welfare.[42] Interestingly, the Proposal of a Regulation on Artificial Intelligence, released in April 2021 by the European Commission, somehow revisits the procedural transparency put forward by the GDPR.[43] In the Proposal, the AI systems used to evaluate credit scores or creditworthiness of natural persons – among which platform ratings certainly fall – are classified in the 'high-risk' category.[44] The relevant norms in this respect are aimed at restricting the use, implementing auditing and supervision systems, and promoting sound data governance.[45] In a nutshell, the proposal acknowledges that procedural fairness is hardly accomplished through transparency regulation.

3.2. Economic transparency.

A different model of transparency upheld in recent regulatory interventions can be regarded as 'economic' as it aims to supply to consumers all the bits of information material to value the assets they purchase. This is the case of the disclosure duties provided in the EU Crowdfunding Regulation, whereby the crowdfunding platforms are required to disclose the costs, the charges, the risks, the default rates, and, above all, all the features of the product purchased (articles 19, 20, and 23).[46] The focus on the characteristics of the traded positions recalls the 'disclosure regulation' regime that oversees securities

[41] One problem of the transparency norms in this domain is that they do not directly entitle to a revision of the decision. See L Edwards and M Veale, 'Slave to the Algorithm? Why a 'Right to Explanation' is Probably Not the Remedy You are Looking For' (2017) 16 DLTREV 18.

[42] Needless to say, producing and making information available is costly for businesses. Even more costly in terms of time and resources would be waiting for consumers to understand and exercise their rights.

[43] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts. COM/2021/206 final.

[44] Annex III also considers as 'high-risk' applications of AI in the following areas: biometric identification and categorisation of natural persons (1), management and operation of critical infrastructure (2), education and vocational training (3), employment, workers management and access to self-employment (4), law enforcement (6), migration, asylum and border control management (7), and administration of justice and democratic processes (8).

[45] Article 8 states that high-risk activities must comply with the requirements laid down in the following articles. Article 9 mandates risk management systems. Article 10 requires high-risks systems to comply with requirements of training, validation and testing datasets. Article 12 provides that high-risk AI systems must be designed so as to keep track and record of the performed tasks. Article 14 requires that the high-risk AI systems are designed and developed so that they can be effectively overseen by a natural person. More obligations for providers or high-risk systems are laid down in the following articles.

[46] Articles 19 requires crowdfunding services providers to inform customers on 'the costs, financial risks and charges related to crowdfunding services or investments, about the crowdfunding project selection criteria, and about the nature of, and risks associated with, their crowdfunding services' in a fair, clear, and not misleading manner (par. 1). They shall also inform users that crowdfunding instruments are not covered by any compensation scheme, neither for depositors nor for investors (par. 2) and that, if they are non-sophisticated investors, they have a pre-contractual reflection period granted in article 22 (par. 3). In terms of costs, article 20 provides that service providers disclose 'annually the default rates of the crowdfunding projects offered on their crowdfunding platform over at least the preceding 36 months' and publish an yearly statement with the expected default rates of all instruments' categories. Article 23 mandates providers to present to investors a Key Investment Information Sheet, containing the information on the instrument set out in Annex I and with a series of warnings on the investment risks.

markets.[47] The rationale of disclosure regulation is that the more issuers of debt or equity instruments are required to make all price-sensitive information public, the more informed traders will use that information to make securities markets liquid, efficient, and accessible for less-informed investors.[48] Within the EU legal framework, disclosure regulation is epitomised in the Prospectus Regulation, which mandates the publication of a prospectus at the issue of securities in primary markets. Besides, the MiFID II Directive embraces the same logic in regulating securities distribution in secondary markets.[49] Disclosure regulation is thus a two-step technique: disclosure duties on the issuer to make securities markets work in the first instance; mandatory information on the quality and risk of the product to be provided to ultimate investors.[50] The twofold dimension of disclosure regulation is repeated in the crowdfunding sector by requiring project proponents and products providers to disclose all the information needed to value their offers on the one hand and by reinforcing the duties of information of the platform at the time of secondary distribution on the other.

Where systematically adopted for peer-to-peer consumer finance, economic transparency would hardly foster consumer welfare. First, since many users on the supply side are consumers, a prospectus-like disclosure would be very costly and unreliable, if not unattainable at all. Disclosure regulation is built on the financial and cognitive capital of the issuing firms. Unlike consumers, firms often handle massive information on their businesses and resort to credit-rating agencies to make their funding credible. Second, increasing the informative flow among the bargaining peers is likely to create excessive divides between different classes of retail investors: the more informed ones, capable of evaluating the information, would secure the better offers, leaving the riskier ones to the less sophisticated consumers and potentially pushing them off the market. This is precisely what happened in the early years of peer-to-peer finance when platforms let users free to exchange information and arrange transactions among them. In that phase, informed investors systematically outperformed the weaker ones, almost causing the market to

[47] L Enriques and S Gilotta, 'Disclosure and Financial Market Regulation', in N Moloney, E Ferran and J Payne (ed), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (Oxford University Press 2015), 511.

[48] Disclosure regulation is an authentic transposition in law of the efficient market theory. With all information available, informed traders are supposed to trade on them and make a profit from a bid-ask price. See J Armour, D. Awrey, P Davies, L Enriques, J Gordon, C Mayer, J Payne, Principles of Financial Regulation (Oxford University Press 2016) 181.

[49] The described approach rests on the orthodox view whereby, if adequately informed on the quality of financial products, consumers and retail investors can properly value their assets and make efficient decisions for themselves. Despite contentious, such a view still underpins many consumer law statutes such as the Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU [2014] OJ L 173. It must be noted that, despite the MiFID II still encompasses some disclosure regulation provisions, there are significant regulatory differences from primary and secondary markets. The MiFID II approach towards retail investors in secondary markets is addressed in section 3.3., 'substantial transparency'.

[50] Some critics regard the Directives on consumer credits (the Consumer Credit and the Mortgage Credit Directive) as remnants of the neoclassical understanding of market relationships, where participants only need information to bargain effectively. See I Domurath, 'The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law' (2013) 3 EuCML 124.

crunch.[51] Third and finally, disclosure regulation works in markets where highly informed traders – such as institutional investors – can evaluate information and embed it in product prices. This is not the case for peer-to-peer finance, where the most sophisticated traders are solid and experienced investors or small businesses.

Succinctly, economic transparency in peer-to-peer finance is in several respects a 'waste of resources'.[52]

3.3. Substantial transparency.

Recent advancements in consumer law and policy seem to treasure the scientific criticisms of the neoclassical information asymmetry paradigm.[53] Thicker duties on business and intermediaries in terms of education, advice, and gatekeeping of consumers, on the one hand, higher simplicity in the manner and language of the information, on the other, are the main instances of a new 'substantial transparency' paradigm. Consumers' comprehension is key to this logic, rather than mere information flows. The Crowdfunding Regulation is imbued with a substantial transparency approach. Article 21 mandates an 'entry knowledge test' and a 'simulation of the ability to bear losses' if the crowdfunding services are provided to 'unsophisticated investors'.[54] Intermediaries must warn consumers of the results of the assessments without any duty to prevent them from buying or investing. The duties somehow replicate the obligations envisioned in article 25 of the MiFID II Directive. When selling financial products to retail investors, investment firms offering financial advice are required to evaluate the investors' appropriateness, that is, the alignment of the product with the clients' objectives and financial situation.[55] Where the investment is not advised, firms are in charge of evaluating the suitability of clients' choices, intended as the

[51] This risk led platforms to turn into gatekeepers that rate users when they entry the market and allow all the others to bargain based on that rating. See B Vallée and Y Zeng, 'Marketplace Lending: A New Banking Paradigm?' (2019) 32 RFS 1939.

[52] J Armour L Enriques, 'The Promise and Perils of Crowdfunding: Between Corporate Finance and Consumer Contracts' (2018) 81 MLR 1 5.

[53] O Ben-Shahar and C E Schneider, 'The Failure of Mandated Disclosure' (2011) 159 UPLR 647.

[54] According to article 21, the entry knowledge test is aimed at evaluate 'whether and which crowdfunding services offered are appropriate for the prospective non-sophisticated investors' (par. 1). For the purpose of the entry test, service providers are expected to consider the 'information about the prospective non-sophisticated investor's experience, investment objectives, financial situation and basic understanding of risks involved in investing in general and in investing in the types of investments offered on the crowdfunding platform', with special reference to the investors' experience in the market for transferrable securities and to their understanding of the crowdfunding services (par. 2). The assessment, to be reviewed every two years (par. 3), shall include a simulation on the ability to bear losses calculated by the platform as the 10% of investors' net worth (par. 5). Importantly, as set out in paragraphs 4 and 6, actual and prospective non-sophisticated investors shall not be prevented from investing where the two tests show that the investment is highly risky for them.

[55] Remarkably, the UK Financial Conduct Authority has recently introduced an adapted version of the appropriateness rule for peer-to-peer loans. See Financial Conduct Authority (FCA), 'Loan-Based ('Peer-to-Peer') and Investment-Based Crowdfunding Platforms: Feedback to CP18/20 and Final Rules', Policy Statement, PS19/14, 2019. On the implementation of these rules, The Investment and Saving Alliance, 'Peer-to-peer Lending: Approach to the Implementation of the Appropriateness Test' (2019).

understanding of the financial products they are about to purchase.[56] Then, a similar paradigm of transparency is visible in the recent Proposal of the EU Commission that amends the Directive 2008/48/EC on consumer credit released in June 2021.[57] The Proposal reinforces information and explanation duties on consumer counterparts and extends the 2008/48/EC Directive norms to crowdfunding services providers. [58] Finally, a more thorough path to transparency has also emerged in unfair terms litigation. The EU Court of Justice has increasingly stressed the need for contractual clauses to be drafted plainly and clear as to their effects. In this regard, article 4, par. 2, EC Directive 93/13, laying down that core terms are exempted from the unfairness test 'in so far as these terms are in plain, intelligible language' is now intended as requiring the 'economic transparency' of the contract.[59] As a result, clauses setting out the subject matter and costs in an unclear manner can now be reviewed within the unfairness doctrine.

Whether the intelligibility of the content and effects of each contract in peer-to-peer environments improves consumers' position is at least arguable. Substantial transparency postulates that, if adequately informed, all consumers can make good decisions for themselves. Unfortunately, this is not the case. The group of people referred to as 'consumers' usually encompass a great diversity of financial literacy, trading experience and, above all, wealth conditions. Understanding the functioning and risks of financial transactions and investing accordingly is a prerogative for a minority of retail investors in traditional markets[60] and a true mirage for those in peer-to-peer markets – reportedly more vulnerable on average.[61] Then, it is hard to believe that the entry knowledge test and the simulation to bear losses without a denial to invest would effectively discourage investors from poor investing decisions. As

[56] European Securities and Markets Authority and European Banking Authority, 'Joint Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU' (2017) EBA/GL/2017/12.

[57] European Commission, 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits', COM/2021/347 final.

[58] The rationale for including crowdlending within the scope of the Consumer Credit Directive is discussed in depth in the European Commission, 'Commission Staff Working Document – Impact assessment report accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on consumer credits', COM (2021) 347 final.

[59] European Court of Justice, *Kásler e Káslerné Rábai* case (C-26/13), par. 73, 'for the purpose of complying with the requirement of transparency, to determine whether the contract sets out transparently the reason for and the particularities of the mechanism for converting the foreign currency and the relationship between that mechanism and the mechanism laid down by other terms relating to the advance of the loan, so that the consumer can foresee, on the basis of clear, intelligible criteria, the economic consequences for him which derive from it'. Such an 'economic' interpretation of the transparency requirements derives from the ECJ *RWE Vertrieb* ruling (C-180/2013, par. 49). See F Della Negra, 'Protecting Consumers Against Unfair Terms in Mortgage Contracts: Tends and Perspectives in the Recent Case Law of the CJEU' (2020) 2 EJCL 205.

[60] A. Schwartz and L Wilde, 'Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis' (1979) 127 UPLR 630, suggested long ago that regulators could easily require businesses to disclose information as targeted at the more sophisticated consumers, the only sensitive ones, thus bringing more welfare for all users. The so-called 'informed minority argument' has been later rebutted, claiming that businesses are very much likely to personalise and customise practices depending on the features of each consumer. See O Bar-Gill and E Warren, 'Making Credit Safer' (2008) 157 UPLR 1, 11.

[61] C De Roure, L Pelizzon and A V Thakor, 'P2P Lenders Versus Banks: Cream Skimming or Bottom Fishing?' (2018) SAFE Working Paper No. 206.

well known, nudging vulnerable consumers might not be enough.[62] Finally, in a normative outlook, although the ECJ doctrine of 'economic transparency' is effective in bilateral banking agreements, an ex-post review of each of the granular contracts that consumers enter would be almost impossible.[63] To conclude, unquestionably, tailored information and explanations are the best that transparency can offer. But transparency is not a panacea for all kinds of market shortcomings.

3.4. The (tiny) room for legal design.

'Legal design' has also recently revived the reasoning around the transparency of consumer contracts. Conceived as a transposition of design thinking to legal subjects, legal design draws on a multidisciplinary cognitive and figurative knowledge background to make legal sources easily readable and intelligible for individuals. Legal design's evolutionary contribution consists of a call for a higher clarity of legal norms, contracts, and other legal materials. The means to this end are streamlining the legal language and turning contents into images, patterns, and simulations.[64] In the context of digital services, legal design is deemed to play a crucial role in making online environments more accessible and user-friendly. Peer-to-peer platforms already exploit the teachings of legal design. Keeping faith in the promise of cutting down intermediation times and costs, interfaces are easy to surf and directly address consumers through the different financial positions offered. Transactional environments, then, accurately filter information to ensure users only opt for the core economic terms, leaving all supplemental information behind. Users are unaware of how the performance and settlement occur as they are fully delegated to the platform.[65]

In the discrepancy between what consumers are shown and the reality of the legal relationships, peer-to-peer finance lays bare two significant flaws of legal design. First, legal design does not aim at modifying the legal characterisation or regulation of imbalanced relationships. In the context of financial platforms, the measures to foster usability and appeal of the trading interface do not affect the kind of transactions consumers enter or make them more aware.[66] On the contrary, so long as it increases consumers' trust without addressing the

---

[62] O Bar-Gill and E Warren, 'Making Credit Safer' (2008) 157 UPLR 1, 11. As well-known, the idea of 'nudging' was brilliantly developed in R H Thaler and C R Sunstein, *Nudge* (Yale University Press, 2008).

[63] P Palka, 'Terms of Service Are Not Contracts. Beyond Contract Law in the Regulation of Online Platforms, in S Grundmann (ed), *European contract law in the digital age* (Intersentia 2018) 135

[64] M Hagan, 'Exploding the Fine Print: Designing Visual, Interactive, Consumer-Centric Contracts and Disclosures' in M Corrales, M Fenwick, H Haapio (ed), *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain* (Springer, 2019) 93.

[65] Reading the platforms' terms of services or contractual conditions, normally 20 or more pages of intricated operations, can give a sense of the dissociation between what appears to consumers and the reality of platform intermediation. See, for instance, the terms of use of the following peer-to-peer platforms: https://d34m5i9by2qell.cloudfront.net/agreements/IT/Condizioni_Generali_Di_Utilizzo.pdf (BLender); http://pub.motusquo.it/Le-Condizioni-di-Prestito-MotusQuo.pdf (MotusQuo); https://prestiamoci.it/wp-content/uploads/2021/09/02-CONTRATTO-PRESTATORE-010-2021.pdf (Prestiamoci). In any case, the relationship between the interface and the business behind (and the difference between them) is very hard to grapple in digital platforms. See A Gawer, 'Digital Platforms' Boundaries: The Interplay of Firm Scope, Platform Sides, and Digital Interfaces' (2020) LRP 102045.

[66] Many questions on the private law of platform transactions are entirely left to the unilateral decision of the platform: is there a contract? Between whom? How is it regulated?

consequences of their decision-making, legal design risks making users overconfident. It does not prevent financial losses, and it potentially multiplies them.[67] Second, even if well-conceived, design strategies are likely to be captured by financial firms in two respects: the exploitation of consumers' biases by guiding their decisions on the interface; the concealment of the effective bundle of duties and rights, which hinders the chance to sue the platform or the peers and therefore limits the access to justice.[68] To conclude, while legal design can be helpful to enhance the clarity and accountability of transactions, it fails to tackle consumers' exposure to financial risk.

4. Beyond the blinders of information asymmetry.

The focus on transparency in the emerging peer-to-peer markets regulation builds on a flawed analysis in terms of market failures. The market failures framework is a robust analytical toolbox, especially in rapidly evolving markets where regulators catch up with only preliminary evidence and raw data. However, if improperly handled, it leads policymakers astray. The recourse to procedural, economic, substantial, and design transparency rests on the mistaken assumption that information asymmetry is the primary market failure affecting peer-to-peer markets. As section 2 above extensively shows, this is not the case. The remainder of the work attempts to demonstrate that, where correctly framed within the market failure domains, the risks for consumers' protection and market regulation can be tackled with more effective legal and regulatory tools. The policy options recommended below just exemplify that a paradigm shift is possible and should not be intended as exhaustive or radically alternative to some sort of disclosure rules.

4.1. Market failures and policy options for consumer protection.

On close examination, the risks identified under the 'consumer protection' label and described as 'opacities' in section 2 can be thoroughly understood as market failures other than information asymmetry. In the light of well-known economic and behavioural findings, the problem of consumer choice vis-à-vis complex intermediaries and entangled financial products can no longer be framed as an issue of mere information. Market access is spoilt by decision-making biases inherent to consumers operating in financial markets.[69] Bound rationality is a combination of many factors: ignorance of market mechanisms and financial products;[70] reference dependence, i.e. the inertia that leads to the irrational preference for the situation one is into the detriment of any possible

[67] Overconfidence is a pernicious problem of consumers financial markets: consumers gain the confidence they usually lack and expose themselves to hazardous decisions. Overconfidence is also very likely to create herd behaviour. See C Sunstein, 'Empirically Informed Regulation' (2011) 78 UCLR 1349.
[68] P Palka, M Kuziemski, A M Nowak, A Jablonowska, H-W Micklitz, G Sartor, 'Consumer Law and Artificial Intelligence. Challenges to the EU Consumer Law and Policy Stemming from the Business' Use of Artificial Intelligence' (2018) 11 ARTSY Project final report 14.
[69] J Armour, D. Awrey, P Davies, L Enriques, J Gordon, C Mayer, J Payne, Principles of Financial Regulation (Oxford University Press 2016) 326; J Y Campbell, H E Jackson, B C Madrian and P Tufano, 'Consumer Financial Protection' (2011) 25 JEP 91.
[70] See the abundant literature cited in O Bar-Gill and E Warren, 'Making Credit Safer' (2008) 157 UPLR 1.

change;[71] instantaneous gratification, the inability to take forward-looking decisions;[72] lack of any experience given that financial products are 'credence goods'.[73] The asymmetric position in which consumers lie is thus a function of manifold and hardly eradicable factors. It is also reflected in the dependence on the intermediating platform, the poor matching with other peers, and the unawareness of the offered service – the three risks identified as market protection issues.[74] These risks are likely to result in unexpected financial losses, a decline in confidence, and an exit from the market. Luckily, financial regulation has the tools to directly tackle them and not just to warn consumers about their existence.

Different and integrated strategies can be deployed to address bound rationality in collaborative finance. First, recent financial laws increasingly resort to conduct regulation to ensure that intermediaries provide services safely. The Crowdfunding Regulation itself has various examples of conduct regulation: the rules on the provision of crowdfunding services (article 3), the duty to put in place effective and prudent management (article 4), the due diligence requirements (article 5), and the rules on the individual portfolio of loans (article 6), on complaints handling (article 7), and conflict of interests (Article 8). The Regulation also requires crowdfunding providers that carry out 'payment transactions related to transferable securities and admitted instruments for crowdfunding purposes' to keep their clients' assets in a deposit held by a bank or credit institution (article 10). The provision acknowledges the need for separating consumers' assets from the intermediary's balance sheet, thus safeguarding them from the case of the platform's default. Given the high rate of platforms default, a likewise provision should be adopted for all peer-to-peer services providers.[75] However, the Regulation is too mild for the entry rules, i.e., the business intermediary's engagement in clients' admission to the market. Instead of an entry test and a test to simulate the ability to bear losses, peer-to-peer intermediaries should be made more deeply responsible for the entry decisions. In other words, financial platforms should be obliged to deny access to unworthy consumers, thus taking responsibility for harmful inclusion. A likewise example of an effective gatekeeping duty, enforced through private law remedies, already exists in financial markets, and it is the creditworthiness assessment in the consumer credit domain.[76] Transposing it to collaborative consumer finance should be a top priority for regulators. In addition, regulators should consider two other intervention strategies besides entry requirements: product regulation and safety nets. The former consists of mandatory provisions on the financial products traded on platforms, such as limits to the indebtment or investment of a single user and caps on the interest rates and fees consumers

[71] N Wilkinson, *An Introduction to Behavioural Economics* (Palgrave Macmillan, 2008), 103.
[72] G Ainslie, 'Specious Reward: A Behavioural Theory of Impulsiveness and Impulse Control' (1975) 82 PS 463.
[73] U Dulleck and R Kerschbamer, 'On Doctors, Mechanics and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods' (2006) 46 JEL 5.
[74] See section 2 'Unity in multiplicity. Risks and opacities in collaborative finance'.
[75] Namely, it should be extended to all forms of peer-to-peer financial service offered to consumers.
[76] See articles 8, Consumer Credit Directive and 18, Mortgage Credit Directive. The literature on this point is vast. See European Banking Authority, 'Guidelines on Credit Worthiness Assessment. Final Report' (2015).

pay.[77] A 'loan-to-income' and 'loan-to-value' ratio and the right to an early termination are instances of product regulation that the EU legislator should derive from consumer credit law. Safety nets represent compensation schemes that repay investors in the case of financial losses. Compensation schemes mandated by the legislator are usually public, as in the case of depositors and investors. However, in the peer-to-peer context, they might well be established and run by each platform and funded by both users and the intermediary.[78] They should mandatorily cover at least a share of the losses suffered by consumers.

Where adequately coordinated, the proposed measures effectively complement disclosure regulation.

4.2. Market failures and policy options for regulation.

Besides consumer protection, the primary concern of the present work, the regulatory initiative in peer-to-peer finance cannot overlook the 'market regulation' dimension. The dichotomy between consumer protection and market regulation is very often merely theoretical. There's little doubt that measures aimed at preventing harm for consumers immediately impact the market, raising intermediation costs, modifying business incentives, and, hopefully, making financial marketplaces safer. At the same time, the likelihood that markets don't work properly and even risk collapsing directly impacts consumer welfare, both in terms of present harm to current users and lack of chances for future ones. The 'run risk' identified in section two provides a clear example of how entangled the two dimensions are. Once investors exit markets in herd, all participants suffer immediate losses for the assets' depreciation and perspective losses if the market collapses. In the market failures outlook, a similar risk is an example of negative externality: individually sensible decisions are likely to result in irrational herd behaviour. Once again, the Crowdfunding Regulation provides an interesting but weak solution. Article 25 allows providers to offer 'bulletin boards' where investors can sell their loans or crowdfunding instruments to other users. The board solution is a double-edged sword. It allows investors to liquidate their assets, thus granting access to a withdrawal option. But it also paves the way for a steep depreciation and potential implosion if investors resort abruptly to the secondary market. The trade-off is clear: is it preferable to lock consumers to their illiquid investments or mandate secondary markets to the detriment of their assets' value and overall market stability? As a precautionary measure, the former seems more advisable.

Finally, the law can tackle the risk of lax screening by adjusting the remuneration mechanisms. Platforms typically charge users different fees: subscription ones when consumers sign up, periodic intermediation ones, and origination fees linked to the number of transactions set up. Origination fees are riskier as they create room for moral hazard. Moral hazard occurs when market participants act opportunistically or negligently as they do not directly

[77] O Bar-Gill and E Warren, 'Making Credit Safer' (2008) 157 UPLR 1.
[78] See n 36.

bear the consequences of their behaviour.[79] It can be dealt with by making individuals responsible for their behaviour or by changing the incentives that lead them to embrace moral hazard. In the context of platforms' remuneration, an early solution would be detaching the fees charged by the platforms from the number of transactions they generate. Banning origination fees to the benefit of subscription and intermediation ones can be an initial step to curb the moral hazard of the risk-less gatekeepers.[80] [81]

Conclusions.

Financial law is all about analysing and governing financial risk. In doing so, it adopts a decreasing scale of tolerance. It prohibits a practice when too dangerous, governs it where possible, and makes the risks visible when perfectly bearable.

In laying down the rules for collaborative finance, the justification for maintaining the risk visibility stage is feeble. Although mandated disclosure sounds very intriguing in the face of very opaque and complex transactions, the challenges of peer-to-peer markets can be better grasped away from the conceptual framework of information asymmetry. When analysing the vulnerability of consumers in-depth, one cannot go without noticing that their weakness is way more profound than a contingent imbalance in knowledge. Besides transparency regulation, consumers in horizontal finance need protective rules that pre-emptively shape service providers' conduct of business. At the same time, they need a tailored product regulation discipline and prompt and extensive compensation schemes to prevent and absorb financial harm, respectively. Further adjustments, then, should target secondary markets and remuneration schemes to ensure that they do not undermine the trust on which online marketplaces rest. The EU financial regulator should re-orient the course of its intervention along these lines as early as possible.

[79] T Baker, 'On the genealogy of moral hazard' (1992) 75 2 TLR 237.

[80] Origination fees, despite being distortive, do not impinge on the conflict-of-interest rules as set out in article 8 of the Crowdfunding Regulation. Origination fees do not fall within the scope of Article 8, par. 1 and 2, which prevent platforms from respectively having any participation in the offers and from participating in the shareholding or management of project owners. Instead, they represent a milder conflict as intended in the subsequent paragraphs of the article, whereby any concurring interest must be adequately disclosed to consumers. This would not be sufficient to prevent moral hazard.

[81] As for competition law issues, they cannot be dealt with in this work. For an overview of the main points, see F Bostoen and D Mandrescu, 'Assessing Abuse of Dominance in the Platform Economy: A Case Study of App Stores' (2020) ECJ; P Belleflamme and M Peitz, 'Managing Competition on a Two-Sided Platform' (2019) 28 JEMS 5.

Correnti A, 'Online platforms as a complex digital environment characterised by a lack of transparency on the role and status of the parties involved, as well as the use of unfair commercial practices' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT

ISSN 2704-8012

Online platforms as a complex digital environment characterised by a lack of transparency on the role and status of the parties involved, as well as the use of unfair commercial practices

ANTONELLA CORRENTI
Research fellow in Comparative Private law at Università degli Studi di Messina, Lawyer
ORCID

Abstract
The contribution analyzes the critical issues related to the affirmation of technological platforms in the digital market and the dissemination of unfair commercial practices, facilitated by the inadequacy of the reference regulations to fill the information asymmetry and the lack of transparency in the relationships between the interested parties.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: Technological platforms; Digital market; Unfair commercial practices.

Summary: Introduction. – 1. Digital platforms: scope of application and limits. – 2. Unfair commercial practices: reform interventions and remedies. – 3. Intervention perspectives and overseas solutions. – Conclusions.

Introduction.

The consolidation of the digital economy, the result of the exponential growth of companies (Google, Amazon, Facebook, Apple and Microsoft) which, over time, have managed to master every corner of the internet, has given rise to food for thought in doctrine and jurisprudence.

The intrusive affirmation of technological platforms has led European and overseas institutions to investigate the capacity of existing regulatory systems to face the challenges offered by the rise of a digitised information and communication society, in which the highest risks concern user privacy, transparency of commercial transactions and regular competition on the markets.

The birth of a new economic system is evident which, through the extraction and processing of personal data, draws on the daily experience of the associates as a "raw material"[1] in which the data, especially the personal one, becomes *a qualified and precious resource beyond what a bargaining chip*[2].

The digital market opens the frontier to so-called big data[3] and raises many questions of interpretation, dividing those who tend to favour the automatic aggregation and processing of data from those who, instead, focus on the content of the same[4].

The issue of data management by digital platforms intersects with that of the economic value of the data itself. Despite the alleged free service, with internet access consumers pay IT companies a price, represented by the management of information concerning them.

The strategy of the apparent provision of a free service is intended to attract a greater pool of users, indirectly increasing the economic value of participation in the market on the supply side.

---

[1] S Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (1st edn, Luiss University Press 2019), 18.

[2] G D'Ippolito, 'Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale' (2020) 3 Dir. inf., 634.

[3] The expression big data encompasses four fundamental characteristics: volume, speed, variety and value (G Pitruzzella, 'Big data, competition and privacy: a look from antitrust prospect' (2016) 23 Conc. merc., special edition *Big Data e Concorrenza*, 15-27: the first two are data recorded, respectively, the extent of the data and stored and the speed with which they are processed; the variety concerns the innumerable sources from which the same data can be drawn; the value constitutes the natural to which the operations of collection, processing and treatment of information lead.

[4] The expression "big data" refers to any information concerning a specific or determinable subject. 'The use of Big Data and its value have increased with the rise of Big Analytics: the ability to design algorithms that can access and analyse vast amounts of information', A Ezrachi- M Stucke, *Virtual Competition the promise and perils of the algorithm-driven economy* (1st Harvard University Press paperback edn 2019), 14.

Image taken from https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/archivio-notizie/privacy-e-sicurezza-garante-privacy-e-intelligence-a-tutela-dei-cittadini.html

The concept of privacy takes on a new value, becoming a resource sold in exchange for a provision of services, which corresponds to an economic return in terms of personal information and sales of advertising space.

The collection and processing of personal data, including sensitive ones, should take place in an adequate and effective way, in order to avoid aggression to the personal sphere and unfair commercial practices.

The need to reconcile apparently antithetical areas (privacy, competition and consumer protection) arises from the awareness that companies, in exchange for the services offered, acquire market power and are able to predict the behavior of users, or to anticipate their choices.

The meshes of reflection widen in an attempt to derive from the specificity of the disciplines involved a univocal reading key and uniform regulation.

The European bodies have on several occasions highlighted the need to balance the aim of creating a single digital market and the protection of the processing of personal data and the free circulation of the same.

A significant sign of the change in perspective in the approach to the issues under discussion comes from the proposals of the European Commission for the enactment of a law on digital services[5] and a law on digital markets[6], on which the European Protection Supervisor has expressed a positive opinion.

Already in the Annual Report on Competition Policy for the year 2019[7], the European Parliament had highlighted the need to adapt competition to digital, underlining the difficulties associated with the slowness of intervention procedures and the inadequacy of late repression measures, hoping for the introduction of an *ex-ante* regulatory and monitoring system that could act as a deterrent to future anti-competitive intentions.

---

[5] Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final. The EU Parliament approved the Digital Service Act on January 20, 2022.

[6] Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) COM/2020/842 final. The Council and the EU Parliament reached an agreement on the text of the Digital Markets Act on March 24, 2022.

[7] Report on competition policy – annual report 2019 (2019/2131(INI)).

In the analysis of the institutions involved, a comparative approach is decisive, made above all necessary by the extraterritorial vocation of the internet and the companies that hold the reins.

The dogmatic approaches to which the doctrine has reached (both on the historical and on the juridical level) must now be confronted with the continuous evolution of European and American jurisprudence, capable of undermining its basic assumptions.

In general, the boundary between lawfulness and illegality in commercial practices is rather blurred and, in the context of cyberspace, a greater effort is required, in order to recognize and repress behaviors that are actually harmful to businesses, consumers and users, without sacrificing the associated advantages. to the undeniable progress brought about by digitization.

The importance of the interests at stake makes reflection stimulating, despite the awareness of not being able to provide definitive answers.

1. Digital platforms: application scope and limits.

The rooting of the digital economy and the spread of online platforms have, in the last decade, upset the methods of communication and interaction between users, even in sectors that seemed far from the logic of renewal.

The acceleration imparted by modern technological tools to the information society portends the risks of undue intrusions to privacy and opaque behavior on the markets, if it is true that *there is no law that can protect us from what is unprecedented* [8].

Online infrastructures can include a varied typology of services (search engines, social networks, e-commerce, sale of multimedia content), destined to grow over time in conjunction with the evolution of marketing techniques and the conclusion of contracts in app.

Image taken from https://www.nethics.it/metodi-di-pagamento-nelle-commerce/

A cause for concern is the pervasive and invasive strategy with which the owners of IT assets are able to relate subjects, information and contents, not limiting themselves to mere intermediation, but affecting in a penetrating way the shape of the relationships between users. services.

Digital infrastructures, from a mere communication and exchange channel between customers and sellers, themselves become potential negotiating counterparts with the inevitable distortion of competitive dynamics.

The hybrid nature of IT platforms, intended to encompass a plurality of different services, makes it difficult to identify a unitary notion and apply uniform regulation[9].

---

[8] S Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza* (n 1), 531.

[9] The first attempt in this direction is represented by Directive 2000/31/CE on electronic commerce, aimed at regulating certain aspects of information society services that art. 1 letter b of the subsequent directive

The same Court of Justice of the European Union intervened in order to clarify the concept of online platform, making a distinction between those attributable to the category of information services and those connected to other economic activities, for which a different qualification is required in consideration of the nature of the service provided[10].

Concern for the consequences deriving from the uncontrolled use of technological resources has fueled the debate about the identification of the most suitable measures to protect consumers and regulate the legal situations that have arisen in the relationships undertaken through telematic connections.

The European Parliament with the resolution of 15 June 2017 noted the *difficulty of agreeing at EU level a single definition of online platforms that is legally relevant and adapted to future needs, due to factors such as the great variety of types existing online platforms and their sectors of activity as well as the rapidly changing digital world* (paragraph 6), advocating a distinction and definition of them *according to their characteristics, classifications and principles and following a problem-based approach* (paragraph 8).

The creation of a secure digital environment that promotes development, innovation and competition involves the introduction of specific rules to define the sphere of action of the most active and unscrupulous operators on digital markets.

Among the practices susceptible to repression and more aggressive are the conducts aimed at transferring the field of action to different geographical contexts, in cases in which the company, operating both as owner of the platform and as a supplier, obtains additional advantages at the expense of commercial operators who use the same platform to promote products or services.

The imbalance between the positions of the contracting parties and the information asymmetry, that characterizes their relationships, do not find adequate protection through the manifestation of consent, since the latter is given almost automatically and, more often than not, only for the initial

---

2015/1535/EU qualifies as 'service' means any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services. With the legislative proposals on services (see above note 5) and on digital markets (see above note 6), the European legislator aims to introduce a uniform discipline that takes into account the challenges and risks associated with the emergence of new and more invasive digital services.

[10] CJEU, C-320/16, Uber France SAS (2018), in which the Luxembourg Court ruled on the dispute between the Associated Professional Elite Taxi and Uber System Spain SL, connected to Uber Technologies Inc., relating to the supply by the latter, through an application for smartphones, a service for putting in contact non-professional drivers who used their own vehicle with people who wanted to make urban trips. The Court clarified that Uber's brokerage service should be considered an integral part of an overall service in which the main element is a transport service and, consequently, not meeting the qualification of an information society service pursuant to Article 1, point 2, of Directive 98/34, to which Article 2, letter a), of Directive 2000/31 refers, but of service in the transport sector, pursuant to Article 2, paragraph 2, letter d), of Directive 2006/123(paragraph 33). On the contrary, see the Opinion of Advocate General Szpunar, presented on 30 April 2019 in case C-390/18, Airbnb Ireland, which, strictly interpreting the criteria set out in the Uber judgement, clarified (paragraph 89) that 'Article 2(a) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 1(1)(b) of Directive 2015/1535, must be interpreted as meaning that a service consisting in connecting, via an electronic platform, potential guests with hosts offering short-term accommodation, in a situation where the provider of that service does not exercise control over the essential procedures of the provision of those services, constitutes an information society service within the meaning of those provisions.'.

activities of collection and processing and not for subsequent data transfer from one platform to another[11].

A concrete approach to the problems mentioned can be seen in the legislative proposals on services and digital markets[12], in which the European legislator, while maintaining the application of the rules contained in the directive on electronic commerce, aims at harmonising the matter through rules aimed at collecting the challenges that the technological world poses, not only to society, but also to the individual users of its resources, adapting the provisions of civil and commercial law for those who operate online.

The resolution relating to the law on digital services, with a view to guaranteeing consumer confidence in the online market, promotes the adoption of measures aimed at safeguarding users and filling the gaps and the inability of existing systems to prevent the spread of illegal and the transmission of illegal content.

The expansion of the range of action of IT assets generates three categories of risks: the first relates to the consequences arising from the abuses associated with the use of telematic services; the second concerns the effects on the fundamental rights of users most exposed to the dangers of the network; the third concerns prejudices to public health and safety connected to incorrect and deceptive behaviour (paragraph 57).

The Digital Market Act is placed in the same direction and in a complementary function which aims to dictate rules for digital operators who act as "gatekeepers", identified on the basis of the size of the company, the powers exercised and the position held on the market. The companies, falling within the scope of the provisions of the document, must comply with the provisions on the obligations imposed on gatekeepers (articles 5, 6 and 7 of the proposal), under penalty of the imposition of specific sanctions, such as fines and late payment penalties (articles 26, 27).

The text on digital markets, taking note of the rise to power of technological operators who, over time, have built real monopolies on the net, intends to restore the equity and contestability of the markets, exploiting the benefits of the platform economy and of the digital economy in general.

Due to the position held, monopolistic companies have a decisive impact on internal market dynamics, ending up by managing one or more access points to customer platforms.

Both legislative designs are inspired by a logic aimed at protecting network users and encouraging the growth of European digital entities, set aside by the intrusive affirmation of Californian companies.

The cross-border nature of the activities of dominant companies on the net makes legislative initiatives unsuitable for offering adequate and uniform

---

[11] It has been asked whether the manifestation of consent determines a real transfer of ownership over the personal data or a delegation to use it. The thesis of the transmission of a property right on the data would seem to be supported by the provision referred to in art. 20 of Regulation 679/2016 (GDPR) on the right to data portability which, providing the right of the interested party 'to receive in a structured format, commonly used and readable by automatic device, the personal data concerning him provided to a holder of the processing and ... to transmit such data to another data controller without impediments by the data controller to whom it has provided ', increases the control of the interested party over their data and promotes its circulation, A Maceratini, 'Privacy e informazione nell'era dei Big Data' (2019) 2 Tigor - Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica, 87.

[12] See notes n 5 and 6.

regulation. In such a context it is not surprising and, indeed, the interest of jurists in the subject dealt with appears enlightening, since the radical nature of the changes underway is a threat to society in general and human civilization in particular.

Addiction to technological progress generates a sort of "utopia of certainty", increasing the false belief in individuals that they can satisfy any need and inducing them to abandon any capacity for self-determination. What is alarming is the tendency of internet giants to monitor what occurs off-line with obvious prejudice for users, unaware of being constantly monitored.

The companies that, over time, have built the digital empire have skillfully captured information on the tastes, needs and preferences of potential customers, in order to anticipate competitors in market offers[13].

The dependence of society and economy on technological tools if, on the one hand, it feeds the future optimism towards progress in all sectors of modern life, on the other hand, it raises doubts about the proper functioning of digital services and the guarantee of the fundamental rights of the users of the same.

An organic intervention is necessary to favour the creation of a competitive digital environment, safe and sensitive to the needs of all network operators, even those less attentive.

2. Unfair commercial practices: reform measures and remedies.

Unfair practices and the lack of transparency in the digital sector threaten not only market equilibrium, but also the dynamics of relationships between consumers and professionals and between users and owners of online platforms. The growth of telematic intermediation services has prompted the competent Authorities to question themselves about the measures to be taken to prevent illegal activities and behaviors detrimental to the interests of the associates.

The inadequacy of control and repression tools offers technology companies fertile ground for circumvention of the relevant regulations.

The discipline on unfair commercial practices, contained in Directive 2005/29/EC[14], amended by the subsequent Directive (EU) 2019/2161[15],

[13] S Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza* (note 1), 107: the author notes that a lot of information collected is used to improve the quality of products and services, but "the rest becomes a behavioral surplus" intended to predict the future choices of users.

[14] The Directive 2005/29/EC was implemented in Italy by Legislative Decree 2 August 2007, n.146 which amended the Consumer Code (Legislative Decree 6 September 2005 n. 206) to articles 18-27 and introduced arts. 27 *bis*, *ter* and *quarter*, distinguishing misleading commercial practices (section 1), aggressive commercial practices (section 2) and practices that are presumed to be unfair in any case falling within the so-called blacklist (attachment 1).

[15] The Directive in question amends Council Directive 93/13 /EEC (on unfair terms), Directives 98/6 /EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council (respectively relating to information on prices and unfair commercial practices and consumer rights). Directive 2019/2161 was preceded by Directives (EU) 2019/770 (relating to certain aspects of contracts for the supply of digital content and digital services) and (EU) 2019/771 (relating to certain aspects of contracts for the sale of goods), with the aim of promoting the growth of electronic commerce in the internal market, ensuring the right balance between a high level of consumer protection and the protection of the competitiveness of businesses.

acquires a more meaningful value in the context of online transactions, the cross-border nature of which makes processing more difficult of uniform rules.

Image taken from https://www.lentepubblica.it/cittadini-e-imprese/direttiva-europea-e-commerce/

The European legislator intends to safeguard the consumer's freedom of choice, in the phase prior to the conclusion of the agreement, conditioned by information asymmetries and imbalances in contractual power that may affect the weak subject's right of self-determination in dealing with the professional.

The change of perspective, from the negotiation act to the activity that precedes its realization, arises from the importance of the interests at stake (the consumer, on the one hand, the fairness of the market on the other) and the need to introduce preventive protection in the phase of promotion of goods and services[16].

Due to the emergence of increasingly sophisticated digital tools, the new directive (EU) 2019/2161 aspires to a modernization of European legislation aimed at greater transparency for web transactions and more effective protection for users.

Misleading marketing finds, in the digital environment, a facilitated channel of dissemination, due to the lack of attention of users in evaluating the contractual conditions, increasingly expressed, even graphically, in such a way as to confuse or mislead the interlocutors.

The definition of 'online markets' should be broadened: in order to cover new technologies (recital 25), consumers must be guaranteed detailed information *on the main parameters that determine the classification of offers* and on their counterpart in the negotiation, if *a trader, a non-professional or another consumer* (recital 26).

With a view to discouraging unlawful conduct, individual remedies are recognized, such as compensation for damage, price reduction or termination of the contract (Article 11 bis included in Directive 2005/29/EC), without prejudice to the operation of other instruments provided for by EU law or national law (paragraph 2); 'effective, proportionate and dissuasive' sanctions are imposed for violators of national provisions concerning unfair commercial practices (Article 13 of Directive 2005/29/EC as replaced by Directive 2019).

It is no coincidence that (recital 33) the application of consumer protection also in cases of contracts for the supply of free digital content, in which the consumer undertakes to provide personal data (for reasons other than those related to legal obligations): the definition of price is thus extended to the hypothesis of payment through the provision of personal data of free services.

[16] Consumer law seems to be oriented towards a model of business and market law. See C Camardi, 'Pratiche commerciali scorrette e invalidità' (2010) 6 Obbl. e contr., 408.

The peculiarity of the service provided by users of the platforms through the entry of their personal data, not strictly economic, but susceptible of economic evaluation, leads us to reflect on the connotation that the information provided by customers must assume, whether moral or negotiable, also for a correct identification of the protection instruments that can be implemented.

The only certainty, regardless of the privileged qualification, is that, once transmitted, the data escape from the sphere of users, who are unable to hinder its dissemination with the inevitable sacrifice of their privacy[17].

In order to ensure more effective protection for network operators, specific *additional information obligations for contracts concluded on online markets* (Article 6 bis inserted in Directive 2011/83/EU) are envisaged, which guarantee the consumer a Directive 2011/83/EU complete the aspects inherent to the conclusion of the agreement, before being bound by a distance contract.

The provisions set out in Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council are in the same direction, which aim to contribute to the functioning of the internal market by establishing rules aimed at ensuring that commercial users of online intermediation services and users owners of corporate websites that are connected with online search engines have adequate transparency, fairness and effective appeal possibilities (Article 1).

Potential victims of misconduct online are not only consumers, but also private individuals who trade in the field of professional properties, or legal persons who offer goods or services to consumers through online intermediation services for purposes related to their own. commercial, entrepreneurial, craft or professional activity (Article 2), which can equally be misled by omitted, misleading or inaccurate contractual information.

The fact that the EU legislator has included commercial users in the category of subjects in need of protection demonstrates that the potential victims of the online giants are not only those who use the related resources for private and consumer purposes, but also small and medium-sized entrepreneurs.

The proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications (E-Privacy Regulation) is inspired by the protection of the privacy of network operators, both natural and legal persons. The regulatory text will repeal Directive 2002/58 / EC, integrating the provisions of the GDPR (General Regulation for the protection of personal data 2016/679). After four years of gestation (the first draft dates back to 10 January 2017) the Council of the EU, on 10 February 2021, reached an agreement on the final draft of the Regulation, which will replace the aforementioned directive, no longer adequate in the face to changes marked by technological and economic developments.

The new discipline, in order to create uniform rules for a digital single market, will protect, unlike the GDPR, also legal persons and will regulate large

[17] There are four types of activities likely to cause damage to privacy: 1) collection of information; 2) processing of the same to derive useful insights; 3) dissemination of information and insights themselves; 4) influence of interested parties based on information and to the insights gained (DJ Solove, 'A Taxanomy of Privacy' (2006) 154 U. Pa. L. Rev. 477, 482).

international companies (the so-called over the top), which until now had remained outside the scope of application. of the reference regulations.

The need to find repressive and sanctioning tools to guarantee vulnerable groups is felt most at the present time, following the changes resulting from the health emergency for the spread of COVID 19.

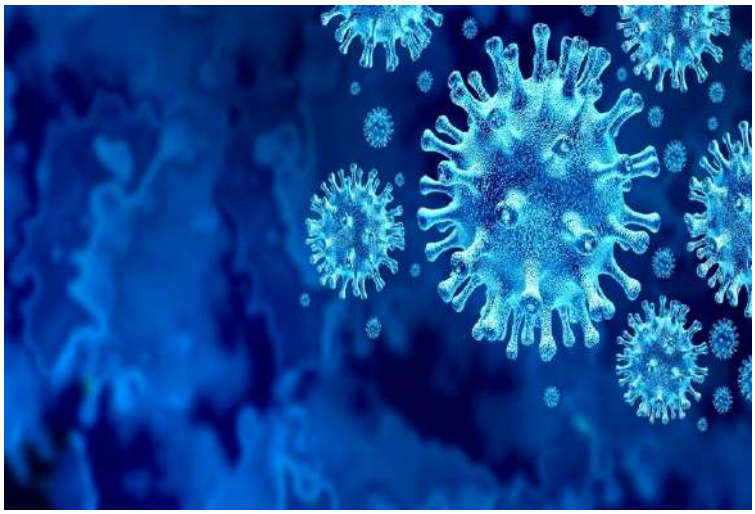


Image taken from https://ilbolive.unipd.it/index.php/it/news/covid19-ricerca-unipd-svela-possibile-manifestarsi

The forced closure of activities and services of all kinds and levels has favored the consolidation of the digital empire through the activation of remote communication and interaction techniques between citizens and businesses, replacing face-to-face methods, to avoid collapse of the inevitably compromised economy.

Technology companies have taken advantage of the dramatic situation to further strengthen their dominance and also extend into contexts in the past outside their sphere of action.

The panic generated by the pandemic has led to the spread of misleading advertising slogans, the increase in wholesale and retail prices of basic necessities and a real business of kits, masks, sanitizers and other products to prevent the infection.

The National Competition and Market Authority has intervened, on several occasions, on the recommendation of consumer associations, requesting information from the platforms concerned and arranging, in cases of abuse, the suspension of the promotion and sale of the products subject to investigation[18]. Even the marketing of a generic drug (Kaletra), advertised as the only remedy to fight COVID 19, even though the world health authorities agreed on the inexistence of a definitive cure to heal the infectious disease, has also fallen into the antitrust's crosshairs: the Guarantor Authority, considering the details of an incorrect commercial practice integrated, ordered, as a precautionary measure, the blackout of the website accused of advertising and disseminating misleading information[19].

The emergency phase we are going through has urged the national, international and European authorities to confront each other in order to reach a common solution to the problems dealt with.

---

[18] AGCM, *PS11752 - VOVA – Vendita on line prodotti emergenza sanitaria*, Provvedimento n. 28247 del 20 maggio 2020, in *Boll.* 22/2020.

[19] AGCM, *PS11723 - Farmaco coronavirus.it- KALETRA*, Provvedimento n. 28389 del 13 ottobre 2020, in *Boll.* 43/2020.

The implementation of the reference regulations and the adoption of the measures envisaged by them constitute a deterrent in the fight against online infringements, but require a strengthening of the enforcement system, in order to neutralize the plurioffensive nature of the offenses and to guarantee an appropriate use of the resources offered by the network.

3. Prospects for intervention and overseas solutions.

Image taken from https://www.techeconomy2030.it/2020/09/21/un-paio-di-obiezioni-sulla-sostenibilita-della-digitalizzazione-italiana/stop-1374937_1920/

The US Congress, like the European Union, recently spoke on the issue of competition in digital markets with an accurate investigative report[20], highlighting the monopoly of Google, Amazon, Facebook and Apple (GAFA) and the strategies used by them to maintain your domain on the network. The document provides a clear vision of the repeated illicit conduct to the detriment of users and operators with less contractual force and intends to outline an antitrust project to dismantle the monopoly power of Big Tech.

The companies, placed under the magnifying glass of the Antitrust Subcommittee of the American Chamber and the Justice Commission, have acted in an ambiguous and opaque manner, sometimes hiding behind apparently harmless market operations (mergers or acquisitions).

The survey revealed that companies set prices, dictate negotiation conditions, set the rules for search engines and advertising with serious damage to other operators, unable to compete or discouraged from investing.

The technological platforms consolidate their strength in the digital markets, in which they are rooted, by playing an intermediary role and becoming a gateway or gatekeeper between commercial and end users with consequent strengthening of entry barriers.

The American initiative stems from the need to review the antitrust regulations, that are no longer adequate to contain the impact of distorting phenomena on several levels, caused by the expansion of mega technological groups and the tendency to operate in the dual role of owner of the asset. and supplier of products and services.

[20] *Investigation of competition in digital markets. Majority staff report and recommendations.* Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the committee on the judiciary. United States 2020.

Unfair practices and lack of contestability produce inefficiencies, in terms of price, quality and innovation, to the detriment of consumers, who are forced to accept the conditions imposed.

The American Sub-Commission has identified effective remedies that can affect the autonomy of action of the companies concerned, such as structural separation[21], which considers technological platforms as platform utilities, distinct from any participant[22], to prevent conflicts of interest with competitors[23], and the principle of "non-discrimination" or "platform neutrality"[24], according to which platform owners should not be allowed to obtain benefits on their adjacent products.

Since the strongest companies usually implement preferential, discriminatory or self-preferential treatments, altering the genuineness of competition on the net, it is necessary to guarantee, for the same services offered, the same conditions of competition, taking into account not only the price parameter, but also of the criteria for access to goods or services.

Among the proposed solutions, interoperability between platforms and data portability are of particular importance, to eliminate the entry restrictions of competitors and reduce the related costs for consumers[25]. These are two fundamental aspects connected to each other: as the absence of interoperability strengthens the power of dominant operators, compromising the ability of competitors to intervene by offering lower prices or qualitatively better products or services; data portability, on the other hand, allows you to solve the inconvenience of arbitrary use and translation of the same from a dominant platform.

The need to reconcile competition and digital and to find the most appropriate strategies to contain their negative consequences requires Strengthening Antitrust Enforcement.

The fact that the construction of digital monopolies took place precisely in the homeland of antitrust law[26] demonstrates the bankruptcy of the institutions and the inadequacy of the regulatory systems in force.

The Federal Trade Commission, the simultaneous enactment of the Clayton Act and the introduction of specific antitrust agencies have failed to prevent the perpetration of harmful behavior for competition and the concentration of market power in the hands of economically stronger companies. Compounding

---

[21] *Investigation of competition in digital markets* (note 20), 377-379.

[22] E Warren, *Here's How We Can Break up Big Tech Medium* (Mar, 8, 2019), on https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9ae0da324c, [https://perma.unl.edu/H447-G9DJ].

[23] MH Riordan, *Competitive Effects of Vertical Integration'*, in P Buccirossi (ed.), *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press 2008), 145-182; *Global Antitrust Institute, Competition and Consumer Protections in the 21st Century, Vertical Mergers*: Hearing Before the Fed. Trade Comm'n (2018), on *https://gai.gmu.edu/wp-content/uploads/sites/27/2018/09/GAI-Comment-on-Vertical-Mergers.pdf*.

[24] K Caves, H Singer, 'When the Econometrician Shrugged: Identifying and Plugging Gaps in the Consumer Welfare Standard' (2018) 26 Geo. Mason L. Rev., 395; F A Pasquale, 'Internet Nondiscrimination Principles: Commercial Ethics for Carriers and Search Engines' (2008) U. Who. Legal F, 263; F A Pasquale, 'Dominant Search Engines: An Essential Cultural & Political Facility', in B Szoka, A Marcus (eds.), The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet (TechFreedom 2010), 399. In contrast to the application of the principle of non-discrimination to platform owners, see P F Todd, 'Digital Platform and the Leverage Problem' (2019) 98 Neb. L. Rev., 486.

[25] *Investigation of competition in digital markets* (note 20), 383.

[26] The oldest antitrust legislation is the Sherman Act of 1890 which, in Section 1 and 2, sanctions prohibited agreements and monopolization and attempted monopolization.

the reference framework is the wide discretion on the part of the Courts, sometimes more likely to restrict, rather than widen, the meshes of the provisions in force, leaving unpunished conducts likely to fall under the prohibitions.

The Congress report, noting the gaps in the current enforcement system, identifies as a strategy to follow the strengthening of the sanctioning system and the supervisory powers of the Commission, the increase of transparency and public responsibility of the antitrust agencies.

The picture outlined in the investigative work conducted by the US authorities highlights the need to intervene at multiple levels to restore competition in the digital market. It is not enough to review and integrate the reference standards, but also to encourage vigorous supervision and application[27].

The increasingly pervasive and invasive affirmation of the internet in daily and market experience, despite being a predictable phenomenon, as it is intimately connected to the technological revolution underway, has reached an unimaginable extent. The difficulty in finding deterrent tools stems from the now evident defensive architecture that, skilfully, the network operators have managed to implement, masking violations and anti-competitive ambitions.

We are interested in the puppeteer, not the puppet [28]: the drama of our age is not the affirmation of technology, but the logic that inspires it, transforming it into action, that is the capitalism of surveillance [29], that takes hold of human experience as a good from to draw on to obtain data from the behaviors that allow gatekeepers to strategically operate on the markets, ousting the contenders.

Conclusions.

The analysis of the current regulatory landscape regarding digital platforms and unfair commercial practices has highlighted the doubts and criticalities that arise for the jurist in considering the categories and institutions involved.

Artificial intelligence and technological architectures, which it uses, have conditioned every aspect of daily life, making the users of the related services totally dependent and subjugated to the disruptive force of an unprecedented phenomenon.

The stronghold of surveillance capitalism constitutes a new economic order, that exploits human experience, in the form of data, as a raw material for abusive behavior, challenging democracies and breaking their fundamental values.

---

[27] The Antitrust Subcommittee of the American Chamber has developed three lines of intervention (*Restoring competition in the Digital Economy, Strengthening the Antitrust Laws and Antitrust Enforcement*) to restore online competition and distort the system on which digital operators have laid their roots. *Investigation of competition in digital markets* (note 20), 377- 404.

[28] S Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza* (note 1), 24.

[29] S Zuboff, ibid, 18-78. 'Surveillance capitalism' has its origin in the 'discovery of the behavioral surplus', or in the extraction of more data than those useful for increasing the quality of services and in their reinvestment, which makes it possible to predict the future choices of users by transforming search engines into 'an intelligence all-encompassing artificial'.

The dating and inadequate regulatory frameworks and the unpredictability of negative implications for competition, privacy and consumer protection, have facilitated the rise of an instrumentalizing power, that *reduces human experience to observable and measurable behavior, while remaining deliberately indifferent to the meaning of that experience* [30].

The bitter awareness that we are at a point of no return should not discourage the desire for change. The interest in the topics of reflection, shown both by America and by Europe, bodes well for a significant reaction to the domination of Big Tech.

From the analysis of the European provisions the concern emerged to anticipate the protection of the weak parties of contractual relations to the phase preceding the conclusion of the agreements, through the provision of information obligations that can bridge the asymmetry between the parties involved and allow a conscious choice between the offers proposed.

On the American antitrust side, however, the admission of guilt of a system that did not work, made it necessary to rethink the most suitable lines of action to contain the harmful consequences and to remedy them.

The dogma of the invisible hand, which today has reached the stage of automation, takes the form of an established truth that leads to an artificial paradise destined to continually prevail [31].

The logic underlying the sovereignty of digital platforms, dominated by man through technology, although difficult to subvert, must not lead to resignation, but serve as a stimulus and deterrent to react.

If *the challenge of algorithms* has opened the way towards undeniable progress in various sectors of individual and collective life, *it cannot be separated from an anthropocentric governance of innovation to be declined in a personalist and solidarity key*, following the canons traced by the national Constitutions and the Charter of Nice[32].

[30] S Zuboff, ibid, 393.
[31] E Sadin, *Critica della ragione artificiale. Una difesa dell'umanità*, (1st edn, Luiss University Press 2019), 123.
[32] P Stanzione, 'La democrazia alla sfida degli algoritmi', in *La Repubblica*, Domenica, 18 aprile 2021, 30.

Grimaldi P, 'Information asymmetries in banking and financial contracts: possible solutions from legal design ' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

Information asymmetries in banking and financial contracts: possible solutions from legal design

PAOLA GRIMALDI
Research Fellow in Private Law at Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Lawyer
ORCID

Abstract
In banking the strength of the Credit Institution is manifested in relation to the customer, who therefore assumes the role of a weak contractor, deserving of particular protection. Awareness of the characteristics of the products offered by banks, the comparison between the different services offered on the market and the opportunity to make an informed choice are all consequences linked to the information that is made available. Such information is above all unclear, so much so as to make it difficult to effectively evaluate the convenience of the operations and services offered. Specific rules are envisaged that intervene in the various phases in which the bank-customer relationship is divided. But it almost always happens that the documentation prepared by intermediaries is difficult to read and understand due to their technicality or to the use of a language that is not always easily understood. Everything described falls within the general discipline of banking and financial contracts which is today extremely complex, requires a particular study analysis of the various sectors governed by practices and regulatory interventions that are not always clear to customers and which should, instead, be made accessible through new solutions proposed by the world of legal design.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: banking contracts; bank-customer relationship; information asymmetries; responsibility; legal design.

Summary: Introduction. – 1. Banking transparency and information adequacy. – 2. Legal Design to support information tools aimed at guaranteeing banking transparency. – Conclusions.

Introduction.

Banking contracts are evidently characterized by uniformity from an objective and content point of view[1]. Precisely the uniformity of contractual arrangements in the banking sector[2] it is proof of the regulatory power of the company, in fact exercised by banks in the relationship with customers who are unlikely to be given the opportunity to 'negotiate on the content of the clauses' being able at most to make a 'simple choice' of the services offered[3]; in this sense, customers therefore assume the role of contractors deserving of particular protection in the face of the phenomenon of standardized banking contracts, in the event of the presence of clauses considered to be sources of significant imbalance in contractual positions and failure to comply with the rules of transparency[4].

There is a widespread assertion that the rules of transparency are nothing more than an application of the principle of good faith[5]; after all, good faith has always been used, in a perspective of protection of the weak contractor, both to emphasize the duty of the contractor to make the contractual conditions well known, and to affirm the importance of always offering the possibility of an easy control of the contents and also as a source of the duty of the clare loqui[6].

Remaining in the specific context of banking negotiations, the application of the principle of good faith emerges with regard to the protection obligations which, in the wake of the German example on the subject[7], in cases of false information or a tacit information contract'[8] make it possible to identify a contractual basis for the liability of the bank towards the customer and qualified third parties damaged by the lack of information, regardless of the

[1] E Capobianco, 'Profili generali della contrattazione bancaria', in E. Capobianco (ed.), *I contratti bancari* (Utet Giuridica, 2016), 13.
[2] On the unilateral banking contractual arrangement, reference is made, for a general study, also to F Longobucco, 'La regola contrattuale tra testo e controllo', in P. Perlingieri (ed.), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico* (ESI, 2010), 225.
[3] N Irti, 'L'ordine giuridico del mercato' (2003) PeM 97.
[4]For everyone V Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa* (1st edn, Giuffrè 1975)184.
[5] Tra gli altri, A Di Majo, 'La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare' (1993) Banca borsa 294; E Minervini, 'La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)' (1997) Banca borsa 96.
[6] C Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti* (Cedam, 1983) 217.
[7] Reference is made to the identification by the German authors of a *Treupflicht* charged to the credit institution, i.e. an obligation of loyalty and collaboration that allows the bank to be held liable in cases of so-called *Kundigung << zur Unzeit >>* that is the prejudicial withdrawal to the accredited entrepreneur. For a precise reference to German doctrine and jurisprudence on this point, si veda G Portale, 'Tra responsabilità della banca e <<ricommercializzazione>> del diritto commerciale', (1981) Jus, 141.
[8] ibid 144.

specific provision of an information contract or an ancillary service. A dynamic conception of the banking contract therefore follows[9], which necessarily takes into account all the peculiarities of the bargaining, accompanied by the obligations of information and protection in every phase, starting from the one that precedes it to the one that follows its conclusion and which is filled with a series of specific obligations violation of which can only give rise to contractual liability of the bank towards the contracting customer and qualified third parties in relationship with the same[10].

The weak position of the customer is aggravated when his generic qualification as a customer is specified in that of consumer of the banking or financial service to be understood, according to the reference discipline, as "the person who acts for purposes unrelated to the business entrepreneurial or professional activity possibly carried out "; so much so that today we talk about "consumer banking contracts" [11] to apply, in conjunction, both the general banking regulations and the specific one for consumer protection.

In particular, faced with the changes brought about by the regulation of consumer contracts, the need for banks to take into account the quality of the counterparty at the time of conclusion of the contract and, consequently, the need to prepare contractual schemes immediately arose. different depending on whether the customer holds the quality of consumer or not; on this point, ABI has left the individual associates the choice whether to operate with a double contractual form (for the various cases of consumer counterpart or non-consumer counterpart), or with a single standardized form 'to indifferent subject' [12] (which therefore extends to each type of customer the most favorable legislation dictated for contracts with consumers) [13] . This last solution seemed to be the preferable one first of all to avoid the problem of the actual verification of the quality of consumer for the contractor and then for the evident simplification in terms of preliminary work.

Subsequently, however, with the entry into force of the Instructions of the Bank of Italy on the subject of banking and financial transparency, in application of the principles of proportionality and non-discrimination, there was a reversal of the trend in the sense that the obligations of banking institutions in relation to the different characteristics of the services offered to the various recipients, divided into categories.

---

[9] The general regulation on banking contracts is represented by Title VI of the Consolidated Law on Banking rubricated <<*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti coi clienti*>> whose purpose is precisely to ensure the customer clear and comprehensive information on the conditions and characteristics of the transactions and services offered by the bank as well as to improve the efficiency and competitiveness of the financial system, through the comparability of the various offers available on the market. For a detailed analysis on this point, see A Nervi, 'La trasparenza bancaria', in A. Urbani (ed.) *L'attività delle banche* (Cedam, 2010), 34.

[10] For an overview of the various cases in which the protection obligations have been implemented, see *ex plurimis* Cass. 15 aprile 1992, n. 4571 in Giur. it., an. (1994) 1089; Cass. 13 gennaio 1993, 343 su https://www.contenzioso-bancario.it/documento/it/documentazione/stato/cassazione.civile/1993/343/rv48024701;
Cass. January 8 1997, 72 in Mass. Giur. it. (1997); Cass March 30 2005, 6732 (2006) Banca borsa, 699; Cass November 10 2010, 22819 (2010) Rep. Foro it., 498; in all the judgments indicated it was deemed necessary to judge the bank's behavior in a more rigorous and specific way, requiring a high degree of diligence necessary to avoid the occurrence of events harmful to customers.

[11] V Buonocore, 'Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali' (2000) Quad. dir. comm. 115.

[12] G Carriero, 'Trasparenza delle condizioni contrattuali' (2003) Dir banca e mercato fin. 4.

[13] Circolare ABI 23 febbraio 1996, n. 17 che può leggersi in Banca borsa (1996) 585.

1. Banking transparency and information adequacy.

Chapter I of Title VI (Articles 115 and following) of the Consolidated Banking Act is entitled "Transparency of contractual conditions and customer relations"[14].

This discipline is an extremely articulated, fragmented, detailed and constantly evolving regulatory complex.

The matter of banking transparency is made up of the complex of active and passive contractual operations between the intermediary and the customer and should, therefore, always aim for clarity, comprehensibility, correctness and truthfulness of the information, pre and post negotiation, in in order to allow the customer, potential or current, to easily grasp the risk profiles by limiting the error as much as possible and thus allowing him to make the most appropriate choice for his own interests.

Of great importance in this context is Article 116 of the Consolidated Law on Banking. which governs the advertising of banks and financial intermediaries, referring to the entire pre-negotiation, promotion and information phase; also dealing with the form and methods of advertising communication. The advertising discipline, it is well understood, is of fundamental importance because it affects the willful formation of the contractor and, consequently, on the contractual regulation, and therefore an information or advertising defect can generate vices of will[15].

However, the pre-contractual information obligations are distinguished according to whether they are aimed at consumers or professionals, specifying them for each of the two areas.

In general, therefore, banking bargaining, especially when it is aimed at consumers, is governed by a general principle of transparency based on necessary information tools and information mechanisms aimed at ensuring that the customer has effectively understood the content of the rights and duties deriving from it. from the contractual relationship, in view of a free and informed consent[16].

Specifically, it would seem that, in the event that the banking negotiation takes place with consumers, the legislator has provided for a particular protection ratio, wanting that they are put in a position to be fully aware of the contractual conditions and the consequences that derive from them. , and who not only know but above all adequately understand the rights and obligations

---

[14] With reference to contract law, at first the term "transparency" indicated the use by banks, in relations with customers, of clauses containing the reference to banking practices (the so-called uniform banking rules) or even of conditions general contract pursuant to articles 1341 and 1342 of the civil code. Subsequently, a broader notion of "transparency" was established, concerning the problems of the information asymmetry between the professional / dominant party and the consumer / weak party of the relationship, the clarity of the contractual clauses, the inclusion of unfair clauses in contracts of consumers, of the use of potentially unfair terms in the contract, but also of the correctness in the phase of negotiations and the conclusion of the contract that is not already prepared.

[15] D Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, (Esi 1999) 225.

[16] Cass. May 7 1992, 5421: 'The so-called the diligence of the Bonus argentarius qualifies the highest degree of prudence and attention that the professional connotation of the agent requires. It must be applied not only with reference to banking contracts in the strict sense but also to any type of deed or operation put in place, in the exercise of its business, by the bank which must provide any suitable means to avoid the occurrence of events prejudicial in any case foreseeable' in R Caratozzolo, *La responsabilità delle banche per la violazione degli obblighi contrattuali* (Giuffré, 2007), 12.

deriving from the contract[17]; ' another is to make it clear to those who (...) already possess technical skills on the subject (...). Another thing is to make it clear to those without such a wealth of knowledge '[18]. In fact, bank contracts often contain agreements that are not immediately understandable for subjects without legal-economic skills, placing the consumer in a position of psychological subjection and obvious inferiority compared to the professional operators with whom he enters into a relationship, from the point of view of both competences. technique, both of the information that can be acquired, both of the choices, and of the control and contractual power (...)'[19].

In this perspective, the compensatory remedy in the case of the proposal of unintelligible or illegible clauses that do not allow the consumer to adequately know the rights and obligations deriving from the contract is absolutely undisputed; but even excessively detailed information certainly does not constitute a fulfillment of the information obligations; on the contrary, it could be said that indeed they represent a non-fulfillment of the same, leading to confusion the consumer without allowing him to make an informed choice.

Think of the bank loan (mortgage or land) which obviously represents an extremely complex contract. It is made up of clauses, quibbles and terms that are often incomprehensible to those unfamiliar with banking techniques. The same legislator, Italian and European[20], and the competent Credit Authoritie[21]

---

[17] E Brodi, 'Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori' (2011) Banca borsa 246.

[18] P Sirena, D Farace, 'I contratti bancari del consumatore', in E. Capobianco (ed.), *I contratti bancari* (Utet Giuridica, 2016), 288.

[19] G Alpa, P Gaggero, 'Profili generali dei contratti del consumatore per la fruizione di servizi bancari, finanziari, di investimento ed assicurativi', in G. Alpa (ed.), *I contratti del consumatore* (Giuffrè 2014), 827.

[20] The DPR June 27, 1985 n. 350 represents the start of the transformation process of the banking system by implementing the first Community directive on credit in the Italian system: directive 77/80 of 12 December 1977. The novelty of Presidential Decree 350/1985 is given by the right to enter the market banking to any person who has the qualities required by law to be able to carry out credit activities. The transformation process continues with the law of 30 July 1990 n. 218 which sees the transformation of the public bank into a publicly controlled joint stock company, ceasing to be a public economic entity. With the legislative decree 20 November 1990 n. 356, public credit institutions will be allowed to extend their operations to the entire area of medium and long-term credit. Another phase of change is marked by d. lgs. December 14, 1992 n. 481 which gave access to the system, alongside the multifunctional bank the so-called "Universal bank": the distinction between companies and credit institutions is definitively abolished. In the nineties the moment came to implement the second directive 89/646 / EEC and this took place through the Community law 142/1992 which gave the Government two powers: one to transpose the entire second directive into domestic law, the another to reorganize the whole banking discipline in a single text. The new organic body of rules will be able to bring together and coordinate some of the most recent legislative measures such as Legislative Decree 481/1992 on the recognition of the "universal bank", Legislative Decree no. lgs. 356/1990 on banking groups, the rules on the transparency of banking operations pursuant to law 154/1992 and those on consumer credit pursuant to law 142/1992: with d. lgs. 1 September 1993 n. 385, the Consolidated Law on banking and credit is thus issued.

[21]The Consolidated Law on Banking often refers to the regulatory power of the so-called Credit Authorities. Thus we find art. 25 and 26 which refer to the Ministry of Economy and Finance the task of regulating the criteria and requirements of integrity and professionalism of the representatives of banks and financial intermediaries (articles 108 and 109), as well as determining the criteria and limits of the interventions of the Interbank guarantee fund (art. 45 c. 2). There are also numerous delegations to the ICRC and to the Bank of Italy and CONSOB. As for the ICRC regulatory power, of all, the ICRC resolution of 9 February 2000 undoubtedly deserves particular attention, the regulatory power of which finds its regulatory source in art 120 c. 2 of the Consolidated Law on Banking as amended by D.L. 342/1999 art. 25, which granted the ICRC the power to regulate the method of calculating interest on interest; as well as the ICRC resolution of 4 March 2003 on the subject of transparency and discipline of contractual conditions and services and relating to Bank of Italy instructions; and, moreover, the CICR decree of 3 February 2011 on consumer credit which implemented Chapter II of Title VI of the Consolidated Law on Banking.

have spoken several times on the matter. There is a need to ensure the transparency of the conditions applied by the banks because very often the relationship between the credit institution and customers is unbalanced to the detriment of the latter in so-called conditions information asymmetry.

2. Legal Design to support information tools aimed at guaranteeing banking transparency.

As already stated, very often, if not as a rule, banking contracts in general and specifically individual clauses of the same or various information documents, adopted by the sector, are not easily accessible to the end user.

The need therefore emerges to renew the existing methods of drafting contracts in the sector, given that it is necessary to intervene on how these are visually presented to the reader; and the major benefits of this change on the editorial level would mainly concern the weaker parties of the banking contracts, such as customers.

On this point, in fact, some studies have focused precisely on contract visualization[22] as a tool to improve understanding of contracts.

A solution that can reconcile the need for clarity for the customer on the one hand and avoid liability of the banks for inadequate information on the other, could derive from the multidisciplinary tool of Legal design[23] which reduces the complexity of legal communication, making it understandable and immediately useful for the final interlocutor, who does not have to worry about decoding it because the information will be accessible to as many users as possible (even and above all without legal skills), easily usable and susceptible to applications that were originally foreign to it (think digital ones); on the lexical level, in fact, Legal Design requires to go beyond the technical language (and at times also technical) to move towards plain language or even to move towards images or coding; on a structural level, Legal Design is above all a way of structuring information according to a very simple process which consists in removing the complexity of the user's final experience to provide what they really need: the answer to a very specific question; on the formal level, Legal Design is projected to present the legal content in a different form from the one we are normally used to.

The structure and visualization of information should play a key role in supporting understanding of the text[24] also through the adoption of concept maps, videos, icons, texts with images or other visual means.

Therefore, the form of the documents and contracts of the banking sector

---

[22] S Passera, E Haapio, M Curtotti, 'Rendere visibile il significato dei contratti: automatizzare la visualizzazione dei contratti', in E. Schweighofer (ed.), *Trasparenza. Atti del 17° Simposio internazionale di Informatica Giuridica IRIS 2014* (OCG, 2014), 443.

[23] For an overview on the subject cfr L Aulino, 'Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come rimedio ex ante', Dir. Inform. (2020) 303.

[24] As described, also taking into account the theory of cognitive load ("Cognitive Load Theory"), developed in 1991 by the psychologist John Sweller, which was defined as "the load imposed on working memory by the information presented". This theory postulates that learning occurs best when information is presented taking into account human cognitive structures and thus minimizing their working memory load.

should be completely rethought in order to allow the customer to facilitate their understanding and compilation, to easily identify the key points of the contract, to identify entire parts or individual clauses that are not properly adequate in terms of disclosure.

Conclusions.

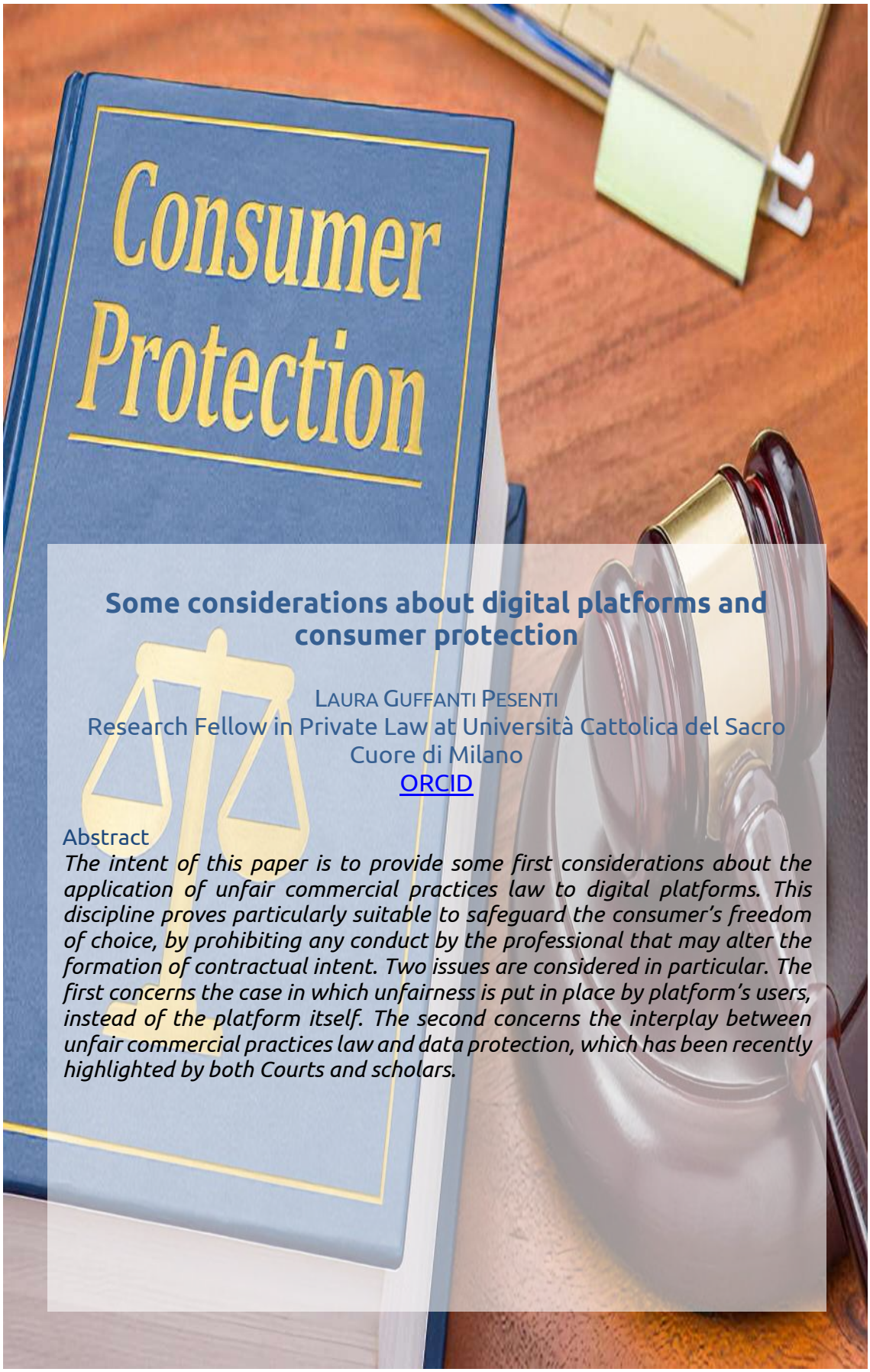
The solution of the *legal design* tool, proposed in this paper, in order to give substance to the evident need to make clear all the documentation of the banking sector to protect the customer in the face of frequent situations of information asymmetry, constitutes full implementation of the examined banking legislation. in terms of transparency and clarity of the contractual texts and certainly represents an effective response to the need to reduce the dispute between users and banking institutions which, in most cases, are to be linked to misunderstandings, incorrect interpretations and above all to the lack of description clear, understandable and accurate in the context of the contract or reference document.

As has already been pointed out above, the adequacy and asymmetry of information in the bank-customer relationship has been discussed for years; but, despite this, no effective solution has been undertaken and / or only tested to date by the credit institutions.

Today we talk about legal design; the tool is clear; for the reasons set out, the solution offered by the same could be effective in solving the now traditional dyscrasia in the system of relations between bank and customer and, in the opinion of the writer if, despite everything, banking and financial intermediation institutions were to continue to pursue, in a conscious, rigid and even a little apathetic way, the path of the information inadequacy of one's information tools, a new legislative provision on the subject would appear appropriate that could further strengthen the compensation remedy to protect the customer who finds himself in situations of risk or in conditions of error that could have been avoided by offering the same a clear and understandable view of the document, perhaps redesigned according to the innovative standards of visual law offered by legal design.

Guffanti Pesenti L, 'Some considerations about digital platforms and consumer protection' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012



Some considerations about digital platforms and consumer protection

LAURA GUFFANTI PESENTI
Research Fellow in Private Law at Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
ORCID

Abstract
The intent of this paper is to provide some first considerations about the application of unfair commercial practices law to digital platforms. This discipline proves particularly suitable to safeguard the consumer's freedom of choice, by prohibiting any conduct by the professional that may alter the formation of contractual intent. Two issues are considered in particular. The first concerns the case in which unfairness is put in place by platform's users, instead of the platform itself. The second concerns the interplay between unfair commercial practices law and data protection, which has been recently highlighted by both Courts and scholars.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola Univrsity Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: Unfair commercial practices; Digital platform; Consumer protection.

Summary: Introduction. - 1. Unfair commercial practices discipline. - 2. Some cases of unfairness put in place by digital platforms (or by its users). - 3. The interplay between unfair commercial practices and data protection. - Conclusion.

Introduction.

The intent of this paper is to provide some considerations about the application of the repressive discipline of unfair commercial practices to digital platforms[2] in order to protect consumers.

Digital platforms represent tools that feature "two different sides"[3].

On the one hand, they facilitate relations between users, offering them a virtual location for the exchange of goods and services and thus increasing the volume of trade[4]. On the other hand, they operate in a field that inevitably makes the relationship between users and the platform asymmetrical.[5] It is no longer that information asymmetry that has historically characterized the relationship between professionals and consumers. But it is a so-called digital asymmetry[6], which sees the platform as a strong subject, and its users (whether professionals or consumers) as weak subjects.

The position of strength that characterizes the platform with respect to its users makes it possible for the platform to behave with misconduct towards them. On the one hand, with respect to consumers, the platform is able to affect their self-determination by altering their choices on the market. On the other hand, with regards to professional users, the platform can adopt opaque criteria for the presentation of offers to the public, for example by privileging some of them over others, through the so-called 'positioning'[7]operations.

The relationships between platforms and commercial users (in turn

---

[1] This paper reproduces, with some additions, the reflections formulated for the Workshop *Legal design for transparency in consumer contracts operating in online and offline environments,* Suor Orsola Benincasa University, Naples, 28 October 2021.

[2] Most recently on this subject A Quarta, G Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali* (Le Monnier 2020); see also A Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali* (Giappichelli 2019); G Resta, 'Digital platforms and the law: contested issue', Medialaws, https://www.medialaws.eu [2018], 232.

[3] Regulation (EU) 2019/1150, recital 1.

[4]S Casabona, 'L'affaire Expedia deciso dalla cassazione francese. Occasione di riflessione su giurisdizione e diritto applicabile nelle controversie con le piattaforme di intermediazione mobiliare', Dir. comm. int. (2021), 665.

[5] N Helberger, O Lynskey, H-W Micklitz, P Rott Marijn Sax, J Strycharz, *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets. A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project,* 2021, ibid., 51 (https://www.beuc.eu/publications/eu-consumer-protection-20-structural-asymmetries-digital-consumer-markets-0).

[6] See N Helberger, O Lynskey, H-W Micklitz, P Rott, M. Sax, J. Strycharz, *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets*, 2021, ibid. 51: «*digital asymmetry* will and may never be reduced to information asymmetry. Digital asymmetry is a structural phenomenon that affects all consumers and that cannot be overcome by providing ever more information. As the consumer is structurally and universally unable to 'understand' the digital architecture, information in whatever form cannot remedy the existing asymmetry».

[7] G Grisi, 'Le magnifiche sorti progressive del turismo 5.0' (2020), Europa dir. priv., 482.

‘professionals’) have been dealt with, also under this last aspect, by the recent Regulation (EU) 1150/2019 which introduced stringent information duties and transparency obligations for platforms, and forms of protection for commercial users based on the principle of effectiveness.

On the contrary, for consumer protection there is no specific discipline, also because there are many profiles of unfairness abstractly attributable to the digital platform and they can vary, according to the different shape of the relationship between the platform itself and consumers.

The digital platform, in fact, can itself be a seller of products and services to the consumer. But the platform can also act only as an intermediary, limiting its service to putting professionals and consumers in contact with each other. Moreover, the relationship can be even more complex: because the platform could carry out intermediation activities, and at the same time offer goods and services to consumers[8].

The above, therefore, are situations in which the relationship between platform and consumer is configured differently: and this diversity is reflected on contractual regulations, or more broadly on the relationship between them, leading the doctrine to investigate its nature and legal protection[9], between general private law and special disciplines.[10]

Even before the contract law and related protections, however, the system seems to face the weakness of the consumer with regards to the platforms through the discipline of unfair commercial practices referred to in Articles. 18 et seq. of the Consumer Code, which seems to have become a sort of stronghold of consumer protection.

The latter (which is applied before and regardless of whether or not a relationship has been established between the platform and the consumer) has had significant application in this area, thanks also to its character of general horizontal discipline, valid for the most diverse areas and the most diverse ways in which platforms can behave with unfairness versus consumers.

1. Unfair commercial practices discipline.

Before focusing on the application of this discipline to digital platforms, it is worth recalling that it originates from Directive 2005/29/EC, which aimed to contribute to the proper functioning of the internal market and at the same time to achieve a high level of consumer protection[11].

Essential elements in a general sense – referred to in Article 20 of the Consumer Code – are professional diligence (the practice must be “contrary to the requirements of professional diligence”) and the ability of the practice to distort the economic behavior of the average consumer, causing the consumer

[8] See MW Monterossi, ‘La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali’ (2021), Contratto e Impresa, 925.
[9] C Camardi, ‘Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista’ (2021), Jus civile.
[10] The distinction is coined by C Castronovo, ‘Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria’ (1981), Jus, 158. [more recently, C Castronovo, ‘*Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema,* in A. Plaia (ed.), *Diritto Civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*’ (Giuffrè 2008), 5.
[11] Cfr. art. 1 dir. 2005/29/EC

to make a commercial decision that would not be make otherwise. In addition to the general case[12] there are two more limited cases, although they are also characterized by a certain generality: misleading commercial practices and aggressive commercial practices, provided for in Articles 21-22 and 24-25 of the Consumer Code, respectively. In the end, the discipline contemplates two blacklists of unfair practices (misleading, art. 23 cod. cons.; aggressive art. 26 cod. cons.), at the occurrence of which, without the need for further verification, the conduct of the professional will be the object of repression.[13]

In brief, the repressive regulation of unfair commercial practices aims to safeguard the consumer's freedom of choice by prohibiting any conduct by the trader that may affect this choice, altering the formation of contractual intent.

This freedom of choice, however, is not protected by Directive 2005/29/EC – as far as individual relations are concerned – through the remedial technique that has characterized the consumer rights in the most significant episodes.[14] The consumer's freedom of choice is instead protected at a general market level, as a fundamental component for the proper functioning of the competition [15] which features the consumer's freedom of choice as a fundamental component.

The sense indicated is supported by the fact that Directive 2005/29/EC (and with it the Consumer Code) does not appear – as many have underlined – as a discipline relative to the *act* but rather to the *activity* of the professional[16]. The field of application of the same is not the contract, but the commercial practice; the criterion on which the misconduct is measured is not the individual consumer[17] but the average consumer [18] (on average informed and reasonably prudent: meaning an abstract model of consumer); the formulation of the case is not in terms of the obligation but in terms of what is prohibited[19]; the commercial practice is unfair not only if it is actually false, but also if it is likely to distort the economic behavior of the average consumer. [20] And again, repression of prohibited conduct is made through 'effective, proportionate and dissuasive' *sanctions*.[21]

The interest pursued through the suppression of unfair commercial practices is, therefore, an interest of general nature and not individual: common to competitor consumers and to the entire market. Coherently, as far as our legal system is concerned, the Italian 'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato' is responsible for the application of this discipline, as it is invested with the power to sanction those whose conduct is considered to be what is

[12] Cfr. art. 18 cod. cons.
[13] Cfr. art. 23 e 26 cod. cons.
[14] These are essentially the well-known figures of the nullity to protect and the right of cancellation.
[15] A. Barba, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali* (Giappichelli 2021), 11.
[16] Among the first to highlight it L Rossi Carleo, 'Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette' (2010), Europa dir. priv., 704.
[17] That acts solely for the satisfaction of personal interests and needs, as noted A Nicolussi, 'I consumatori negli anni Settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica' (2009), Europa dir. priv.
[18] Recital 18 and art. 1 dir. 2005/29/CE; art. 18 cod. cons.
[19] Both the directive and the consumer code, that follows the directive's text, are expressed in the terms that 'unfair commercial practices are prohibited'.
[20] Art. 5 dir. 2005/29/EC; art. 18 code. cons.
[21] Art. 13 dir. 2005/29/EC, transposed into the more extensive art. 27 cod. cons.

prohibited by the directive.[22]

What can be deduced from these brief considerations is that the objective of protection is the consumer's freedom of choice; and also that this objective of protection is considered within the general market dimension and not in the particular terms of the contract.[23]

This at least until the adoption of Directive 2019/2161/EU, which introduced a new Article 11-bis in Directive 2005/29/EC: under this new provision, legal systems have to adopt private remedies for unfair commercial practices.[24] This means going from the original dimension of Directive 2005/29/EC, which focuses solely on the repression of the misconduct of the trader, to a dimension that now focuses on protecting also the individual consumer, who may have been the victim of an unfair commercial practice.

Pursuant to the new Article 11-bis in fact: "1. Consumers harmed by unfair commercial practices, shall have access to proportionate and effective remedies, including compensation for damage suffered by the consumer and, where relevant, a price reduction or the termination of the contract. Member States may determine the conditions for the application and effects of those remedies. Member States may take into account, where appropriate, the gravity and nature of the unfair commercial practice, the damage suffered by the consumer and other relevant circumstances".[25] The directive has not yet been transposed in the Italian legal system. But it is evident that its transposition can have an impact also with regards to the individual defense of the consumer versus unfair commercial practices put in place by a digital platform.

2. Some examples of unfairness put in place by digital platforms (or by its users).

The areas of intersection between this discipline and the phenomenon of digital platforms are now taken into consideration.

What must first be noted in this regard is: on the one hand, the fact that there are numerous forms and ways of unfairness that a digital platform can have towards the consumer; on the other, how the range of formulas that

[22] As independent authorities in general, it is responsible for the protection of widespread interests. On widespread interests, and on the need to protect them, in the first instance, not by jurisdiction, but with an independent administrative subject see G. Berti, 'Interessi senza struttura (i c.d. interessi diffusi)', *Studi in onore di A. Amorth*, I, (Giuffrè 1982), 67.

[23] As proof that these are separate plans, and that the Directive is originally dedicated only to the wider market plan, there's the clarification according to which the rules introduced by the Directive do not affect the application of contract law (see Article 3 of 2005/29/EC).

[24] The desire to overcome this approach is also evident from one of the recitals (No. 13) of the Proposal COM (2018)185 final, although not reproduced in the final version of Directive 2019/2161/EU. It states that 'while that Directive was originally designed mainly to regulate the market conduct of traders based on public enforcement, experience from more than ten years of application demonstrate the shortcomings of the lack of a clear framework setting out rights to individual remedies'.

[25]The desire to overcome this approach is also evident from one of the recitals (No. 13) of the Proposal COM (2018)185 final, although not reproduced in the final version of Directive 2019/2161/EU. It states that 'while Directive 2005/29/EC was originally designed primarily to regulate the market behavior of traders on the basis of enforcement measures at a public level, experience from more than ten years of application highlights the limitations posed by the lack of a clear framework establishing the rights to individual remedies'.

characterize the repressive discipline of unfair commercial practices (first of all, the general clause referred to in art. 20 cod. cons.) has made it possible to easily bring within its scope the most varied types of behavior used by the platforms.

At this point under consideration, therefore, we can witness the tendency to expand the discipline referred to in Articles 18 et seq. of the Consumer Code, thanks to the flexible nature of the rules included in this discipline.

Starting from the most linear assumptions, what first of all is considered as being unfair is the behavior of digital platforms regarding their own intermediation services. This hypothesis easily falls within the scope of Articles 18 et seq. of the Consumer Code.

The platform, in fact, which is a professional subject, could adopt a behavior contrary to professional diligence[26], and likely to distort the economic behavior of the average consumer that it reaches, or to whom it is directed [27].

A recent example, brought to the attention of the Authority of Competition and Market, concerned a well-known digital platform which operates an "online intermediary hosting service", which allows users to "exchange and/or sell and/or buy products, use an integrated payment system, communicate by sending private messages or using the *forum*" (PS12003).

The misconduct, in this case, consisted in the fact that the platform described itself as a free platform for its users, while the intermediation service was free only for sellers, and not for buyers[28].

From this point of view, the message was, therefore, misleading, according to the Authority [29]: because it was capable of "engaging the consumer" who then has to pay commission for purchases on the platform initially proposed as being free. [30]

The platform's responsibility for misleading commercial practices related to its conditions of use (once again in terms of the gratuitousness of the service) was also identified in another recent proceeding (PS11726), relating to a *crowdfunding* platform[31].

The Professional in question was a platform qualified by the Authority as 'one of the world's largest fundraising platforms', and the disputed practice concerned fundraising for hospitals in those areas most affected by the Coronavirus.

In this case too, the platform was charged with the fact that the website

---

[26] In the sense referred to in art. 18, co. 1 lett. h cod. cons.

[27] In the broad sense referred to in art. 18, co. 1, lett. e cod. cons.

[28] See the final act of procedure PS12003: "the legislator has provided that the consumer, according to the paradigm identified in the rules of the Consumer Code aimed at protecting the freedom of choice of the same, must simultaneously have – from the initial contact – all the information useful to make decisions of a commercial nature, in particular where the professional intends to promote a service highlighting the costs of the same and emphasizing the gratuitousness and the absence of commissions. In this regard, any possibility for consumers to find on the trader's website information on how the Platform operates and on the related costs that are then sustained by the buyer is completely irrelevant".

[29]The conduct is qualified as a deceptive commercial practice, for violation of Articles. 20, 21 and 22 cod. cons. The measure is injunction, requiring the suspension of advertising messages misleading consumers in terms of the gratuitousness of the service.

[30]The Authority (with prov. 29788 of 2021) consequently provides that – pursuant to Article 27, paragraph 3, of the Consumer Code and Article 8, paragraph 1, of the Regulation – the Company temporarily suspends all activities aimed at the dissemination of misleading and omissive advertising messages and information relating to the gratuitousness or absence of commissions (or similar expressions) for consumers regarding the purchase and sales transactions carried out on the platform.

[31] See the relevant sanctioning measure, decided at the meeting of 1 December 2020.

indicated no additional costs, while at the time of payment, the consumer was diversely forced to pay an amount to finance the platform itself.

According to the Authority, this constituted a misleading representation of reality, regarding the gratuitousness of the services offered, and an aggressive method that conditions the choice of the amount of commission foreseen for each donation.[32]

In both these cases there seems to be no doubt about the abstract configuration of an unfair commercial practice on the platform. Because these were practices carried out by the platform itself, and capable of distorting consumer behavior.

Different from those mentioned above is the case in which the platform doesn't put in place, directly, any unfair conduct versus the consumer, but instead the responsibility lies with the professionals who use the platform to sell their products to consumers.

Here the problem immediately appears more complex. In fact, it becomes a matter of understanding whether the platform can be said to be responsible for the unfair commercial practice carried out by other subjects operating on it, in a sort of unprecedented vicarious responsibility.

The discipline of unfair commercial practices, indeed, does not seem to be formulated in terms that include this hypothesis. And the system excludes the responsibility of the hosting provider for any irregularities committed by its users,[33] foreseeing, moreover, no obligation on the hosting provider's part to monitor the contents it 'hosts'.[34]

Nevertheless, in some recent cases, proceedings have begun to assert the responsibility of digital platforms for unfair commercial practices, even when these practices concerned conduct carried out by subjects operating on the platform.

An example is represented by the PS11734 case. In this case the platform was charged with deceptive commercial practices relating to coronavirus protective medical devices. The deceptiveness of the practice concerned both the prospection of untruthful characteristics of the products sold on the platform, and the excessively high prices compared to those applied in the period before the pandemic[35].

However, in this case it wasn't the platform that behaved in the deceptive

---

[32]We read in the provision (nr. 77) that in the present case is missing clarity of information from initial contact with the consumer. This induces the Authority to recognize the presence of misleading information (related to the *claims* on gratuitousness, absence of costs and optional commissions in favor of the platform itself).

[33] See art. 16 d.lgs. 70/2003.

[34] See art. 17 d.lgs. 70/2003.

[35]The Authority notes (prov. 28445 of 2020) that commercial communications aimed at promoting the sale of the products subject to the procedure – in particular filtering masks and *test kits* for self-diagnosis – appeared suitable to generate in the consumer the erroneous belief that it was possible to avoid contracting Covid-19 by using masks and / or self-diagnose the presence of the *virus* through *test-kits* at home (not authorized). Such conduct was therefore considered contrary to professional diligence and capable of distorting the economic behavior of the average consumer, in relation to the product, leading them to make decisions of a commercial nature that would not have been made otherwise, on the basis of a misleading and ambiguous representation of reality, which – moreover – exploited the existing health emergency situation and was likely to endanger the health and safety of the consumers. In addition, the conduct consisting in the application of significant price increases during the pandemic crisis for some products that are difficult to find due to the rapid spread of the *virus,* seemed to unduly exploit the situation of serious epidemic crisis and the consequent vulnerability of consumers.

manner, but rather the operators using it. And, therefore, these charges of unfair practice could have been made to them[36].

However, the decision released by the Authority states, the responsibility of (the platform) "as owner of the marketplace platform and responsible for the sales made on the platform"; the platform "is ... required, also in accordance with the standard of professional diligence referred to in Article 20 of the Consumer Code, to adopt measures to avoid speculation phenomena such as those detected, or to prevent the use of claims and statements aimed at misleading consumers, as to the purchase of products presented or commonly indicated as useful for limiting the circulation of the coronavirus".

With regards to these statements, one may wonder whether this type of application goes beyond what is permitted by the discipline of unfair commercial practices [see Article 18.b and (d)]. And even more so, if it does not contradict the regime of irresponsibility contained in the discipline of electronic commerce, in particular Arts. 16 and 17 d.lgs. 70/2003. Pursuant to art. 16, as it is well known, 'where an information society service is provided, that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, the service provider is not liable for the information stored at the request of the recipient of the service'; and under Article 17, as is well known, 'in providing the services referred to in Articles 14, 15 and 16, the provider shall not be subject to a general obligation of monitoring the information they transmit or store, nor to a general obligation of actively searching for or circumstances indicating the presence of unlawful activities'.

Precisely in this regard, in a recent judgment before the Council of State (C.d.S. 18 May 2021, n. 3851), it was noted that the two disciplines must be coordinated, "in the sense that it is possible to sanction [as unfair commercial practices] behavior that violates the rules of professional correctness, but it is not allowed that through enforcing the discipline on unfair practices, the hosting provider services is forced to provide services not provided for by the regulations on electronic commerce and by the specific contract".[37]

These events lead us to reflect and question the adequacy of the discipline currently in force. Both in terms of the repression of unfair commercial practices, with regards to which it would be necessary to establish with certainty whether they also occur in terms of a vicarious responsibility of the platform for its operators; but also – on a broader level – with regards to the discipline of digital platform liability, in view of the increasing strength these platforms have had in recent times.[38] In this last regard, if the regime of

[36] The procedure, as stated in the prov. 28445 of 2020, concerns certain conduct carried out by the companies as part of the sale of products related to the propagation of the SARS-CoV-2 Virus *(Coronavirus,* Covid-19), carried out *by third-party sellers on the Companies' platform* (emphasis added).

[37] C.d.S. 18 May 2021, n. 3851 (3.6). This does not imply, however, according to the Council of State, the immunity of the platform. What should be verified on a case-by-case basis is whether there is any involvement of the same in commercial practice: since, in the event that the latter exists, the responsibility of the platform for the misconduct can also be asserted, even if this misconduct is carried out by another subject operating on it. On the liability of the *hosting provider* in the most recent jurisprudence of the Supreme Court see R Bocchini, 'The multi-subjective civil liability, subsequent and possible of the ISP' (2019), Giur. it.

[38] On this topic see the extensive study *Liability of online platforms* written by A Bertolini, F Episcopo, N-A Cherciu (https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf) that has the following objectives "(i) provides a classification of existing platforms; (ii) identifies and assesses

exclusion of liability referred to in Legislative Decree 70/2003 proposed the objective of promoting online commerce, today the priority seems to be the protection of the subjects who use the platforms, due to their irreparable weakness towards the platform itself.[39]

3. The interplay between unfair commercial practices and data protection.

But the repressive discipline of unfair commercial practices has been applied to digital platforms also with reference to another area, different from those previously mentioned, and with respect to which discussion took place as to whether the discipline referred to in Articles 18 et seq. of the Consumer Code was the most appropriate for the protection of the weak subject against the platform.

This is the case decided by the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato with provision PS11112, with which a well-known social network platform was sanctioned, once again for misleading commercial practices. The measure was ultimately confirmed by the Council of State decision nr. 2631 of 29 March 2021.

The case is well known[40]. The conduct contested to the platform by the Authority lies in having collected and used users' data for commercial purposes without immediacy, clarity and completeness"; moreover, the platform has been accused of having forced customers "to allow ... the collection and use, for commercial purposes, of data concerning them ... in an unknowing and automatic way".

And that's not all. The deceptiveness of the practice also lies in the fact that the creation of an account on the platform was presented to the user as free [41] "so as to induce the user to make a decision of commercial nature that the user would not have made otherwise".[42]

The issues faced lead us straight to that progressive extension – which has already been partly noted – of the scope of the discipline of unfair commercial practices, even beyond its original limits.

The central theme in the case, in fact, recalls data protection and privacy, rather than the protection of the consumer's economic choice. And in fact, before the administrative court, it was objected the "non-commerciality of personal data and therefore the non-imputability of their processing ... to consumer law", and also that "... the non-patrimoniality of the personal data

---

the relevant legal framework at the European level, discussing the policy issues that deserve consideration; and (iii) provides a set of policy options, addressing such concerns and discussing the available alternative approaches to tackle them".

[39] For some consideration in Digital Services Act, Proposal for Regulation COM (2020)825, 15 December 2020.

[40] The issue is further analyzed by C. Irti, *Consent "negotiated" and circulation of personal data* (Giappichelli 2021), 173, 177.

[41] The authority states that the group's business model is based precisely on the collection and exploitation of user data for remunerative purposes, thus configuring such data as a counter-provision of the service offered by the social network, as they have commercial value. In particular, the revenues from online advertising, based on the profiling of users starting from their data, constitute the entire turnover of ... and 98% of the turnover of ... " (prov. n. 27432, n. 18).

[42] Thus the final measure of the procedure PS11112 (nr. 7), referred to in the text.

makes it impossible to apply consumeristic … discipline".

However, the aforementioned decision rejected this exception, confirming the correctness of the Authority's work, and in particular stating that in the present case what is relevant is "the exploitation of personal data made available by the interested party in favor of a third party who will use it for commercial purpose" (C.d.S. 2631/2021, No. 9).

It follows that personal data is given such economic value [43], that the consumer's decision with regards to his data becomes a commercial decision. It further follows that the exchange between an intermediation service, and the consent given for data processing, results in a relationship for consideration and not free of charge. In fact, it attributes a resource to the platform from which it can profit, for example using techniques aimed at profiling users for commercial purposes.

User profiling is governed by articles 21, 22[44], 23 of EU Regulation 679/2016 and consists of (art. 4) "any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyze or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behavior, location or movements".

Through profiling it is therefore possible to customize the offers addressed to the users of the platforms. But this does not actually mean greater attention given to the person, as the term might suggest. This was highlighted by a recent study [45] that focused on this phenomenon just mentioned, affirming the relevance and usefulness of the discipline of unfair practices in this specific area[46], especially thanks to the general clause included in art. 5 Dir. 2005/29/EC

---

[43]See S Tommasi, *The 'New deal' for Consumers. Towards More Effective Protection?* (2020) ERPL, 328. The author brings back the expression according to which "personal data constitute the new currency in the network (A Palmieri - R Pardolesi, *Clausole "unfair" e abuso da sfruttamento*, Mercato Concorrenza Regole, 2018, 14). Camardi, Contratti digitali, 886, also dwells on the phenomenon of exchange between goods (and services) and personal data.

[44] On which see the considerations of N. Helberger, O Lynskey, H-W Micklitz, P Rott, M Sax, J Strycharz, *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets. A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project,* 2021, part. II, 136 s.

[45] See N Helberger, O Lynskey, H-W Micklitz, P Rott, M Sax, J Strycharz, *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets. A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project,* 2021, part. II, 103: "the individual is replaced by their digitalized alter ego, which is a commodified digitalised person. Personalisation through AI would then abolish individualisation rather than realizing individualisation. Thus, personalisation is a misnomer: it insinuates the idea that personalisation may lead to individualisation, whereas it puts an end to individualisation and substitutes the individual through their alter ego. That is why the alter ego breaks down the distinction between individualisation and standardization".

[46] Again N Helberger, O Lynskey, H-W Micklitz, P Rott, Marijn Sax, J Strycharz, *EU Consumer Protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets. A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project,* 2021, part. II, 95 states that "The relevant legal rules deal neither with personalisation nor with digital vulnerability. Digital vulnerability and personalisation have to be squeezed into data protection (GDPR), unfair commercial practices (UCPD), and unfair contract terms (UCTD) legislation». In the study (part II) an interesting analysis is carried out on the type of unfair practice to which personalisation could give rise, between aggressive practices and deceptive omissions, and also focuses on the relevance of the general clause of opposition to professional diligence as a rule of closure of the entire subject. Among the concluding observations of the analysis relating to personalization there is the one for which, in addition to the privacy protection discipline offered by the GDPR «the only further tools to exercise at least some sort of control over personalised commercial practices are to be found in Directive 2005/29/EC on commercial practices".

(transposed in Art. 20 Cod. cons.).

Conclusions.

In conclusion, the reason for the expansive tendency that has come to light in these pages, lies in the fact that, on the one hand, the discipline of unfair commercial practices is based on a rule of general application, and as such, is capable of expanding to include new examples of unfairness; on the other hand, the regulation of unfair commercial practices allows a broader protection of the consumer class: because it is aimed at affecting the professional's *activity* and not the single *act* (or single relationship); and because it is entrusted to an administrative authority that operates regardless of the apathy typical of the weakest subjects on the market.[47]

In the case of data, however, the problem seems more difficult to solve when the issue goes from general market protection to individual protection. In this area, the remedies recently put in place by the Union (dir. 2019/2161/UE may not be equally effective.

The termination of the contract, for example, is a result that the consumer will hardly hope for, in particular when it comes to services aimed at socialization (the so-called social networks). It is easy to guess, in fact, that the consumer has been able to keep active the network of relations established thanks to the platform, something that would have not been possible if the consumer opted for the termination of the contract.

Moreover, even if the consumer decides to terminate the contract with the platform, reimbursement could prove to be a problem. Think, for example of the case in which consideration is represented by the transferring of consumer's personal data to the platform, with good chances that the same data has already been transferred to third parties and used for profiling purposes.

[47] For this reason C Granelli, Unfair commercial practices: the protections, *Il Contratto*, *Enc. dir*. (2021), 838 hopes that "the legislator will take the opportunity of transposition ... to outline a composite *set* of *simple, rapid, effective, inexpensive and low-risk* remedies for the consumer in order to protect the consumer who has fallen victim to unfair commercial practice".

Aulino L, Errichiello E, Strazzullo M, 'Il legal design applicato alla procura alle liti. Rapporto di fiducia e garanzia del diritto di difesa' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

Il *legal design* applicato alla procura alle liti. Rapporto di fiducia e garanzia del diritto di difesa

Legal design applied to the power of attorney. Relationship of trust and guarantee of the right of defence

LIVIA AULINO, Ph.D. in Humanities and Technologies: an integrated research path at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Lawyer
ORCID
ELIO ERRICHIELLO, Lawyer
ORCID
MARTA STRAZZULLO, Trainee Lawyer
ORCID

Abstract

La procura alle liti è l'atto con cui la parte concede all'avvocato il potere di rappresentarla in giudizio. Per tale motivo la procura deve contenere una serie di informazioni che la rendono articolata e non comprensibile a coloro che non hanno familiarità con il linguaggio giuridico. Il presente lavoro ha l'obiettivo di superare il problema esposto attraverso l'applicazione del legal design e, pertanto, attuando una formulazione chiara e visiva che possa permettere anche a chi non è tecnicamente competente di poter comprendere tutte le informazioni contenute nell'atto che è chiamato a sottoscrivere.

The power of attorney is the act whereby the party grants the lawyer the power to represent it in court. For this reason the power of attorney must contain a series of information that make it articulate and not understandable to those who do not know the legal terms. This work aims to overcome this problem through the application of legal design, so that even those who do not have legal skills can easily understand the content of the power of attorney that they must sign.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: lawyer; legal power of attorney; legal design.

Summary: Introduzione. – 1. La procura alle liti. – 2. Il *legal design* applicato alla procura alle liti. – Conclusioni.

Introduzione.

Il diritto alla difesa è un diritto inviolabile ed universale, cardine di ogni ordinamento che possa definirsi democratico. È l'art. 24 della Costituzione che tutela detto diritto ed individua i principi basilari della tutela giurisdizionale, prevedendo che *«tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»*.

Affinché detto articolo sia anche effettiva espressione del principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 della Costituzione[1], è necessario che il diritto di difesa sia in concreto riconosciuto a ciascun cittadino.

Per tale ragione, non sempre è possibile stare in giudizio personalmente, e così interloquire con il giudice e l'altra parte, invero affinché possa essere garantito il pieno esercizio del diritto di difesa è necessario che siano investiti di tale compito soggetti che abbiano le competenze tecniche necessarie per svolgerlo nel migliore dei modi.

Ne deriva che la norma citata è da leggersi in combinato con l'art. 82 c.p.c. che individua espressamente le ipotesi in cui le parti possono stare in giudizio personalmente distinguendole da quelle in cui è necessario che queste si facciano assistere da un difensore che abbia le competenze necessarie per poter garantire la migliore difesa degli interessi e dei diritti della parte[2].

In particolare, è possibile stare personalmente in giudizio per le cause dinanzi al Giudice di Pace che abbiano un valore non superiore ai 1.100 euro, o ancora per cause di valore non superiore a euro 129,11 in materia di lavoro[3], di

---

[1] Art. 3 Cost.: *«Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».*

[2] Sul punto, si rimanda all'art. 26 del Codice Deontologico Forense, rubricato *«Adempimento del mandato»*. Invero, la norma citata al secondo comma prevede che *«l'avvocato, in caso di incarichi che comportino anche competenze diverse dalle proprie, deve prospettare al cliente e alla parte assistita la necessità di integrare l'assistenza con altro collega in possesso di dette competenze»*. Si aggiunga una più variegata giurisprudenza sul tema, invero la Corte dei Conti ha ritenuto che *«è affetto da colpa grave per macroscopica leggerezza il comportamento dei vertici gestionali di un ente che conferiscano un incarico di consulenza legale ad un avvocato privo di specifica competenza nel peculiare e settoriale tema, il quale, per rendere il parere, si sia a sua volta rivolto ad altri colleghi esperti nella materia»* (Corte Conti, Lazio sez. reg. giurisd., 26 gennaio 2006, n. 273); o ancora, il TAR Cagliari, in tema di gratuito patrocinio, ha disposto che *«è illegittimo il provvedimento con il quale la Commissione di gratuito patrocinio, incaricata della nomina di un legale per la difesa di un soggetto ammesso al gratuito patrocinio, respinga la specifica e documentata richiesta dall'avvocato designato di essere ricusato perché inidoneo a trattare una materia completamente estranea alle sue competenze professionali, anche tenuto conto del disposto di cui all'art. 12 del codice deontologico forense, in base al quale l'avvocato non deve accettare incarichi che sappia di non poter svolgere con adeguata competenza»* (T.A.R. Cagliari, (Sardegna) sez. I, 03 giugno 2005, n. 130).

[3] Cfr. art. 417, co. 1, c.p.c. secondo cui la norma se da un lato consente alle parti di stare in giudizio senza la necessaria assistenza di un difensore nelle cause di valore non superiore a euro 129,11, dall'altro lato non esonera le stesse dal rispetto delle prescrizioni contenute agli artt. 414 e 416 c.p.c.. Ne deriva che la parte laddove sia ricorrente dovrà presentare la propria domanda con ricorso che deve contenere tutti gli

previdenza e assistenza obbligatoria ed in materia di locazione[4].

Nei casi non rientranti tra quelli citati, le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore, che deve essere necessariamente iscritto nei confacenti albi, la cui tenuta è demandata al Consiglio dell'ordine degli avvocati presso ogni Tribunale, e che sono aperti a tutti coloro che siano in possesso dei requisiti previsti dalla legge professionale.

Orbene, si parla di *"onere di patrocinio"* laddove il soggetto, non potendo stare personalmente in giudizio, necessita dell'assistenza di un professionista forense che si occupi di tutti gli adempimenti necessari previsti dalla legge processuale.

Più segnatamente, la difesa tecnica è fondamentale in ragione del tecnicismo proprio del processo e della sua complessa articolazione che lo rende non gestibile da coloro che non abbiano tali competenze giuridiche da poterne comprendere ogni snodo[5].

Anche per tale ragione, nonché al fine di tutelare tutti coloro che non hanno le risorse economiche per poter nominare un avvocato, è previsto l'istituto del gratuito patrocinio. Attraverso tale strumento le spese legali saranno a carico dello Stato, al fine di garantire il rispetto del secondo comma dell'art. 24 della Costituzione, secondo cui *«sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione»*[6].

Tanto premesso, la nomina di un difensore è chiaramente elemento essenziale tant'è che l'art. 125 c.p.c. prevede espressamente che la citazione, il ricorso, la comparsa, il controricorso, il precetto devono essere sottoscritti dalla parte, se essa sta in giudizio personalmente, oppure dal difensore.

Invero, la mancanza di sottoscrizione rende l'atto inesistente e pertanto non idoneo ad istaurare un valido rapporto processuale. Ne deriva che la nomina del difensore è un elemento essenziale al fine di garantire la regolarità del processo.

In tale ottica diviene ancor più fondamentale, poiché imprescindibile, il rapporto tra legale e cliente. Detto rapporto si caratterizza per una duplicità ovvero per la sussistenza sia di un contratto di patrocinio sia della procura alle liti.

---

elementi tassativamente prescritti dal Codice di Procedura Civile, mentre nel caso in cui rivesta il ruolo di resistente dovrà costituirsi mediante il deposito di una memoria in cancelleria almeno dieci giorni prima della data dell'udienza.

[4] Si richiama l'art. 442 c.p.c. che pone in tale materia un rinvio agli articoli da 409 a 441 c.p.c.; nonché l'art. 447 *bis* c.p.c. che richiama alcune delle norme citate tra cui l'art. 417 c.p.c.

[5] Sul punto si veda: G. Verde, *Diritto processuale civile, parte generale,* Zanichelli editore, Bologna, 2015, pp. 173-174. L'Autore sottolinea che *"la funzione di rappresentanza di cui discorriamo è di carattere tecnico e si collega alla necessità o all'opportunità che la parte abbia nel processo una specie di intermediario, il quale parli, per così dire, lo stesso linguaggio del giudice. Essa, dunque, nulla ha a che vedere con la rappresentanza c.d. volontaria, che non esclude e risolve il problema della rappresentanza tecnica. Infatti, se un soggetto conferisce la procura ad un altro soggetto, quest'ultimo avrà- al pari del rappresentato- il problema di farsi rappresentare da un avvocato, salvo che avvia la possibilità di esercitare l'ufficio del difensore, che potrà cumulare con quello di rappresentante*".

[6] Sul punto è necessario porre una netta distinzione tra difesa d'ufficio e gratuito patrocinio. Invero, la prima si riferisce ai processi penali o dinanzi al Tribunale per i minorenni ed è volta a garantire che ciascun soggetto abbia un difensore, mentre il secondo istituto si riferisce alla possibilità di avere un difensore che verrà remunerato dallo Stato. Ne deriva che, laddove un soggetto sia coinvolto in un procedimento penale e non abbia un avvocato, sarà il Giudice o il Pubblico Ministero, attingendo a specifici elenchi, a nominarne uno. In tal caso, le spese della difesa saranno a carico della parte, salvo che sussistano i requisiti per l'ammissione all'istituto del gratuito patrocinio.

Per quanto attiene al primo si tratta di un contratto rientrante tra quelli d'opera intellettuale, di cui agli articoli 2222 e seguenti del codice civile.

In virtù di tale contratto, il difensore si impegna ad attuare la prestazione d'opera. Invero, è necessario sottolineare che l'obbligazione dell'avvocato è un'obbligazione di mezzi e non di risultato, poiché il professionista si impegna a realizzare tutte le condizioni necessarie per consentire al proprio assistito la realizzazione dello scopo perseguito, ma non a conseguire il risultato atteso[7].

Il contratto di patrocinio differisce dalla procura, ovvero quell'atto unilaterale mediante il quale viene affidato al difensore lo *ius postulandi*. Può dirsi che la procura prescinde dal rapporto di patrocinio e investe il procuratore del potere di rappresentare la parte in giudizio. In tal caso, ci si trova dinanzi ad un rapporto endoprocessuale[8].

In altri termini, *«mentre la procura ad litem è un negozio unilaterale con il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, il mandato sostanziale costituisce un negozio bilaterale (cd. contratto di patrocinio) con il quale il legale viene incaricato, secondo lo schema negoziale che è proprio del mandato, di svolgere la sua opera professionale in favore della parte; conseguentemente, ai fini della conclusione del contratto di patrocinio, non è indispensabile il rilascio di una procura «ad litem», essendo questa richiesta solo per lo svolgimento dell'attività processuale»*[9].

Ne deriva che la procura alle liti è elemento indispensabile affinché il legale possa in concreto compiere gli atti processuali in luogo del proprio assistito. Alla base di detto rapporto acquisisce una notevole rilevanza la *"fiducia"* che il cliente ripone nel proprio difensore: l'articolo 11 del Codice deontologico Forense prevede, infatti, che *«il rapporto con la parte assistita è fondato sulla fiducia».*

Non sempre, però, è particolarmente agevole costruire detto rapporto di fiducia, sicché spesso al momento del conferimento dell'incarico, non avendo ancora acquisito la piena stima nei confronti del proprio legale, i clienti guardano con sospetto gli atti che sono chiamati a sottoscrivere, ed in particolare la procura, poiché contenendo essa una gran mole di elementi, genera sempre una condizione di timore ed incertezza in chi non ha padronanza dei termini giuridici e dell'attività processuale.

Per tale ragione con il presente elaborato, dopo aver fornito un breve *excursus* sulla procura e i suoi elementi costitutivi, essendo questa il documento la cui sottoscrizione è necessaria per il conferimento dello *ius postulandi*, ci si pone l'obiettivo di superare le problematiche individuate attraverso l'applicazione del *legal design* e, pertanto, attuando una formulazione chiara e visiva che possa permettere anche a chi non è tecnicamente competente di

---

[7] Si rimanda sul punto alla lettura delle seguenti pronunce della Corte di Cassazione: Cass. civ. 26 febbraio 2002, n. 2836; Cass. civ.,10 settembre 1999, n. 9617.

[8] Sul punto, si rimanda alla pronuncia della Cass. civ., n. 26060 del 2013 che specifica che va fatta distinzione tra rapporto endoprocessuale nascente dalla procura *ad litem* e rapporto di patrocinio. In particolare, la Corte ha affermato il principio secondo il quale *«la distinzione tra rapporto endoprocessuale nascente dalla procura ad litem e rapporto di patrocinio (in virtù del quale si è ritenuto possibile nella giurisprudenza di questa Corte individuare come cliente, e cioè obbligato al pagamento del compenso nei confronti dell'avvocato, un soggetto diverso da colui che ha rilasciato la procura) non esclude la necessità di provare il conferimento dell'incarico da parte del terzo, dovendosi, in difetto, presumere che il cliente è colui che ha rilasciato la procura (cfr. da ultimo Cass. 4959/2012)».*

[9] Cfr. Cass. civ. sez. II, 02 agosto 2019, n. 20865.

poter comprendere tutte le informazioni contenute nell'atto.

1. La procura alle liti.

Come fin qui esposto, la procura *ad litem*, integrando una manifestazione di volontà, è l'atto con cui il cliente conferisce al professionista forense lo *ius postulandi*, ovvero il compito di rappresentarlo quale parte nel processo.

La procura alle liti, di cui all'art. 83 c.p.c.[10], è un negozio unilaterale, formale ed autonomo, che investe della rappresentanza in giudizio l'avvocato e che differisce dal presupposto contratto d'opera stipulato tra difensore e cliente[11].

Il contenuto della procura non è espressamente previsto dalla legge, invero l'art. 83 c.p.c., comma 2, si limita ad indicare la differenza tra procura generale e procura speciale, mentre l'art. 84 c.p.c.[12] prevede che il professionista può compiere e ricevere, nell'interesse del proprio cliente, ogni atto processuale che non è espressamente riservato alla parte, mentre non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere.

È necessario, in via preliminare, comprendere la differenza tra procura generale e procura speciale: con la prima, la parte conferisce al difensore il potere di difesa in tutti i processi che lo riguarderanno; mentre con la seconda il cliente attribuisce all'avvocato il solo potere di difesa in uno specifico giudizio.

La procura generale deve essere conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, mentre la procura speciale può essere a margine o in calce all'atto processuale e sarà il difensore a certificarne l'autografia.

Tanto premesso, la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto che, con il conferimento dello *ius postulandi*, spetti al professionista forense, in quanto dotato di una sufficiente discrezionalità tecnica, il compito di:

1. *«impostare la lite e scegliere la condotta processuale più rispondente agli interessi del proprio rappresentato»*;

---

[10] Cfr. art. 83 c.p.c.: *«quando la parte sta in giudizio col ministero di un difensore, questi deve essere munito di procura.*
La procura alle liti può essere generale o speciale, e deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata. La procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta o d'intervento, del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione, ovvero della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore. La procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce o su documento informatico separato sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si riferisce mediante strumenti informatici, individuati con apposito decreto del Ministero della giustizia. Se la procura alle liti è stata conferita su supporto cartaceo, il difensore che si costituisce attraverso strumenti telematici ne trasmette la copia informatica autenticata con firma digitale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e trasmessi in via telematica.
La procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo, quando nell'atto non è espressa volontà diversa».

[11] Cfr. Cass. civ., 23 novembre 1979, n. 6113.

[12] Si veda l'art. 84 c.p.c.: *«Quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati.*
In ogni caso non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere».

2. *"proporre tutte le domande comunque ricollegabili all'oggetto originario"*;

3. *«fissare con le conclusioni definitive il thema decidendum, salve le espresse limitazioni del mandato* […]»;

4. *«modificare la condotta processuale in relazione agli sviluppi e agli orientamenti della causa nel senso ritenuto più rispondente agli interessi del proprio cliente»*;

5. *«nonché di compiere, con effetto vincolante per la parte, tutti gli atti processuali non riservati espressamente alla stessa, come ad esempio consentire od opporsi alle prove avversarie e di rilevarne l'inutilità, rinunziare a singole eccezioni o conclusioni, ridurre la domanda originaria e rinunziare a singoli capi della domanda, senza l'osservanza di forme rigorose»*[13].

Dunque, attraverso la procura alle liti vengono conferiti al difensore ampi poteri. È necessario, però, definire cosa in concreto l'atto debba contenere affinché possa realizzarsi l'attribuzione degli stessi.

Dal punto di vista contenutistico, la procura dovrà contenere: l'indicazione del soggetto che conferisce al difensore il ministero di rappresentarlo in giudizio (ovvero la parte processuale); l'indicazione dell'avvocato o degli avvocati a cui la parte attribuisce lo *ius postulandi*; l'indicazione dei poteri effettivi conferiti al difensore; l'elezione del domicilio; l'informativa *privacy*; l'avvertimento alla parte dell'obbligo o della possibilità di ricorrere alla mediazione; la sottoscrizione della parte; l'autentica della sottoscrizione da parte del legale; l'indicazione della data e luogo di conferimento della procura.

Con una recente sentenza, la Corte di Cassazione[14] si è pronunciata sui vizi della procura e sulla rispettiva sanabilità degli stessi. In particolare, la Corte ha sancito che la procura alle liti è sempre sanabile, anche laddove sia assente.

Detto importante principio trova le sue radici nella nuova formulazione dell'art. 182 c.p.c., così come modificato dalla legge n. 69/2009, che dispone che *«1. Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi. 2. Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza, o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione».*

Dalla disposizione normativa deriva che i vizi della procura alle liti possono essere sempre sanati in un termine perentorio che deve essere assegnato dal Giudice a tal fine. Detta sanatoria opera sia nel caso in cui la procura sia inesistente, sia nell'ipotesi in cui si deve procedere alla rinnovazione della stessa[15].

Invero, successivamente alla modifica intervenuta con la L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 46, comma 2, quella che precedentemente era un *"facoltà"* per il

[13] Cass, S.U., 14 marzo 2016, n. 4909.
[14] Cass. civ, 29 luglio 2020, n. 16252.
[15] Sul punto si veda: G. VERDE, *Diritto processuale civile, parte generale,* Bologna, 2015, pp. 169-170.

Giudice, che poteva concedere discrezionalmente alle parti il termine per sanare il vizio, è divenuto un obbligo volto a far salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda.

La novella normativa, infatti, ha determinato il superamento del precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui non era censurabile in sede di legittimità la mancata concessione del termine in discorso, essendo lo stesso considerato non come obbligatorio ma come potere discrezionale del Giudice.

Il principio trova, infine, fondamento nella giurisprudenza consolidata della Corte stessa che è unanime nell'affermare che *«in tutti i casi in cui vi sia un vizio, della procura, e, persino in casi di omesso deposito della procura speciale alle liti, che sia stata semplicemente enunciata o richiamata negli atti della parte, il giudice è tenuto ad invitare la parte a produrre l'atto mancante, e tale invito può e deve essere fatto, in qualsiasi momento, anche dal giudice dell'appello; conseguentemente, solo in esito ad esso il giudice deve adottare le conseguenti determinazioni circa la costituzione della parte in giudizio, reputandola invalida soltanto nel caso in cui l'invito sia rimasto infruttuoso (Cass. Sez. Un. n. 28337 del 22/12/2011, Cass. n. 11359 del 22/05/2014 e n. 19169/2014.; Cass. Sez. III, n. 3181 del 18/02/2016)*[16]*».*

2. Il *legal design* applicato alla procura alle liti.

Da quanto fin qui esposto emerge che la procura *ad litem*, essendo redatta con un linguaggio altamente tecnico e spesso scritta in un'unica pagina, quando viene sottoposta al cliente non permette allo stesso di sviluppare fiducia nei confronti del documento che è chiamato a sottoscrivere.

Il modo più efficace per garantire una migliore consapevolezza al consumatore /cliente è creare il documento legale ponendo al centro della progettazione l'interesse dell'utente stesso.

In questo contesto potrebbe intervenire la metodologia del *legal design*, quale soluzione alla scarsa comprensione dell'atto in discorso.

Il *legal design* è un nuovo approccio redazionale che consente a coloro che non possiedono conoscenze giuridiche di fruire e comprendere i contenuti di testi giuridicamente rilevanti. Al tempo stesso permette di diminuire il carico di lavoro richiesto agli operatori del settore (avvocati, notai, magistrati) chiamati a risolvere le problematiche loro poste.

Pertanto, il *legal design* mira a modificare e ripensare la struttura, sia grafica che linguistica, dei testi giuridici.

Tale approccio è applicabile tanto alla contrattualistica classica quanto agli atti giudiziali e di mediazione, svolgendo anche una inestimabile funzione di deflazione del contenzioso, potendo diminuire le possibilità che sorgano controversie in merito a specifici punti di difficile interpretazione a causa delle modalità in cui l'atto è stato scritto e, al contempo, pensato.

Ne consegue, quindi, che il *legal design* è un'innovazione che investe tutti gli aspetti del lavoro degli operatori giuridici.

Il concetto di *legal design* rappresenta lo sviluppo della metodologia del

[16] Cass., 29 giugno 2020, n. 16252, cit.

design thinking[17], ove il diritto entra nella progettazione del servizio, in modo da renderlo più fruibile e comprensibile per l'utilizzatore finale.

E' chiaro che già l'*user centred design*, essendo una tecnica di progettazione che opera un approccio più orientato ai bisogni umani con il coinvolgimento dell'utente nello sviluppo di un prodotto o un sistema, ha bisogno di affidarsi ad alcune metodologie che provengono dalle scienze sul comportamento umano. Anzi, trattandosi di prodotti pensati per umani, col tempo si è passati a teorizzare perfino un approccio *human-centered*, piuttosto che *user-centered*.

Più precisamente, si può dire che il *legal design* è l'applicazione del *design human-centred* al mondo del diritto, al fine di creare servizi legali più chiari, comprensibili e accattivanti per l'utente[18].

Sul punto è necessario precisare che tale utente non è certo il giurista nelle sue varie vesti, bensì il comune cittadino, per il quale si prevede l'uso di testo più semplice e chiaro, sintesi grafica, infografiche, mappe, strumenti interattivi.

L'obiettivo, quindi, è quello di avvicinare il mondo legale alle persone che non hanno formazione o esperienza in ambito giuridico.

Eppure, occorre fare attenzione, in quanto questa metodologia non si occupa esclusivamente dell'estetica dei testi. Non si tratta, quindi, solo di modificare il *layout* del documento, ma occorre che gli elementi visuali siano funzionali ad uno scopo: rendere il documento legale più comprensibile e di conseguenza più efficiente, ponendo al centro della progettazione e dell'erogazione dei servizi l'utente finale, rendendolo maggiormente consapevole del contenuto del testo.

È opportuno chiarire che la metodologia del *legal design* si compone di alcune fasi da seguire nella progettazione del documento giuridico e precisamente: inquadrare la situazione esistente; porre un focus sul tipo di utente/consumatore; sviluppare idee; comprendere e dare priorità; elaborare un prototipo; eseguire test.

Il *legal design* offre, quindi, un'opportunità per ristrutturare il modo in cui sono pensati e trasmessi i principali strumenti dell'attività legale (contratti, documenti, procedimenti ecc.), tenendo conto dei bisogni di tutti i soggetti coinvolti ed in particolare dell'utente finale.

In tale contesto gioca un ruolo fondamentale la visualizzazione dell'informazione, che si occupa di approfondire tecniche per comunicare informazioni in modo maggiormente intuitivo. Tale tema si sviluppa nell'ambito dell'interazione uomo–macchina, nell'informatica, grafica, *visual design*. Tra gli approcci fondamentali per la visualizzazione ritroviamo: *flowchart*, icone, grafici, istogrammi, *timelines*, fotografie, immagini, diagrammi di *Gantt*,

---

[17] Nel delineare questa "scuola" di pensiero un valido contributo è stato reso dal teorico del design Donald Norman, che coniò il concetto dell'*user-centred design* riferendosi proprio ad una progettazione incentrata sugli interessi ed i bisogni degli utenti. Secondo lo studioso era opportuna una maggiore partecipazione dell'utente alle fasi di progettazione dei prodotti al fine di "rendere visibili" i possibili errori commessi dai progettisti e, contestualmente, risolverli. Il concetto di *design thinking* consiste in un approccio mentale finalizzato ad interpretare i *wicked problems*. La struttura del *design thinking* segue tre principali *step* e precisamente: 1) comprendere, 2) esplorare e 3) materializzarsi. All'interno di questi rientrano altre sei fasi: empatia, definizione, ideazione, prototipo, test e implementazione. S. GIBBONS, *Design Thinking 101*, in *https://www.nngroup.com/articles/design-thinking/*, 2016.

[18] Margaret Hagan ricercatrice alla Stanford University, esperta di *legal design* e di comunicazione, nel suo il libro "Law by Design", ritiene che sia necessario «*to make law more accessible, useful & engaging*». M. HAGAN, *Law by Design*, in *http://www.lawbydesign.co/en/home*, Retrieved March 2018.

interfacce grafiche, *checkboxes e compoboxes.*

Questa metodologia è valida per la redazione di qualsiasi documento giuridico, e pertanto anche della procura *ad litem.*

L'utilizzo della metodologia del *legal design* porterà alla redazione di un testo che, innanzitutto, sia facilmente leggibile e che, aspetto ancor più importante, esprima i concetti in esso racchiusi in modo semplice e chiaro senza che sia necessario l'intervento di uno specialista per la comprensione dello stesso[19].

Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra, una soluzione efficace sarebbe riscrivere un nuovo modello di procura *ad litem* utilizzando la metodologia *legal design*, quindi partendo dalla semplificazione del testo ed eventualmente inserendo elementi visuali.

Tale prototipo potrebbe essere poi testato, su un numero limitato di utenti/clienti al fine di verificarne l'efficacia.

Un'ulteriore possibile soluzione potrebbe consistere nel realizzare un altro documento separato, piuttosto che progettare *ex novo* la procura, visto che un modello di procura visuale potrebbe non essere accettato da tutti i Tribunali e la sinteticità propria del *legal design* potrebbe comportare il rischio di decadere da alcune attività difensive. Tale documento dovrebbe sintetizzare tutto il contenuto del mandato e della documentazione fornita al momento dell'incarico, ed essere costituito da testo ed elementi visuali in modo che si possa facilitare la comprensione degli utenti.

In questo modo, al momento del conferimento dell'incarico, potrebbero essere sottoposti al cliente per la sottoscrizione entrambi i documenti, uno formale destinato ad essere prodotto in giudizio, e l'altro più sintetico ed eventualmente corredato da elementi schematici e visuali, che grazie anche ad un linguaggio più semplice e diretto aiuti il cliente a capire tutti i diritti e doveri connessi allo svolgimento della prestazione professionale.

Ci proponiamo di sperimentare entrambi i metodi nel prossimo futuro nell'ambito dell'attività professionale, al fine di verificare come l'utilizzo del *legal design* possa porre le basi per un migliore rapporto tra avvocato e cliente, amplificando la fiducia di quest'ultimo nei confronti del professionista, e al contempo contribuire a rendere effettiva la garanzia del diritto di difesa, anche attraverso una chiara comprensione dei propri diritti.

---

[19] Sul punto si vedano: L. Aulino, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come rimedio ex ante*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, II, 2020, p. 303-312. L. Aulino, *Empowerment of Information about data treatment: legal design as an ex-ante remedy*, in L. Gatt, I.A. Caggiano, R. Montanari (a cura di), *Privacy and consent. A legal and UX&HMI approach for data protection*, 2021, pp. 123-132. L. Aulino, *Human machine interaction and legal information in the autonomous vehicles: The opportunity of the legal design*, in *EJPLT*, 2, 2020, pp. 275-290.

Ghionzoli S, 'The evolution of relationships between the customer and their bank, from the rules on transparency to the regulation on payment services. The (digital) archives as means of protection for the consumer, customer and citizen' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

The evolution of relationships between the customer and their bank, from the rules on transparency to the regulation on payment services. The (digital) archives as means of protection for the consumer customer and citizens

SIMONA GHIONZOLI
Ph.D. (c) in International Studies at Università degli Studi di Napoli L'Orientale, Lawyer
ORCID

Abstract

For centuries now, the value and the matter of individual and collective memory and of the preservation of facts and values, has always been important.
This is a process located outside of time and space and finds an innovative expression of such complexity in the Homeric poems.
Subsequently, the Greek alphabet was involved in an already initiated and widespread narrative process that was nothing more than the tool through which one helps spread an already outlined and defined thought.
Today, as in ancient times, the mediation of technology, which increases the possibilities of commercial relationships and transactions, makes the experience of narration and of documentation again essential.
One may well wonder whether besides the enormous quantity of transparency, there are means able to create relationships and a more democratic, accessible and, more importantly sustainable digitalisation process.
Are we facing the inexorable submissiveness and unknowability of the digital world or, can every process be regulated by the word of law which, similar to the Greek poets and singers in the ancient world, manages to shed light on silence?

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Abstract
Nel corso dei secoli sempre importante è stato il valore e la questione della memoria individuale e collettiva e della conservazione nel tempo di fatti e valori.
Trattasi di un processo, che si colloca fuori dal tempo e dallo spazio e che trova nei poemi omerici una delle prime espressioni di tale complessità.
L'alfabeto greco interviene successivamente, su un processo narrativo già avviato e diffuso e non è altro che lo strumento con il quale si aiuta a diffondere un pensiero già delineato e definito.
Oggi, come nell'antichità, l'intermediazione della tecnologia aumenta le possibilità degli scambi e delle transazioni commerciali e rende di nuovo centrale l'esperienza del raccontare e della documentazione.
Occorre chiedersi se oltre alla copiosa legislazione sulla trasparenza, sussistano strumenti, in grado di rendere il processo di digitalizzazione, più democratico, accessibile e soprattutto sostenibile.
Ci troviamo di fronte all'inesorabilità di una condizione di sottomissione e inconoscibilità del digitale oppure ogni processo resta regolabile attraverso la parola della legge, che, come per gli aedi del mondo antico, riesce a fare luce nel silenzio?[1]

Keywords: Memory; transparency; archives; digitalization process; sustainability.

Summary: Introduzione. – 1. Normativa in materia di trasparenza (bancaria). – 2. Ulteriori esperienze normative e tutela dei diritti nel digitale. – Conclusioni: archivi e archivi digitali.

Introduzione.

Nel corso dei secoli sempre importante è stato il valore e la questione della memoria individuale e collettiva.

Altrettanto forte il bisogno di ricordare, connesso alla paura di dimenticare, per via dell'impossibilità o meglio dell'impotenza di rappresentare e conservare nel tempo fatti, valori e disvalori, testimoni di un pensiero e di una mentalità collettiva[2].

---

[1] Ph. Archivio Storico Comune di Portoferraio (LI). Bulletin des lois, emessi dalla Repubblica e dall'Impero durante l'annessione alla Francia. Un particolare ringraziamento è rivolto alla Dott.ssa Gloria Peria, Direttrice della Gestione Associata degli Archivi Comunali Isola d'Elba, che ha consentito la pubblicazione della fotografia.

[2] R.L. Fox, *Il mondo classico. Storia epica di Grecia e di Roma*, Torino, 2007, 18 ss. <<Ma i personaggi omerici, Ettore, Achille, Ulisse, non sono figure storiche. Per gli storici, il significato di questi poemi è un altro: esprimono una conoscenza del mondo reale, a partire dalla quale si tuffano poi nell'epico mondo delle leggende, e recano tracce di valori che sono rivendicati in maniera implicita ed esplicita. Questi poemi consentono così di immaginare quali fossero i valori apprezzati dal pubblico greco dell'epoca, dovunque esso fosse e comunque fosse composto. Così come consentono di capire quali fossero i valori e la mentalità successivi, in quello che diverrà il nostro mondo "*classico*">>. <<Leggere Omero, insomma, non vuol dire solo fare un tuffo nel pathos e nell'eloquenza, nell'ironia e nella nobiltà: significa anche immergersi in un mondo sociale ed etico che era ancora noto alle maggiori figure dopo Omero, come il poeta Sofocle o quel grande appassionato di Omero che fu Alessandro Magno>>.

Trattasi di un processo, questo appena descritto, che si colloca fuori dal tempo e dallo spazio e che trova nei poemi omerici una originale espressione di tale complessità.

Chi era Omero se non il portavoce di una storia e di un'identità collettiva e cosa erano i poemi omerici. Frutto di una mera narrazione orale o tentativo, anche, di rappresentare una sintesi di un contesto storico e sociale preciso?

E ancora. Uno, due oppure addirittura tanti poeti orali o meglio "Aedi" che, come Omero, nel buio e nel silenzio della propria cecità[3], trovarono il modo di dare un senso e storicizzare con abile coerenza e sistematicità, una tradizione orale tramandatasi nel tempo e nella quale un nucleo sociale si riconosceva?[4]

L'alfabeto greco, invenzione, nata nell'VIII secolo venne solo dopo e servì per preservare la memoria di un sistema, sotteso al quale sussisteva un pensiero già presente e assimilato e che solo successivamente trovò accoglienza nella sicurezza del testo scritto.

L'alfabeto, come la legge scritta, interviene, pertanto, su un processo narrativo conosciuto e non è altro che uno strumento, che contribuisce a diffondere un pensiero già delineato e definito[5].

Ma se ciò è vero per il mondo antico, a maggior ragione è possibile comprendere e regolare ciò che nell'attualità risulta, spesso, incomprensibile, soprattutto per i meno giovani, i cosiddetti "boomers", ovvero il linguaggio giuridico e del digitale e i rapporti intercorrenti tra diritto e tecnologia da un lato e diritto, tecnologia e persona dall'altro[6].

Nonostante la tavoletta, la carta, la penna biro, il computer, lo smartphone e l'algoritmo, continua ad essere molto presente l'esigenza della persona di mantenere vivo il rapporto con la realtà attraverso il supporto della forma scritta, l'unica sentita come in grado di garantire certezza e sicurezza ai traffici giuridici, perché immutabile e immodificabile nel tempo e tanto più immutabile laddove contestualizzata in un documento. Ancora di più se raccolta in quelli che sono dei baluardi di memoria, come gli archivi, sottraendoli alla naturale fragilità e frammentarietà del digitale, speculare alla caducità e alla fragilità della tradizione orale del periodo antico, ben sistematizzata da Omero.

---

[3] S. Vassalli, *Amore lontano*, Torino 2005-2006, 4. <<Ma la cecità, ai tempi di Omero, veniva considerata una condizione ideale per essere poeti: perché è una forma di silenzio, e le storie e le melodie nascono dal silenzio>>.

[4] R.L. Fox, *op. cit.,* 23. <<Ma ci fu un solo Omero oppure due, uno per ciascun poema? Quel che leggiamo non è stato messo in piedi in una volta, probabilmente, ma fu comunque un poeta eccezionale a lavorarci. La trama di entrambi i poemi è troppo coerente per pensare che si siano evoluti nel tempo, come una palla di neve che si ingrossa sempre di più, opera di chissà quanti Omero. I rapsodi, i professionisti della recitazione, continuarono di sicuro a declamare i poemi, in giro per la Grecia arcaica, ma senza tuttavia crearne il nucleo>>.

[5] R.L. Fox*, op. cit.*, 24. <<Durante l'VIII secolo, la nuova invenzione, l'alfabeto, prese a diffondersi per il mondo greco. Non fu inventato per mettere per iscritto i grandi poemi omerici, ma venne comunque usato (forse dagli eredi di Omero e quando era ancora in vita) per preservarne memoria>>.

[6] F. Di Ciommo, *Archivi digitali (onnivori) e diritti fondamentali (recessivi*), in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del Convegno di Napoli 9-10-11.05.2019, Napoli, 2020, 234. <<In estrema sintesi, potremmo dire che tutti gli strumenti informatici creano ed usano, alcuni per frazioni temporali molto brevi ed altri invece in modo duraturo nel tempo, archivi digitali in quanto tutto ciò che essi fanno è trattare dati in formato digitale, o più precisamente mappare dati su informazioni. Conseguentemente, riflettere circa il rapporto tra archivi digitali e diritti fondamentali vuol dire considerare il rapporto tra l'informatica, intesa in senso ampio, e i diritti fondamentali, e dunque per essere ancora più chiari, il ruolo stesso dei diritti fondamentali nella società dell'informazione>>.

"*La forma è il mezzo sociale attraverso il quale viene manifestata la volontà*"[7] e l'esigenza di stabilità e certezza trova una risposta nell'art. 1350 c.c., che elenca gli atti da redigersi a mezzo forma pubblica o scrittura privata.

L'esperienza del raccontare e della narrazione era importante al tempo degli aedi, in carenza di carta e alfabeto, lo è ancora oggi, nonostante l'intrusiva presenza dell'algoritmo e di dispositivi digitali, dove mezzi e tecnologie sono chiamati a supportare e integrare relazioni e processi, connessi ai traffici commerciali e alle ormai onnipresenti transazioni on line.

In assenza dunque di certezze tangibili, ma in presenza di una tecnologia che sempre più rapidamente si afferma nei processi di lavoro e di governo, importante diventa, sul piano della sicurezza dei traffici, avere dei punti di riferimento precisi in grado di tramandare e custodire la memoria.

L'art. 7, 1° co., d.p.r. 28.12.2000, n. 445 così dispone <<i decreti, gli atti ricevuti dai notai, tutti gli atti pubblici, e le certificazioni sono redatti, anche promiscuamente, con qualunque mezzo idoneo, atto a garantire la conservazione nel tempo>>.

Lo stesso dicasi per la Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 25 giugno 2002 sulla conservazione della memoria del domani – conservazione dei contenuti digitali per le generazioni future (GUCE n. C 162 del 6 luglio 2002), che sembra preoccuparsi della modificabilità e della velocità con cui intervengono i cambiamenti tecnologici e dunque dell'impossibilità di conservare a lungo e su supporti durevoli nel tempo i beni culturali e la proprietà intellettuale[8].

Ciò che diventa centrale, dunque, oggi come nei secoli passati non è il "supporto", ma il contenuto e il pensiero in esso racchiuso. Beni sui quali meriterebbe soffermarsi per alcune riflessioni, la prima delle quali su cosa debba intendersi per realtà materiale e immateriale e dematerializzazione e se, come si trova scritto sul Manifesto della Comunicazione non ostile, reale e virtuale, infine, sono la stessa cosa[9]. La tecnologia, dunque, costituisce un mezzo aggregante e aumenta le opportunità di scambi e rapporti. Pensiamo un attimo all'intensità dei traffici commerciali in ambienti come quello bancario e del consumo on line e ai servizi, ormai quasi completamente gestiti da applicativi digitali, così come alla diffusione dell'on line ai servizi al cittadino.

Diventa a questo punto lecito chiedersi cosa e come possa aumentarsi la fiducia del cittadino, soprattutto dei "boomers" e se oltre la copiosa legislazione sulla trasparenza bancaria, sussistano strumenti in grado di rendere il processo di digitalizzazione, sia che esso si svolga su piattaforme on line oppure off line, più democratico, accessibile e soprattutto sostenibile[10].

---

[7] G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*,5^ ed., Bologna, 2020, 114.

[8] G. Pascuzzi, *op.cit.*, 114. <<L'intervento del Consiglio muove, tra l'altro, dalla consapevolezza che i beni culturali e intellettuali della nostra società, creati, utilizzabili e disponibili in formato digitale (costituenti la memoria del domani), sono dipendenti da tecnologie che evolvono rapidamente e da supporti fragili e che pertanto si corre il grave rischio di perdite irreparabili in mancanza di misure positive di conservazione per rendere tali beni disponibili per il futuro>>.

[9] Il testo del Manifesto è consultabile all'indirizzo http://www.paroleostili.it>.

[10] G. Capaldo, *La Strategia digitale dell'unione Europea verso un mercato sostenibile*, in *Osservatorio Giuridico sull'innovazione digitale*. Year book 2021, 46. << Evidentemente la regolazione chiara e trasparente delle piattaforme incide non solo sulla attività di autonomia privata, ma anche sulla trasparenza come valore stesso della società, che acquisisce, attraverso le piattaforme, un carattere rilevante per le democrazie. La recente storia europea e nordamericana dimostra come per la qualità della rappresentatività di un Paese sia

L'evoluzione dei rapporti tra clienti e banche passa dalla Legge sulla trasparenza nei contratti bancari alla nuova disciplina dei pagamenti, che sicuramente hanno contribuito a rendere più informato e consapevole l'investitore. Particolare attenzione è stata rivolta anche alla scelta delle parole e allo stile di scrittura dei documenti[11]. Cosa resta tuttavia fondamentale per garantire un reale presidio di trasparenza e informazione, in grado di rendere il cittadino, sia esso utente o cliente, non solo consapevole, ma anche in grado di muoversi tra le trame di linguaggi inediti e talora incomprensibili?

Ci troviamo di fronte ad una inevitabile e inesorabile condizione di sottomissione al digitale oppure è semplice concludere che non esiste l'inconoscibilità dell'algoritmo, laddove si parta dal presupposto che tutti i processi se non conoscibili, sono comunque regolabili attraverso parametri di regolamentazione, soprattutto etici ed è la parola e in particolare la parola della legge, che, come con gli Aedi del mondo antico, riesce a fare luce nel silenzio?

Contratti, codici deontologici, capacità di regolare strumenti e processi inediti, archivi, trasparenza, sono oggetto di un tentativo di disamina per offrire un contributo, soprattutto in termini ricognitivi, sul piano normativo (e regolamentare) di ciò che accade in ambiti specifici come quello del credito, modello esportabile anche in altri contesti.

E così se il contratto resta lo strumento principe di regolazione di rapporti siano essi offline che online, perché liberamente si stabiliscono regole e si comunicano informazioni, gli archivi consentono l'individuazione e la contestualizzazione del documento e offrono un contributo importante in tema di salvaguardia e presidio dei diritti. Restano un baluardo della democrazia che rendono accessibili e trasparenti informazioni e dati e favoriscono la diffusione della conoscenza e la corretta genesi degli eventi. Luoghi non più da tenere lontani e nascosti, ma sempre più da frequentare, per agevolare lo scambio e la condivisione di informazioni, esperienze e saperi.

La L. 15.03.2005, n. 59 ha stabilito che sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge <<gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici>>. A questa norma sono seguite altre disposizioni di legge. Due in particolare ovvero il D.lgs 7 marzo 2005 n. 82, Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) e il Regolamento 2014/910/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014.

Le principali norme relative agli archivi si ritrovano, invece, nel D.lgs 22 gennaio 2004, n. 42 e per gli archivi digitali il rinvio è agli artt. 40-44 Codice dell'Amministrazione Digitale.

---

di fondamentale rilevanza che non possa realizzarsi alcun processo di alterazione, sottrazione, manipolazione dei dati. In generale quando si discorre di sostenibilità, la dimensione della trasparenza non va coniugata semplicemente sul piano delle relazioni b2b e b2c, bensì a livello di società e di istituzioni. L'accesso alle piattaforme, la diffusione delle informazioni (si veda anche il considerando R della Risoluzione 2020/2021) possono rappresentare la garanzia per costruire un diverso tipo di democrazia, se non diretta, certamente maggiormente partecipata. E le garanzie di cui devono essere dotate le informazioni e i processi connessi alle piattaforme on line devono tener conto di queste implicazioni>>.

[11] A. Barenghi, *Diritto dei consumatori,* Lavis (TN), 2020, 172, che richiama, in nota, il Considerando n. 13 Regolamento 2014/1286/UE.

Copiosa la rassegna legislativa in tema di trasparenza.

I codici di condotta, infine, rappresentano un ulteriore strumento in grado di contribuire alla regolamentazione dei rapporti e a garantire, entro certi limiti, la correttezza dei traffici, soprattutto in presenza di una asimmetria di posizioni informative e disparità di potere negoziale, come accade tra Banca e Cliente e nelle transazioni online.

Esempi di codici di condotta sono consultabili all'art. 40, 2016/679/UE (GDPR) quanto al tema della privacy, in tema di hate speech e all'art. 17 par. 1, Reg. 2019/1150/UE, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali di servizi in intermediazione on line.

1. Normativa in materia di trasparenza (bancaria).

E' anzitutto opportuno chiarire cosa debba intendersi per norme di trasparenza ovvero l'insieme di regole volte ad assicurare ai clienti, agli utenti, ai consumatori un'informazione completa e chiara, che faciliti la comprensione delle caratteristiche, dei rischi e dei costi dei prodotti (finanziari) offerti, in modo da contribuire alla corretta formazione del consenso e della volontà (attraverso anche la reale comparabilità delle offerte) e consentire la vigilanza sui contenuti contrattuali e sui comportamenti delle parti nella formazione del contratto[12].

Principali veicoli atti a tutelare la trasparenza contrattuale sono costituiti dalla copiosa normativa vigente in materia, che definiscono standard minimi e generali di redazione dei documenti informativi, predisposti per la clientela, le caratteristiche degli strumenti di pubblicità e gli obblighi di controllo per il rispetto della disciplina di trasparenza e la correttezza nei rapporti con l'utenza, fino all'introduzione di requisiti di forma vincolata, come la forma scritta cartacea o su supporto durevole o di altri elementi di carattere formale, quali la consegna di copia del documento contrattuale (che nella prassi continua a resistere, nonostante il processo di digitalizzazione e la firma digitale). Infine, i requisiti di forma e forma-contenuto, finalizzati a precisare l'obbligo di buona fede e correttezza che deve necessariamente caratterizzare gli obblighi gravanti sul professionista nei rapporti con il consumatore[13].

Il quadro normativo, in particolare, di riferimento in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari è disciplinato dal D.lgs 01 settembre 1993, n. 385 (T.U. delle Leggi in materia bancaria e creditizia), dalle Delibere del C.I.C.R., dalle disposizioni di vigilanza sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari adottate con Provvedimento del Governatore

[12] A. Barenghi, *op. cit.*, 180, che nel definire la trasparenza ha modo di sottolinearne la pluralità di <<nozioni e regole. Essa si riferisce tanto alla corretta formazione del consenso, in una prospettiva che quindi è in senso ampio assimilabile a quella tradizionale della formazione del contratto e della tutela della volontà, quanto al controllo sul contenuto del contratto, e inoltre ai controlli sui comportamenti delle parti nella formazione del relativo regolamento>>.

[13] A. Barenghi, *op. cit.*, 181. Il riferimento è all'art. 35, D.lgs n. 206/2005, Codice del Consumo, <<secondo il quale, quando le clausole sono proposte al consumatore per iscritto esse devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile>> e ai correlati mezzi di tutela <<da individuare sia all'interno della stessa disciplina delle clausole vessatorie, come indizio o criterio di vessatorietà, sia all'esterno della stessa, nell'ambito del principio generale della correttezza nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.)>>.

della Banca d'Italia del 29 Luglio 2009 e successive modifiche e integrazioni e dalle altre fonti normative quali:

- Il D.lgs 01.09.1993 n. 385 e successive modificazioni "Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia";
- Il D.lgs 24.02.1998 n. 58 e successive modificazioni "Testo Unico sulla Finanza";
- La Delibera del CICR del 04.03.2003, recante la "Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", come modificata dal Decreto d'urgenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Presidente del CICR del 3 febbraio 2011, recante "Disposizioni sul credito ai Consumatori e modifiche alla Deliberazione del 04.03.2003 in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", che individua le linee guida della nuova disciplina in materia di trasparenza, rimettendo alla banca d'Italia la predisposizione delle relative disposizioni di attuazione;
- Disposizioni di Vigilanza di Banca d'Italia del 29.07.2009 e successive modificazioni in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei Servizi bancari e finanziari" – correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti";
- Istruzioni di Vigilanza per le Banche della banca d'Italia (Circolare n. 229 del 21.04.1999 – 13° aggiornamento del 10.04.2007);
- Titolo V – Capitolo 3 – Sez. 6 – Raccolta in titoli delle Banche – Trasparenza delle condizioni contrattuali;
- Legge 28.12.2005, n. 262, "Disposizioni per la tutela del Risparmio e la disciplina dei mercati finanziari";
- D.L. 29.11.2008, n. 185, convertito in Legge 28.01.2009, n. 2, recante "misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa";
- D.lgs 27.01.2010, n. 11 "Attuazione della Direttiva 2007/64/CE, relativa ai Servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica della Direttiva 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE e che abroga la Direttiva 97/5/CE, così come modificato dal D.lgs n. 218/2017, a decorrere dal 13.01.2018;
- D.lgs 13.08.2010, n. 141 e successive modificazioni recante "Attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai Consumatori, nonché modifiche del Titolo VI del TUB in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi";

2. Ulteriori esperienze normative e tutela dei diritti nel digitale.

Il percorso normativo, iniziato con le disposizioni a tutela della trasparenza, con l'entrata in vigore del T.U. Bancario (D.P.R. n. 385/1993) applicabile anche

al credito al consumo, si è evoluta, progressivamente, prima con il D.L. n. 29/2012 e il D.lgs n. 11/2017, attuativo della Direttiva 2007/64/CE, in seguito con il D.lgs 15 marzo 2017, n. 37, attuativo della Direttiva 2014/92/UE, che ha introdotto, tra le altre, la disciplina dei servizi di pagamento nonché una nuova disciplina del credito al consumo, in attuazione della nuova Direttiva comunitaria 2008/48/CE, nel quale la parte generale sulla trasparenza non si applica alla parte speciale, salvo espresso richiamo, dunque procedendo a contrario rispetto alla normativa del 1993 e al rapporto da essa instaurato tra trasparenza e credito al consumo[14].

La disciplina sul servizio di disposizione di ordine di pagamento, cosiddetta, PSD2, introdotta con il D.lgs 15 dicembre 2017, n. 218, in attuazione della Direttiva 2015/2366/UE, che ha modificato il D.lgs 27 gennaio 2010, n. 11, ha introdotto, infine, significative novità quanto ai diritti e agli obblighi delle parti nella prestazione dei servizi di pagamento, atte a rafforzare le protezioni a favore degli utenti e dei consumatori dei servizi di pagamento e ciò anche al fine di sostenere e rafforzare la fiducia verso le nuove tecnologie. Nel provvedimento, in particolare, viene stabilita una distribuzione e una graduazione precisa della responsabilità fra prestatore di servizi di radicamento del conto e prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento, in caso di operazioni non autorizzate o non correttamente eseguite[15].

Un ulteriore passo importante nella tutela dei diritti del consumatore e in generale dell'utenza è costituito, inoltre, dal recente Regolamento 2019/1150/UE, entrato in vigore il 12.07.2020, che introduce una nuova disciplina per i servizi di intermediazione sull'web, con espressa esclusione dell'applicazione del Regolamento ai servizi di pagamento on line, come stabilito all'art. 1, 3° co.[16]. Esso cerca di garantire un trattamento più equo e trasparente degli utenti commerciali da parte delle piattaforme e motori di ricerca on line.

Occorre anzitutto chiedersi cosa debba intendersi per trattamento equo e trasparente.

L'ambito oggettivo della Regolamento (art. 1 e considerando n. 11), intanto, interessa i mercati del commercio on line (siti web e piattaforme di vendita on line), inclusi i social media e i motori di ricerca on line ovvero tutte quelle attività che, per mezzo dell'uso di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, facilitano le interazioni e le transazioni commerciali e implicano, comunque, una relazione con i consumatori finali (Cfr. Considerando n. 11).

L'ambito soggettivo del Regolamento, invece, si estende a chiunque svolga una funzione di "intermediazione on line", indipendentemente dal fatto che siano stabiliti in uno stato membro o fuori dall'Unione, in presenza di

---

[14] A. Barenghi, *op. cit.*, 465.

[15] A. Messore, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento digitali prestati dai third party providers*, in *Leggi civ. comm.*, 2020, II, 538. Secondo l'autrice <<il pericolo di subire la perdita economica derivante da un'operazione illegittima è posto a carico di chi può meglio prevenirlo, controllarlo e gestirlo (Cfr. considerando dir. 2015/2366/UE)>>.

[16] Art. 1, 3° co. Regolamento 2019/1150/UE: <<Il presente Regolamento non si applica ai servizi di pagamento on line o agli strumenti di pubblicità on line né agli scambi pubblicitari online che non sono forniti con l'obiettivo di agevolare l'avvio di transazioni dirette e che non implicano una relazione contrattuale con i consumatori>>.

determinate condizioni (Cfr. Considerando n. 9).

Alla portata molto ampia del regolamento sul piano oggettivo e soggettivo, in realtà, sembrerebbe corrispondere l'obiettivo del legislatore comunitario di scongiurare le distorsioni che caratterizzano il mercato online, garantendo un sistema di e-commerce competitivo, equo e trasparente (Cfr. Considerando n. 3) e favorendo, il principio di responsabilità a carico dei soggetti più forti. Ciò emerge dalle norme che mirano a scongiurare l'utilizzo dei dati personali forniti dai consumatori e la profilazione delle scelte e dei comportamenti in fase di acquisto[17].

Si cerca così di proteggere le piccole e medie imprese (dalla concorrenza sleale dei gestori delle piattaforme dell'e-commerce, che vengono in possesso delle informazioni e ne sfruttano il potenziale) (Cfr. Considerando n. 15 e ss), oltre che il consumatore finale[18] (quanto alla corretta formazione del consenso, il più possibile scevro da condizionamenti e manipolazioni) (Cfr. Considerando n. 30 e ss), in modo da incrementare progressivamente la fiducia complessiva nella trasparenza del mercato online, nell'ambito del quale, l'intensità dei traffici e il moltiplicarsi delle transazioni emerge con ogni evidenza[19].

Il Regolamento cerca, pertanto, di contrastare il fenomeno dell'abuso di posizione dominante delle grandi piattaforme on line, lavorando, proprio, sul concetto di trasparenza delle informazioni (Cfr. articoli 7 e 9) tra operatori economici nei rapporti tra loro e nei confronti del consumatore (Cfr. art. 10).

Tale processo viene garantito attraverso l'adozione di misure e strumenti che anticipano la tutela del consumatore e delle fasce di venditori più deboli, in primo luogo per mezzo della specifica disciplina del "posizionamento" (cfr. art. 5) ovvero stabilendo i criteri con cui avviene il collocamento e dunque la visualizzazione del prodotto nel contesto on line e in secondo luogo con precisi obblighi informativi (Cfr. art. 6), anziché attraverso la previsione di sanzioni di condotte vietate e distorsive della concorrenza. Tutto ciò a tutela dei venditori, ma anche dei consumatori, contribuendo a formalizzare ciò che anni prima era stato anticipato anche dalla giurisprudenza di legittimità, che a proposito di concorrenza, aveva avuto modo di chiarire che <<la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse…alla conservazione del suo carattere competitivo>> dunque anche dei consumatori[20].

---

[17] M. Di Rocco, *Negli acquisti via web la Ue alza le garanzie,* in *La guida rapida, Il Sole 24 ore*, 01.02.2021, 1. <<Tra i dichiarati obiettivi della norma europea, infatti, vi è anche quello di impedire alcune tipiche distorsioni del mercato online, garantendo un ecosistema competitivo, equo e trasparente, in cui tutti gli operatori del settore, specie i più forti agiscano in modo responsabile, evitando di usare illegittimamente i dati forniti dai consumatori ed evitando l'uso spregiudicato di sistemi di "profilazione" delle loro scelte e dei loro comportamenti in fase di acquisto>>.

[18] In tal senso si veda anche Cass. Civ., sez. I, 17.05.2000, n. 6368 ripresa da G. Proietti, *La pubblicità nell'era delle tecnologie*, in ALPA, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020, 171, per cui <<Si ha abuso di posizione dominante quando un'impresa, approfittando di tale sua posizione, tenti di impedire l'ingresso nel mercato a chi voglia accedervi, ovvero di estromettere altre imprese ivi presenti, e non dominanti, adottando, comportamenti oggettivi che limitino "ex ante", nel mercato stesso, la libertà di movimento dei concorrenti, ed ostacolino in tal modo la effettiva concorrenza>>.

[19] M. Di Rocco, *op. cit.*, 2. <<Da un'indagine dell'Osservatorio ECommerce B2C del politecnico di Milano, nel 2020 gli acquisti on line si attestano intorno ai 30,6 miliardi di euro, con un aumento del +31% della compravendita di beni>>.

[20] G. Proietti, *cit.*, 171, che richiama Cass. Civ., sez. un., 04.02.2005, n. 2207, ripresa da M. Libertini, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corriere Giur.*, 2005, n. 8, 1093 ss..

Le uniche sanzioni ammesse sembrerebbero essere quelle afferenti al regolamento contrattuale (Cfr. Considerando n. 20) ovvero la nullità con effetto ex tunc ed erga omnes delle clausole non conformi e delle clausole di modifica effettuate in violazione dell'obbligo di preavviso di cui all'art. 4.

Il principio della concorrenza, così come già accaduto nel settore bancario, entra, così, anche nel settore delle transazioni commerciali online, regolamentandone alcuni aspetti, nell'ottica di migliorare i servizi e la qualità delle operazioni commerciali e offrire strumenti di tutela sia alle imprese più piccole sia ai consumatori, contribuendo ad introdurre elementi di sostenibilità nel mercato on line, che per la vastità e dispersività, che lo caratterizza si presta ad una maggiore inconsapevolezza e frammentarietà. Trattasi di norme di soft law che agiscono su un piano privatistico, ma che finiscono per tutelare e risultano in qualche modo aderenti anche con il dettato costituzionale di cui all'art. 41 Cost..

È in tale contesto che risulta maggiormente comprensibile la espressa previsione, di cui all'art. 17 intesa a promuovere e favorire l'elaborazione di codici di condotta da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online e delle organizzazioni e delle associazioni rappresentative di quest'ultimi unitamente agli utenti commerciali, incluse le piccole e medie imprese. Tutto ciò, infatti, concorre e contribuisce alla corretta applicazione di quanto stabilito all'art. 5 del Regolamento, che richiama la disciplina del "posizionamento".

La scelta del legislatore comunitario, orientata verso una tutela anticipatoria anziché sanzionatoria, si rivolge e preferisce l'adozione di sistemi, che delegano anche all'autonomia privata la risoluzione delle controversie, attraverso la previsione di sistemi interni di gestione dei reclami (art. 11), servizi di mediazione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 12), l'istituzione di mediatori specializzati da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online nonché delle organizzazioni e associazioni rappresentative di quest'ultimi (art. 13), fino all'elaborazione dei codici di condotta (art. 17).

Il quadro normativo fin qui delineato troverà una reale omogeneità e coesione con l'approvazione definitiva del Digital Service Act, del Digital Market Act e dell'Artificial Intelligence Act[21], che competeranno sul piano della costituzionalizzazione dei diritti nel digitale a pieno titolo con il GDPR e il valore della privacy, che ormai ha trovato un suo riconoscimento e una sua affermazione, quale diritto fondamentale della persona[22] (Cfr. artt. 7 e 8 Carta dei diritti dell'Unione Europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000[23]).

---

[21] L. Floridi G. Finocchiaro O. Pollicino, *Quattro orientamenti per completare il modello digitale UE,* in *Il Sole 24 ore*, 05.01.2022, 16.

[22] T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019, 143 ss. <<…la privacy o è un diritto fondamentale oppure no. Ma siccome lo è, e vogliamo tutti che lo sia sempre più, allora occorre impedire che venga violato>>. F. Di Ciommo, *op. cit.*, 243. <<Dunque dal punto di vista gius-positivo non vi è dubbio che quando parliamo di diritto fondamentali in Europa, dobbiamo far riferimento a quelli sanciti dall'art. 2 del trattato sull'Unione europea, integrato dai diritti affermati nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione, tra i quali spiccano, - soprattutto ai fini della presente riflessione – la dignità umana (art. 1), il diritto alla vita (art. 2), l'integrità psichica e fisica della persona (art. 3) libertà e sicurezza (art. 6), rispetto della vita privata e famigliare, del domicilio e delle comunicazioni (art. 7), il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8), libertà di pensiero 8art. 10) e la libertà di espressione e informazione (art. 11).

[23] M.C. Gaeta, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, I, 153. <<La tradizionale accezione del diritto alla riservatezza è ormai confluita nel diritto alla protezione dei dati personali, libertà fondamentale autonomo diritto della

Conclusioni: archivi e archivi digitali.

In un contesto come quello attuale, incline a non resistere alla standardizzazione del rapporto con il cliente, scaturente dalla digitalizzazione e dalla progressiva adozione di modelli redazionali di contratto automatizzati, il rischio sempre presente è quello di abbassare il livello di rapporto diretto con quest'ultimo e i correlati livelli di tutela dei diritti. Questo può accadere sia in ambiente bancario, ma anche nell'ambito delle transazioni online in genere.

La Banca d'Italia stabilisce così che il rispetto delle regole di trasparenza e correttezza nei rapporti tra intermediari e clienti "richiedono che gli intermediari pongano in essere accorgimenti di carattere organizzativo idonei ad assicurare che in ogni fase dell'attività di intermediazione sia prestata costante e specifica attenzione alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei comportamenti"[24].

La fragilità del digitale si accompagna, necessariamente, all'esigenza di tutela dei diritti, soprattutto delle parti più fragili del rapporto contrattuale. A questo risponde l'art. 17 del recente Regolamento, che anticipa la tutela del consumatore e ne demanda l'esercizio e la regolamentazione ai soggetti privati, riportandone la tutela nell'alveo del regolamento contrattuale, attraverso la previsione di specifici strumenti normativi, quali i codici di condotta.

In tale contesto si comprende la ragione per cui anche gli archivi potrebbero rispondere, in futuro, alle esigenze di difesa dei diritti e di certezza delle ragioni dei singoli. È in tale perimetro, infatti, che sono racchiuse, documentate e raccolte, secondo specifiche misure tecniche e modelli organizzativi adeguati, la gestione e la conservazione dei dati afferenti alle operazioni, corredati di idonea documentazione, in grado di ricostruire e storicizzare rapporti e vicende contrattuali, restituendo centralità e importanza al rapporto con il cliente, sia che esso si svolga in ambiente online che offline. Essi favoriscono la tutela della controparte più debole congiuntamente allo sviluppo sostenibile degli intermediari.

La corretta gestione dei documenti (tenuta ed uso), sin dalla fase di formazione degli stessi per arrivare alla archiviazione e conservazione, rappresenta la migliore garanzia di tutela per professionisti e consumatori, alzando al massimo il livello di tutela di quest'ultimi e contribuendo a conferire significato alla raccolta dei documenti, attraverso l'adozione di prassi e politiche di raccolta documentale adeguate e atte a scongiurare la frammentarietà, restituendo ad essa organicità e senso.[25]

Ai sensi delle Linee Guida dell'Agid la formazione del documento deve, infatti, avvenire nel rispetto dei principi di qualità, efficienza, razionalità,

---

personalità che si manifesta nel potere di autodeterminarsi. Il diritto alla riservatezza si può dunque suddividere in diritto alla privacy e diritto alla protezione dei dati personali; tale distinzione trova un evidente riscontro nella Carta di Nizza, agli artt. 7 e 8, che disciplinano rispettivamente le due distinte fattispecie>>.

[24] Sez. XI – Provvedimento del 29.07.2009, modificato il 03.07.2017. R. Pravisano, *La difesa del cliente dalle pratiche bancarie scorrette*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 51.

[25] G. Pascuzzi, *op. cit.*, 132. <<I documenti possono diventare <<muti>> se la nostra mente non è in grado di dare valore a ciò che contengono. Come avviene per i <<documenti di pietra>> quando non capiamo il significato di una statua all'ingresso di una chiesa. La memoria (individuale, collettiva, archivistica) comporta sempre un problema di costruzione di senso>>.

sistematicità, accessibilità e coerenza alle regole tecniche che presidiano la formazione dei documenti[26].

La conservazione della documentazione è disciplinata, inoltre, dall'art. 2220 c.c.[27], che stabilisce in 10 anni il tempo di conservazione dei documenti relativi ai rapporti con la clientela, norma valida tanto alla documentazione cartacea che a quella dematerializzata.

I principali riferimenti normativi in materia di conservazione sostitutiva, che è una particolare tipologia di archiviazione digitale (procedura informatica), atta a garantire nel tempo la validità di un documento informatico a termini di legge, sono i seguenti:

- Delibera CNIPA n. 11/2004 del 19.02.2004;
- Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23.01.2004;
- Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) ovvero D.lgs 7 marzo 2005, n. 82 e successive modifiche di cui al D.L. 76/2020, convertito con Legge n. 120 dell'11/09/2020.
- Circolare n. 36 dell'Agenzia delle Entrate del 06.12.2006.
- Linee Guida AGID del 18/05/2021, Linee guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici.
- Regolamento 2014/910/UE sull'identità digitale (Regolamento EIDAS, Electronic Identification Authentication and Signature).
- Iso 15489 – 1:2016 Information and documentation – Records management Concepts and principles.
- Iso 15489 2.2016 - Guidelines.
- Iso 14721 OAIS Open Archival Information System.

La Conservazione può essere svolta tanto dal soggetto produttore dei documenti elettronici da conservare, tanto da soggetti esterni, accreditati presso l'Agenzia per l'Italia Digitale. Tali soggetti svolgono la funzione di "Responsabile della conservazione" ed hanno il compito di apporre la propria firma digitale e la marca temporale sul documento elettronico, elementi che attestano il momento esatto della presa in carico, garantendo l'immodificabilità del documento nel tempo (Cfr. artt. 44 e 44 bis Cad).

Tutto ciò serve a garantire la consultazione dei documenti a fini difensivi e di tutela legale e per l'esibizione degli stessi e la loro produzione in sede giudiziaria. Controllo sulla produzione, utilizzazione e tenuta dei documenti stessi sono, infatti, gli obiettivi di un efficace presidio della gestione documentale, atti a garantire la difesa dei diritti del professionista e del cliente consumatore. La conservazione dei documenti risponde ad un preciso sistema di conservazione, sotteso al quale, sussiste un sistema complesso di politiche documentali, con cui ne viene governata l'organizzazione in ogni sistema istituzionale, in conformità e in attuazione di quanto previsto dall'art. 44, 1° co), CAD, che prevede regole specifiche per la gestione dei documenti informatici.

Sistema di gestione documentale e Sistema documentale sono i sistemi di gestione e accesso nel tempo ai documenti. I primi devono garantire nel tempo l'autenticità, l'integrità, la leggibilità e la reperibilità dei documenti; i secondi

[26] Il documento è consultabile al sito https://www.agid.gov.it.

[27] Art. 2220 c.c.: <<Le scritture devono essere conservate per dieci anni dalla data dell'ultima registrazione. Per lo stesso periodo devono conservarsi le fatture, le lettere e i telegrammi ricevuti e le copie delle fatture, delle lettere e dei telegrammi spediti>>.

devono essere affidabili, sicuri, a norma, completi e sistematici. Ogni organizzazione adotta una politica di gestione documentale, che sarà tanto più democratica e sostenibile, tanto più essa sia in grado di individuare soggetti e condizioni di esercizio del diritto all'accesso (come consultazione e estrazione), in grado di agevolarne la consultazione e l'estrazione con rapidità ed efficacia e nel rispetto di alcuni limiti, imposti per esempio dalla normativa sulla privacy, sulla sicurezza sulla libertà di informazione, sul diritto alla difesa della proprietà intellettuale, sul diritto alla fruizione e alla riproducibilità [28], e sulla consultabilità degli archivi, estesa a tutti i cittadini e non solo agli addetti ai lavori.

Norme del codice dell'amministrazione digitale e norme sul procedimento amministrativo si combinano tra loro al fine di garantire una corretta gestione documentale e ai fini della corretta formazione, gestione, conservazione e trasmissione del documento informatico (art. 41 CAD), stabilendo regole valide sia per i soggetti pubblici che per quelli privati, ulteriore passo in avanti verso la definizione di un quadro di regole comuni, atte a rafforzare e garantire la tutela dei diritti e a dare risposte concrete alle esigenze di certezza dei cittadini.

Il Codice dell'Amministrazione Digitale, infatti, si applica alle pubbliche amministrazioni, ai gestori di pubblici servizi, alle società a controllo pubblico e l'articolo 2 co 3) precisa che le disposizioni del codice e le relative linee guida di cui all'art. 71 CAD, concernenti, tra gli altri anche la riproduzione e la conservazione dei documenti (artt. 43 e 44 CAD) si applicano anche ai privati, se non diversamente previsto.

L'articolo 44 bis CAD, infatti, menziona espressamente i soggetti pubblici e privati, che svolgono attività di conservazione dei documenti informatici e di certificazione dei relativi processi, anche per conto di terzi, tra coloro (conservatori accreditati) abilitati a chiedere l'accreditamento presso l'AgID, ai fini del riconoscimento del possesso dei requisiti del livello più elevato, in termini di qualità e di sicurezza.

La memoria sia essa individuale, collettiva e archivistica, è certezza dei rapporti giuridici, soprattutto in presenza di sistemi naturalmente più fragili come lo sono i contesti digitali oggi e come lo era nell'età omerica la testimonianza orale[29].

In tutto ciò la formazione del personale e della responsabilità del personale dipendente garantirà la corretta applicazione ed efficace gestione dei documenti stessi, fino alla distruzione degli stessi, che dovrà anch'essa essere documentata.

L'Agenzia per l'Italia digitale, tra le modalità operative per realizzare l'attività di conservazione, indica, infatti, i profili professionali dei responsabili, impiegati nel processo di conservazione. Uno dei tratti distintivi qualificanti della normativa (Cfr. artt. 12 e 13 CAD), è la professionalità e la formazione degli operatori, chiamati a formare e conservare i documenti e ad espletare il proprio compito con sempre maggiore, responsabilità e professionalità,

---

[28] M. Guercio, *The responsibility for the documentary sources management and preservation. Digital fragility and ethic commitment*, in *JLIS.it* 12, 1, January 2021, 118-125. Consultabile al sito https://jlis.it/index.php/jlis.

[29] G. Pascuzzi, *op. cit.*, 114. <<Intorno all'anno 1000, quando si stipulava un contratto, le parti stipulavano in presenza dei giovani della collettività. Si sceglievano i ragazzini perché erano quelli che, all'interno della comunità, avevano la più lunga aspettativa di vita, e, quindi, sarebbero stati in grado di ricordare, dopo cinque, dieci, venti anni, che in quel giorno era stato venduto quel suolo a quella determinata persona>>.

naturali anticorpi verso la fragilità e la frammentata mutevolezza del digitale[30], ai fini dell'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese (Cfr. art. 12 CAD 1° co.) e non solo dei consumatori.

La certezza dei traffici e dei rapporti, online e offline, sarà garantita maggiormente in proporzione al livello di affidabilità e competenza presenti nelle strutture e negli operatori e alla capacità di selezione, fin dall'inizio, dei documenti idonei ad entrare nell'archivio, perché meglio si prestano alla conservazione.

Ci sarebbe, infine, da chiedersi se i tweet pubblicati da Donald Trump, prima dell'attacco al Campidoglio, per comunicare con i suoi elettori, possono essere considerati tali oppure perdersi come foglie nel vento della narrazione politica. Sarà, certamente, il tempo, a decidere se dare voce, restituire e ricordare i messaggi in modo qualificato e dare loro un valore, storicizzandone il contenuto, come una volta facevano gli aedi, oppure lasciare che si perdano nella memoria individuale e collettiva, in assenza di passaggi democratici e formali atti a conferire valore legale agli stessi.

L'ultima parola spetterà, comunque, alla sensibilità degli elettori, delle persone e al futuro, gli unici in grado di svelare i reali effetti e la illusorietà della potenza e degli effetti aggreganti di un tweet.

[30] G. Pascuzzi, *op. cit.*, 114, che fa riferimento alla Risoluzione del Consiglio di Europa del 25.06.2002, sulla conservazione della memoria del domani, che fa espresso riferimento alla fragilità del digitale, esposto a cambiamenti repentini e per questo esposto al rischio di perdite, in mancanza di misure e strutture in grado di conservare.

SECTION II

FOCUS PAPERS

Fauceglia D, 'Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l'abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di self-preferencin' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT

ISSN 2704-8012

Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l'abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di self-preferencing

The Amazon case, the negotiation phenomena and the abuse of dominant position. First reflections on the self-preferencing

DOMENICO FAUCEGLIA
Ph.D. in Private Law at Università degli Studi di Roma Tor Vergata
ORCID

Abstract

With the closing of the preliminary investigation A528, the Competition Authority (AGCM) imposed an exorbitant fine (of over one billion euros) on the Amazon company, for having abused its dominant position in the e-commerce market to the detriment not only of other marketplaces, but also to the detriment of companies providing logistics services that have not joined the Amazon logistics program. In particular, the provision of the Guarantor Authority, in admitting that the list of abusive conduct mentioned in art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union represents only an exemplary list of anticompetitive offenses, it is characterized by having qualified the conduct of self-preferencing in terms of abuse of dominant position. The contribution, examining the provision of the Guarantor Authority, offers ideas on the subject of self-preferencing in digital markets both from the point of view of competition law, and from the point of view of the law of regulation of digital markets.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Abstract: *Con provvedimento di chiusura istruttoria A528, l'Autorità Garante della Concorrenza ha irrogato un'esosa sanzione (di oltre un miliardo di euro) alla società Amazon, per aver abusato della propria posizione di dominio nel mercato dell' e-commerce a danno non solo di altri marketplace, ma anche a danno delle imprese esercenti servizi di logistica che non hanno aderito al programma di logistica di Amazon. In particolare, il provvedimento dell' Autorità Garante, nell'ammettere che l'elenco delle condotte abusive menzionate dall'art. 102 del Trattato sul funziona-mento dell'Unione Europea rappresenta solo una lista esemplificativa degli illeciti anticoncorrenziali, si caratterizza per aver qualificato la condotta del self-preferencing in termini di abuso di posizione dominante. Il contributo, esaminando il provvedimento dell' Autorità Garante, offre spunti in tema di self-preferencing nei mercati digitali sia nell'ottica (sanzionatoria) del diritto della concorrenza, sia nell'ottica (prospettica) del diritto della regolazione dei mercati digitali.*

Keywords: contract, market, e-commerce, abuse of dominant position, self-preverencing.

Summary: 1. Il commercio elettronico e le piattaforme digitali. – 2. Il successo dei marketplace. – 3. Le condizioni generali di contratto praticate dai principali marketplace. – 4. I vantaggi per i venditori FBA di Amazon. – 5. Il modello FBA e le restrizioni nel mercato dell'e-commerce e nel mercato della logistica. – 6. Atipicità delle condotte abusive. – 7. Il self-preferencing posto in essere da Amazon (e il precedente caso di Google Shopping). – 8. Il self-preferencing nella proposta del Digital Markets Act.

1. Il commercio elettronico e le piattaforme digitali.

Il commercio elettronico è stato definito dalla Commissione Europea come lo «svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica. Esso si basa sull'elaborazione e la trasmissione elettronica delle informazioni... comprende attività diverse quali: la commercializzazione di 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 delle Pubbliche Amministrazioni»[1].

Nell'ambito dell' *e-commerce*, inteso come l'insieme delle transazioni per la commercializzazione di beni e servizi tra venditori e consumatori, realizzate tramite internet, va distinto il commercio elettronico *diretto* dal commercio elettronico *indiretto*, mentre, per altro verso, si parla di commercio elettronico tra imprenditori (cosiddetto "*business to business*", dagli anglosassoni abbreviato anche in B2B), commercio elettronico nei confronti dei consumatori

[1] Comunicazione della Commissione Europea al parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 15-4-1997, COM [97] 157. C'è chi ha parlato di *Internet* come un *non luogo*, un nuovo mezzo di comunicazione "che per sua natura rende assai difficoltosa la collocazione geografica dei soggetti che di esso si servono per comunicare" G. Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contratto e impr.*, 2001, p. 571 ed ora in *Diritto di internet. Scritti e materiali per il corso*, Bologna, 2001, p. 1.

(cioè: "*business to consumer*", siglabile B2C) e commercio elettronico tra pari (cioè "*peer to peer*", siglabile P2P).

La prima coppia di termini, commercio elettronico diretto e indiretto, fa riferimento alla modalità di esecuzione della transazione: si definisce commercio elettronico diretto quello che si realizza interamente "on line" quale ad esempio la cessione di un "file" (o, meglio, un brano) musicale, mentre è commercio elettronico indiretto quello che richiede necessariamente una fase "off line", come si ha ad esempio in caso di compravendita di merci ed in ogni caso in cui la transazione, per usare la terminologia comunitaria, abbia ad oggetto dei beni materiali da consegnarsi in modo tradizionale.

Le piattaforme di *e-commerce,* dirette alla conclusione di contratti business-to- consumer (ossia tra imprese e consumatori), offrono servizi di intermediazione, attraverso i quali un venditore *online* può raggiungere il consumatore finale con la propria offerta[2].

Tra queste, vanno annoverate i comparatori di prezzi (*price comparison engines*) e i motori di ricerca per l'*e-commerce* (*comparison shopping engines*), come Google Shopping, Idealo, Kelkoo, Become, Shopzilla e Shopmania, nonché i siti di vendite tra privati (come Kijiji.it o Etsy.com) e quelli per le offerte promozionali e temporanee (tra cui, in particolare, Groupon.it).

I comparatori di prezzi e i motori di ricerca per l'*e-commerce* permettono al consumatore di confrontare prezzi, disponibilità e aziende che offrono un determinato prodotto. Dal punto di vista dei venditori (*retailer*), i motori di ricerca, consentono certamente di migliorare visibilità e conoscibilità del proprio marchio raggiungendo una più ampia platea di consumatori in cerca di uno specifico prodotto. Questi siti, pur consentendo la comparazione delle offerte *online* di uno stesso bene da parte di più venditori, sono privi della funzionalità di *e-commerce* e il consumatore viene re-indirizzato sui siti dei venditori, dove si conclude la transazione e avviene il pagamento.

Ancora, i siti di comparazione di prezzi in rete non offrono alcun servizio "accessorio" connesso alla vendita, né ai consumatori, né ai venditori e ricorrono a un modello "*cost-per-click*", che prevede il pagamento da parte del venditore di una commissione per ogni utente giunto al sito *e-commerce* tramite il comparatore (a prescindere dall'effettivo acquisto), oltre a una eventuale commissione di *listing*.

I siti di vendite "speciali", in alcuni casi, consentono solamente vendite tra privati, cioè gli scambi P2P, come il sito di annunci *Kijiji.it* del gruppo eBay, o il sito dedicato alla vendita di prodotti artigianali o oggetti *vintage*, Etsy.com[3].

---

[2] La piattaforma digitale consiste in un'infrastruttura informatica (hardware tipicamente associato ad uno o più software) che fornisce servizi e strumenti tecnologici, programmi e applicazioni, per la distribuzione, il management e la creazione di contenuti e servizi digitali gratuiti o a pagamento, anche attraverso l'integrazione di più media (*integrated digital platform*). P. Spagnoletti - A. Resca - G. Lee, *A design theory for digital platforms supporting online communities: a multiple case study*, in *Journal of Information Technology*, 2015, 30, 4, 364-380. Per un inquadramento generale sul tema, si vedano le riflessioni di A. Quarta, G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, p. 168 ss.

[3] In relazione alle piattaforme P2P, vanno anche annoverate le piattaforme di economia collaborativa. A proposito dei profili giuridici connaturati alla diffusione delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa si veda A. Quarta, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2017, 554 ss., la quale osserva come tali piattaforme siano l'infrastruttura essenziale per il funzionamento della c.d. *sharing economy* laddove, mettendo in contatto due gruppi interdipendenti di soggetti - prestatori e utenti - creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni e servizi prevalentemente forniti da privati. Secondo tale impostazione la piattaforma non si limita, però, a mettere

Questi siti, infatti, non costituiscono un possibile canale di vendita per i *retailer* professionali.

Esiste, poi, una categoria di siti, tra cui il più importante è *Groupon.it*, che pur offrendo la possibilità ai venditori terzi di offrire i propri prodotti sulla loro piattaforma, adottano un particolarissimo modello di *business*, basato su vendite "a tempo" e promozionali (di norma per campagne *monobrand*), che non consente, quindi, la vendita continua e sistematica di singoli prodotti.

I *marketplace*, ancora, si differenziano a seconda che il gestore della piattaforma sia attivo nella vendita diretta ai consumatori finali di prodotti acquistati da fornitori oltre ad ospitare le offerte di *retailer* terzi (in questo caso si parla di *marketplace misto* o *ibrido*), ovvero si "limiti" a gestire la piattaforma per l'offerta ai venditori terzi di servizi di intermediazione (*marketplace puro*). EBay adotta un modello puro, mentre Amazon, come anche *e-Price* e *Zalando*, sono piattaforme ibride, operando anche come *retailer* in concorrenza con i venditori terzi.

Nell'ambito dei marketplace ibridi varia, però, lo spazio di offerte dei retailer terzi: oltre il 50% delle offerte su *Amazon* è proposta per beni e servizi venduti da retailer terzi, su *Zalando* e su *E-price* le offerte dei *retailer* terzi sono sensibilmente inferiori rispetto alle offerte della piattaforma.

La particolarità delle nuove piattaforme ibride è che esse operano sia come arbitri, in qualità di intermediari digitali, facilitando il contatto fra venditori e consumatori, sia come giocatori (cioè *competitors* nella singola piattaforma *on-line*) ogni qualvolta la stessa impresa (titolare della piattaforma) agisce come rivenditore di beni e servizi in concorrenza con fornitori terzi.

Alla luce del duplice ruolo svolto da queste piattaforme si avverte il pericolo che i relativi gestori siano maggiormente interessati a promuovere i propri prodotti a svantaggio di quelli dei venditori terzi.

Ancora, in funzione del numero di categorie dei prodotti offerti, si distinguono i *marketplace* cd. "*verticali*" da quelli cd. "*orizzontali*" (o *full range*). I primi -come *ManoMano*, *Farfetch*, *ePrice* e, nei limiti descritti, *Zalando* - offrono beni appartenenti a una o poche categorie merceologiche specifiche (elettronica e informatica, arredamento e design, moda e abbigliamento), mentre i *marketplace* orizzontali, come Amazon (eBay, Cdiscount, Wish, Etsy, Aliexpress) offrono prodotti di ogni tipo, sebbene la distinzione non appaia sempre netta.

I marketplace orizzontali e quelli verticali sono caratterizzati da un diverso *target* di utenti e dall'offerta di servizi differenti. Infatti, va osservato che, mentre una piattaforma verticale soddisfa principalmente le esigenze di consumatori in cerca di un prodotto specifico e di un acquisto mirato, un *marketplace* orizzontale si rivolge ad un pubblico molto più ampio, interessato all'eterogeneità dei prodotti offerti e alle opportunità di risparmio. Tali differenze influenzano le scelte di venditori più selettivi, intenzionati a valorizzare la propria offerta su siti specializzati.

Per tali ragioni, la metà dei venditori che usano una piattaforma orizzontale lo fa in maniera esclusiva, mentre quasi nessun venditore offre i propri beni

---

in relazione le due parti in vista di un accordo, ma fornisce servizi essenziali per la nascita di tale accordo (pagamento, valutazione servizio, sistemi di comunicazione).

unicamente su un marketplace verticale (solo 0,2% su *ePrice* e *Zalando*, nessuno su *Yoox*).

La più importante piattaforma di *e-commerce* orizzontale ed ibrida è Amazon. Il modello di business adottato da Amazon è quello di un ecosistema completo, tanto per un venditore quanto per un consumatore. Ciò implica un rapporto con i venditori in cui Amazon riveste molteplici "ruoli": concorrente diretto sulla piattaforma (*Amazon retail*), gestore della stessa (*marketplace*) e, oltre a ciò, fornitore di servizi complementari (tra i principali, i servizi di logistica, pubblicità, pagamento, post-vendita, cloud).

2. Il successo dei marketplace.

In anni recenti, soprattutto a seguito della pandemia da Covid-19, si è assistito ad una crescita esponenziale dell'*e-commerce*; ma la crescita del commercio elettronico trova spiegazione anche nei numerosi vantaggi che derivano dalla modalità di ricerca e di acquisto dei prodotti e servizi diversa rispetto al canale tradizionale *offline*.

I principali fattori trainanti per un consumatore sono la possibilità di: *a*) acquistare ovunque si trovi e a qualsiasi ora; *b*) comparare molte offerte; *c*) concludere l'acquisto rapidamente; *e*) beneficiare delle recensioni di un numero elevato di consumatori.

Invece, i principali fattori trainanti per un venditore sono: *a*) l' elevata visibilità, in quanto i *marketplace* consentono ai retailer (soprattutto quelli medio-piccoli) di sopperire alla loro scarsa conoscenza da parte del consumatore e di aumentare il grado di penetrazione del mercato perché attraggono un elevato numero di consumatori grazie alla capacità di aggregare molteplici *brand* e un numero elevato di prodotti[4]; *b*) maggiori risparmi di spesa e gestione più agevole dell'attività *online*, sul punto va osservato che la scelta di vendere su uno (o più) marketplace rispetto all'utilizzo di un proprio sito web ha implicazioni anche in termini di tempi e costi necessari all'avvio e alla gestione dell'attività, di numero e ampiezza dei mercati raggiungibili, nonché di prospettive di redditività nel breve/medio periodo; *c*) elevata reputazione, la fiducia dei consumatori nei *marketplace* si traduce nella capacità di attrarre il consumatore, ma soprattutto di convincerlo ad acquistare e a tornare in seguito[5]; *d*) rafforzamenti della propria posizione competitiva, attraverso l'uso dei marketplace le imprese riescono a rafforzare la propria competitività sul mercato e ad aumentare il volume di vendite realizzate online.

Alla luce dei vantaggi elencati, per diversi *retailer* la presenza su una piattaforma determina un miglioramento della propria capacità di competere

[4] Va, peraltro, notato che i *marketplace* hanno persino un'elevata capacità di conquistare l'attenzione dei consumatori anche con l'investimento di ingenti risorse in: pubblicità mirata (*target advertising*), attraverso la "profilazione" del consumatore resa possibile dalla disponibilità di una mole significativa di dati e l'"acquisto" di parole chiave per ottenere la preminenza della propria offerta sui motori di ricerca. Sul punto, va chiarito che, nel 2019, Amazon ha sostenuto una spesa poco inferiore a 11 miliardi di dollari in "pubblicità", in forte aumento rispetto al 2018, mentre la spesa di eBay è stata pari a 1,4 miliardi di dollari.

[5] I marketplace mostrano un tasso di conversione (rapporto tra numero di visitatori e acquisti unici) più alto di quello dei siti *web* dei retailer.

e, soprattutto per le piccole imprese, l'utilizzo delle piattaforme digitali risulta uno strumento fondamentale per garantirsi un volume di vendite elevato.

Tutti i *marketplace*, in quanto intermediari digitali, permettono ai venditori terzi di usufruire di un servizio "di base", che include la possibilità di mettere in vendita i propri prodotti sulla piattaforma, raggiungendo un'ampia base di consumatori (*listing & matching*) e di concludere la transazione con questi ultimi sulla piattaforma stessa, senza reindirizzare il consumatore sul sito web del venditore (*selling*).

Questa caratteristica distingue i *marketplace* sia dai siti web proprietari sia dalle altre piattaforme di incontro tra consumatore e venditore, cd. "*non transaction*".

Di recente, diversi *marketplace* hanno sfruttato le nuove opportunità di crescita e miglioramento dell'economia digitale, nonché hanno migliorato le proprie capacità di raccogliere immense quantità di dati per conquistare rilevanti quote di mercato che, sino a pochi anni fa, sembravano inarrivabili.

La conquista di rilevanti quote di mercato è avvenuta con la realizzazione di un nuovo modello di *business* della *platform economy*: gli effetti di rete indiretti e la capacità di *data mining*.

La prima caratteristica, quella relativa agli effetti di rete, è strettamente legata alla conformazione di una piattaforma a due versanti, la quale si caratterizza per la capacità di incrementare, in modo proporzionale, la presenza dei clienti che utilizzano la piattaforma, nonché ovviamente l'adesione dei terzi venditori che ne fanno uso per la vendita dei propri prodotti.

In altri termini, il fenomeno degli effetti di rete (*network effects*) di una piattaforma consente che *la sua utilità per gli utenti/venditori aumenta al crescere del numero dei consumatori che la utilizzano*.

Un *marketplace* presenta principalmente effetti di rete indiretti (al crescere del numero di consumatori, aumenta la convenienza della piattaforma per i venditori e viceversa), ma anche diretti (un maggior numero di recensioni dei consumatori beneficia gli altri utenti, così come un maggior numero di venditori accresce l'interesse e l'utilizzo della piattaforma da parte dei consumatori e ne aumenta il valore per gli altri venditori)[6].

---

[6] Quando è presente un effetto di rete, il valore di un prodotto o servizio aumenta in base al numero di altri utenti. Gli effetti di rete si distinguono in effetti di rete diretti ed indiretti. Quelli diretti si hanno quando un aumento dell'utilizzo porta ad un aumento diretto del valore per gli altri utenti. Un'economia di rete diretta viene definita *same-side network effect*. Quelli indiretti, invece, si hanno quando l'aumento dell'utilizzo di un prodotto aumenta il valore di un prodotto o di una rete complementari, che a sua volta possono aumentare il valore dell'originale. Esempi di prodotti complementari includono ad esempio i software. Questo è anche chiamato *cross-side network effect*. La maggior parte dei mercati a due parti (o mercati mediati dalla piattaforma) sono caratterizzati da effetti di rete indiretti. Tali effetti rappresentano una barriera all'entrata per i *newcomers* nel mercato di riferimento: il benessere del consumatore non è legato esclusivamente a scelte personali, bensì al comportamento congiunto degli altri utenti. Sulle esternalità di rete M. Savioli, *Le esternalità di rete*, Siena 2005; sulle implicazioni legali degli effetti di rete, si veda M.A. Lemley-D. McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in 86 Cal. L. Rev. 1998, p. 479, consultabile in SSRN: *https://ssrn.com/abstract=32212 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.32212*. Contributi più recenti sugli effetti di rete nei mercati digitali, C. S. Yoo, *Network Effects in Action, in The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 5, U of Penn, Inst. for Law & Econ. Research Paper No. 21-01, 2021, consultabile in SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3733669 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733669*; J.M. Yun, *Overview of Network Effects & Platforms in Digital Markets,* in *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 2, 2020, consultabile in SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3733656 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733656*. Sui *platform effects*, T. Nachbar, *Platform Effects, in Virginia Public*

Data la rilevanza di tali effetti di rete, il numero di consumatori e venditori diventa la variabile fondamentale per il successo di una piattaforma.

La variabilità in aumento o diminuzione deriva, da un lato, dai servizi accessori che i *marketplace* offrono ai venditori; dall'altro, per i consumatori, dalla velocità e semplicità di ricerca, nonché dall'affidabilità e sicurezza nella transazione.

Una seconda caratteristica dei nuovi *marketplace* è quella di avere una elevata capacità di elaborazione dei dati al fine di trasformarli in informazioni dall'elevato valore economico, vero e proprio fattore di produzione per i giganti dei mercati virtuali.

La capacità di *data mining* dipende però dall'uso di tecnologie estremamente sofisticate come i *data analystics*, algoritmi di analisi ed apprendimento automatico (c.d. *machine learning*) che, individuando tutte le possibili correlazioni fra le informazioni raccolte, procedono alla profilazione degli utenti fino a predirne le scelte e i futuri comportamenti.

Tali tecnologie, però, necessitano di essere aggiornate costantemente, posto il continuo e repentino mutamento dei gusti e delle preferenze dei consumatori. Sicché, l'aggiornamento e la maggiore precisione dei risultati processati da tali tecnologie comportano per le imprese della *digital economy* investimenti tecnici elevatissimi sia in termini di ricerca che di costi che solo i giganti del web come Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft (oggi identificati come GAFAM) sono in grado di sostenere.

Ne consegue che per una piccola e media impresa che intendesse entrare nel mercato delle vendite on-line con un proprio sito *e-commerce* sarebbe impossibile competere con il *marketplace* di Amazon che detiene una incontrastata ed ormai consolidata posizione di leadership nell'ambito del commercio elettronico mondiale.

In questo nuovo contesto di *net-economy*, è evidente come da un lato gli effetti di rete indiretti e dall'altro l'uso dei *Big data* diano alle società della *platform economy* un vantaggio competitivo di indubbio rilievo.

Per tali ragioni, come si avrà modo di notare meglio nel prosieguo, di recente è stato proposto il regolamento denominato "*Digital Markets Act*" (da ora, più brevemente DMA) diretto a regolare il potere economico dei *gatekeeper*[7]. In particolare, il DMA sarebbe una iniziativa legislativa volta a garantire un mercato unico competitivo per i servizi digitali e, in particolare, mercati delle piattaforme equi e contendibili.

La Commissione europea ha concepito tale nuova disciplina in considerazione del fatto che alcune piattaforme *online* si sono affermate come elementi strutturali fondamentali dell'economia digitale, fungendo da intermediari per la maggior parte delle transazioni tra consumatori e imprese.

Law and Legal Theory Research Paper No. 2021-10, 2021, consultabile in SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3775205 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3775205.*

[7] Termine che viene utilizzato per indicare le entità, si tratta in particolare dei grandi fornitori di servizi internet come Microsoft, Apple, Google, Yahoo, Facebook, Amazon (le c.d. Internet Company), che decidono cosa possa e cosa non possa passare attraverso un cancello, una porta. La funzione di controllo dell'informazione che transita attraverso il *gate* si realizza attraverso processi e meccanismi che consistono nel selezionare, incanalare, ridefinire, manipolare e cancellare l'informazione stessa, tanto da minare il carattere di neutralità della rete definita dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti in Internet, adottata il 18 luglio 2015, come la condizione necessaria per l'effettività dei diritti fondamentali della persona.

L'importanza di tali piattaforme ha assunto dimensioni tali da consentire loro di fungere da *gatekeeper*, cioè operatori che hanno un impatto significativo sul mercato interno e detengono, attualmente o in un futuro prossimo, una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni[8].

3. Le condizioni generali di contratto praticate dai principali marketplace.

Le piattaforme, soprattutto quelle ibride, possono essere definite come piattaforme ecosistema in cui operano sia come operatori sia come *marketplace*.

Le piattaforme ecosistema sono capaci di operare su più versanti del mercato e cioè rapportarsi, allo stesso tempo, con produttori, distributori e utenti; ancora tali piattaforme sono in grado di dirigere le scelte degli utenti attraverso meccanismi di profilazione e predizione determinando la loro fidelizzazione.

Proprio per le suddette capacità, le piattaforme ecosistema riescono a mantenere una posizione di forza nel mercato che rappresenta a sua volta anche il motore dell'aggregazione e contestualmente rende più difficile per altri operatori resistere alla forza attrattiva della piattaforma.

La costruzione di una piattaforma ecosistema ha genesi nel contratto. La creazione di rapporti di connessioni stabili avviene attraverso la conclusione di contratti standardizzati che generano una sostanziale dipendenza di soggetti potenzialmente concorrenti che entrano a far parte dei marketplace[9].

Un esempio di costruzione contrattuale di un *marketplace* ecosistema è proprio Amazon. Attraverso lo strumento contrattuale, la piattaforma Amazon

---

[8] Sui *new gatekeepers*, cfr. R. Van Loo, *The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers*, in *Virginia Law Review*, Vol. 106, p. 467 ss.; G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, p. 425 ss., p. 439 ss.; M. W. Monterossi, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e Impr.*, 2021, 3, 920; A. Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019.

[9] Sulle condizioni generali: C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli 1977; E. del Prato, *I regolamenti privati*, Milano 1988; G. Alpa, voce *Contratti di massa profili generali*, in *Enc. dir.*, Milano 1997, vol. I, p. 403; Id., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1997, p. 237 ss.; A. Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli 2000; E. Cesàro, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova 1997; Id., *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1991, p. 55 ss.; E. Capobianco, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano 2006; A. Cataudella, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in *Scritti giuridici*, Padova 1991; G. Chiné, voce *Contratti di massa* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. I, Agg., Milano 1997; M. Costanza, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 543; A. Genovese, *Le Condizioni generali di contratto*, in *R. d. comm.*, 1955, p. 408 ss.; M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova 1996; U. Morello, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. civ.*, III, Torino 1988; M. Nuzzo, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Diz. dir. priv.*,a cura di N. Irti, I, Milano 1980; S. Orlando, *The use of unfair contractual terms as un unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 25 ss.; Id., *La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, in questa *Rivista*, 1997, p. 730 ss.; G. Patti-S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, *sub* artt. 1337-1342, Milano 1993; S. Patti, *Le condizioni generali di contratto*, Padova 1996; Id., *Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1995, 1; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, *sub* artt. 1321-1352, Bologna-Roma 1970; C. Scognamiglio, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del "contraente debole"*, in *R. d. comm.*, 1987, II, p. 425; G. Tatarano, *Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del notaio nella contrattazione standardizzata*, in *Studi in onore di Capozzi*, I, 2, Milano 1992; Venosta, *Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 646 ss.

ha creato un nuovo sistema di logistica fondamentale per la consegna rapida dei prodotti venduti sul *marketplace*.

Per comprendere, dunque, i particolari servizi offerti da Amazon, occorre comparare le condizioni di contratto offerti dei concorrenti di Amazon con le condizioni di contratto adoperate dai concorrenti.

I marketplace potenzialmente in grado di esercitare un vincolo competitivo nei confronti di *Amazon* sono quelli con dominio o sottodominio italiano. Pertanto, considerando anche i marketplace verticali, i principali concorrenti di Amazon.it risultano essere: *eBay* (titolare del dominio italiano www.ebay.it), *Zalando* (www.zalando.it), *ePrice* (www.eprice.it), *ManoMano* (www.manomano.it), *Aliexpress* (con il sottodominio italiano del sito it.aliexpress.com), *Wish* (www.wish.com) e *Bonanza* (www.bonanza.com).

Ebbene, stando alla stretta relazione che sussiste tra contratto, impresa e mercato, proprio le condizioni generali di contratto che regolano tali operatori e gli utenti commerciali debbono essere considerate ai fini della valutazione della posizione dominante di Amazon.

Per quanto riguarda Ebay, esso è un *marketplace* puro (non svolge attività di vendita diretta di prodotti propri, ma offre unicamente servizi di intermediazione a venditori terzi) e un sito di aste, appartenente al gruppo eBay Inc., attivo in Italia dal 2001 e gestito dalla società eBay GmbH.

Il rapporto commerciale tra eBay e i venditori terzi è regolato dallo *User Agreement*, che prevede due commissioni: una tariffa d'inserzione, più una commissione sul prezzo di vendita del prodotto al momento della conclusione della transazione.

Inoltre, a fronte del pagamento di un'iscrizione mensile, il venditore può aprire un Negozio eBay, che in base al piano scelto (*Base*, *Premium* e *Premium Plus*) dà diritto ad usufruire di un numero di inserzioni pubblicitarie gratuite e a ricevere dati ed analisi personalizzate sulla propria attività di vendita sulla piattaforma. Ebay non offre direttamente un proprio servizio di logistica ai venditori terzi attivi sul proprio marketplace, ma collabora con diversi spedizionieri (tra cui, DHL, Nexive, TNT, Poste Italiane, Bartolini, UPS) per facilitare l'utilizzo dei loro servizi di spedizione e consegna da parte dei *retailer* su eBay.it. Gli spedizionieri hanno, tuttavia, un rapporto diretto con i singoli venditori e non con la piattaforma gestita da *eBay*.

Zalando è, invece, una società creata nel 2008, con sede a Berlino, specializzata nella vendita *online* di scarpe, vestiti e altri accessori. Ad oggi, Zalando è attivo in 17 Stati europei. Zalando.it è gestito sulla base di un modello "ibrido", in quanto la Società è attiva contemporaneamente nella vendita diretta e nella fornitura di servizi di intermediazione.

L'attività di marketplace è regolata dal *Partner Program*, che non prevede il pagamento di un'iscrizione. Per ogni vendita effettuata sul marketplace, i *retailer* pagano una commissione, negoziata individualmente e, in generale, definita in funzione della categoria merceologica e del prezzo.

Come Amazon, Zalando fornisce ai retailer terzi anche servizi accessori, come quelli di *advertising*, di pagamento e di assistenza *post-sale*.

Tra questi, vi è il servizio di logistica - definito *Zalando Fulfillment Solutions* (ZFS) - che si compone di stoccaggio e gestione dei prodotti dei venditori nei

magazzini della Società e di evasione e consegna degli ordini ricevuti sul *marketplace* di Zalando. Ad oggi, tutti i magazzini sono situati in Germania.

Per quanto riguarda EPrice, questa è una società italiana attiva dal 2015, specializzata nella vendita di prodotti *high-tech*, elettronica ed elettrodomestici. ePrice.it è un marketplace ibrido: la Società offre servizi di marketplace e svolge attività di vendita diretta ai consumatori.

Ad oggi, ePrice.it è attivo unicamente in Italia e accetta solo venditori situati in Italia o nell'Unione europea. I prodotti possono essere consegnati solo sul territorio italiano.

Per vendere su ePrice.it i venditori devono sottoscrivere il contratto di adesione al marketplace, aprire un conto di pagamento con un *Payment Service Provider* e pagare due commissioni: il canone fisso mensile e la commissione di vendita calcolata in percentuale del prezzo finale del prodotto e alla categoria merceologia di appartenenza.

EPrice offre un servizio di *advertising* in modalità *Pay-per-Click* in cui i retailer possono "comprare" visibilità aggiuntiva nella prima pagina derivanti da parole chiave scelte da loro, mentre non offre servizi di assistenza di post-vendita. ePrice non offre servizi di logistica completi ai propri retailer, ma offre un servizio per la consegna dei prodotti presso la propria rete di punti di ritiro (i "Pick&Pay", attualmente 130 distribuiti in 109 città).

Wish è, invece, il nome commerciale della piattaforma di e-commerce di proprietà di Contextlogic Inc. Del medesimo gruppo fanno parte anche altri marketplace minori tra cui Geek, Cute, Mama e Home.

Sul dominio in lingua italiana, oltre a fornire servizi di intermediazione, Wish opera, come Amazon, anche come *retailer* diretto (*marketplace* ibrido) di prodotti appartenenti a varie categorie merceologiche (*marketplace* orizzontale).

I retailer sottoscrivono il *Wish Merchant Terms of Services* e corrispondono una commissione pari al 10-20% del prezzo di vendita del prodotto (in alcuni casi la commissione è negoziata individualmente). Non sono previste spese iniziali per l'apertura dell'*account*.

Anche Wish ha le stesse ambizioni di Amazon, infatti la piattaforma ha avviato recentemente un programma di logistica - il *Fulfilled By Wish* - grazie al quale i retailer possono depositare i loro prodotti nei magazzini gestiti dalla Società, che amministra la spedizione e la consegna degli ordini ricevuti dai venditori su Wish.com. *Fulfilled By Wish* è un servizio in fase iniziale, di dimensioni visibilmente contenute.

Amazon è nata nel 1994 come società di vendita al dettaglio in internet di prodotti e servizi propri, ma solo nel 2000 ha deciso di mutare la strategia di *business*, trasformandosi in una grande "vetrina virtuale" in cui consentire ai venditori terzi di mettere in vendita i propri prodotti ed ai consumatori di acquistare, attraverso il *marketplace*, ciò di cui avevano bisogno.

L'obiettivo del fondatore Jeff Bezos era certamente quello di guadagnare la "*market leadership*" nell'intero mercato digitale e, di conseguenza, accrescere il proprio dominio economico. Un traguardo che oggi può senz'altro dirsi raggiunto visto che Amazon ha esteso le sue iniziative imprenditoriali in ogni settore, arrivando sino ad Hollywood dove opera in veste di produttore di serie

televisive e di film facendo concorrenza alle più note piattaforme streaming ed ai giganti del settore cinematografico e televisivo americano.

L'espansione nel contesto dell'e-commerce è stata resa possibile dalla straordinaria abilità della società di Seattle di assumere una doppia veste. Da un lato è l'intermediario mediante cui venditori e consumatori vengono messi in contatto, dall'altro è rivenditore di prodotti e servizi propri, fra i quali merita di essere menzionato quello della logistica il cosiddetto "*Fulfillment by Amazon*".

Per quanto riguarda le condizioni generali di contratto anche queste sono unilateralmente definite da Amazon e racchiuse in un testo intitolato le *Business Solutions*.

Una volta configurato l'*account*, i venditori gestiscono il catalogo del proprio "negozio virtuale" in modo indipendente, caricando gli articoli attraverso un'applicazione *on-line* e fornendo la descrizione del prodotto, l'immagine e il prezzo.

Il venditore può scegliere tra: *a)* un *account base* per il quale non è previsto un costo fisso ma il pagamento di una commissione per ogni transazione conclusa; *b)* oppure un *account pro* che prevede un abbonamento mensile.

A questi costi, mensili od occasionali, si aggiunge una commissione per ciascun articolo venduto determinata in misura percentuale sul prezzo del prodotto.

Amazon offre, inoltre, ai venditori una serie di servizi aggiuntivi a pagamento tra i quali vi è quello chiamato *Fulfillment by Amazon* (da ora, FBA) che consiste nella gestione completa degli ordini. Amazon si occupa dello stoccaggio dei prodotti, che i venditori devono far pervenire nei diversi centri logistici che detiene in Europa e nel mondo, della gestione del magazzino, dell'imballaggio, della spedizione, della gestione dei resi e dei rimborsi.

In relazione alla adesione dei venditori al programma *Fulfillment by Amazon*, l'AGCM (che, con provvedimento del 10 aprile 2019, ha avviato un' istruttoria per verificare l'eventuale abuso di posizione dominante, illecito poi accertato in data 30 novembre 2021 con provvedimento di chiusura istruttoria A528[10]) ha preso in considerazione l'eventualità che Amazon possa favorire l'acquisto di determinati prodotti, condizionando la scelta degli utenti e ostacolando il corretto funzionamento del mercato[11].

---

[10] Vd. https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_chiusura%20istruttoria.pdf

[11] Come rileva l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (http://www.agcm.it/concorrenza-competenza/abuso-di-posizione dominante.html), "un'impresa detiene una posizione dominante quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori. Ciò avviene, in genere, quando detiene quote elevate in un determinato mercato. Il fatto che un'impresa raggiunga grandi dimensioni non distorce di per sé il mercato: talvolta, per operare in modo efficiente, è infatti necessario essere attivi su larga scala o in più mercati. Inoltre, un'impresa può crescere proprio grazie al suo comportamento 'virtuoso', offrendo prodotti che meglio di altri, per il prezzo e/o per la qualità, soddisfano le esigenze dei consumatori. La legge non vieta quindi la posizione dominante in quanto tale, ma il suo abuso (articolo 3 della legge n. 287/90) che si concretizza quando l'impresa sfrutta il proprio potere a danno dei consumatori ovvero impedisce ai concorrenti di operare sul mercato, causando, conseguentemente, un danno ai consumatori. Analogamente a quanto avviene per le intese, quando l'abuso determina un pregiudizio per il commercio tra più Stati membri dell'UE, l'Autorità applica la normativa comunitaria (articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea). La capacità dell'impresa di imporre determinate condizioni in uno specifico rapporto contrattuale non determina, di per sé, una posizione dominante. Tuttavia, lo sfruttamento di questo potere negoziale può comportare, quando ne ricorrano le condizioni, un abuso di dipendenza economica. Ferma restando l'applicazione dell'articolo 3 della legge 287/90 in materia di abuso della posizione dominante, l'Autorità può intervenire qualora ravvisi

L' istruttoria dell'AGCM ha chiarito che Amazon ha indotto gli utenti ad acquistare i prodotti messi in vendita da venditori che aderiscono al servizio *Fulfillment by Amazon* e dai quali essa riceve, oltre alle commissioni sulle vendite, anche il corrispettivo per la gestione degli ordini.

A ciò si aggiunge che, all'esito delle ricerche di prodotti effettuate dagli utenti sulla piattaforma *Amazon*, la posizione dei prodotti nella pagina e l'ordine con il quale sono proposti al cliente, infatti, non è indifferente ed è in grado di condizionarne la scelta. La classifica dei prodotti ricercati avviene attraverso un algoritmo che elabora un insieme di informazioni aventi ad oggetto il prodotto e il venditore, tra le quali anche le recensioni dei clienti relative, ad esempio, alla qualità del prodotto, alla consegna, al servizio reso.

Dall' istruttoria dell'Antitrust emerge che i *feedback* negativi che sono presi in considerazione ai fini dell'elaborazione dei dati sembrerebbero essere solo quelli relativi ai prodotti spediti direttamente dal venditore e non anche i prodotti spediti da Amazon. Del resto, la stessa piattaforma sollecita i venditori ad aderire ai servizi di logistica sottolineandone i vantaggi, consistenti nella possibilità di eliminare i *feedback* negativi, migliorare le proprie prestazioni e servizi, nonché l'indicizzazione dei propri prodotti.

Sta di fatto che Amazon, grazie alla colossale rete di distribuzione che possiede, è in grado di gestire gli ordini e le spedizioni in modo più efficiente e veloce rispetto al singolo venditore. Pertanto, i venditori che affidano ad Amazon la gestione degli ordini ottengono più facilmente *feedback* positivi che migliorano la qualità dei loro servizi. Inoltre, la visibilità e il posizionamento sulla pagina web dei prodotti spediti da Amazon sono migliori di quelli degli altri venditori che non usufruiscono del servizio.

La visualizzazione della dicitura "spedito da Amazon", inoltre, potrebbe ingenerare una maggiore affidabilità nell'utente, che è consapevole della maggiore efficienza ed affidabilità del servizio rispetto a quello offerto direttamente dal venditore.

Infine, non è da sottovalutare che solo i prodotti che usufruiscono del servizio *Fulfillment by Amazon* rientrano tra quelli offerti a particolari condizioni, definite in un programma denominato Prime, che consente agli utenti di beneficiare di vantaggi su spese, tempi di spedizione e di recente di usufruire anche di un servizio video on demand. La pagina web di Amazon, peraltro, consente di filtrare i risultati, chiedendo che vengano mostrati solo i prodotti Prime, tra i quali, ovviamente, non possono rientrare i prodotti offerti da venditori che scelgono di gestire direttamente la spedizione all'acquirente.

In ragione dell' ecosistema creato dalla piattaforma, l'Antitrust ha avviato una istruttoria al fine di accertare se la piattaforma abbia, in concreto, sfruttato una posizione dominante nel mercato imponendo ai venditori le proprie condizioni e abusando dei piccoli e medi venditori che si trovavano nell' impossibilità di scegliere liberamente le modalità di distribuzione dei propri prodotti, posto che Amazon ben può favorire la vendita di un prodotto

---

un abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato (Art. 11, legge 5 marzo 2001, n. 57). Si ha abuso di dipendenza economica quando un'impresa è 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 subìto l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (Art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192)".

piuttosto che di un altro sulla base di valutazioni legate alla propria convenienza.

4. I vantaggi per i venditori FBA di Amazon.

Come si è anticipato, Amazon ha definito un insieme di funzionalità che consentono ai venditori terzi di ottenere maggiore visibilità della loro offerta e un miglioramento delle loro *performance* di vendita su Amazon.it e ha condizionato l'accesso a tali funzionalità alla sottoscrizione dell'accordo di *Fullfilment By Amazon* (FBA), il servizio di logistica integrata offerto da Amazon stessa.

Tale servizio attribuisce un "pacchetto" di vantaggi esclusivi e irreplicabili ai soli venditori terzi che aderiscono al FBA. Si tratterebbe di vantaggi inaccessibili, né altrimenti conseguibili dai venditori terzi che gestiscono gli ordini ricevuti su *Amazon.it* in proprio o avvalendosi di un operatore di logistica terzo.

A parità di altre condizioni, pertanto, un venditore terzo che decida di operare sulla piattaforma Amazon senza utilizzare il servizio di logistica offerto da quest'ultima non è ammesso ai vantaggi garantiti ai *retailer* FBA, suoi concorrenti su Amazon.it, e ciò indipendentemente da serie e veritiere valutazioni circa l'efficienza del servizio di logistica concorrente al servizio di *FBA* scelto dal venditore.

In particolare, il programma permette diversi vantaggi.

In primo luogo, Amazon non applica agli ordini gestiti con FBA l'insieme di metriche elaborato dalla Società per misurare le performance dei retailer terzi su Amazon.it.

In particolare Amazon, per il venditore attivo sulla propria piattaforma, applica delle metriche di *performance* che, nel caso in cui siano del tutto negative, potrebbero condurre alla sospensione dell'*account* del venditore sulla piattaforma.

Proprio in relazione all'applicazione delle metriche ai venditori non FBA, Amazon induce questi ultimi ad aderire al programma del *Fulfillment by Amazon*. In particolare, Amazon monitora l'attività dei venditori non FBA, sulla base di un insieme di metriche elaborato dalla piattaforma: 1) la percentuale di ordini difettosi, 2) la percentuale di cancellazioni effettuate dal venditore precedentemente alla consegna e 3) la percentuale di spedizioni in ritardo.

In ogni momento della loro attività sul *marketplace*, i retailer devono mostrare valori inferiori a una soglia critica stabilita da Amazon per ognuna delle metriche elencate. In caso di mancato rispetto da parte di un venditore di una delle metriche, Amazon invia un avvertimento. Se il disallineamento prosegue, Amazon sospende i diritti di vendita (definiti "privilegi di vendita") del *retailer* fino a quando quest'ultimo non abbia elaborato e posto in essere un "piano di azione" (POA) per rimediare alle cause del difetto di performance che costringerebbe il *retailer* ad aderire al piano del *Fullfillment by Amazon*.

Per i retailer che aderiscono al programma FBA, si ha una disapplicazione delle metriche, il che comporta che, a differenza di tutti gli altri retailer presenti su Amazon.it, il livello delle prestazioni dei retailer FBA non è oggetto di

valutazione e controllo da parte del gestore della piattaforma, il quale assume la responsabilità totale per gli ordini FBA nei confronti del consumatore finale.

In secondo luogo, Amazon consente ai soli *retailer* clienti del proprio servizio di logistica di fregiarsi dell'etichetta *Prime*. Non esiste ad oggi alcun programma, alternativo a FBA per ampiezza e caratteristiche, che permetta ai *retailer* di includere i propri prodotti in Prime e raggiungere milioni di abbonati al programma, fidelizzati, anche attraverso ulteriori servizi di video *on demand*, nonché frequentatori della piattaforma.

L'ammissione dei propri prodotti a Prime permette ai retailer FBA di partecipare agli eventi speciali (gli *special deals*) organizzati da Amazon durante l'anno (*Prime Day, Black Friday/Cyber Monday, Back to School*), associati ad un numero di visite e di acquisti sul marketplace Amazon.it ben superiori a quelli registrati in qualsiasi altro periodo dell'anno.

Ancora, in ragione dell'algoritmo utilizzato per la selezione dell'Offerta in vetrina (c.d. algoritmo FMA), la non applicazione delle metriche di valutazione e l'ottenimento del *badge Prime* aumentano significativamente la probabilità che l'offerta di un retailer FBA si aggiudichi la *BuyBox*, ossia una finestra evidenziata posta in alto a destra del sito della piattaforma che costituisce la modalità di acquisto privilegiata dalla maggior parte dei consumatori.

L'assegnazione della BuyBox avviene in base ad un punteggio assegnato alle diverse offerte attraverso il funzionamento dell'algoritmo che opera in due fasi: una di "pre-qualifica" e una di *ranking*. Nella fase di "pre-qualifica", l'algoritmo FMA esclude direttamente un'offerta non-FBA.

In questi termini, la decisione del *retailer* di affidare la logistica ad Amazon influenza l'esito di entrambe le fasi, garantendogli una maggiore probabilità di aggiudicarsi la *BuyBox* rispetto ad un venditore che gestisca diversamente l'evasione degli ordini ricevuti su Amazon.it.

In sintesi, il programma FBA è in grado di rimuovere ogni preoccupazione dei *retailer* in relazione alla misurazione puntuale della loro attività da parte del gestore del *marketplace* e costituisce la chiave d'accesso privilegiata (l'unica a disposizione dei venditori terzi per lungo tempo) ai consumatori *Prime*, ovverosia il segmento *premium* della domanda, i consumatori di Amazon più attivi e caratterizzati da un'elevata propensione alla spesa.

Pertanto, la strategia elaborata dalla Società lega a doppio filo il successo di un *retailer* su Amazon.it all'adozione di FBA, che diviene per i *retailer* terzi su Amazon.it l'indispensabile volano per l'aumento della loro performance di vendita.

In questi termini, sono i retailer ad aver riconosciuto la primaria importanza dei benefici garantiti da FBA per il successo delle vendite di un prodotto su Amazon.it. Il programma FBA, al quale hanno aderito i venditori più attivi sulla piattaforma, permette, in definitiva, di ottenere la maggiore visibilità sul marketplace; la maggiore facilità di rispettare le metriche di valutazione; l'aumento della probabilità di aggiudicarsi la *BuyBox*; la possibilità di aderire alle iniziative promozionali.

L'Antitrust ha confermato che per il 42% degli attuali utilizzatori di FBA tali benefici sono dirimenti nella scelta del fornitore del servizio di logistica: se privati di tali vantaggi, essi cesserebbero di utilizzare il servizio di logistica di Amazon (pag. 187 provvedimento di chiusura istruttoria A528).

D'altra parte, la necessità del retailer di essere presente sulla piattaforma Amazon.it è comprovata dall'elevatissimo numero di venditori attivi vantati da Amazon rispetto alla concorrenza, da cui discende un potere negoziale fortissimo del gestore della piattaforma e l'incentivo del venditore terzo ad aderire alle proposte che garantiscano un'effettiva visibilità ai propri prodotti all'interno dell'amplissima offerta presente sulla piattaforma.

5. Il modello FBA e le restrizioni nel mercato dell'e-commerce e nel mercato della logistica.

Le descritte condotte di Amazon si sono dimostrate idonee a restringere la libertà di scelta dei *retailer* in merito all'operatore di logistica più confacente alle proprie esigenze di *business* e a produrre effetti anticoncorrenziali ai danni dei *competitor* di Amazon tanto nel mercato dei servizi di logistica per *e-commerce*, quanto in quello dei servizi di intermediazione su *marketplace*.

In primo luogo, associando l'ottenimento di benefici esclusivi sul marketplace Amazon.it all'adozione di FBA, Amazon ha sottratto domanda di servizi di logistica per *e-commerce* agli operatori concorrenti.

Il servizio integrato di logistica offerto dal programma FBA è idoneo a danneggiare sia le imprese che offrono un analogo servizio di *fulfilment* completo e sia i corrieri che si occupano della sola fase di consegna.

In secondo luogo, per effetto dei costi del servizio FBA e per effetto di una più efficiente gestione del magazzino, la pressione abusiva all'adozione del servizio di logistica di Amazon si è mostrata idonea a scoraggiare ogni possibilità per i venditori di offrire i proprio prodotti su diversi *marketplace* (vendita *multi-homing*), con evidente pregiudizio per i gestori di piattaforme concorrenti.

Tale effetto, visibile nell'aumento della percentuale di *single-homing* tra i venditori-FBA, sembra riflettersi nel drastico peggioramento della posizione concorrenziale del secondo operatore del mercato dei servizi di intermediazione su marketplace, *eBay*.

Infine, l'attribuzione dei vantaggi esclusivi in termini di maggiore visibilità sul marketplace alle sole offerte gestite con FBA non è legata alle prestazioni di vendita dei retailer o giustificata da obiettivi di efficienza - altrimenti non raggiungibili - nella gestione della piattaforma, né dettata da intrinseche caratteristiche di FBA.

L'invocata superiorità di FBA rispetto ai servizi concorrenti di logistica è assunta da Amazon come elemento di fatto non discutibile, tale da giustificare il riconoscimento di un trattamento preferenziale ai venditori che adottino il suo servizio di logistica.

In questo contesto, le condotte descritte possono essere ricondotte a un'unica, complessa e articolata strategia escludente, attuata dal gruppo Amazon in violazione dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Ebbene, in ragione della posizione dominante detenuta da Amazon sul mercato dei servizi di intermediazione su marketplace, la condotta contestata all'impresa Amazon è idonea a *falsare ed alterare la concorrenza in modo illecito*.

Infatti, sebbene l'esistenza di una posizione dominante non sia di per sé incompatibile con le norme a tutela della concorrenza, ciò che sarebbe sanzionato è la condotta dell' impresa diretta a rafforzare oppure estendere la sua posizione dominante e di abusarne.

Sotto questo aspetto, sull'impresa in posizione dominante grava, infatti, la speciale responsabilità di evitare che il suo comportamento ostacoli lo svolgimento di una concorrenza effettiva nel mercato.

Secondo una costante giurisprudenza «*la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda i comportamenti dell'impresa in posizione dominante atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa considerata, il grado di concorrenza è già sminuito, e che hanno l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti e servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza*»[12].

L'art. 102 TFUE proibisce le condotte dell'impresa in posizione dominante nel mercato rilevante idonee non solo a rafforzare il suo potere in tale mercato, ma anche a estendere tale posizione su un altro mercato rilevante - distinto, benché collegato al primo - restringendo in tal modo la concorrenza su tale mercato.

Peraltro, le condotte previste all'articolo 102 TFUE rappresentano una lista esemplificativa - non esaustiva - di fattispecie abusive in violazione delle norme a tutela della concorrenza[13].

6. Atipicità delle condotte abusive.

La qualificazione di una condotta come abusiva non dipende dalla riconducibilità della stessa all'elenco delle condotte abusive riportato nell'art. 102 TFUE.

L'art. 102 TFUE non contiene un elenco esaustivo dei possibili abusi ed, in virtù di tale flessibilità, riesce ad abbracciare anche eventuali e nuove condotte illecite che presentino, nel caso concreto, determinati caratteri sostanziali ed oggettivi per qualificare come abusiva una data condotta. Ebbene, nel caso di Amazon, il comportamento abusivo contestato consiste nell'aver abbinato, per i venditori FBA, non solo un insieme di funzionalità indispensabili per il successo della propria offerta su Amazon.it, ma anche il servizio di logistica offerto dalla piattaforma.

In tal modo, sul proprio *marketplace*, Amazon ha artificiosamente unito due servizi distinti: la presenza sulla piattaforma a condizioni remunerative (possibilità di non essere soggetto alla valutazione delle proprie *performance*, di offrire prodotti con l'etichetta *Prime*, di vendere durante gli eventi speciali e di avere alte chance di vincere la *BuyBox*) e il servizio FBA per l'evasione degli ordini - al fine di creare un incentivo illecito all'acquisto di FBA, in assenza di

[12] Corte di Giustizia dell'Unione europea n. C-457/10 P del 6 dicembre 2012, nel caso AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione, racc. digitale, §134 e n. C-413/14 P del 6 settembre 2017, nel caso Intel Corporation Inc. c. Commissione, §135

[13] Si vedano, *ex multis*, casi C-280/08 P Deutsche Telekom v Commission, EU:C:2010:603, §173 e C-52/09

modalità alternative di accesso ai medesimi vantaggi, che prescindano dall'uso di FBA.

Come si è già notato, l'induzione alla sottoscrizione del proprio servizio di logistica deriva dall'aver reso il programma di FBA l'unica via a disposizione dei retailer per ottenere vantaggi indispensabili per il successo su *Amazon.it*, facendo leva sul presupposto di una posizione dominante incontrastata nel mercato dei servizi di intermediazione che rende il *marketplace* di Amazon una vetrina e un canale di vendita indispensabile e insostituibile per i retailer *online* al fine di raggiungere la maggior parte dei consumatori italiani.

Amazon è riuscita a sfruttare la posizione di dominanza detenuta tra i *marketplace* per aumentare la domanda del proprio servizio di logistica da parte dei venditori terzi a discapito dei servizi concorrenti.

Il *Fulfillment by Amazon* è infatti l'unico servizio di logistica in grado di soddisfare gli *standard* richiesti dalla Società per rispondere alle esigenze dei consumatori *Prime* e, quindi, l'unico a poter garantire alle offerte dei venditori terzi su Amazon.it l'accesso al pacchetto dei benefici indispensabili per il successo.

In altri termini, Amazon gestisce il proprio marketplace senza prevedere un sistema di valutazione dei servizi di logistica forniti dagli operatori concorrenti basato su *standard* chiari, definiti *ex ante* e non discriminatori, che consenta loro di offrire ai venditori terzi l'accesso ai medesimi vantaggi garantito da FBA. Così facendo la strategia della Società è idonea a falsare il confronto concorrenziale tra il proprio servizio di logistica e quello offerto dagli operatori concorrenti, nella prospettiva dei venditori terzi.

Nel mercato, come accertato dall'AGCM, esistono ed operano vettori in grado di rispettare gli standard fissati dalla Società con riferimento al programma Prime.

Peraltro, la mancata partecipazione al servizio di logistica Amazon da parte di alcuni vettori trova le proprie ragioni non nella loro "inefficienza" o nell'incapacità di garantire un servizio di livello paragonabile a quello prestato da Amazon attraverso la propria rete distributiva, ma in una vera e propria resistenza dei vettori concorrenti ad accettare termini e condizioni economiche del servizio offerto ai venditori definite da Amazon.

In conclusione, in mancanza di una giustificazione oggettiva valida, la differenza di trattamento tra il servizio di logistica fornito dall'impresa in posizione dominante e servizi concorrenti che potrebbero essere parimenti efficienti costituisce una pratica estranea alla concorrenza basata sui meriti e configura, pertanto, una violazione dell'art. 102 TFUE.

7. Il *self-preferencing* posto in essere da Amazon (e il precedente caso di *Google Shopping*).

Si è notato che Amazon ha posto in essere condotte di trattamento preferenziale sia per la funzionalità del sistema di *ranking*, ossia di classificazione dei risultati nelle ricerche di prodotti, diretto a discriminare gli utenti *business* della piattaforma, sia per la scelta di determinati servizi di logistica affidati a determinati vettori con esclusione di altri spedizionieri.

È stato anche notato che per i venditori, che operano sulla piattaforma Amazon, è essenziale guadagnare una buona posizione nei primi risultati di ricerca in quanto, non solo produce maggiore impatto visivo per i consumatori, ma induce gli utenti *retail* a scegliere i prodotti che appaiono tra i primi classificati. L'utente medio, infatti, anziché scorrere fra i risultati per trovare il prodotto desiderato, preferisce di gran lunga vederlo visualizzato in prima pagina, con recensioni positive sia sul prodotto che sul servizio di spedizione e reso, in modo da acquistare bene e nel minor tempo possibile.

Amazon, grazie all'abilità di raccogliere e processare immense quantità di dati sulla piattaforma (attraverso l'algoritmo FMA), andrebbe a posizionare nei primi risultati di ricerca nel marketplace i venditori-terzi che decidono di aderire al servizio di logistica offerto dalla società e-commerce, mentre farebbe retrocedere quelli che scelgono di avvalersi dei servizi di logistica autonomi. Ancora, l'aver scelto il servizio FBA consente ai venditori di essere inseriti nel programma Prime e di raggiungere la *Buy Box* di Amazon, il che comporta la possibilità di conseguire un vantaggio competitivo non solo in termini di una migliore valutazione delle *performance* di vendita, ma anche in termini di un'elevata facilità di acquisto dei propri prodotti da parte dei clienti.

Si segnala che lo stesso provvedimento dell'Antitrust riporta che l'80% degli acquisti sul marketplace avviene passando per la Buy Box. Si comprende bene perché il posizionamento all'interno di tale riquadro sia così ambito.

Ebbene, è indubbio che l'essersi affidati alla logistica Amazon piuttosto che ai servizi esterni offerti da terzi, accresca la visibilità dell'offerta, collocandola fra le migliori posizioni nella ricerca.

Si consideri che l'Autorità garante nulla avrebbe avuto da censurare se tale vantaggio fosse stato raggiunto grazie all'efficienza ed alla qualità del servizio offerto dal venditore. Dall'istruttoria, invece, emerge che i criteri adoperati da Amazon permettono al venditore di posizionarsi nella *Buy Box* siano atti ad ingannare il cliente. Infatti, l'acquirente non avrebbe accesso a tutti i commenti di coloro i quali hanno acquistato lo stesso prodotto. L'adesione al servizio logistica FBA consente ai venditori aderenti di cancellare eventuali *feedback* negativi nelle recensioni relative alla consegna dei prodotti.

Se ne desume che la concorrenza fra i venditori che aderiscono a FBA e coloro che usano una gestione degli ordini e delle spedizioni autonoma, non sembrerebbe affatto basata su meriti, ma piuttosto sull'aver accettato o meno di aderire ad un servizio del *marketplace*.

In questi termini, l'AGCM ha qualificato la condotta di Amazon in termini di *self-preferencing.* Con tale termine si fa riferimento ai comportamenti mediante i quali le imprese digitali – gestori di piattaforme virtuali – favoriscono i propri prodotti o servizi, a discapito di quelli dei concorrenti che si avvalgono del medesimo spazio per vendere prodotti o offrire servizi concorrenziali[14].

Si tratta, dunque, di una delle possibili strategie che consentono alle piattaforme *online* di acquisire un progressivo e crescente potere di mercato e di sfruttare a proprio vantaggio la posizione di potenza economica.

La particolarità del provvedimento dell' AGCM è nell'aver considerato la *self-preferencing* come una ipotesi di abuso di posizione dominante.

---

[14] Sul punto, vd. A. Licastro, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Il Diritto dell'economia*, 2021, n. 2, p. 401 s.

Giova ricordare che il diritto della concorrenza non sanziona come illecito antitrust la mera detenzione di una posizione dominante sul mercato. Dunque, la condotta poc'anzi accennata non solleverebbe alcun tipo di problema, se non fosse che è lo sfruttamento abusivo della potenza economica acquisita dalle piattaforme digitali ad assumere rilievo anticoncorrenziale, laddove per abuso deve intendersi l'arbitrio di ostacolare la concorrenza effettiva ed allentare l'obbligo di pressione competitiva fra le imprese.

In questo contesto, si inseriscono le condotte delle piattaforme a concedere il trattamento più favorevole riservato a determinati prodotti o servizi rispetto a quelli offerti dai fornitori-terzi sulla medesima piattaforma digitale gestita dal *gatekeeper*.

Il trattamento preferenziale va considerato come pratica anticompetitiva anche se non è contemplato fra le pratiche abusive nell'art. 102 TFUE.

Difatti, anche se tale pratica non risulta essere menzionata dall'art. 102 TFUE, non sussiste alcun motivo che induca a disconoscerla come illecito anticoncorrenziale in quanto, come più volte ribadito dalla Commissione UE, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dal Tribunale dell'Unione Europea, l'elenco dei comportamenti abusivi previsti all'articolo 102 TFUE non è affatto tassativo ed esaustivo[15].

Le ragioni si una fattispecie normativa abbastanza ampia ed elastica spiega anche l'intenzione del Legislatore europeo di lasciare aperta la casistica degli abusi di posizione dominante in modo che gli interpreti possano ricondurvi nuove tipologie di condotte anticompetitive. Dunque, in virtù di tale flessibilità, si potrebbe considerare il *self-preferencing* come una nuova forma di abuso di posizione dominante.

Prima di analizzare i profili critici relativi alla configurabilità o meno del trattamento preferenziale come illecito *antitrust*, occorre innanzitutto individuare brevemente quali siano le due condizioni necessarie affinché una società della *digital economy* possa avvalersi del *self-preferencing*.

Affinché tali piattaforme possano attuare le pratiche di *self-preferencing*, occorrerà che le stesse svolgano sia un ruolo di regolatori dei mercati digitali (dunque arbitri del mercato) e sia un ruolo di competitori, cioè offerenti di beni e servizi all'interno della medesima piattaforma.

Difatti, una volta entrati nel mercato a valle, i *gatekeeper* tendono ad operare in concorrenza con i fornitori. È evidente, quindi, che favoriranno i propri prodotti e servizi.

Questo duplice ruolo è sperimentabile nei siti di commercio elettronico e, nello specifico, nell'Amazon Marketplace, il cui gestore non solo opera come intermediario digitale, ma anche come rivenditore di propri prodotti sulla piattaforma. Nella prima posizione, concede ai venditori di commercializzare i

---

[15] Corte Giustizia sentenza 14 novembre 1996, Caso C-333/94, Tetra Pak International SA/Commissione, ECLI:EU:C:1996:436 in cui al paragrafo 37 la Corte di Giustizia ha chiarito «Occorre poi sottolineare che l'elenco delle pratiche abusive contenuto nell'art. 86, secondo comma, del Trattato non è tassativo […]» ed ancora Corte di Giustizia, sentenza 17 febbraio 2011, Caso C-52/09, TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, in cui al paragrafo 26 i giudici comunitari ha ulteriormente specificato «[…] l'elenco delle pratiche abusive contenuto nell'art. 102 TFUE non è esaustivo, ragion per cui l'elencazione delle pratiche abusive contenute in tale disposizione non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione» ; Si veda inoltre, F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, 2 ed., Torino, 2019, 202-203; T. Hoppner, *Duty to treat downstream Rivals Equally: (merely) a natural remedy to Google's Monopoly leveraging abuse*, in *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, Vol. 1, no. 3, 2017, 209.

loro prodotti sul sito *e-commerce*, mentre nella seconda possiede la capacità di distribuire beni e servizi di sua produzione a quegli stessi consumatori cui si rivolgono i venditori-terzi per il tramite della piazza virtuale. Si comprende bene come nell'e-commerce, l'attività di intermediazione è svolta nel mercato a monte in cui il provider detiene una posizione di potenza economica che verrà sfruttata a valle per rafforzare la propria dominanza nel mercato della distribuzione dei prodotti.

Le condotte di *self-preferencing*, invero, sono già state constatate dalla Commissione Europea per il caso paradigmatico di Google Shopping, richiamato anche dall' AGCM nel provvedimento in esame[16].

In particolare, *Google Shopping* è un motore di comparazione dei prezzi *online* elaborato con lo scopo di consentire agli utenti, una volta digitata l'informazione desiderata nella *google search bar*, di raffrontare prodotti e prezzi in modo tale da individuare le offerte più convenienti proposte dal maggior numero di rivenditori digitali.

A seguito della ricerca effettuata, *Google Shopping* classificava i prodotti ponendo al vertice del *ranking* i prodotti e i servizi offerti da *Google*.

In ragione di tali pratiche preferenziali, il 27 giugno 2017 la Commissione Europea, dopo ben sette anni dalla ricezione delle prime denunce, ha condannato Google al pagamento di un'ammenda di importo pari 2,42 miliardi di Euro per il comportamento abusivo consistito nell'aver trattato più favorevolmente, sia in termini di posizionamento sia di visualizzazione nelle sue pagine generali dei risultati di ricerca, il proprio servizio di acquisti comparativi rispetto ai servizi dello stesso genere offerti da operatori concorrenti[17].

Con il caso di *Google Shopping* la Commissione Europea ha riconosciuto l'ammissibilità e la necessità di sanzionare pratiche che, consistendo oggettivamente e sostanzialmente in un abuso di posizione dominante, fuoriescono dall'elenco di cui all'art. 102 TFUE.

Sotto questo aspetto, va considerato che l'articolo 102 TFUE non contiene un elenco esaustivo dei possibili abusi ed, in virtù di tale flessibilità, riesce ad abbracciare anche eventuali nuove condotte illecite.

In questi termini, affinché la *self-preferencing* possa considerarsi come abuso di posizione dominante e, dunque, come illecito ai sensi dell'articolo 102 TFUE, è necessario valutare se la condotta sia finalizzata ad attuare una delle pratiche abusive elencate dalla disposizione ossia: «[…] chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti, applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, creando loro in tal modo uno svantaggio concorrenziale, o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata»[18].

Al pari di Google Shopping, emerge dall' istruttoria dell'AGCM la sussistenza di una condotta abusiva realizzata da Amazon per indurre l'adozione del proprio servizio da parte dei *retailer* terzi a discapito dei servizi concorrenti di logistica e sfavorendo, indirettamente, i *marketplace* concorrenti.

---

[16] Commissione Europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, Com (2016) Bruxelles 288, final; 13-14; J. Crémer ,Y. De Montjoye, H. Schweitzer, op. cit., 65-66.

[17] Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, Google Search (Shopping), C(2017) 4444 final, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, par. 341-342.

[18] Commissione UE, 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, cit., par. 336

Il caso italiano su Amazon presenta affinità analoghe a quello di Google Shopping sia per la questione concernente l'illiceità del trattamento preferenziale addebitabile alle società della *platform economy*, sia per avere, tanto l'*enforcement* antitrust europeo quanto quello italiano, ravvisato nel sistema di classificazione dei risultati (*ranking*) lo strumento atto a discriminare gli utenti non consumatori della piattaforma.

Sia per Google shopping che per Amazon è l'algoritmo ad assumere un ruolo di primo piano.

È evidente che le modalità operative dell'algoritmo siano le medesime, seppur con una sostanziale differenza di base. Difatti, nel caso di *Google* la *search discrimination* sarebbe interna perché attuata dal motore di ricerca verso i suoi concorrenti diretti attivi nel mercato collegato dei servizi di acquisti comparativi *online*, mentre nel caso italiano Amazon si verificherebbe una discriminazione esterna verso i servizi di logistica autonomi rispetto alla piattaforma online[19].

Difatti, non sono i servizi di gestione del magazzino e di spedizione degli ordini per operatori *e-commerce* ad essere retrocessi nei risultati, ma quei venditori che si avvalgono di essi piuttosto che del servizio di logistica offerto da Amazon.

In conclusione, l'Antitrust afferma che, per effetto delle proprie condotte, Amazon ha danneggiato la concorrenza nel mercato della logistica per *e-commerce* e nel mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace*, producendo, in ultima analisi, effetti negativi sul benessere del consumatore finale.

Ancora, il legame creato da Amazon tra il suo servizio di logistica (FBA) e il pacchetto di vantaggi è il cardine di una strategia deliberatamente ideata dall' impresa Amazon per incentivare i venditori terzi all'utilizzo di FBA e, indirettamente, indurli a una scelta di *single-homing* su Amazon.it. In altre parole, il servizio di logistica è il perno intorno al quale ruota il circolo virtuoso Marketplace-FBA-Prime finalizzato a rendere l'attività di vendita dei retailer terzi sulla piattaforma altamente profittevole.

La piattaforma Amazon è stata in grado di produrre quegli effetti di rete più volte sottolineati, circoscrivendoli, in particolare, alla relazione tra utenti Prime e venditori FBA, i due sottogruppi di utenti della piattaforma ai quali corrisponde la parte più rilevante del fatturato. È il "volano", la *flywheel*, del fondatore di Amazon: più venditori FBA, più prodotti Prime, più vantaggi per utenti Prime e, quindi, più utenti Prime. Più utenti Prime, più acquisti di prodotti Prime, più vantaggi per i venditori FBA, più venditori FBA.

8. Il *self-preferencing* nella proposta del *Digital Market Act.*

La pratica del *self-preferencing* inteso quale comportamento mediante il quale le imprese digitali – gestori di piattaforme virtuali – favoriscono i propri prodotti o servizi, a discapito di quelli concorrenti che si avvalgono dello stesso spazio per vendere prodotti concorrenziali, non assume solo ed esclusivamente

[19] Così A. Licastro, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, cit., p. 425

rilievo in termini di illecito anticoncorrenziale, ma anche in termini di regolazione del mercato digitale.

Recentemente, come si è anticipato, la Commissione Europea, in data 15 dicembre 2020, ha formalizzato una proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, ossia la *Digital Markets Act* che disciplina le piattaforme che agiscono come punti di accesso (*gateway*) o come controllori di accesso (*gatekeeper*) tra utenti commerciali e utenti finali. La proposta di regolamento, in particolare, si riferisce a tutte quelle piattaforme che beneficiano di una posizione consolidata e duratura, spesso risultante dalla creazione di ecosistemi conglomerati attorno ai loro servizi di piattaforma di base che rafforza le barriere di accesso già esistenti.

I gestori delle piattaforme possono considerarsi *gatekeeper* se: i) hanno un impatto significativo sul mercato interno; ii) gestiscono uno o più importanti punti di accesso dei clienti e iii) detengono una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni o si prevede che la acquisiranno.

La loro qualità di *gatekeeper* può essere stabilita in riferimento a indicatori quantitativi appropriati e chiaramente circoscritti, che possano servire come presunzioni confutabili per stabilire se un fornitore specifico si configura come *gatekeeper*, oppure può essere stabilita in base a una valutazione qualitativa caso per caso mediante un'indagine di mercato[20].

Data la loro posizione, i *gatekeeper* hanno un impatto enorme sui mercati digitali nei quali sono radicati e ne controllano di fatto l'accesso, creando tra loro e molti utenti commerciali una forte dipendenza che sfocia talvolta in comportamenti sleali nei confronti di tali utenti. Tale situazione provoca, inoltre, effetti negativi sulla contendibilità dei servizi di piattaforma di base in questione.

Ebbene, nella consapevolezza che le iniziative di regolamentazione degli Stati membri non possono affrontare pienamente questi effetti e che senza un'azione a livello dell'UE, le singole iniziative potrebbero persino frammentare il mercato interno, la Commissione Europea ha proposto uno specifico regolamento dei mercati digitali.

Al Considerando n. 48 della proposta di regolamento, la Commissione Europea fa riferimento ai *gatekeeper* integrati verticalmente, come Amazon, che offrono determinati prodotti attraverso i propri servizi di piattaforma o tramite un utente commerciale (ad es. il vettore terzo) sul quale esercitano un controllo. Ebbene, come nel caso di Amazon, una siffatta situazione può verificarsi quando un *gatekeeper* offre i propri servizi di intermediazione online

[20] Al fine di individuare con precisione chi siano tali *gatekeeper*, vengono poste presunzioni *iuris tantum*. L'art. 3 del DMA dispone che un fornitore di servizi di piattaforma principale è designato come *gatekeeper* se ha un impatto significativo sul mercato interno; se gestisce un servizio di piattaforma centrale, che funge da importante *gateway* per gli utenti aziendali, i quali se ne servono per raggiungere gli utenti finali; e, infine, se gode di una posizione consolidata e durevole nelle sue operazioni oppure se è prevedibile che godrà di tale posizione in un futuro prossimo. La sussistenza di tali requisiti si valuta sulla base di criteri quantitativi, che, ove sussistenti, obbligano le piattaforme digitali a notificare tali dati alla Commissione europea. Tuttavia, qualora le piattaforme non presentino tali requisiti quantitativi, si prevede che la Commissione dovrà prendere in considerazione altri criteri - anche qualitativi - quali la dimensione, compreso il fatturato e la capitalizzazione di mercato; le operazioni e la posizione del fornitore di tali servizi online; il numero di utenti aziendali che si servono della piattaforma per raggiungere gli utenti finali, nonché il numero di utenti finali; le barriere all'ingresso derivanti dagli effetti di rete e dai vantaggi basati sui dati; gli effetti di scala e l'ambito di cui beneficia il fornitore, anche in relazione ai dati; l'utente aziendale o l'utente finale *lock-in*; e, infine, le altre caratteristiche strutturali del mercato.

attraverso un motore di ricerca. sicché, nell' offrire tali prodotti sulla propria piattaforma, i *gatekeeper* possono riservare una posizione migliore alla propria offerta, in termini di posizionamento, rispetto ai prodotti di terzi, anch'essi operativi sulla piattaforma dei gatekeeper. Prosegue il Considerando n. 49 che, in tali situazioni, «il *gatekeeper* dovrebbe astenersi da qualsiasi forma di trattamento differenziato o preferenziale ai fini del posizionamento sul servizio di piattaforma di base, attraverso strumenti giuridici, commerciali o tecnici, che favorisca prodotti o servizi offerti direttamente dal *gatekeeper* stesso o attraverso un utente commerciale sottoposto al suo controllo».

In quest'ottica, la regolazione del mercato digitale avviene *ex ante*, essa, con le istruttorie condotte dalla Commissione Europea, chiamata ad individuare i singoli *gatekeeper*, avrebbe carattere prospettico, mirando a indirizzare la condotta futura delle piattaforme tramite l'imposizione di obblighi comportamentali nell'ottica della promozione della concorrenza.

In questi termini la pratica del *self-preferencing* operata da un *gatekeeper* come Amazon non assumerebbe rilievo solo in termini di illecito concorrenziale, ossia in termini di abuso di posizione dominante, ma anche, alla luce della proposta di regolamento del *Digital Markets Act*. Infatti, le condotte in esame assumerebbero rilievo in termini di imposizione di obblighi temporanei e prospettici che siano in grado di garantire un elevato livello concorrenziale all' interno del singolo mercato digitale.

In quest'ottica, nelle ipotesi di *self-preferencing* operate da un *gatekeeper*, la Commissione Europea (ai sensi dell'art. 5 della proposta di regolamento citata) potrebbe imporre al gestore della piattaforma l'obbligo di «consentire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione online del gatekeeper». La Commissione Europea può imporre un ulteriore obbligo al *gatekeeper* che può consistere nella possibilità per l'utente commerciale di promuovere offerte agli utenti finali attraverso i servizi della propria piattaforma, nonché può impedire che il *gatekeeper* possa imporre agli utenti commerciali l'utilizzo o l'offerta di un servizio della piattaforma per operare in proprio nella vendita dei propri prodotti.

Si evince, dunque, che la regolazione dei mercati digitali così come proposta dalla Commissione Europea avrebbe un approccio prospettico cercando di prevedere il probabile sviluppo dei mercati digitali ed avrebbe carattere temporaneo perché, in ogni caso, richiederebbe una revisione periodica a seconda delle condizioni oggettive di mercato e soggettive dei diversi operatori. In questi termini, infatti, si inserisce il par. 3 dell'art. 4 della proposta di regolamento che dispone che «la Commissione pubblica e aggiorna costantemente l'elenco dei *gatekeeper* e l'elenco dei servizi di piattaforma di base per i quali essi sono tenuti all'osservanza degli obblighi».

Diversa è, invece, la disciplina della concorrenza nei mercati digitali, la quale, come nel caso appena esaminato che ha coinvolto la piattaforma Amazon, trova applicazione successiva in quanto attiene a condotte degli operatori già poste in essere.

Occorre notare che, però, tra regolazione *ex ante* (affidata alla Commissione europea, come disciplinata dalla proposta del Digital Markets Act) e

regolazione *ex post* (ossia la disciplina della concorrenza) sussiste un rapporto di complementarietà. In questi termini, date le differenti funzioni affidate alla Commissione Europea e quelle affidate alla autorità garante della concorrenza, le competenze dell'una non elidono quelle dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

In questi termini, la disciplina *antitrust*, che troverebbe applicazione per tutti i tipi di mercato, e la regolazione settoriale – dei mercati digitali - non si escludono, ma si completano.

Guida S, 'Third-party cookies and alternatives: what consequences in terms of consent? (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

Third-party cookies and alternatives: what consequences in terms of consent?

SERGIO GUIDA
Independent Researcher, Sr. Data Governance & Privacy Mgr.
ORCID

Abstract

Attentive to the development of technologies to trace users during their navigation, which must not call into question the rights enjoyed by Internet users, the CNIL on October 13, 2021 issued a complete picture about "third-party" cookies for advertising targeting to ensure that the solutions offered comply with the rules on cookies and other tracers, which also apply to all these alternative solutions. It will closely follow current developments, both in terms of technical offers and privacy protection features in browsers and smartphones.

Attenta allo sviluppo delle tecnologie per il tracciamento degli utenti durante la navigazione, che non devono mettere in discussione i diritti di cui godono gli utenti di Internet, la CNIL ha pubblicato in data 13 ottobre 2021 un quadro completo sui cookie di "terze parti" per il targeting pubblicitario per garantire che le soluzioni offerte rispettino le regole sui cookie e altri traccianti, che si applicano anche a tutte le soluzioni alternative. La CNIL seguirà scrupolosamente gli sviluppi a venire, sia in termini di offerte tecniche che di funzionalità di protezione della privacy nei browser e negli smartphone.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: First-party and third-party cookies; AdTech; tracking protection; CNIL guidelines.

Summary: Introduction. – 1. First-party cookies and third-party cookies: what's the difference? – 2. A tool widely used by the advertising industry. – 3. Why are we talking about the end of third-party cookies? – 4. An ecosystem looking for alternatives to third-party cookies. – 5. The rules to follow. – 6. Collection of consent: a free choice for the Internet user. – 7. Other points of vigilance. – 8. Conclusions.

Introduction.

Digital players have been developing alternatives to “third-party” cookies for advertising targeting. The CNIL, attentive to these innovations, recalled on October 13, 2021, that these devices must always respect the rules relating to data protection and, above all, the consent and rights of individuals.

1. First-party cookies and third-party cookies: what's the difference?

Originally, cookies were created to allow browsing sessions to be held, for example by keeping a shopping cart available to the Internet user. This primary use quickly evolved into advertising tracking purposes, making the cookie a technology widely used by the online advertising ecosystem, particularly through the use of third-party cookies.

When a user visits a website, he consults a domain which usually ends with a .com type extension: the content of the visited site can be transmitted from the domain that the user is visiting, or through other domains that he has not himself visited, and which belong to third parties. In fact, each cookie is associated with a domain and sent or received each time the browser ‘calls’ this domain.

In practice:

- "Internal" cookies are placed by the site visited by the Internet user, more specifically on the site's domain. They can be used for the proper functioning of the site or to collect personal data in order to track user behavior and be used for advertising purposes.
- "Third party" cookies are cookies placed on domains other than that of the main site, generally managed by third parties who have been questioned by the site visited and not by the Internet user himself.These cookies may also be necessary for the correct operation of the site, but they are mainly used to allow the third party to see which pages have been visited on the site in question by a user and to collect information about him in particular for advertising purposes.

2. A tool widely used by the advertising industry.

While "first-party" cookies only allow the user to be tracked on the website that deposits them, "third-party" cookies make it possible to track the behavior of the user on all the sites that integrate them. This makes it a tool widely used by many players in the online advertising industry. Thus, for example, all sites that include a Facebook "like" button or a Youtube video allow, in practice, these players to receive and place cookies on each visit and thus reconstitute a partial browsing history.

The deposit of "third party" cookies makes it possible in particular to follow the user in his/her navigation from site to site, to collect or deduce from his/her visits information about him/her such as age, place of residence or consumption habits.

This information can then be used to create and enrich a profile, sometimes very detailed and intrusive, of this user. This profile is then used to offer him/her advertisements that are likely to interest and therefore generate a purchase.

Many websites derive a large portion of their income from the sale of targeted advertising space. The completion of these transactions involves a multitude of players and has led to the development of a new sector, generally referred to as "*AdTech*" (for "advertising technologies")[1].

While it is entirely possible to market advertising without the use of third-party cookies (for example, an e-commerce site specializing in hiking may display advertising from brands of this sector to all of its users), the market of Online advertising today is mainly organized around systems based on third-party cookies and the building of user profiles.

3. Why are we talking about the end of third-party cookies?

The use of "third-party" cookies is now questioned by some browsers who seek to limit the possibilities of tracking advertising players.

a) The forerunner was Apple's Safari browser which, with the launch in 2017 of its ITP program (Intelligent Tracking Prevention[2]), developed browser

---

[1] Cf. e.g.https://www.toolbox.com/marketing/programmatic-advertising/articles/what-is-adtech-advertising-techno logy/.

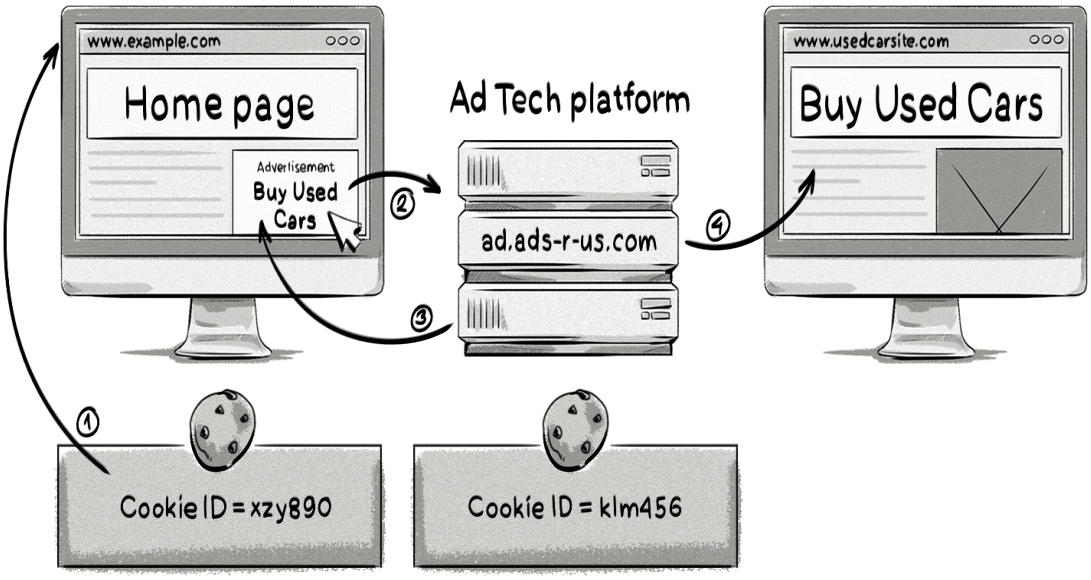
[2] "Intelligent Tracking Prevention is a feature of WebKit, an open-source web-browser engine that powers Apple's Safari web browser, among others, shipped out in the release of Safari 12 and iOS 11. The feature aims to further protect users' online privacy by changing the way Safari handles first-party cookies. First-party cookies have traditionally been safe from any sort of automatic blocking or removal, as they are responsible for providing a seamless user experience.

For example, first-party cookies can keep the session information open, which can remember things like:

- Our login status, which can be used to keep you logged into to websites and applications.
- Which products you added to shopping carts.
- Website settings, such as which language version you have chosen.
- Values you've entered into forms (e.g. name, email, and company on a white paper download form).

However, some first-party cookies can be used to track users in the same way as third-party cookies, and the release of Safari 11 took aim at this kind of data" as reported in https://clearcode.cc/blog/intelligent-

functionalities specifically designed to limit certain practices of advertising networks. The proposed system seeks to identify cookies related to tracking practices and to limit the possibilities offered by APIs to websites, for example in terms of the retention period of cookies.



(Source: https://clearcode.cc/blog/intelligent-tracking-prevention/)

b) At the end of 2018, it was Firefox's turn to launch a similar initiative called "ETP" (Enhanced Tracking Protection)[3]. In practice, on Firefox and Safari, third-party cookies are now limited by default, reducing the tracking capabilities of Internet users based on this technique.

---

tracking-prevention/. Updates in https://www.theverge.com/2020/3/24/21192830/apple-safari-intelligent-tracking-privacy-full-third-party-cookie-blocking.

[3] "Enhanced Tracking Protection in Firefox automatically protects your privacy while you browse. It blocks trackers that follow you around online to collect information about your browsing habits and interests without breaking site functionality. It also includes protections against harmful scripts, such as malware that drains your battery. Firefox uses a list of known trackers provided by Disconnect. By default, Firefox blocks the following types of trackers and scripts:

- Social media trackers
- Cross-site tracking cookies (also isolates remaining cookies)
- Fingerprinters
- Cryptominers

Tracking content: These trackers are hidden in ads, videos, and other in-page content. In Standard mode, tracking content is blocked in Private Windows. To add this protection in all windows, visit your privacy preferences and select Strict or Custom" in https://support.mozilla.org/en-US/kb/enhanced-tracking-protection-firefox-desktop.

In Private Browsing Mode and Strict Mode, Firefox includes Total Cookie Protection, which confines every cookie to the website where it was created. This prevents cookies from tracking you across sites. Strict Mode also includes Enhanced Cookie Clearing, which allows users to clear third-party cookies more effectively.

c) Finally, in August 2019, Google, whose Chrome browser has a market share of around 70% in 2021, also announced the launch of its "Privacy Sandbox"[4] project, whose objective is to limit the use of cookies for advertising and to offer a series of technical solutions to maintain the advertising functionalities which today require cookies. This announcement was followed by a commitment by Google to end support for third-party cookies by Chrome in 2023.

However, the end of the use of third-party cookies does not mean that individuals will no longer be tracked on the web, in particular for advertising purposes: indeed, players in the advertising ecosystem will still be able to use alternative technologies that allow them to track user browsing and behavior in order to target them for purposes, in particular, advertising.

4. An ecosystem looking for alternatives to third-party cookies.

In recent years, the CNIL has observed the development of several alternatives to the use of third-party cookies which can be classified into four categories.

4.1. "Internal" cookies and the digital fingerprint of the browser ("fingerprinting").

Certain techniques are used to allow circumvention of restrictions announced by browsers. Different methods are currently used, in a residual manner:

- "Fingerprinting" aims to uniquely identify a user on a website or mobile application using the technical characteristics of their browser. This is because the hardware a user uses to log in provides a certain amount of information to the server, such as screen size or operating system. This information, if it is sufficiently numerous, can make it possible to distinguish between individuals (in practice each browser) and to track them in a manner similar to cookies.

[4] "Google's plans to kill off third-party cookies sent waves of shocks through the world of online publishers and for good reason. Many publishers fear that this is the end of online advertising, or at least advertising as we know it.
There are multiple reasons behind Google's move to phase out support for third-party cookies, and the biggest of them is the fact that these cookies can lead to a misuse of personal data and infringe on the user's privacy.
The rising awareness of privacy among users is another reason behind the decision. More and more users have become concerned with the way third-party vendors are collecting their data, which has led to privacy laws such as GDPR, LGPD, and CCPA.
But Google has a plan, so in the absence of third-party cookies with the Chrome browser, the company intends to launch its own tools as an alternative for advertisers to use Google's first-party data...The Privacy Sandbox is the response to the cookie-less future and its purpose is to provide anonymity to the user data, while at the same time using browser APIs to continue to allow advertisers to use behavioral targeting. Google claims that the Privacy Sandbox solution will protect user privacy while also helping content remain freely available, all without using third-party cookies. The company believes that their changes — even though they're agitating publishers — will improve choice, transparency, and control for users in the long run" in https://sortable.com/blog/ad-ops/googles-privacy-sandbox-explained/.

- The "internal" cookies of the site visited by the Internet user can return data via URL calls to the advertiser's domain, or via subdomain delegation techniques ("CNAME cloaking"[5]). These techniques allow players who set "third party" cookies to escape browser blockages by using data from "internal" cookies.

(Source: https://www.cnil.fr/fr/alternatives-aux-cookies-tiers-quelles-consequences-en-matiere-de-consentement)

[5] "CNAME stands for canonical name record and maps one domain name to another as part of the Domain Name System, or DNS. This means a site owner can configure one of their subdomains, such as sub.blog.example, to resolve to thirdParty.example, before resolving to an IP address. This happens underneath the web layer and is called CNAME cloaking — the thirdParty.example domain is cloaked as sub.blog.example and thus has the same powers as the true first party.
CNAME Cloaking and Tracking: Cross-site trackers have convinced site owners to set up CNAME cloaking in order to circumvent tracking prevention, such as ITP's 7-day expiry cap on cookies set in JavaScript. In our blog case, this would be making track.blog.example resolve to tracker.example.
A recent paper from researchers at the Graduate University for Advanced Studies (Sokendai) and the French National Cybersecurity Agency (ANSSI) found 1,762 websites CNAME cloaking 56 trackers in total.
CNAME Cloaking and Website Security: Site owners who set up CNAME cloaking risk full website takeovers or customer cookie hijacking if the CNAME records aren't properly managed, for instance if CNAME cloaking isn't decommissioned when no longer in use. It was recently reported that 250 websites of banks, healthcare companies, restaurant chains, and civil rights groups had been compromised through mismanaged CNAME cloaking. In June this year, Microsoft documented these attacks and how their cloud customers should prevent them.
ITP's Defense Against CNAME Cloaking Tracking: ITP now detects third-party CNAME cloaking requests and caps the expiry of any cookies set in the HTTP response to 7 days. This cap is aligned with ITP's expiry cap on all cookies created through JavaScript.
Third-party CNAME cloaking is defined as a first-party subresource that resolves through a CNAME that differs from the first-party domain and differs from the top frame host's CNAME, if one exists. Yes, the whole site can be CNAME cloaked, when it uses so called edge servers" in https://webkit.org/blog/11338/cname-cloaking-and-bounce-tracking-defense/.

4.2 Single Sign-On.

Single Sign-On (or "SSO") consists of allowing connection to a large number of sites, applications or services through a single user account and a single authentication.

(Source: https://www.cnil.fr/fr/alternatives-aux-cookies-tiers-quelles-consequences-en-matiere-de-consentement)

This system is intended to facilitate user connection but above all allows the site or service group to have a global and consolidated view of the user's navigation on all sites, applications or services: the account user becomes a tracker who follows the Internet user during his navigation.

Please note that this feature was not originally designed for ad targeting. Furthermore, the presence of an SSO is not necessarily linked to advertising purposes.

4.3 Unique identifiers.

The “unique identifiers”, developed by analogy with the advertising identifiers present on smartphones (e.g.: IDFA[6]), allow a user to be tracked

[6] “The identifier for advertisers or IDFA is the only means for advertisers to precisely target and track users within apps on iOS devices. You can think of an IDFA as something like a cookie that is tied to devices instead of browsers, in that it enables an advertiser to get notified when a user of a phone has taken an action like clicking on their ad in a browser and then installing, using, or interacting with ads in their app. This identifier is used in non-browser apps, which never had support for cookies. IDFAs only provide advertisers data in aggregate and no individually identifiable data is available.
Google also has a similar device identifier for Android known as Android Advertising ID (AAID) or Google Advertising ID (GAID). It is not known if Google will follow suit and there aren’t currently any grumblings of it on the web. While it did follow Apple and Mozilla on cookie blocking, this technology is not very well known to consumers, so only time will tell if consumer demand ever ends up warranting it — or if the death of IDFA just ends up forcing their hands by making the technology moot.
Seemingly contrary to Apple’s renewed focus on privacy, every iPhone that Apple ships comes assigned with a unique IDFA which allows advertisers to indefinitely track user interaction and use that information to build user profiles that are attached to that device. Unlike browser cookies, which have (or should I say,

through the use of hashed deterministic data, collected during his browsing on the site.

(Source: https://www.cnil.fr/fr/alternatives-aux-cookies-tiers-quelles-consequences-en-matiere-de-consentement)

This technique can use the email address or an identifier provided by a user to connect to different online services in order to link these accounts and track the user in their use of those services.

This technique is sometimes associated with that of fingerprinting, one being used to enable the other.

4.4 Ad targeting by cohort.

Some players (like Apple or Google) are developing cohort targeting systems. Thus, part of the solutions offered in the Privacy Sandbox (developed by Google), for example, specifically aims to reproduce the current possibilities of cookies in the context of targeted advertising, while attempting to implement limitations in order to reduce the intrusiveness of these practices.

---

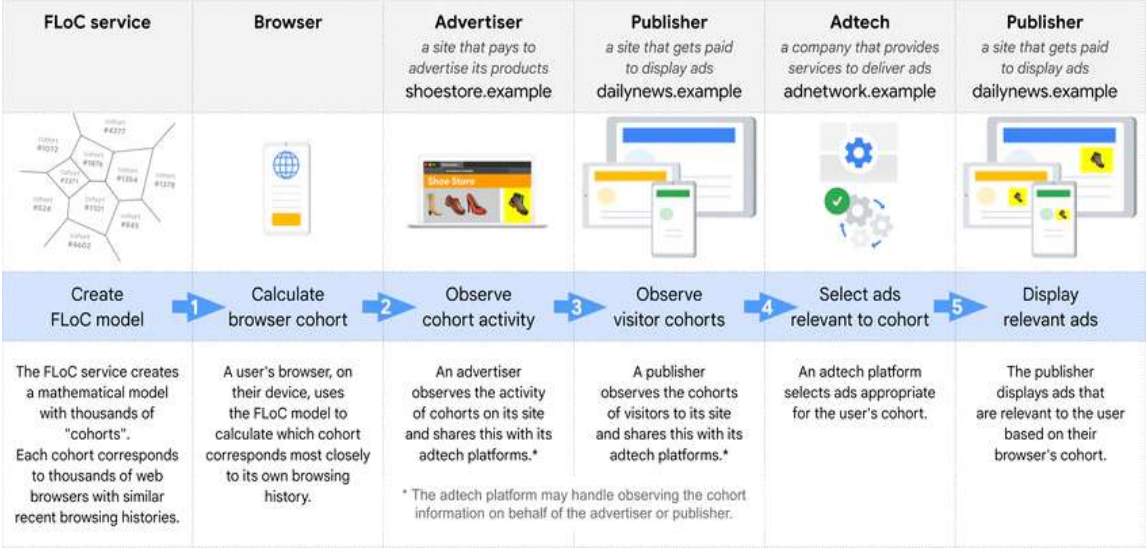
had) a very short lifespan, an IDFA can be much more long-lived, as the identifier is static unless the user manually resets it. One can assume that this is only done by advanced users and the extremely privacy-minded — making it a durable and even semi-permanent identifier across the app ecosystem.
The reason why Apple and Google use these IDs are twofold: there was no way to use tracking cookies in apps, and the IDs are ostensibly more secure than other data-sharing methods as the app store has more control over the data by requiring that app developers use the device IDs as their only method of collecting anonymized user data.
However, their security is not infallible, particularly when they are used to avoid watching the storefront. For example, Google app developers eventually found an end-around to using GAIDs. In 2019, research by AppCensus had found that 18,000 Play Store apps, many with hundreds of millions of installs, were sidestepping the GAID system by collecting additional identifiers from users' smartphones in ways that can't be blocked or reset — including information like handset IMEIs" in https://www.invoca.com/blog/what-is-idfa-and-why-apple-killed-it-everything-marketers-need-to-know.

(Source: https://www.cnil.fr/fr/alternatives-aux-cookies-tiers-quelles-consequences-en-matiere-de-consentement)

These limitations consist for example:

- By cohort targeting (FLoC[7] in the case of the Google Privacy Sandbox), which consists of avoiding targeting an individual by endeavoring to constitute a group of individuals with similar characteristics (center of interest, etc.), and which will be identified by a unique and persistent identifier, shared by all users of the same cohort and managed at the browser or operating system level.
- In the case of the Privacy Sandbox, the list of domains visited in Chrome is used to calculate the browser membership cohort, unless the managers of those domains have objected to the targeting.

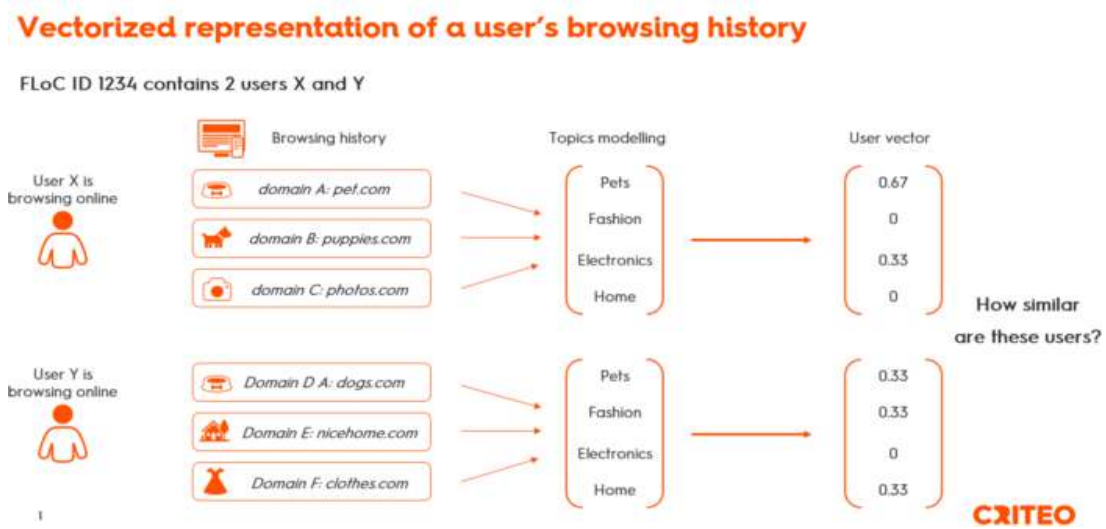
[7] "Google is introducing a new tracking method called Federated Learning of Cohorts, or FLoC, as part of the "privacy sandbox" initiative it announced in 2019. Google claims its replacement for cookies will better protect user data, but many people remain unconvinced.
What Is FLoC? With tracking cookies on the decline—partially due to many browsers blocking third-party cookies by default—Google wants to come up with another way to track user data for targeted ads. FLoC lets advertisers use behavioral targeting without cookies. It runs in Google's Chrome browser and tracks a user's online behavior.
Then, it assigns that browser history an identifier and adds it to a group of other browsers with similar behaviors called a "cohort." Supposedly, advertisers would be able to see the behaviors that people in a cohort share without being able to identify individuals within that cohort, because each person's browser is given an anonymized ID.
User's cohort IDs would be recalculated on a weekly basis, providing a new summary of their online behavior every week. Google claims that since there would be thousands of people in each cohort, no single person could be picked out of the group and paired with their unique browsing data.
The Case for FLoC-ing You.Google says that FLoC will allow personalized ads without the collection of data that can be tied to specific people using its products. By assigning each browser an anonymized ID and then adding that ID into a large group where only the overall patterns are accessible to advertisers, the idea is that your privacy will remain intact while advertisers still get your eyeballs" in https://www.howtogeek.com/724441/what-is-googles-floc-and-how-will-it-track-you-online/.



(Source: https://web.dev/floc/)

- By implementing technical solutions that make it possible to provide only aggregated results to stakeholders, that is to say results that are presented only grouped (for example only the number of people who have seen an advertising campaign).
- To deport certain operations (e.g. advertising auctions) to the user's terminal in an attempt to limit the ability of players in the advertising ecosystem to collect information during these operations.

Cohort advertising targeting is in principle less intrusive than third-party cookies: it should make it possible to target a group of users with similar behaviors and no longer an individual user.



(Source: https://medium.com/criteo-engineering/floc-origin-trial-understand-floc-cohorts-3-4-6f9033806f[9])

[8] "Concretely, the idea is to categorize the websites browsed by the user into topics. For instance, expedia.com is a travel website. Similarly at Criteo, we have several categorisations layers used to segment both advertisers and publishers, depending on the products they sell and the content they show

However, the assessment of the consequences of such a system, and in particular the risks for the rights and freedoms of users, depends on a concrete analysis of the way in which targeting is implemented without "third party" cookies to limit monitoring. individual users (risks of individual re-identification, etc.) and respect the principle of data minimization.

5. The rules to follow.

The various techniques explained above raise issues in terms of personal data protection but also protection of terminals and user communications.

The CNIL recalls that the development of alternative techniques to “third-party” cookies cannot be done at the expense of the right of individuals to the protection of their personal data and their privacy. Their use must be done in compliance with the principles resulting from the regulations in force, namely the GDPR but also the "privacy and electronic communications" directive (known as "ePrivacy"[10]) which aims to specifically protect the communications of individuals and its transposition into French law in the Data Protection Act.

---

respectively. As such, just like Google, we can use our own categorisation to represent each browsing history of a user as a sparse vector where each entry in the vector corresponds to the average weight of a topic category across all URLs visited by a user during its time in a floc_id. Using a different categorisation tool, Criteo is able to assess from an external point of view the relevancy of the clusters generated”, as we can read in https://medium.com/criteo-engineering/floc-origin-trial-understand-floc-cohorts-3-4-6f9033806f.

[9] “Concretely, the idea is to categorize the websites browsed by the user into topics. For instance, expedia.com is a travel website. Similarly at Criteo, we have several categorisations layers used to segment both advertisers and publishers, depending on the products they sell and the content they show respectively. As such, just like Google, we can use our own categorisation to represent each browsing history of a user as a sparse vector where each entry in the vector corresponds to the average weight of a topic category across all URLs visited by a user during its time in a floc_id. Using a different categorisation tool, Criteo is able to assess from an external point of view the relevancy of the clusters generated”, as we can read in https://medium.com/criteo-engineering/floc-origin-trial-understand-floc-cohorts-3-4-6f9033806f.

[10] “The Commission adopted the ePrivacy Regulation proposal in 2017. In the same year, the European Parliament adopted a report and gave the mandate to the rapporteur to begin interinstitutional negotiations. The proposal for a regulation for ePrivacy rules for all electronic communications includes:

- New players: privacy rules will in the future also apply to new players providing electronic communications services such as WhatsApp, Facebook Messenger and Skype. This will ensure that these popular services guarantee the same level of confidentiality of communications as traditional telecoms operators.
- Stronger rules: all people and businesses in the EU will enjoy the same level of protection of their electronic communications through this directly applicable regulation. Businesses will also benefit from one single set of rules across the EU.
- Communications content and metadata: privacy is guaranteed for communications content and metadata. Metadata — data that describes other data, such as author, date created and location has a high privacy component and should be anonymised or deleted if users did not give their consent, unless the data is needed for billing.
- New business opportunities: once consent is given for communications data to be processed, traditional telecoms operators will have more opportunities to provide additional services and to develop their businesses. For example, they could produce heat maps indicating the presence of individuals. These could help public authorities and transport companies when developing new infrastructure projects.
- Simpler rules on cookies: the cookie provision, which has resulted in an overload of consent requests for internet users, will be streamlined. The new rule will be more user-friendly as browser settings will provide an easy way to accept or refuse tracking cookies and other identifiers. The proposal also clarifies that no consent is needed for non-privacy intrusive cookies

This legal framework now guarantees everyone protection of their private communications but also of their terminal equipment.

6. Collection of consent: a free choice for the Internet user.

In practice, the techniques presented above all rely on access to the user's terminal equipment (smartphone, fixed or mobile computer, etc.), to access information already stored in this equipment (advertising identifier, cohort identifier, browser setting data) or to enter information, in the same way as for cookies.

For example in the case of the FLoC (Google Privacy Sandbox) project, it is possible for any domain executing scripts from a site to access the cohort identifier through the interface offered by the Chrome browser to the website. In order to protect the integrity of the terminal, actions to access the user's terminal equipment are particularly governed by European texts.

Indeed, the operations, necessary for the constitution of an individual or group profile and for the provision of targeted advertising, require the prior consent of the user, whether or not there is processing of personal data, to the extent where they are not directly part of the service directly requested by the user (ePrivacy directive and article 82 of the Data Protection Act).

Users must therefore be able to choose freely and in an informed way:

- to be the subject of a follow-up not strictly necessary for the provision of the requested service, for example to maximize the relevance of the advertisements presented with regard to their concerns at the time and, by adhering to the use of these tracers, to contribute to remuneration for a site or an application;
- to refuse such follow-up.

So even in practice monitoring for advertising purposes, when it is based on information from the browser or terminal, must be the informed choice of the Internet user, regardless of the technique used.

The CNIL guidelines and recommendation on "cookies and other tracers"[11] therefore also apply to the use of these techniques.

7. Other points of vigilance.

7.1 Allow users to keep control of their data.

---

that improve internet experience, such as cookies to remember shopping-cart history or to count the number of website visitors.

- Protection against spam: this proposal bans unsolicited electronic communications by email, SMS and automated calling machines. Depending on national law people will either be protected by default or be able to use a do-not-call list to stop marketing phone calls. Marketing callers will need to display their phone number or use a special prefix that indicates a marketing call.
- More effective enforcement: the enforcement of the confidentiality rules in the Regulation will be the responsibility of data protection authorities, already in charge of the rules under the GDPR",

as we can read in https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/eprivacy-regulation.

[11] Cf. https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs-la-cnil-publie-des-lignes-directrices-modificatives-et-sa-re commandation.

In order to ensure that the use of these technologies respects the privacy of users:

- it is essential to integrate, from the design stage, means allowing users to maintain control over their personal data;
- it is also necessary to allow and facilitate the exercise of all the rights of individuals, through user-friendly interfaces, which is an essential component of the data protection approach by design ("privacy by design") imposed by the GDPR.

The CNIL invites ecosystem players to anticipate these constraints, particularly in the information screens and settings for these new techniques.

7.2 Avoid the processing of sensitive data.

As is well known, sensitive data is particularly protected by the GDPR: their collection and processing, in principle prohibited, therefore calls for the greatest vigilance. Each actor must ensure that the target groups they create do not lead to even indirect discrimination.

7.3 Remain responsible for the implementation of these techniques.

Finally, the stakeholders (data controllers, subcontractors) must analyze their roles and responsibilities in the implementation of tracing techniques in order to determine their respective obligations.

8. Conclusions.

Never forget how, "to harness the opportunities of the digital economy and support the trade of goods and services, data should be able to flow freely across borders with trust, including the trust of individuals and businesses"[12].

So "the most important takeaway from all of these new developments in operating systems, browser behavior and privacy regulations is that marketers and businesses can build greater trust with consumers by adhering to them. The emergence of consent-based alternatives further enables marketers to still build useful marketing data while protecting consumer interests"[13].

[12] As stated also by 'The Digital Trade Principles agreed by the G7 countries' at the G7 Trade Track on 22 October 2021, available at https://www.gov.uk/government/news/g7-trade-ministers-digital-trade-principles.

[13] Cf. G Stevens, 'What Trust and Compliance Looks Like in a Cookieless Digital World', Mar 29, 2022 in https:// www.tripwire.com/state-of-security/security-data-protection/what-trust-and-compliance-looks-like-in-a-cookieless-digital-world/.

Di Cerbo A, 'La tutela dei dati personali dei consumatori: vecchi e nuovi rimedi per controllare le tracce digitali' (2021) 2 EJPLT, Available at : www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

La tutela dei dati personali dei consumatori: vecchi e nuovi rimedi per controllare le tracce digitali

Consumer data protection: old and new remedies to control digital footprints

ANTONELLA DI CERBO
Ph.D. (c) in Private Law at Università degli Studi del Sannio
ORCID

Abstract

L'articolo si occupa delle tutele offerte ai dati personali del cittadino della Rete nell'attuale ecosistema digitale. L'analisi si snoda attraverso l'esame dei principi generali dettati dal GDPR e delle nuove tecniche di somministrazione delle informazioni, nonché mediante l'affermazione dell'importanza dell'educazione digitale degli utenti e del ruolo delle istituzioni tradizionali.

The article deals with the protections offered to the personal data of the Net citizen in the current digital ecosystem. The analysis is articulated through the examination of the general principles laid down by the GDPR and the new techniques of information administration, as well as through the affirmation of the importance of digital education of users and the role of traditional institutions.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: data protection; consumer protection law; trasparenza; informativa privacy, GDPR; privacy by design e by default; Big Tech;

Summary: Introduzione. – 1. Una proposta made in Italy. – 2. Il ruolo della scuola e delle famiglie. – Conclusioni.

Introduzione.

Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (RGPD) [1] affida ai titolari del trattamento l'individuazione delle misure tecniche ed organizzative atte a garantire che i dati personali siano gestiti e conservati in modo corretto [2]. Il principio di accountability rimette loro l'adozione di comportamenti proattivi volti a rispettare le normative europea e nazionale ed a prevenire violazioni ed abusi dei dati personali.

Il principio di minimizzazione del trattamento impone ai controller di trattare solo i dati personali necessari a soddisfare le finalità per le quali sono raccolti, così tutelando il cittadino della rete dall'indiscriminata raccolta delle informazioni ad opera di chi da queste ultime trae enormi profitti. Tra gli strumenti più utili alla minimizzazione del trattamento dei dati personali ed al rispetto delle norme che ne richiedono la protezione si annoverano le Privacy Enhancing Technologies (PETs) tra cui: le credenziali anonime, che consentono di limitare la riconoscibilità del consumatore on-line,[3] e le Enhanced Privacy ID[4] (EPID), algoritmi di firma digitale che permettono agli utenti di dimostrare di far parte di un gruppo senza doverlo identificare.

Le norme di derivazione europea impongono che prodotti di questo tipo siano intrinseci all'architettura stessa delle piattaforme e delle applicazioni offerte dai servizi di distribuzione digitale: la loro installazione non dovrebbe richiedere un'azione positiva da parte degli utenti ma il loro inserimento, *ab origine*, nei sistemi operativi. L'implementazione di un'architettura privacy oriented fin dalla fase della progettazione del trattamento dei dati personali è espressamente richiesta dai principi di privacy by design e by default di cui all'articolo 25 del RGDP,

Per comprendere l'importanza e l'incisività che ciò può avere sui dati personali degli utenti coinvolti nelle attività di trattamento poste in essere dal

---

[1] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016. Consultabile su: https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.pdf/1bd9bde0-d074-4ca8-b37d-82a3478fd5d3?version=1.9

[2] Agenda Digitale, *Il rapporto tra privacy e tutela dei consumatori: norme, giurisprudenza e casi recenti, 11.06.2021 consultabile su: https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/il-rapporto-tra-privacy-e-tutela-dei-consumatori-norme-giurisprudenza-e-casi-recenti/*

[3] Le credenziali anonime sono proprietà o diritti rivendicati dal titolare della credenziale che non rivelano la vera identità del titolare; l'unica informazione rivelata è ciò che il titolare della credenziale è disposto a rivelare. L'asserzione può essere rilasciata dall'utente stesso, dal fornitore del servizio online o da una terza parte (un altro fornitore di servizi, un'agenzia governativa, ecc.).
Fonte: Wikipedia

[4] A differenza dei tradizionali algoritmi di firma digitale in cui ogni entità ha una chiave di verifica pubblica univoca e una chiave di firma privata univoca, EPID fornisce una chiave di verifica pubblica di gruppo comune associata a molte chiavi di firma private univoche.
Fonte: Wikipedia

fornitore di servizi, si pensi che la semplice modifica dell'interfaccia di una piattaforma può dar luogo ad un'inversione di tendenza e rendere pubblici, all'insaputa dell'utente, alcuni campi del profilo prima privati.

La corretta gestione dei dati personali meriterebbe anche accorgimenti ulteriori, come l'adozione di strumenti centralizzati di gestione delle preferenze che consentano agli utenti di impostare e modificare in modo semplice le proprie scelte in materia di privacy, ad esempio cancellare o aggiornare completamente i dati anche presso i server di ciascuno dei destinatari a cui sono stati trasmessi dal primo titolare, coerentemente con quanto disposto dall'art. 19 RGPD.

Sarebbe anche auspicabile la progettazione di banner e tasti privacy che consentano, con immediatezza, l'esercizio dei diritti di cui al capo III del RGPD.

Più in generale, stante la continua evoluzione di tecnologie e norme, sarebbe opportuno che i titolari del trattamento adottassero soluzioni scalabili facilmente adattabili sul lungo periodo.

1. Una proposta made in Italy.

Un'interessante proposta atta ad accrescere i diritti informativi dell'internauta e, di riflesso, la tutela dei suoi dati personali, è offerta dal paper pubblicato nel maggio del 2021 dall'Istituto italiano per la privacy e la valorizzazione dei dati personali. L'iniziativa del Centro studi a firma del Presidente dell'istituto Luca Bolognini si basa sulla contrapposizione ai modelli di somministrazione delle informazioni tradizionali, in particolare il Nutrition Labels [5], del Privacy Dynamic Targeting, caratterizzato da una maggiore dinamicità e da un alto grado di interattività.

Il Privacy Nutrition Labels, recentemente adottato dalla Apple, si basa su più di 34 etichette standardizzate e compilate a cura degli sviluppatori con l'obiettivo di fornire all'utente una rappresentazione grafica delle principali attività di trattamento che vedono coinvolti i suoi dati. Le labels rendono l'utente edotto delle nozioni salienti relative al trattamento dei suoi dati, o almeno quelle nozioni qualificate come tali dalla Apple, come, ad esempio, la tipologia dei dati raccolti e le finalità del loro utilizzo. Si tratta di una sintesi delle informazioni descritte più dettagliatamente nel testo completo dell'informativa.

Il Privacy Dynamic Targeting model è invece basato su un approccio dinamico che legittima la profilazione degli interessati pro-privacy in nome di una maggiore omogeneità della loro esperienza di navigazione. «Le app e website "seguono" o, meglio, "accompagnano" dinamicamente l'interessato, ne studiano il comportamento e ne registrano le scelte (anche) con lo scopo di assicurare uniformemente, in ciascuno degli scenari digitali frequentati, la sua autodeterminazione informativa, così che, per esempio, se il sito x riscontra un'opposizione al trattamento, questa viene riproposta anche nel sito y allo scopo di garantire che l'esperienza risulti effettivamente e organicamente

[5] Il nome Privacy Nutrition Labels è utilizzato per richiamare metaforicamente le etichette alimentari che campeggiano sul retro delle confezioni dei prodotti alimentari.

aderente alle preferenze privacy espresse dall'interessato»[6].

L'attività di profilazione a favore degli interessati risponderebbe al generale principio di accountabililty e sarebbe legittimata dal punto di vista normativo dal legittimo interesse del titolare e degli stessi terzi interessati ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. f) del RGPD.

Il Privacy Dynamic Targeting model, complementare al Privacy Nutrition Labels, offrirebbe una somministrazione frazionata delle informazioni, che sarebbero rese, di volta in volta, attraverso tasti privacy dedicati o appositi banner. Ciò permetterebbe al cittadino della rete di venire a conoscenza delle attività di trattamento quando le stesse effettivamente si consumano.

2. Il ruolo della scuola e delle famiglie.

Massimizzare il controllo che i consumatori hanno dei propri dati personali non è un compito affidato dal legislatore esclusivamente ai titolari, ma anche allo Stato ed alle istituzioni tradizionali, come le famiglie e le scuole.

Nel 2019 l'OCSE classificava l'Italia tra gli Stati europei con il più basso livello di alfabetizzazione ed educazione digitale[7]. Da quel momento l'agenda dei diversi governi che si sono susseguiti è stata popolata da iniziative ed interventi dedicati alla cultura del digitale, prevalentemente sul lungo periodo, che si spera sortiscano risultati positivi.

Ad oggi i più inclini al divario digitale sono certamente gli anziani e le donne non occupate, ma forti difficoltà nella gestione della propria presenza on-line si registrano anche da parte dei nativi digitali. I minori sono persuasi dalle tecniche di personalizzazione dei contenuti dei giganti della rete ed inconsapevoli delle loro conseguenze. A seguito delle dichiarazioni della whistleblower ed ex dipendente della società Meta Frances Haugen, lo scorso ottobre, la stampa statunitense ha pubblicato i famigerati *Facebook Papers*[8] con cui è stata rivelata la totale consapevolezza dei vertici della società delle ripercussioni che l'utilizzo del social Instagram provocherebbe sulla salute di più del 32% delle adolescenti che lo utilizzano.

Per far fronte a questo disagio informativo è indispensabile che i giovani ed i meno giovani siano informati in modo efficace delle connessioni esistenti tra specifiche azioni ed altrettante specifiche privazioni in termini informativi e violazioni dal punto di vista della privacy. È importante istruire il consumatore sull'importanza della conoscenza delle suddette connessioni, allontanandolo dall'abituale prassi emulativa dei comportamenti lassisti e poco attenti dei più.

È apprezzabile in tal senso la recente iniziativa promossa dal MIUR e dal MISE

---

[6] Luca Bolognini – Marco Emanuele Carpenelli, P*rivacy Nutrition Labels vs Privacy Dynamic Targeting - Modelli ex ante e modelli ex post nella somministrazione delle informazioni e per l'esercizio dei diritti degli interessati,* in Istituto per la privacy e la valorizzazione dei dati personali, 28.05.2021, pg.12 Consultabile sul sito: https://www.istitutoitalianoprivacy.it/wp-content/uploads/2021/05/PAPER_Privacy-Nutrition-Labels-vs-Privacy-Dynamic-Targeting_ITA.pdf

[7] Il livello di alfabetizzazione digitale registrato dall'OCSE nel 2019 era pari al 21%. Ocse, S*kills Outlook Scoreboard - Prosperare in un mondo digitale,* 2019. Consultabile sul sito: https://d110erj175o600.cloudfront.net/wp-content/uploads/2019/05/Skills-Outlook-Italy-IT.pdf

[8] Wall Street Journal, *Facebook Files*, 2021 Consultabile sul sito: https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039

«Educazione all'uso del digitale per un consumo consapevole e sostenibile»[9]. Il progetto ha l'obiettivo di contribuire alla crescita delle conoscenze e delle competenze digitali dei cittadini ed orientare le nuove generazioni verso un modello di consumo circolare in una società più innovativa, sostenibile ed equa. I corsi sono rivolti agli studenti ma iniziative di questo genere sono state destinate anche alle persone adulte.

Come si comprende, l'efficacia degli strumenti tecnologici e normativi non può prescindere dall'educazione in materia di diritti digitali e data protection degli utenti, in particolare dei nativi digitali, consumatori nel web di oggi e di domani.

Conclusioni.

In conclusione, la tutela dei dati dei consumatori è affidata all'azione congiunta di una pluralità di attori il cui faro devono essere, sempre ed esclusivamente, le prerogative della persona.

I controller in virtù dell'accountability devono creare *un ecosistema privacy-oriented,* affiancando agli schemi tradizionali di somministrazione delle informazioni modelli dinamici e creativi adottando tecnologie sempre più in grado di preservare i dati personali ed i diritti a questi associati. Le istituzioni devono compiere azioni mirate a combattere l'attuale divario digitale ed ad educare il consumatore orientandolo verso fornitori di servizi virtuosi. La qualità dei dati, il loro aggiornamento e la loro adeguatezza rispetto alle finalità da perseguire devono assurgere a fattore competitivo per le aziende e la loro reputazione. Devono essere eliminate situazioni di accentramento monopolistico a favore della nascita di nuove realtà digitali, anche attraverso la portabilità dei dati. In questo contesto si inseriscono perfettamente il Digital Service act[10] ed il Digital market act[11] definite in sede europea «stepping stones to a level playing field[12] in Europe». Entrambe le proposte mirano a far prosperare la sovranità digitale europea ed a contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme on-line, favorendo un sistema economico nel quale anche le imprese europee, di minori dimensioni e di ridotto potere di mercato, possano partecipare al mercato dei dati[13] nel pieno rispetto della cornice normativa comunitaria.

---

[9] MIUR, *Educazione all'uso del digitale per un consumo sostenibile e responsabile: al via il percorso di formazione per le scuole secondarie,* 8.10.2021. Consultabile sul sito: https://www.miur.gov.it/web/guest/-/educazione-all-uso-del-digitale-per-un-consumo-sostenibile-e-responsabile-al-via-il-percorso-di-formazione-per-le-scuole-secondarie

[10] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Bruxelles.

[11] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), Bruxelles.

[12] Comitato economico e sociale europeo, *Digital Services Act and Digital Markets Act*, 2021. Consultabile su:https://www.eesc.europa.eu/it/our-work/publications-other-work/publications/digital-services-act-and-digital-markets-act

[13] G. Contaldi, *Il DMA (Digital Market Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali,* in Ordine internazionale e diritti umani, 2021, pp. 292-308.

Guida S, 'Applicazioni eHealth e mHealth tra modelli comportamentali, user-centered design e tutela del paziente: esempi di best practices' (2021) 2 EJPLT, Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

Applicazioni eHealth e mHealth tra modelli comportamentali, user-centered design e tutela del paziente: esempi di best practices

EHealth and mHealth applications between behavioral models, user-centered design and patient protection: examples of best practices

SERGIO GUIDA
Independent Researcher, Sr Data Governance & Privacy Mgr
ORCID

Abstract

Le tecnologie per supportare il comportamento sanitario dei cittadini devono essere progettate per soddisfare le loro esigenze e tutelare sia i diritti che i dati. Attraverso alcuni esempi significativi per l'implementazione di tecnologie sanitarie in alcune applicazioni sia web che mobili utilizzate in vari Paesi, vengono richiamate le teorie comportamentali che ne costituiscono il background, così come caratteristiche narrative, cognitive e fattori di design che ne influenzano l'uso e l'adozione. Lo user-centered design è centrale per lo sviluppo di tecnologie eHealth/mHealth utili ed efficaci per gli utenti finali, ma anche e soprattutto sicure by design.

Technologies to support citizens' health behavior must be designed to meet their needs and protect both rights and data. Here are some significant examples for the design and implementation of health technologies in some web and mobile applications used in various countries. Behavioral theories that constitute their background are recalled, as well as narrative, cognitive and design factors that influence its use and adoption. User-centered design is crucial to applied disciplines, as well as for the development of eHealth/mHealth technologies that are useful and effective for end users, but also and above all safe by design.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola Univrsity Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: Serious games per la salute e la medicina; eHealth; mHealth; modelli cognitivi di comportamento; design centrato sull'utente, protezione dati particolari.

Summary: Introduzione. – 1. Esempi in applicazioni eHealth. – 2. Esempi in applicazioni mHealth. – 3. Considerazioni comuni. – Conclusioni.

Introduzione.

Portando il nome di ossimoro «Serious Games», queste applicazioni software aspirano a portare nel mondo dell'apprendimento quegli elementi dei giochi digitali che stimolano, immergono e coinvolgono i giocatori (ad es. Susi, Johannesson e Backlund, 2007).

Il motore principale di questo interesse diffuso sono le qualità intrinseche dei giochi digitali. Sebbene noti per generare coinvolgimento dei giocatori (Reeves & Read, 2009), i giochi digitali hanno anche la capacità di fornire ai giocatori il controllo sugli scenari; emulare il mondo reale e fornire opportunità per allenarsi con un po' di realismo ma senza pericolo (Alexander et al., 2005); persino costruire legami sociali più forti e portare a reti sociali più attive generando emozioni pro-sociali (McGonigal, 2011)[1].

Secondo Zimmerman & Salen (2003), un gioco è un sistema in cui i giocatori si impegnano in un conflitto artificiale definito da regole, che si traduce in un risultato quantificabile. La definizione di cui sopra ci fornisce quattro elementi principali dei giochi:

1. l'artificialità è una caratteristica distintiva. Il gioco presuppone l'esistenza di un «cerchio magico», un luogo nello spazio e nel tempo in cui i partecipanti entrano o addirittura creano quando inizia il gioco. Secondo Huizinga (1955), questi sono tutti mondi temporanei all'interno del mondo ordinario, dedicati all'esecuzione di un atto a parte. La fantasia, che è un motore per la motivazione, è quindi un elemento importante all'interno dell'atto di gioco.
2. Il conflitto suggerisce che i giochi incarnano una competizione di poteri. Il conflitto può essere tra giocatori o tra giocatori e il computer e presuppone l'esistenza di regole.
3. Esistono regole per limitare il comportamento e fornire una struttura per l'atto emergente del gioco mentre definiscono la sfida e la difficoltà del gioco.
4. Il conflitto artificiale è tipicamente seguito dalla chiusura (la fine del gioco) sotto forma di un risultato quantificabile che definisce il vincitore o agisce come misura della prestazione (punteggio).

La suddetta natura ludica dei giochi spesso coesiste con uno strato narrativo. Che sia astratta, minimale o complessa, la narrazione mira ad immergere il giocatore nel gioco, stimolare la fantasia e creare tensione emotiva. Nel caso dei giochi digitali in particolare, la narrazione del gioco è

[1] A. Alexiou, M. Schippers, I. Oshri, *Positive Psychology and Digital Games: The Role of Emotions and Psychological Flow in Serious Games Development*, in *PSYCH*, 2012, III,12A, in https://www.scirp.org/pdf/PSYCH_2012123117272736.pdf, 1243-1244.

sostanzialmente potenziata dall'utilizzo di elementi visivi (grafica 3D) e sonori (musica, effetti sonori) che forniscono al giocatore stimoli sensoriali.

Il meccanismo di apprendimento teorizzato che porta i giochi seri ad essere uno strumento di insegnamento efficace implica qualità immersive in cui gli utenti vengono assorbiti dal gioco; l'obbligo per gli utenti di acquisire competenze in sfide sempre più difficili; e l'uso del desiderio dell'utente di padronanza, eccitazione, diversione e sfida.

I giochi trasformazionali sono emersi come un sottoinsieme di giochi seri che cercano di avere un impatto positivo sull'utente affrontando i risultati, inclusi comportamenti, atteggiamenti e questioni sociali[2].

A differenza dei giochi educativi tradizionali che si concentrano sul gioco fine a se stesso, i giochi trasformazionali mirano a far apprendere agli utenti attraverso la partecipazione intenzionale a narrazioni che impiegano concetti che, se appresi con successo, dovrebbero estendersi oltre il gioco e avere un impatto significativo sulle loro vite. Questa generalizzazione richiede che il gioco abbia comportamenti e risultati di apprendimento specifici, incluso un piano esplicito su come gli utenti trasferiranno le loro abilità dal gioco alle impostazioni del mondo reale.

Il ruolo dell'estetica visiva/uditiva nel creare la sensazione di immersione desiderata è stato ben evidenziato: in termini di estetica visiva l'esperienza estetica prototipica è quella in cui l'attenzione è fermamente fissata sulle componenti di un pattern visivo, esclude la consapevolezza di altri oggetti o eventi, è dominata da sentimenti o emozioni intense ed è integrata e coerente (El-Nasr, 2007). D'altra parte la musica e gli effetti sonori oltre ad arricchire i mondi di gioco e aiutare la navigazione del giocatore sono importanti anche per le operazioni semantiche dei giochi invocando associazioni cognitive tra tipi di musica e interpretazioni di causalità, fisicità e carattere (Whalen, 2004). L'interazione tra estetica, fantasia e sfida offre un'esperienza olistica che energizza, immerge e spesso porta i giocatori a uno stato di flusso[3]. Secondo Csikszentmihalyi (1975), i giochi sono attività di flusso e il gioco è l'esperienza di flusso per eccellenza.

La riabilitazione e le scienze comportamentali hanno aperto la strada a nuovi giochi motivazionali e coinvolgenti. Attualmente, il campo si sta rapidamente espandendo a nuove popolazioni e target di pazienti. Ad es., i

---

[2] T. Thomas, V. Sivakumar, D. Babichenko, V. Grieve, M. Klem, *Mapping Behavioral Health Serious Game Interventions for Adults With Chronic Illness: Scoping Review*, in *JMIR Serious Games*, 2020, VIII, 3, in https://games.jmir.org/2020/3/e18687/PDF, 2.

[3] «La definizione deriva direttamente dal libro di Cziksentmihalyi, Flow: The Psychology of Optimum Experience, 2008: "Uno stato in cui le persone sono così coinvolte in un'attività che nient'altro sembra avere importanza; l'esperienza è così divertente (enjoyable) che le persone continueranno a farlo anche a caro prezzo, solo per il gusto di farlo." Cziksentmihalyi fa una distinzione tra ciò che è pleasurable e ciò che è enjoyable. Le prime sono attività come fare sesso, mangiare, guardare la TV e dormire. Esempi di attività divertenti sono lo sport, l'avventura ricreativa, la scrittura, l'arte e altro ancora. Le esperienze di flusso sono attive, mentre le esperienze piacevoli sono tipicamente passive e fugaci. Il flusso non è né buono né cattivo. Semplicemente è. Il flusso può portare a vivere la vita in modo più completo e intenso. Possiamo sperimentare più significato. Può anche rafforzare il modo in cui definiamo chi siamo (Cziksentmihalyi, 2009). (..) Un altro modo di vedere questo è che dobbiamo controllare come interpretiamo gli eventi che diventano parte della nostra esperienza cosciente. Se lo facciamo con successo, allora è più probabile che sperimentiamo una maggiore felicità e quindi più flusso», come riportato in K.D. Miller, *The Psychology and Theory Behind Flow*, in *Positive Psychology*, 07-10-2021. Consultabile online: https://positivepsychology.com/theory-psychology-flow/.

pazienti con malattie croniche come cancro, malattie cardiovascolari, diabete e obesità affrontano problemi di salute a lungo termine che richiedono una gestione diligente: per questi pazienti, i risultati comportamentali, cognitivi e di salute sono essenziali per garantire che possano autogestire la loro malattia e prevenire la morbilità e la mortalità a lungo termine. Questi esiti dei pazienti attraversano diverse malattie croniche e comprendono l'attività fisica, il mantenimento di un peso corporeo sano, la qualità della vita, il carico dei sintomi, l'umore e la funzione cognitiva.

Il comportamento è tipicamente il risultato di molteplici influenze, che spesso lo rendono resistente al cambiamento (Baranowski, Lin, Wetter, Resnicow e Hearn, 1997). Pertanto, il cambiamento del comportamento deve essere affrontato come un processo complesso e in più fasi. Piuttosto che tentare di cambiare il comportamento direttamente, gli scienziati comportamentali cercano di cambiare i mediatori. I cambiamenti nei mediatori, a loro volta, modificano il comportamento[4].

I mediatori ideali sono altamente predittivi di un comportamento specifico e le teorie comportamentali guidano tipicamente la selezione dei mediatori (Baranowski, Lin et al., 1997).

Le teorie che forniscono mediatori per i media basati sull'intrattenimento (entertainment-based media) includono le teorie socio-cognitive (Bandura, 1986), dell'autodeterminazione (Ryan & Deci, 2000) e del trasporto (Green & Brock, 2000), nonché l'Elaboration Likelihood Model (Petty & Cacioppo, 1986), come richiamerò ampiamente *infra*.

Esempi di tali mediatori includono immersione, attenzione, conoscenza funzionale, sviluppo di abilità di autoregolamentazione (ad esempio, definizione di obiettivi, automonitoraggio, processo decisionale), autoefficacia, motivazione interna e sentimenti di competenza, autonomia e relazione.

1. Esempi in applicazioni eHealth.

CASO 2.1. - Videogiochi seri per la salute. Come la scienza comportamentale ha guidato lo sviluppo di un videogioco serio[5].

Sebbene raramente osservato tra i giovani 20 anni fa, stime recenti della prevalenza del diabete di tipo 2 mostrano che sta diventando più comune. Negli ultimi decenni, sono stati osservati aumenti sostanziali anche nella prevalenza dell'obesità giovanile (Ogden et al., 2006), un fattore di rischio primario per il diabete di tipo 2 (Hussain, Claussen, Ramachandran e Williams, 2007). Pertanto, la prevenzione dell'obesità dovrebbe ridurre il rischio di diabete di tipo 2 (Hussain et al., 2007).

L'obesità deriva dall'assunzione di energia che supera quella spesa a lungo termine (Goran & Treuth, 2001). Gli alimenti a bassa densità energetica, come

[4] D. THOMPSON, T. BARANOWSKI, R. BUDAY ET AL.,*Serious Video Games for Health How Behavioral Science Guided the Development of a Serious Video Game,* in *Simulation & Gaming*, 2010, 41, 4, in https://europe pmc.org/backend/ptpmcrender.fcgi?accid=PMC2919172 &blobtype=pdf, 2.
[5] *Ibidem.*

frutta e verdura, sono stati associati alla perdita di peso (Rolls, Drewnowski e Ledikwe, 2005). L'attività fisica, la principale componente modificabile del dispendio energetico (Goran e Treuth, 2001), è stata associata a livelli più bassi di grasso corporeo nei bambini (Goran, Reynolds e Lindquist, 1999).

I comportamenti sedentari, come la quantità di tempo trascorso a guardare la televisione, sono stati positivamente associati all'indice di massa corporea (Jago, Baranowski, Baranowski, Thompson e Greaves, 2005). La dieta giovanile e i modelli di attività sono meno che desiderabili (Baranowski, Smith et al., 1997; Domel et al., 1993; French, Lin, & Guthrie, 2003; Jago et al., 2005; Pate, Long, & Heath, 1994).

Incoraggiare un maggiore consumo di frutta e verdura, una maggiore attività fisica e una riduzione del comportamento sedentario dovrebbe ridurre il rischio sia di obesità che di diabete di tipo 2.

Gli interventi scolastici per modificare la dieta e l'attività fisica hanno avuto scarso successo nel modificare la composizione corporea (Thompson et al., 2006), suggerendo che sono necessari approcci diversi per attenuare l'epidemia di obesità e ridurre il rischio di diabete di tipo 2 tra i giovani.

I videogiochi offrono potenziali canali di cambiamento del comportamento incorporando la conoscenza funzionale e le procedure di cambiamento come la definizione degli obiettivi, la modellazione e le attività di sviluppo delle abilità in un ambiente di gioco personalmente significativo, divertente e coinvolgente (Baranowski, Buday, Thompson, Baranowski, 2008).

I videogiochi promuovono anche l'apprendimento e l'interazione sociale (Wideman et al., 2007), creano un ambiente in cui le loro azioni e decisioni hanno un effetto, promuovono la risoluzione creativa dei problemi e migliorano la comprensione promuovendo sistemi che pensano o aiutano il giocatore a vedere il quadro generale (Gee, 2004).

I «videogiochi seri» sono progettati per intrattenere i giocatori mentre educano, addestrano o modificano il comportamento (Stokes, 2005).

I «giochi per la salute» sono videogiochi seri che si concentrano sulla salute (Baranowski et al., 2008). Alcuni mirano alla prevenzione (Baranowski et al., 2003), mentre altri mirano alla gestione della malattia (Brown et al., 1997). I videogiochi seri per la salute possono essere un efficace canale di cambiamento del comportamento (Baranowski et al., 2003; Brown et al., 1997).

Tuttavia, per utilizzare il formato divertente e coinvolgente del mezzo per ottenere con successo un cambiamento nella conoscenza, nelle abilità o nel comportamento (Stokes, 2005), i team di progettazione di videogiochi seri devono includere esperti in entertainment (cioè artisti del gioco, scrittori, designer e programmatori di software) e esperti di cambiamento di comportamento (cioè scienziati comportamentali, specialisti di contenuto).

Il caso Escape from DIAB (fig.1) mostra come la teoria comportamentale abbia guidato la progettazione di un videogioco serio per prevenire il diabete di tipo 2 e l'obesità tra i giovani e come gli esperti di intrattenimento e cambiamento del comportamento abbiano lavorato insieme per creare il gioco.

Figura 1: Escape from DIAB (Fonte https://theindexproject.org/post/escape-from-diab).

Diverse teorie, incluse

- ✓ le teorie socio-cognitive (Bandura, 1986)[6],

[6] Cfr. «Nel 1977 Bandura ha introdotto la teoria dell'apprendimento sociale, che ha ulteriormente affinato le sue idee sull'apprendimento osservativo e sulla modellazione. Quindi, nel 1986, Bandura ribattezzò la sua teoria "Teoria cognitiva sociale" per porre maggiore enfasi sulle componenti cognitive dell'apprendimento osservativo e sul modo in cui comportamento, cognizione e ambiente interagiscono per modellare le persone. (..) Le sue idee sull'apprendimento erano in contrasto con quelle di comportamentisti come B.F. Skinner. Secondo Skinner, l'apprendimento può essere raggiunto solo attraverso l'azione individuale. Tuttavia, Bandura ha affermato che l'apprendimento osservativo, attraverso il quale le persone osservano e imitano i modelli che incontrano nel loro ambiente, consente alle persone di acquisire informazioni molto più rapidamente. L'apprendimento osservativo avviene attraverso una sequenza di quattro processi:

1. attentivi: tengono conto delle informazioni selezionate per l'osservazione nell'ambiente. Le persone potrebbero scegliere di osservare modelli di vita reale o modelli che incontrano tramite i media.
2. Di conservazione: implicano il ricordo delle informazioni osservate in modo che possano essere ricordate e ricostruite con successo in seguito.
3. Di produzione: ricostruiscono i ricordi delle osservazioni in modo che quanto appreso possa essere applicato in situazioni appropriate. In molti casi, questo non significa che l'osservatore replicherà esattamente l'azione osservata, ma che modificherà il comportamento per produrre una variazione che si adatti al contesto.
4. Motivazionali: determinano se un comportamento osservato viene eseguito o meno in base al fatto che tale comportamento sia stato osservato per provocare esiti desiderati o negativi per il modello. Se un comportamento osservato è stato premiato, l'osservatore sarà più motivato a riprodurlo in seguito. Tuttavia, se un comportamento fosse punito in qualche modo, l'osservatore sarebbe meno motivato a riprodurlo. Pertanto, la teoria cognitiva sociale avverte che le persone non eseguono tutti i comportamenti che apprendono attraverso la modellazione.

Oltre ai modelli di informazione che possono trasmettere durante l'apprendimento osservativo, i modelli possono anche aumentare o diminuire la fiducia dell'osservatore nella propria autoefficacia per mettere in atto comportamenti osservati e ottenere i risultati desiderati da tali comportamenti. Quando le persone vedono che altri come loro hanno successo, credono anche di poter avere successo. Pertanto, i modelli sono una fonte di motivazione e ispirazione», come si legge ad es. in C. VINNEY, *Social Cognitive Theory: How*

- ✓ l'autodeterminazione (Ryan & Deci, 2000)[7],
- ✓ l'inoculazione comportamentale (McGuire, 1961)[8],
- ✓ le teorie sui trasporti (Green & Brock, 2000)[9] e
- ✓ l'Elaboration Likelihood Model (Petty & Cacioppo, 1986)[10]

We Learn From the Behavior of Others, January 20, 2019. Consultabile online: https://www.thoughtco.com/social-cognitive-theory-4174567.

[7] Quello SDT (Self-Determination Theory) è «un approccio alla motivazione e alla personalità umana che utilizza metodi empirici tradizionali mentre impiega una metateoria organismica che evidenzia l'importanza delle risorse interiori evolute degli esseri umani per lo sviluppo della personalità e l'autoregolamentazione comportamentale (Ryan, Kuhl e Deci, 1997). Pertanto, la sua arena è l'indagine delle tendenze di crescita intrinseche delle persone e dei bisogni psicologici innati che sono alla base della loro automotivazione e integrazione della personalità, nonché delle condizioni che favoriscono quei processi positivi. Induttivamente, utilizzando il processo empirico, abbiamo identificato tre di questi bisogni: i bisogni di competenza (Harter, 1978; White, 1963), di relazione (Baumeister & Leary, 1995; Reis, 1994) e di autonomia (deCharms, 1968; Deci , 1975) che appaiono essenziali per favorire il funzionamento ottimale delle naturali propensioni alla crescita e all'integrazione, nonché per uno sviluppo sociale costruttivo e il benessere personale», come si legge in R.M. Ryan, E.L. Deci, *Self-Determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development, and Well-Being*, in *APA*, 2000, 55, 1, 68-78, in https://self determinationtheory.org/SDT /documents/2000_RyanDeci_ SDT.pdf, 68.

[8] Cfr.«Al centro della teoria dell'inoculazione (McGuire, 1961) c'è una metafora biologica: gli atteggiamenti potrebbero essere inoculati contro gli attacchi persuasivi più o meno allo stesso modo in cui il proprio sistema immunitario può essere inoculato contro gli attacchi virali. Nell'immunizzazione medica, vengono iniettate nel corpo forme indebolite di virus e il corpo, quindi, reagisce a questa iniezione (ad es., attraverso l'adattamento cellulare), proteggendo il corpo da futuri attacchi di versioni più forti di quel virus. McGuire (1964) ha sostenuto che esponendo gli individui a un messaggio persuasivo che contiene argomenti indeboliti contro un atteggiamento consolidato (ad esempio, un messaggio a due facce o un messaggio che presenta sia contro-argomentazioni che confutazioni di tali contro-argomentazioni), gli individui svilupperebbero resistenza contro futuri attacchi persuasivi» in J. Compton, B. Jackson, J.A. Dimmock,*Persuading Others to Avoid Persuasion: Inoculation Theory and Resistant Health Attitudes*, in *Front Psychol*, 2016, in https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/ PMC4746429/pdf/fpsyg-07-00122.pdf,1-2.

[9] Cfr. «Nella misura in cui gli individui vengono assorbiti in una storia o trasportati in una parola narrativa, possono mostrare gli effetti della storia sulle loro convinzioni del mondo reale. Abbiamo concettualizzato il trasporto in un mondo narrativo come un processo mentale distinto, una fusione integrativa di attenzione, immagini e sentimenti. La nostra concettualizzazione del trasporto si è basata sulla descrizione di Gerrig (1993): il viaggiatore viene trasportato, con qualche mezzo di trasporto, a seguito dell'esecuzione di determinate azioni. Il viaggiatore si allontana dal suo mondo di origine, il che rende inaccessibili alcuni aspetti del mondo di origine. Il viaggiatore ritorna nel mondo d'origine, un po' cambiato dal viaggio. (..) Seguendo Gerrig, abbiamo concepito il trasporto come un processo convergente, in cui tutti i sistemi e le capacità mentali si concentrano sugli eventi che accadono nella narrazione. (..) Un'altra conseguenza è che le persone tornano dopo essere state trasportate in qualche modo cambiate dall'esperienza. (..) Sebbene lo storytelling informale e altre forme di narrativa personale siano molto diffuse, le nostre ipotesi hanno affrontato gli effetti delle narrazioni esterne, quelle a cui numerose persone potrebbero essere esposte in diverse occasioni o contemporaneamente» in M.C. Green,T.C. Brock, *The Role of Trans portation in the Persuasiveness of Public Narratives*, in *JPSP by the American Psychological Association*, 2000, 79, 5, 701-721, in http://www.communication cache.com/uploads/1/0/8/8/10887248/the role of transportation in the persuasiveness of public narr atives.pdf, 701-702.

[10] Cfr. «In sintesi, è probabile che le proprie valutazioni iniziali siano in gran parte edonistiche poiché, mancando la motivazione e/o la capacità di considerare argomenti rilevanti per il problema, gli atteggiamenti si baseranno principalmente su segnali affettivi positivi e negativi associati all'oggetto dell'atteggiamento. Man mano che lo sviluppo procede, alcuni atteggiamenti possono formarsi sulla base di semplici inferenze, regole decisionali e attaccamenti sociali. Infine, la formazione e il cambiamento di alcuni atteggiamenti diventano processi molto ponderati in cui le informazioni rilevanti per il problema vengono attentamente esaminate e valutate in termini di conoscenza esistente. È importante sottolineare che la nostra sequenza degli stadi di influenza dello sviluppo è coerente con altri modelli di giudizio evolutivi. Ad esempio, nel discutere lo sviluppo degli standard morali, Kohlberg (1963) identifica tre livelli di sviluppo. Al primo livello (pre-convenzionale), le valutazioni morali si basano principalmente sulle conseguenze affettive di un atto. Al livello 2 (convenzionale), le valutazioni degli atti si basano

hanno contribuito a fornire mediatori e procedure di cambiamento del comportamento.

La figura 2 fornisce una panoramica dei loro contributi utilizzati nel design di DIAB per influenzare i risultati comportamentali e fisiologici:

Theoretical Contribution

	SCT	SDT	TT	ELM	BIT
Change procedures					
Storyline	X		X	X	
Mini-games	X	X			
Modeling	X				
Feedback	X	X		X	
Choice		X			
Value-reason statements		X			
Tailoring				X	
Good guy/bad guy					X
Goal setting	X	X			
Implementation intentions	X				
Self-monitoring	X				
Goal review	X				
Problem solving	X				
Mediators					
Immersion			X		
Attention			X	X	
Knowledge	X				
Self-regulatory skill development	X				
Personal mastery	X				
Self-efficacy	X				
Autonomy		X			
Relatedness		X			
Competence		X			
Internal motivation		X			

Figura 2: Panoramica dei contributi utilizzati nel design di DIAB per influenzare i risultati comportamentali e fisiologici (Fonte https://europepmc.org/backend/ptpmcren der.fcgi?accid =PMC2919172&blobtype=pdf).

Note: SCT = social-cognitive theory (Bandura, 1986); SDT = self-determination theory (Ryan & Deci, 2000); TT = transportation theory (Green & Brock, 2000); ELM = Elaboration Likelihood Model (Petty & Cacioppo, 1986); BIT = behavioral inoculation theory (McGuire, 1961).

Come si vede in figura 3, l'intrattenimento attrae e trattiene l'attenzione del giocatore sul videogioco, facilitando così l'esposizione dei giocatori alle procedure di modifica del comportamento.

principalmente su regole e leggi socialmente accettate. Infine, al livello 3 (post-convenzionale), una valutazione di un atto si basa sul codice morale idiosincratico ma ben articolato di una persona. I paralleli con le nostre fasi di influenza sono ovvi» in R. PETTY, J. CACIOPPO, *The Elaboration Likelihood Model of Persuasion,* in *Advances in Experimental Social Psychology*, 1986, 19, 123-205, in https://richardepetty.file s.wordpress.com/20 19/01/1986-advances-pettycacioppo.pdf, 131.

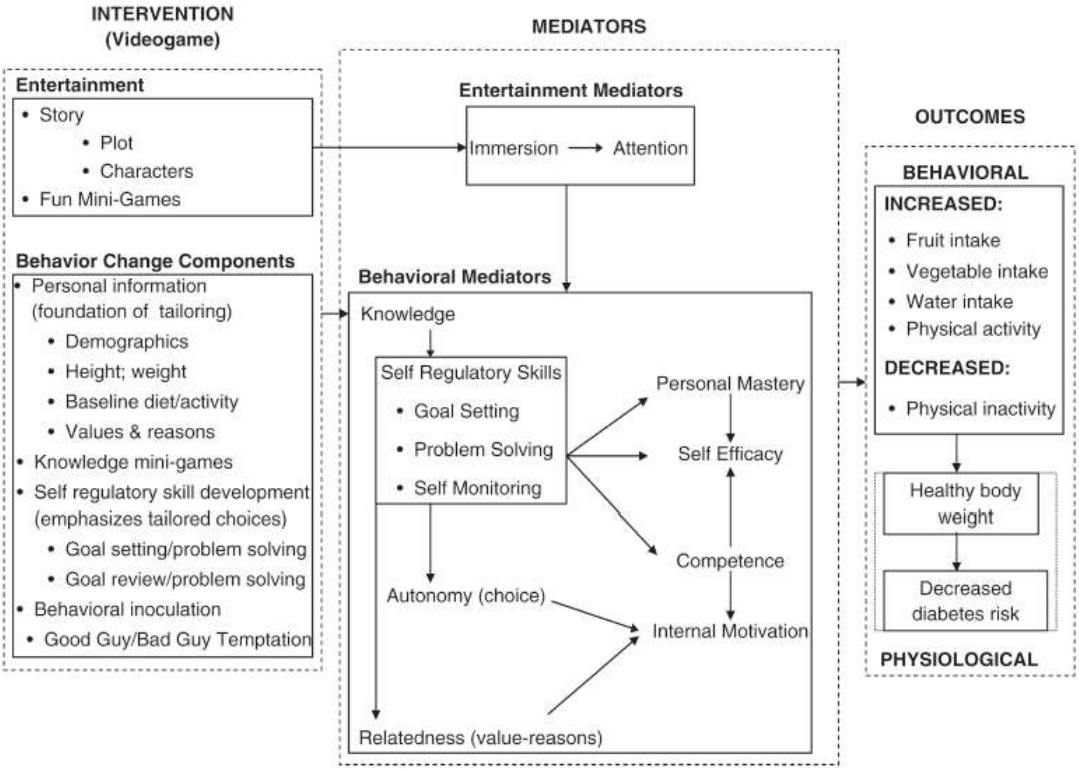


Figura 3: Architettura del sistema DIAB (Fonte https://europepmc.org/backend/ ptpmcrender. fcgi?accid=PMC2919172 &blobtype=pdf).

In DIAB, l'intrattenimento è stato ottenuto principalmente attraverso la trama e i personaggi dei videogiochi[11]. Gli sviluppatori di giochi hanno inserito le componenti del cambiamento del comportamento nella trama e nelle attività di gioco per aiutare a mantenere il valore dell'intrattenimento[12], migliorando così l'immersione (Green, Strange e Brock, 2002) e l'attenzione (Petty e Cacioppo, 1986).

CASO 2.2. - L'intervento di ricerca sulla decisione comportamentale riduce il comportamento sessuale rischioso[13].

Sebbene gli adolescenti siano a rischio sproporzionato di infezioni trasmesse sessualmente, la maggior parte dei programmi di educazione sessuale ha mostrato scarsi effetti sul comportamento sessuale.

Negli Stati Uniti, adolescenti e giovani adulti (15-24 anni) rappresentano quasi i due terzi delle nuove infezioni da clamidia e il 70% delle nuove infezioni da gonorrea. Le giovani donne sono particolarmente ad alto rischio, a

[11]Vedasi la scheda alla pagina web https://serious.gameclassification.com/EN/games/14647-Escape-from-DIAB/index .html.

[12]Si veda anche l'ulteriore scheda alla pagina web http://www.garagegames.com/community/ blogs/view/ 17507.

[13] Lo studio originale è: J.S. Downs, W. Bruine de Bruin, B. Fischhoff, P.J. Murray, *Behavioral Decision Research Intervention Reduces Risky Sexual Behavior,* in *Current HIV Research*, 2015, 13, 5, 439-446, in https://europepmc.org/backend/ptpmcrender.fcgi?accid= PMC5523954& blobtype=pdf.

causa della vulnerabilità fisiologica legata all'età, della conoscenza limitata, dell'uso inadeguato del preservativo e dei frequenti fallimenti del condom[14].

Queste infezioni causano una morbilità significativa, che si estende oltre il periodo dell'adolescenza in cui sono state contratte per la prima volta. Chlamydia trachomatis e Neisseria gonorrea possono causare malattia infiammatoria pelvica (PID), con conseguente dolore pelvico cronico, gravidanza ectopica e infertilità, e anche aumentare la suscettibilità all'HIV[15]. Il virus del papilloma umano svolge un ruolo nello sviluppo della maggior parte dei tumori della cervice uterina, così come di altri tumori genitali e dei tumori della bocca e della gola.

La prevenzione è il segno distintivo della ricerca e della pratica della salute pubblica: evitare o migliorare un problema di salute è generalmente clinicamente ed eticamente superiore al trattamento.

Questo caso esamina lo sviluppo e l'efficacia di un intervento volto a ridurre il comportamento sessuale a rischio degli adolescenti, dettagliando il suo fondamento nei metodi di ricerca della scienza delle decisioni

---

[14] Anche nel nostro Paese, come emerge «alla luce dei dati rilevati dalla nuova edizione dell'Osservatorio "Giovani e Sessualità", realizzato da Durex e Skuola.net, in collaborazione con EbiCo, spin-Off accademico dell'Università di Firenze. L'indagine, che viene svolta annualmente dal 2018, ha infatti fissato - grazie ad un cospicuo campione di oltre 15.000 ragazzi, tra gli 11 e i 24 anni - il punto da cui ripartono preadolescenti, adolescenti e giovani adulti. (..) Dai primi risultati dell'indagine, ad esempio, emerge un approccio sempre più precoce delle nuove generazioni alla sessualità: il 42% degli intervistati, infatti, afferma di aver avuto il primo rapporto sessuale tra i 15 e i 16 anni, ma c'è anche chi dichiara di aver avuto la sua prima esperienza prima dei 13 anni (3%). Il dato più preoccupante che viene fuori dall'indagine è che questo approccio così precoce risulta essere accompagnato dalla messa in atto di comportamenti poco consapevoli e molto spesso a rischio: tra gli intervistati, meno della metà (49%) è solito utilizzare il preservativo, dato che diventa ancor più preoccupante se confrontato con il 57% del 2018.(..) L'indagine indica poi una percentuale quasi raddoppiata rispetto al 2020 di coloro che sono convinti dell'efficacia di questo metodo contro gravidanze indesiderate e Infezioni Sessualmente Trasmissibili (IST): 15% nel 2021 vs 8% nel 2020. Al contrario, in netto calo rispetto al passato, è il numero di coloro che si dichiarano consapevoli dell'inefficacia di questo metodo: 48% nel 2021 contro il 58% nel 2018. L'Osservatorio rileva poi un altro aspetto altrettanto preoccupante, relativo al fatto che quest'approccio così precoce al mondo della sessualità sembra essere sempre più accompagnato da una scarsa conoscenza delle IST.. La scarsa consapevolezza sui rischi per la propria salute e per quella altrui è accompagnata poi dalla mancata adesione a programmi di prevenzione e di screening: il 68% dei giovani intervistati non si è infatti mai rivolto a specialisti (ginecologi, andrologi), solo il 6% ha effettuato un test per la diagnosi dell'HIV e il 7% per la diagnosi di altre infezioni. La situazione è poi ulteriormente aggravata dallo scarso confronto e dialogo. (..) Di fronte a questo scenario complicato e a tratti preoccupante, quali potrebbero essere, pertanto, le misure da introdurre? L'educazione in ambito affettivo e sessuale risulta sicuramente la principale, in quanto strumento importante al fine di arginare gli effetti collaterali di un approccio al sesso fatto di scarsa educazione e privo di quei filtri che educatori, esperti e genitori potrebbero porre nei confronti dei giovanissimi. (..) Questi dati offrono degli elementi di riflessione fondamentali al fine di aumentare la consapevolezza tra i suoi interlocutori sui rischi correlati alla mancanza di educazione affettiva e sessuale e di indirizzare il proprio impegno quotidiano nel fornire alle giovani generazioni gli strumenti necessari per compiere scelte informate e consapevoli», come riportato in SKUOLA.NET, Il blog, *Solo 1 giovane su 2 usa il preservativo. La scuola può invertire la rotta.* Osservatorio Giovani e Sessualità, *Huffingtonpost.it*, 15/11/2021. Consultabile online: https://www.huffingtonpost.it/entry/solo-1-giovane-su-2-usa-il-preservativo-la-scuola-puo-invertire-la-rotta_it_61924487e4b04e5bdfd2b0c6?utmh%E 2%80%A6.

[15] «L'HIV è un virus a RNA che appartiene a una particolare famiglia virale, quella dei retrovirus, dotata di un meccanismo replicativo assolutamente unico. Grazie a uno specifico enzima, la trascrittasi inversa, i retrovirus sono in grado di trasformare il proprio patrimonio genetico a RNA in un doppio filamento di DNA. Questo va ad inserirsi nel DNA della cellula infettata ("cellula ospite" o "cellula bersaglio") e da lì dirige la produzione di nuove particelle virali. Le principali cellule bersaglio dell'HIV sono particolari cellule del sistema immunitario, i linfociti T di tipo CD4, fondamentali nella risposta adattativa contro svariati tipi di agenti patogeni e oncogeni. L'infezione da HIV provoca, quindi, un indebolimento progressivo del sistema immunitario (immunodepressione), aumentando il rischio sia di tumori che di infezioni da parte di virus, batteri, protozoi e funghi»,come si legge al sito web di EPICENTRO, l'epidemiologia per la sanità pubblica, Istituto Superiore di Sanità. Consultabile online: https://www. epicentro.iss.it/aids/.

comportamentali. L'intervento video interattivo sviluppato dal team, What Could You Do?[16], è stato identificato come uno dei pochi programmi documentati per ridurre le infezioni a trasmissione sessuale in quella popolazione[17].

Basandosi sulla ricerca sulle decisioni comportamentali, hanno utilizzato un approccio basato su modelli mentali per intervistare le giovani donne sulle loro decisioni sessuali, trovando, tra le altre cose, il ruolo forte delle norme sociali percepite. Il loro intervento è stato basato su questi risultati, con l'obiettivo di aiutare le giovani donne a identificare e attuare strategie decisionali personalmente e socialmente accettabili. Uno studio controllato randomizzato ha rilevato che il video riduceva il comportamento sessuale a rischio e l'acquisizione dell'infezione da clamidia.

In effetti, anche prima che il video digitale rendesse usuali l'accessibilità e l'interattività, gli interventi video si sono rivelati particolarmente efficaci nel cambiare le conoscenze e gli atteggiamenti sul rischio sessuale e altri precursori del behavior change. Più in generale, il video si è dimostrato efficace nel modificare una varietà di comportamenti, in particolare quelli che richiedono la modellazione di nuovi comportamenti[18].

Nel dominio della salute sessuale, è stato riscontrato che gli interventi che incorporano video aumentano le intenzioni relative al preservativo, comportamenti prossimali come il riscatto del coupon del preservativo e il test dell'HIV, comportamenti a lungo termine incluso l'uso del preservativo auto-riferito diversi mesi dopo l'intervento iniziale e i risultati clinici.

Tuttavia, anche questi interventi in genere incorporano video come parte di sessioni di gruppo guidate da facilitatori, lasciandoli vulnerabili alle sfide del costo e della fedeltà; anche perciò questo intervento cerca di superare il problema della replicabilità con un intervento interattivo di solo video.

Oltre alle vulnerabilità fisiologiche e alle sfide comunicative descritte sopra, gli adolescenti affrontano anche barriere psicologiche che portano a un aumento dell'assunzione di rischi. In particolare, tendono a non avere la competenza nell'elaborazione cognitiva avversa al rischio e basata sull'essenza (gist-based cognitive processing)[19] che gli adulti usano per

---

[16] Cfr. DOWNS ET AL., *Behavioral Decision Research Intervention Reduces Risky Sexual Behavior, cit.,* 8.

[17] Vedansi anche le pagine web https://tppevidencereview.youth.gov/document.aspx?rid =3&sid= 271&mid=1 e https:// www. factforward.org/education-and-training/curriculum/seventeen-days.

[18] Cfr. DOWNS ET AL., *Behavioral Decision Research Intervention Reduces Risky Sexual Behavior,cit.,* 9.

[19] Cfr. «La scoperta che gli adulti tendono a fare più affidamento sulle loro reazioni intuitive - o sull'essenza della situazione - è stata incorporata in quella che Reyna e colleghi hanno etichettato come la teoria della "traccia sfocata" (Reyna e Brainerd, 1995; Reyna, 2004). In questa prospettiva, i processi decisionali cambiano dall'infanzia all'adolescenza e dall'adolescenza all'età adulta. Come nella teoria classica, si ritiene che la conoscenza, acquisita attraverso l'istruzione e l'esperienza, abbia un ruolo nel processo decisionale, ma vengono identificati esplicitamente anche altri fattori. Anche il modo in cui gli individui percepiscono e comprendono una situazione, come la rappresentano a sé stessi, e il modo in cui recuperano le informazioni rilevanti dalla memoria e le applicano alle loro decisioni giocano un ruolo importante. La rappresentazione è centrale perché le decisioni dipendono da come gli individui percepiscono soggettivamente la realtà, non dalla realtà stessa. Inoltre, il tipo di rappresentazione utilizzato per prendere una decisione cambia la natura del processo decisionale (ad esempio, dall'analisi letterale dei dettagli al pensiero globale basato sull'essenza). Quindi, l'individuo prende una decisione integrando ciò che percepisce con ricordi o conoscenze recuperati, un processo variabile e incerto. Molti interventi di sanità pubblica partono dal presupposto che se gli adolescenti conoscessero e comprendessero un rischio, non lo correrebbero. Eppure, ha spiegato Reyna, molti studi hanno dimostrato che non solo gli adolescenti sono ben consapevoli dei rischi prevalenti, ma in realtà sovrastimano anche i rischi di sviluppare l'HIV o il

identificare situazioni rischiose, lasciando gli adolescenti più dipendenti daldeliberative processing, quindi più vulnerabili all'influenza dei pari e alle situazioni emotivamente cariche.

La prima versione dell'intervento è stata ulteriormente perfezionata utilizzando i risultati di una valutazione pilota, risultando in un pluripremiato intervento video interattivo, Seventeen Days (fig.4), in grado di attirare l'attenzione degli adolescenti fornendo al contempo contenuti critici sulla salute sessuale a costi estremamente bassi per ampie popolazioni[20].

Figura 4: DVD interattivo e App Mobile Seventeen days (Fonte http://seventeen days.org/training/).

L'intervento affronta direttamente le barriere integrando processi cognitivi, sociali ed emotivi prima degli incontri sessuali, guidando gli adolescenti nella valutazione del rischio deliberativo mentre hanno il tempo di pensare, facilitando così l'elaborazione basata su gist-based processing più tardi quando si verificano situazioni sessuali.

Si è cercato di rendere l'intervento compatibile con le prospettive intuitive degli adolescenti sul comportamento sessuale, al fine di costruire sui loro punti di forza e affrontare le loro debolezze in termini significativi per loro. Per ottenere queste intuizioni sia nei contesti che nelle decisioni, è stato utilizzato l'approccio dei «modelli mentali» [21] per guidare lo sviluppo dell'intervento.

---

cancro ai polmoni o di entrare in un incidente automobilistico È un mito che gli adolescenti non comprendano i rischi di comportamenti prevalenti - o credono che siano invulnerabili - ha osservato Reyna. Numerosi studi hanno anche dimostrato che l'assunzione di rischi potrebbe essere prevista sulla base delle percezioni degli adolescenti dei rischi e dei benefici del comportamento, il che suggerisce che l'impulsività non lo spiega facilmente (Reyna e Farley, 2006). Gli adolescenti agiscono nonostante la consapevolezza dei rischi. La chiave è che, sebbene gli adolescenti sopravvalutino molti rischi, spesso valutano anche i potenziali benefici come molto alti, e quindi i benefici percepiti superano i rischi percepiti», come si legge in IOM (Institute of Medicine) and NRC (National Research Council) COMMITTEE ON THE SCIENCE OF ADOLESCENCE, *The Science of Adolescent Risk-Taking: Workshop Report*, in The National Academies Press, 2011, Washington DC, in https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK53418/ pdf/BookshelfNBK53418.pdf, 53-54.

[20] Cfr. DOWNS ET AL., *Behavioral Decision Research Intervention Reduces Risky Sexual Behavior,* cit.,10.

[21] «L'approccio dei modelli mentali alla comunicazione del rischio (Morgan et al., 2002) è ancora utilizzato in senso applicato, in particolare dai ricercatori che esaminano il processo decisionale associato al rischio, alla comunicazione e all'educazione (Goel, 2007; Larson et al., 2012; Panagiotaki et al., 2009; Skarlatidou

L'approccio dei modelli mentali al processo decisionale mette a confronto le credenze di una popolazione target su una situazione con le credenze degli esperti basate sulla letteratura scientifica. In termini di ricerca sulle decisioni comportamentali, l'approccio inizia con un'analisi normativa dei fattori rilevanti per fare scelte che meglio raggiungono i risultati desiderati dai decisori. Procede con studi descrittivi che esaminano come le persone vedono effettivamente le loro decisioni e approcci prescrittivi progettati per migliorare il processo decisionale colmando il divario normativo-descrittivo[22]. L'approccio si basa su altri approcci di modelli mentali nella psicologia cognitiva, adattandoli alle situazioni complesse, aperte e incerte che spesso devono affrontare i decisori. L'approccio è stato applicato a diversi argomenti, tra cui molte sfide relative alla salute come l'HIV, la vaccinazione, la mammografia, i rischi per la salute dello sverniciatore, il cancro e il Cryptosporidium nelle forniture di acqua.

Gli interventi sui modelli mentali richiedono un discorso intenso ed esteso con diversi esperti del settore per identificare i dati rilevanti e con i membri del pubblico previsto per identificare gli elementi mancanti e fraintesi del

---

et al., 2012). L'approccio dei modelli mentali alla comunicazione del rischio utilizza una forma di ragionamento deduttivo, uno dei molteplici tipi di ragionamento che è connesso con il processo decisionale (Eysenck e Keane, 2010). L'approccio presuppone che, per prendere una decisione su un problema, un individuo costruisca una realtà (mentale) artificiale al fine di testare una serie di scenari simulati utilizzando dati precedentemente raccolti e valutati da quell'individuo (Morgan et al., 2002). La decisione su quale azione intraprendere sarà basata su un'interpretazione logica dei risultati di questi test e le decisioni vengono prese più facilmente quando i test sono semplici (Johnson-Laird, 2013). (..) L'uso di modelli mentali, quindi, consente al ricercatore di acquisire una migliore comprensione dell'importanza di molte questioni sia dal punto di vista esperto che non esperto, e consente anche l'inclusione del ragionamento non solo analitico ma anche esperienziale (Leiserowitz, 2006). (..) Ciò allontana il comunicatore dal modello del deficit unidirezionale delle comunicazioni (Bucchi, 2008) e verso un modello più dialogico, in cui le percezioni del non esperto non implicano malintesi da correggere ma diventano invece preoccupazioni da affrontare attraverso la discussione e l'interazione. L'approccio consente ai ricercatori di valutare non solo cosa pensano i partecipanti (esperti e non) coinvolti in un problema, ma anche perché lo pensano (Kiker et al., 2005). Questo è prezioso sia per gli esperti che per i non esperti, in quanto consente a entrambe le parti di esprimere pienamente le proprie percezioni su un problema e di arrivare a una maggiore comprensione della prospettiva dell'altra parte. L'approccio consente quindi l'affinamento della comunicazione incentrato su messaggi salienti sia per il comunicatore che per il destinatario, il che aumenterà l'efficacia e il significato di queste comunicazioni», come si legge in H. GIBSON, I.S. STEWART, S. PAHL, A. STOKES, *A "mental models" approach to the communication of subsurface hydrology and hazards*, in *Hydrol. Earth Syst. Sci.*, 2016, 20, 1737–1749, in https://hess. copernicus.org/ articles/ 20/1737/2016/hess-20-1737-2016.pdf, 1738-1740.

[22] Cfr. «Se i modelli normativi tenevano in considerazione l'utilità o il valore atteso secondo dei riferimenti logici, ideali, i nuovi approcci descrittivi preferiscono prendere in considerazione altre modalità di categorizzazione e processazione dell'informazione basandosi più su dei modelli euristici caratterizzati da una razionalità debole. Questa nuova psicologia postmoderna ritiene che i processi inferenziali logici non sembrano essere una competenza immediata di facile acquisizione e utilizzo. Inoltre, richiedono spesso doti di concentrazione e uno sforzo mentale che difficilmente si addicono alla rapidità con cui vengono prese le decisioni quotidiane. Di fatto, nella realtà, ci si scopre essere influenzati più da una serie di parametri poco razionali, quali le credenze, le proprie emozioni, l'influenza del contesto, i desideri. Inoltre va aggiunto che, più delle volte, le informazioni per giungere a una scelta ponderata, oltre a essere limitate, sono anche ambigue percettivamente parlando. In questi casi, la categorizzazione della realtà presuppone necessariamente un elevato livello di interpretazione disambiguante fino a una vera e propria ristrutturazione creativa dei dati sensibili da parte di un osservatore esposto sia all'influenza delle regole sociali (vedi ad esempio la teoria dei giochi e anche l'influenza di una predisposizione naturale mimetica) che al proprio particolare variabile punto di osservazione (come rivelato ad esempio nei pionieristici esperimenti della psicologia gestaltica). Così, non ci può sottrarre dalla constatazione che qualsiasi decisione è frutto di un'operazione riduzionistica per questo esposta alla possibilità di andare incontro a frequenti errori (*biases*) di valutazione a volte anche grossolani», come riportato alla pagina web https://nonsocomio.blogspot.com/2010/03/scienza-della-decisione-teorie.html.

puzzle. I membri del pubblico sono stati trattati in modo collaborativo durante la ricerca, per garantire che l'intervento fosse chiaro, credibile, utile e culturalmente appropriato[23].

2. Esempi in applicazioni mHealth.

CASO 3.1. – Aspira: utilizzo di un gioco serio in un'app mHealth per migliorare gli esiti dell'asma[24].

I bambini svantaggiati e delle minoranze incorrono in una quota sproporzionata di prevalenza e morbilità dell'asma. È possibile che gli interventi migliorino l'aderenza dei giovani delle minoranze sottorappresentate (URM) alle linee guida NIH per la cura dell'asma (ad esempio, l'uso corretto di farmaci di controllo a lungo termine) riducendo così la morbilità dell'asma.

Un metodo particolarmente promettente di erogazione dell'intervento è tramite la tecnologia mobile: è ampiamente accessibile dai genitori e dai bambini delle minoranze urbane ed è uno strumento economico ed efficiente per monitorare, fornire feedback e quindi modificare il comportamento sanitario. Inoltre, ci sono prove che suggeriscono che le disparità razziali nella morbilità dell'asma possono essere dovute in parte agli ambienti domestici dei bambini; la qualità dell'aria interna può avere un'influenza importante sulla salute correlata all'asma perché i bambini trascorrono fino al 90% del loro tempo al chiuso.

Pertanto, con questo studio è stato proposto di sviluppare uno strumento di mHealth[25] destinato ad aiutare le famiglie delle minoranze urbane a

---

[23] Cfr. DOWNS ET AL., *Behavioral Decision Research Intervention Reduces Risky Sexual Behavior, cit.,* 5.

[24] Lo studio originale è: J. THOMSON, C. HASS, I. HORN, E. KLEINE , S. MITCHELL , K. GARY, I. AHMED, D. HAMEL, A. AMRESH,*Aspira:Employing a serious game in an mHealth app to improve asthma outcomes* in *IEEE 5th International Conference on Serious Games and Applications for Health*, 2017, in http://www.segah.org/ 2017/docs/Papers/ Session%204%20-%20Healthcare%20Training%20II/O-S04-1-42.pdf.

[25] «La salute mobile (mHealth) è la fornitura di assistenza sanitaria o servizi correlati all'assistenza sanitaria attraverso l'uso di dispositivi portatili. L'uso di app software mHealth è cresciuto negli ultimi anni al punto che gli app store commerciali contengono migliaia di app relative all'assistenza sanitaria.(..) Gli studi dimostrano che gli interventi su misura hanno maggiori probabilità di essere visti come coinvolgenti e pertinenti dalla popolazione prevista. Le attuali tendenze degli interventi di tecnologia dell'informazione sanitaria (IT) indicano che le soluzioni dovrebbero essere progettate per essere non solo efficaci, accettabili e non dannose, ma anche piacevoli e coinvolgenti. Tuttavia, la letteratura scientifica tende a concentrarsi sulla valutazione clinica delle soluzioni IT sanitarie con poche discussioni sul processo di progettazione e sulla sua importanza per il successo di una soluzione IT. È importante estrarre i requisiti degli utenti target in merito a funzionalità e usabilità in modo che si possa identificare ciò che crea esperienze utente significative. Il mancato rispetto delle esigenze degli utenti finali si traduce in soluzioni utilizzate in modo improprio o sottoutilizzato, che alla fine vanificano gli obiettivi previsti. Affrontare questi fattori sembra particolarmente rilevante per mHealth, considerando che oltre un quinto delle app mobili viene abbandonato dall'utente dopo un solo utilizzo. L'uso di elementi di gioco in contesti non di gioco, comunemente chiamato gamification, sta guadagnando terreno anche nelle app per la salute ed è ora una strategia popolare sia in campo commerciale che accademico per guidare i comportamenti.
Design incentrato sull'utente
Il design centrato sull'utente (UCD) è una filosofia progettuale che propone di porre le esigenze e le caratteristiche degli utenti finali al centro della progettazione e dello sviluppo del software, coinvolgendo gli utenti nelle prime fasi del ciclo di vita del software. L'obiettivo dell'UCD è tentare di creare soluzioni specifiche per le caratteristiche e i compiti degli utenti previsti. Seguendo i principi dell'UCD si generano sistemi facili da apprendere e con una maggiore accettazione e soddisfazione degli utenti e minori errori

identificare e affrontare in modo indipendente i fattori scatenanti dell'asma nelle loro case e migliorare l'autogestione dell'asma del loro bambino. Nel progetto proposto, è stato applicato un processo di design iterativo e incentrato sull'utente per sviluppare un sistema di monitoraggio domiciliare dell'asma (Aspira) costituito da 3 componenti:

(1) applicazione software per dispositivo mobile che richiede al bambino di registrare la funzione polmonare utilizzando

(2) uno spirometro, oltre a memorizzare i dati sulla qualità dell'aria misurati continuamente da un

(3) dispositivo per tenere sotto controllo il particolato domestico.

L'app collega le informazioni sulla funzione polmonare e sulla qualità dell'aria al fine di fornire alle famiglie notifiche in tempo reale del rischio di esacerbazione dell'asma, migliorando così la capacità delle famiglie minoritarie urbane di gestire in modo proattivo l'asma del proprio bambino[26].

L'utilizzo della tecnologia mobile per monitorare la qualità dell'aria interna e migliorare l'autogestione tra i bambini a rischio con asma in una popolazione del centro città è innovativo rispetto ai consueti interventi basati sulle visite domiciliari.

Guidato dalla teoria cognitiva sociale, Aspira invia infatti avvisi istantanei sulla scarsa qualità dell'aria interna, che hanno lo scopo di fungere da spunti per stimolare comportamenti positivi per mitigare i fattori scatenanti ambientali, migliorando così la salute dei bambini legata all'asma. Ci si aspetta

---

degli utenti. Inoltre, l'incorporazione di buoni principi di progettazione all'inizio non solo consente di risparmiare tempo e denaro, ma riduce anche le modifiche di progettazione alla fine del processo di sviluppo. Il processo complessivo di UCD comprende quanto segue: specifica del contesto di utilizzo (comprendere gli utenti, le loro caratteristiche e l'ambiente), specifica dei requisiti (identificare i requisiti e le esigenze granulari), produzione di soluzioni (avviare un processo iterativo di progettazione e sviluppo) e valutazione (test per trovare feedback critici sul prodotto). I metodi comunemente usati nell'UCD consistono nel coinvolgimento iterativo dell'utente finale nel processo di progettazione, tecniche di generazione di idee come il brainstorming, la prototipazione rapida e precoce e il test di usabilità del sistema. Seguire l'UCD garantisce che le soluzioni mHealth possano soddisfare le esigenze e le aspettative degli utenti finali. (..)

Gamificazione ed elementi di gioco

La gamification è generalmente intesa come l'integrazione di funzionalità specifiche nel più ampio contesto delle app mobili allo scopo di rafforzare l'usabilità e convincere l'uso continuato. I seguenti sono elementi di gioco stabiliti sia nella letteratura che nella pratica per influenzare il comportamento sulla salute:

- ✓ Distintivi, risultati e trofei vengono utilizzati per premiare gli individui per il completamento di compiti specifici.
- ✓ Le classifiche classificano dinamicamente i progressi e i risultati dei singoli utenti rispetto ai loro colleghi.
- ✓ I punti e i sistemi di livellamento sono implementati per informare l'utente del suo livello di familiarità e premiare la continua esperienza e conoscenza nell'uso del sistema.
- ✓ Sfide e missioni vengono utilizzate per fornire obiettivi e narrativa, indicando che l'utente sta effettivamente utilizzando e progredendo attraverso il sistema come doveva essere utilizzato.
- ✓ Le funzionalità social vengono aggiunte per supportare e rafforzare l'interazione tra gli utenti. (..)

I messaggi sulla salute possono essere inquadrati in termini dei loro benefici (messaggi con cornice di guadagno) o delle loro conseguenze dannose (messaggi con cornice di perdita). Si raccomanda l'uso di un frame di guadagno in quanto di solito è più facilmente elaborabile e prontamente accettato», come si legge in G. Giunti, V. Mylonopoulou, O. Rivera Romero, *More Stamina, a Gamified mHealth Solution for Persons with Multiple Sclerosis: Research Through Design,* in *JMIR mHealth and uHealth*, 2018, VI, 3, in https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5856928/, 5-7.

[26] C.Hass, K. Gary, I. Horn, *Improving Asthma Control through mHealth-Based Home Monitoring*, National Institute on Minority Health and Health Disparities (NIMHD)'s Grant. Consultabile online: https://grantome.com/grant/ NIH/R41-MD008832-01.

che il feedback oggettivo e in tempo reale sulla qualità dell'aria interna superi le barriere di conoscenza in termini di fattori scatenanti dell'asma presenti nei centri urbani, in un modo culturalmente accettabile perché i dispositivi mobili sono onnipresenti in questa popolazione e consentono lo scambio di informazioni private e asincrone[27].

Questo strumento si rivolge ad altri componenti delle linee guida NIH (National Institutes of Health) per la cura dell'asma[28] attraverso funzionalità come promemoria per l'uso quotidiano dei farmaci di controllo, poiché prove preliminari indicano che tali notifiche ai dispositivi mobili possono essere segnali di comportamento efficaci per i giovani urbani di minoranze con asma. In sintesi, Aspira è un ecosistema completo mHealth di gestione dell'asma per i giovani delle minoranze urbane che si occupa in particolare della qualità dell'aria interna al fine di superare le barriere di conoscenza relative all'esposizione ambientale, facendolo in un modo culturalmente ed evolutivamente appropriato, al fine di affrontare la disparità negli esiti di salute dell'asma.

La nuova app ha concettualizzato le interazioni e l'autogestione dell'asma come un gioco a tema spaziale. Il design del gioco ha incorporato l'autogestione e gli eventi di sistema nel gioco per incoraggiare la partecipazione e la conformità dei bambini.

Questo era un concetto di design motivazionale intrinseco significativo, tanto che il gameplay dell'app è stato integrato nella routine quotidiana del bambino, come mostrato in Fig. 5.

[27] Cfr. THOMSON ET AL., *Aspira:Employing a serious game in an mHealth app to improve asthma outcomes, cit.,*1.

[28] Il Lung Health Nazionale e Blood Institute (NHLBI), una divisione del National Institutes of Health (NIH), pubblica le linee guida per il trattamento e la diagnosi di asma. Queste linee guida, sviluppato dalla National Asthma Education e Prevention Program (NAEPP), offrono una guida per gli operatori sanitari in materia di trattamento di asma e di cura. Le linee guida sono periodicamente riesaminate e aggiornate, e sono una risorsa utile per i pazienti che vogliono assumere un ruolo più attivo nella gestione della loro asma. Gli aggiornamenti sono stati rilasciati nel 1997, 2001, 2007 e la versione corrente si trova all'url 2020 Focused Updates to the Asthma Management Guidelines.

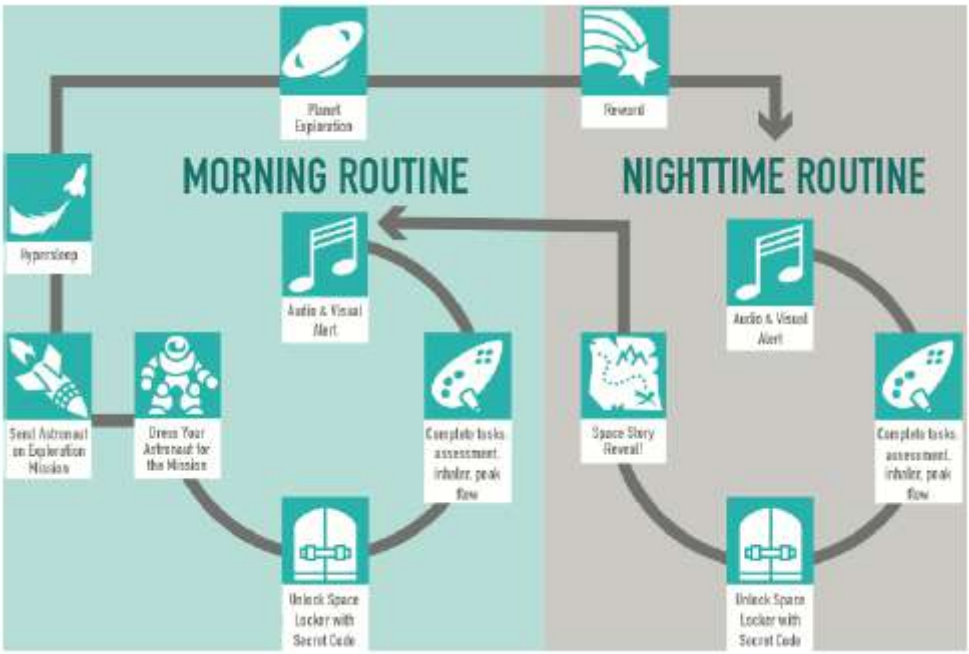


Figura 5: Ciclo giornaliero di Aspira Game.

Il gioco a tema spaziale coinvolge un personaggio personalizzato, o avatar, che viaggia tra i pianeti e richiede ossigeno (O2) per alimentare il viaggio. Originariamente sono stati concettualizzati 7 pianeti e ne sono stati implementati 3. In questa routine, al bambino viene chiesto di eseguire una lettura spirometrica programmata, misurando il picco di flusso e il volume di flusso, due volte al giorno (mattina e sera). Il bambino ha ottenuto ricompense per il completamento delle attività e la risposta alle domande richieste dal protocollo clinico.

Il design dell'app include diverse funzionalità che integrano il gameplay con le interazioni cliniche desiderate e incoraggiano l'interesse generale per il gioco[29]:

• Codice segreto: la lettura dello spirometro di picco di flusso è un «codice segreto» che il bambino ottiene per facilitare il viaggio nello spazio (Fig. 5).

• Armadietto spaziale: il bambino ha potuto accumulare premi e cartoline dai mondi alieni visitati e conservarli nell'armadietto spaziale

• Personalizzazione dell'avatar: il bambino può scegliere di cambiare l' equipaggiamento spaziale e l'uniforme che indossa l'astronauta.

• Avvisi O2: quando la qualità dell'aria si abbassa (scarse letture per 15 degli ultimi 20 minuti), viene emesso un avviso di spazio O2, chiedendo al bambino di agire per annullare l'avviso (Fig. 6)

[29] Cfr. THOMSON ET AL., *Aspira:Employing a serious game in an mHealth app to improve asthma outcomes, cit.*, 3.

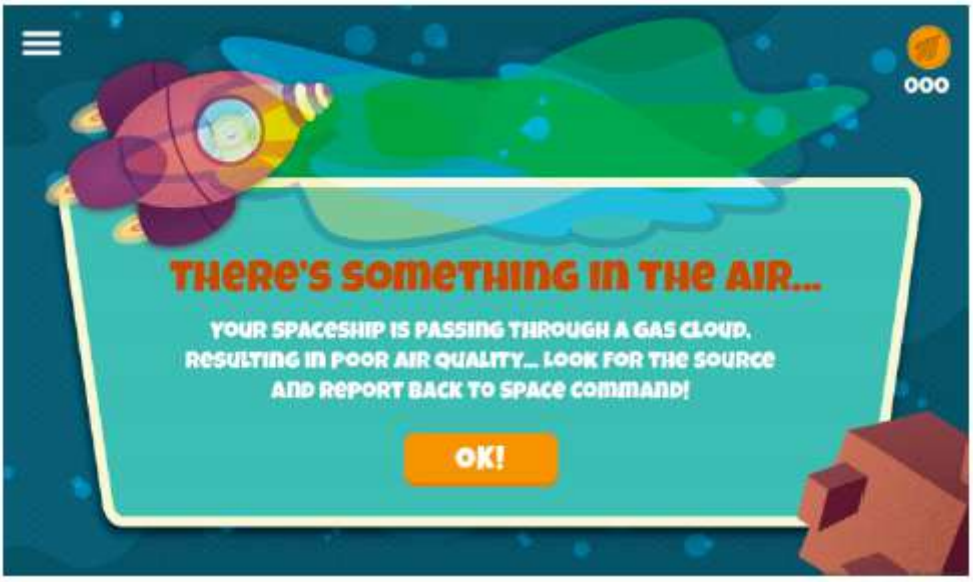


Figura 6: Ciclo Invito all'azione per un allarme O2 dinamico.

e identificare la fonte del problema in termini di O2 (fig.7).

Figura 7: Identificazione della causa degli avvisi di O2.

• Space Story: il ciclo centrale della Figura 5 viene reificato attraverso una narrazione continua in cui l'astronauta viaggia tra i pianeti in modalità «ipersonno», incontra gli alieni, scatta foto per cartoline e torna alla stazione spaziale Space Command.

• Esplorazione del mondo virtuale: nel gioco sono stati implementati 3 pianeti, Caketon, Snotoozea e Technacron. Come si può vedere da questi nomi, questi erano a tema tenendo presente la fascia di età dei bambini. Al bambino è stato chiesto di visitare a turno ogni pianeta, e quindi potrebbe rivisitare qualsiasi pianeta di sua scelta durante il viaggio nello spazio.

L'applicazione è un gioco del tipo «scegli la tua avventura» (choose-your-own-adventure,CYOA), per autogestire l'asma su base giornaliera. Il gioco è integrato nel flusso delle attività quotidiane per la gestione dell'asma per promuovere l'autoefficacia e consentire al bambino di farsi carico della propria routine di asma, oltre a portare l'attenzione della famiglia sui problemi della qualità dell'aria. Le domande di valutazione al mattino (Fig. 8) e alla sera differiscono per essere pertinenti a quei momenti della giornata e sono brevi e semplici per consentire al bambino di rispondere da solo. Le domande derivano dalle linee guida NIH per il controllo dell'asma.

Figura 8: Domande del mattino.

Dall'analisi emerge molto bene come sia stata seguita passo per passo la logica necessaria per implementare un processo di user-centered design per app mHealth[30] da utilizzare con i pazienti-target.

<u>CASO 3.2. - Narrazione interattiva in un intervento comportamentale di salute mobile (Tumaini): basi teoriche e struttura di un gioco per smartphone per prevenire l'HIV tra i giovani africani[31].</u>

[30] «L'Information System Research (ISR) Framework ha guidato l'implementazione di metodi di ricerca sull'interazione uomo-computer incentrati sull'utente per identificare le esigenze di mHealth dell'utente, le preferenze di progettazione delle app mobili e le barriere e i facilitatori che vietano o incoraggiano l'adozione e l'uso prolungato delle app mobili per la prevenzione, il trattamento e la cura dell'HIV. L'ISR Framework utilizza vari processi di progettazione per creare un prodotto o progettare un artefatto come un'app mHealth. Applicato a questo progetto, comprendeva tre cicli di ricerca: il Ciclo di Rilevanza in cui si cercava di comprendere l'ambiente dell'utente finale determinando i requisiti attraverso una serie di interazioni di focus group con le parti interessate; il Ciclo di Progettazione in cui gli artefatti sono stati prodotti e valutati; e il Rigor Cycle, in cui la valutazione di teorie e artefatti ha contribuito alla base di conoscenza della scienza del design e del dominio applicativo. I cicli non devono essere condotti linearmente. In effetti, potrebbe essere preferibile condurli in un processo iterativo, come è avvenuto nelle nostre attività di ricerca», come evidenziato in R. SCHNALL, M. ROJAS, S. BAKKEN, W. BROWN , A. CARBALLO-DIEGUEZ, M. CARRY, D. GELAUDE , J.P. MOSLEY , J. TRAVERS, *A user-centered model for designing consumer mobile health (mHealth) applications (apps)*, in *JBI*, 2016, 60, 243–251, in https://www.ncbi.nlm. nih.gov/ pmc/articles/PMC4837063/pdf/nihms-761778.pdf, 3.

La crescente disponibilità di smartphone, anche nei paesi a basso reddito, offre un'opportunità senza precedenti per raggiungere le persone con interventi innovativi di promozione della salute. I giochi elettronici forniti tramite smartphone offrono strade promettenti per la promozione della salute sessuale e la prevenzione dell'HIV, in particolare per i giovani.

Dando ai giocatori la possibilità di agire in un ambiente virtuale e sicuro, i giochi ben progettati possono infatti fornire un livello di apprendimento esperienziale non raggiungibile da molti altri interventi comportamentali.

La progettazione di giochi efficaci per la salute si basa su conoscenze e competenze multidisciplinari; tuttavia, relativamente pochi studi discutono la comprensione teorica alla base del loro intervento. Rendere esplicite le basi teoriche di un intervento basato sul gioco consente di articolare ipotesi e strategie, anticipare i risultati e valutare gli impatti (compresi gli effetti intermedi), aumentando così la comprensione dei percorsi di cambiamento, al fine di contribuire allo sviluppo di più giochi efficaci. Aiuta anche a rafforzare la credibilità e migliorare la responsabilità dei giochi per la salute.

Viene quindi presentato il quadro teorico multidisciplinare, che integra la progettazione dell'intervento, i mediatori e gli esiti comportamentali, e la struttura di un gioco di prevenzione dell'HIV per giovani adolescenti africani che ha mostrato risultati promettenti in uno studio pilota randomizzato nel Kenya occidentale.

Basato su teorie della comunicazione narrativa[32] e applicata e sulle teorie del comportamento sociale, in particolare sulla teoria cognitiva sociale[33],

---

[31] Lo studio è: K. Winskell, G. Sabben, C. Obong'o,*Interactive Narrative in a Mobile Health Behavioral Intervention (Tumaini):Theoretical Grounding and Structure of a Smartphone Game to Prevent HIV Among Young Africans*, in *JMIR Serious Games,* 2019, VII, 2, in https:// games.jmir.org/2019/2/e13037/ PDF.

[32] Cfr. «Per il nostro lavoro, abbiamo integrato le dimensioni chiave della narrativa attraverso una serie di concettualizzazioni, definendo la narrativa come un discorso organizzato attorno a esperienze significative o consequenziali, con personaggi che intraprendono qualche azione (Russell & Lucaruello, 1992), all'interno di un contesto (Connelly & Clandinin , 1990), con punti di inizio e fine impliciti o espliciti (Gergen & Gergen, 1988) e significato per il narratore o il suo pubblico. Questa definizione, crediamo, evidenzi il ruolo attivo dei personaggi, l'intenzionalità e la natura contestuale della narrazione. (..) Tradizionalmente, le informazioni sulla prevenzione venivano presentate in modo didattico per educare e persuadere il pubblico. Questa strategia di messaggio, tuttavia, si è rivelata inefficace nel promuovere la salute in ambiti problematici come l'uso di droghe da parte dei giovani (Tobler et al., 2000). Di conseguenza, più recentemente, le forme narrative di comunicazione vengono implementate in modo efficace nel ridurre il rischio e promuovere alternative salutari per problemi come la prevenzione delle infezioni a trasmissione sessuale (Kiene & Barta, 2003) e il cancro (Kreuter et al., 2008; Larkey & Gonzalez , 2007; Larkey, Lopez, Minnal, & Gonzalez, 2009; Larson, Woloshin, & Schwartz, Welch, 2005). Ad esempio, Epstein, Thomson, Collins e Pancella (2009) hanno riferito che i contenuti riguardanti la tossicodipendenza incorporati in una trama narrativa hanno dimostrato di avere sostanziali guadagni a breve termine nella conoscenza della tossicodipendenza per i giovani afroamericani. Lo studio di Kiene e Barta (2003) sugli studenti universitari ha rivelato che la visualizzazione di un video narrativo su due individui che vivono con l'HIV ha ottenuto un punteggio più alto sulla capacità percepita di praticare sesso sicuro rispetto alla visualizzazione di una presentazione da sola o senza ricevere alcun intervento. Hopfer (2012) ha confrontato le prove narrative e statistiche progettate per persuadere le donne a ottenere un vaccino HPV e, dopo aver controllato la conoscenza dell'HPV e l'attività sessuale, il suo intervento narrativo ha aumentato significativamente l'autoefficacia del vaccino, l'intento e l'effettiva inoculazione oltre i messaggi statistici solo. Inoltre, un programma radiofonico di soap opera progettato per promuovere la consapevolezza sull'HIV/AIDS in Tanzania e aumentare la contraccezione ha avuto successo nell'incrementare l'approvazione generale dell'uso di contraccettivi nella popolazione target ed è stato la fonte di riferimento per il 25% dei nuovi pazienti e delle cliniche nel paese (Rogers et al., 1999). Come suggeriscono questi studi, gli approcci narrativi alla prevenzione possono essere consequenziali», in M. Miller-Day, M.L. Hecht,*Narrative means to preventative ends: a narrative engagement framework for designing prevention interventions* , in *Health*

Tumaini è progettato per aiutare i giovani adolescenti ad acquisire le informazioni, le abilità e la motivazione di cui hanno bisogno per evitare e ridurre i rischi sessuali.

Il gioco è progettato per fornire ai preadolescenti africani (di età compresa tra 11 e 14 anni) le conoscenze, la motivazione e le abilità comportamentali per ritardare l'inizio della vita sessuale e utilizzare il preservativo fin dalle prime esperienze.

Tumaini (speranza per il futuro in Kiswahili) è un intervento basato sul gioco costruito attorno a un'ampia narrativa interattiva e al formato «scegli la tua avventura» (choose-your-own-adventure,CYOA). È stato creato con uno sviluppatore di giochi commerciali statunitense e con il contributo di specialisti statunitensi e kenioti in salute sessuale e riproduttiva degli adolescenti e di preadolescenti kenioti e dei loro genitori.

Tumaini si basa su una ricerca distintiva sulle narrazioni relative all'HIV scritte da giovani di età compresa tra 10 e 24 anni in tutta l'Africa sub-sahariana. Le narrazioni, presentate da decine di migliaia di giovani africani ai concorsi di sceneggiatura «Dialoghi globali/Scenari dall'Africa», forniscono informazioni specifiche per età sulla cultura sessuale giovanile, sul processo decisionale e sul contesto socioculturale.

Commun, 2013, 28, 7, 657-70, in https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3795942/pdf/ nihm s503600.pdf, 2-4.

[33] «Un principio centrale di SCT è che gli esseri umani apprendono non solo attraverso l'esperienza personale diretta di tentativi ed errori, ma anche attraverso il modello sociale (noto anche come apprendimento osservativo), vale a dire osservando gli altri che eseguono un comportamento, sia nel nostro ambiente immediato o attraverso i mass media. I modelli sono una fonte di "ispirazione, competenze e motivazione" e possono trasmettere conoscenze, valori e abilità, insieme a nuovi comportamenti e strategie di coping. I modelli sono più efficaci quando assomigliano al pubblico previsto. Osservare gli altri raggiungere i risultati desiderati attraverso le loro azioni può creare aspettative di risultato che fungono da motivatori (o, in caso di fallimento, da disincentivi) o rinforzi. Nel caso delle narrazioni interattive di giochi di ruolo, l'osservazione è combinata con la risoluzione attiva dei problemi e il processo decisionale. Il rinforzo può comprendere anche la soddisfazione personale o l'approvazione o disapprovazione sociale che il comportamento suscita (norme soggettive) o, nel caso di un gioco, il sistema di ricompense. Per mettere in atto comportamenti, abbiamo bisogno di informazioni e abilità, ma anche di una convinzione nella nostra capacità di utilizzare tali abilità, vale a dire l'autoefficacia, il mediatore centrale del cambiamento comportamentale all'interno di SCT. Il modo più efficace per instillare l'autoefficacia è combinare la modellazione con opportunità guidate per raggiungere in modo incrementale la padronanza. L'apprendimento deve essere suddiviso in piccoli passaggi gestibili in modo che il partecipante acquisisca gradualmente fiducia. Attraverso l'esposizione ripetuta e la pratica con sfide crescenti, impariamo idealmente in modo incrementale come gestire le battute d'arresto e superare gli ostacoli con perseveranza e strategie efficaci, senza mai demoralizzarci. Le convinzioni di efficacia svolgono un ruolo importante nel plasmare il corso della vita delle persone influenzando le loro aspettative di risultato e la definizione degli obiettivi e, quindi, i tipi di attività e ambienti che scelgono. L'orientamento futuro associato alla definizione degli obiettivi dà alla propria vita la direzione, la coerenza e il significato. Abbiamo bisogno di obiettivi sia a lungo che a breve termine per motivare e guidare il nostro comportamento: gli obiettivi hanno poco impatto a meno che non si traducano in sotto-obiettivi realizzabili e piani e strategie concrete per raggiungerli» in WINSKELL ET AL., *Interactive Narrative in a Mobile Health Behavioral Intervention (Tumaini), cit.*,5.

Figura 9: l'app Tumaini (fonte: http://publichealthmagazine.emory.edu/issues/2020/spring/briefs/game-curb-hiv/index.html).

La componente centrale di Tumaini è un gioco di ruolo interattivo narrativo in cui il giocatore fa delle scelte per i personaggi che determinano come si svolgono i loro percorsi. Inoltre, una serie di minigiochi rafforza le abilità e il componente "La mia storia" collega il mondo di gioco alla vita e agli obiettivi del giocatore e un sistema di ricompense motiva il gioco continuato. Con il suo formato CYOA, Tumaini è pensato per essere rigiocato in modo che i giocatori possano sperimentare le conseguenze derivanti dalle diverse scelte fatte nella narrativa del gioco di ruolo.

Il quadro teorico è diviso in 3 parti: progettazione dell'intervento, mediatori e risultati. Nel nostro quadro teorico (Figura 10), questi sono rappresentati da

(1) le componenti di intrattenimento della progettazione dell'intervento e i mediatori del processo psicologico,

(2) gli elementi del cambiamento comportamentale della progettazione dell'intervento e degli editori di risultati comportamentali e

(3) le componenti didattiche applicate nella progettazione dell'intervento.

Sebbene separiamo i 3 gruppi di mediatori per chiarezza e facilità di misurazione, in realtà sono interconnessi e integrati nella struttura del gioco e nella nostra teoria generale della narrativa interattiva e dei suoi effetti[34].

[34] *Ibidem*, 2-3.

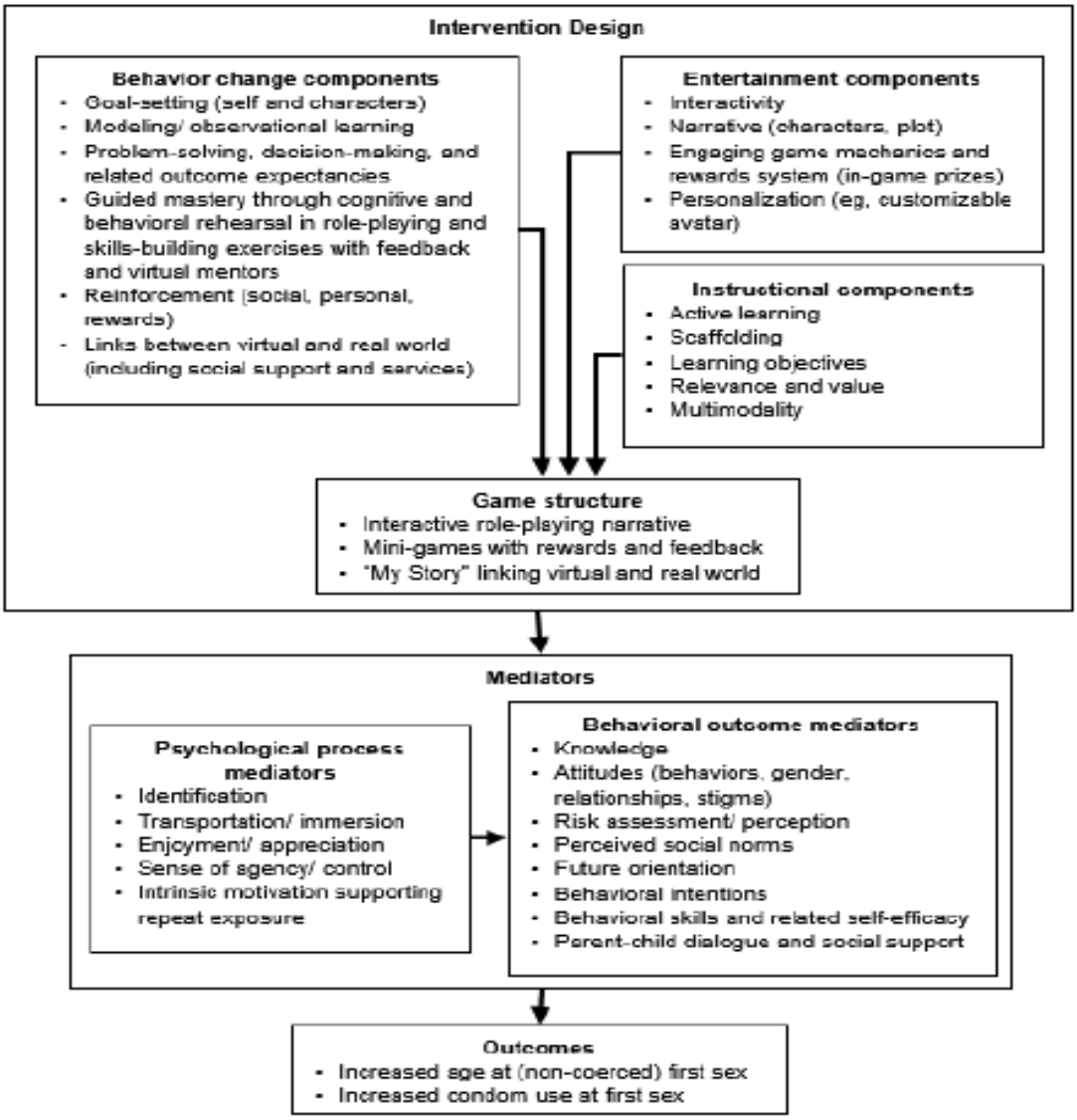


Figura 10: Architettura di sistema di Tumaini.

Come accennato, la struttura di Tumaini è composta da 3 parti: (1) una narrativa di ruolo interattiva; (2) una serie di minigiochi e (3) «La mia storia», in cui il giocatore riflette su come il gioco si collega alla sua vita.

I punti decisionali principali sono progettati per essere significativi e per guidare la storia (se in modo incrementale), aumentando il senso di agency dei giocatori.

Il giocatore è posizionato in modo immersivo come un personaggio in terza persona che viene indirizzato direttamente dai personaggi giocabili (ad esempio, «Ti sei mai sentito insicuro di te stesso?») e ha accesso ai loro pensieri. Oltre a decidere le azioni dei personaggi da un breve menu di opzioni in risposta a un prompt «Cosa devo fare/dire?», il giocatore è anche invitato a identificare i sentimenti dei personaggi in risposta a domande del tipo « Come mi sento?», promuovendo una maggiore identificazione, l'autoreferenzialità e la prova emotiva. Ogni personaggio ha un mentore più anziano, modella il dialogo adulto-bambino e il supporto sociale. Il mentore distilla

l'apprendimento attitudinale e comportamentale dalle esperienze dei personaggi (ad es. riguardo al genere, alle relazioni e allo stigma)[35].

Si conclude situando Tumaini all'interno della discussione della teoria e della pratica dell'uso della narrativa interattiva nella promozione della salute[36].

3. Considerazioni comuni.

Nella ricerca sulla salute pubblica è ben noto che la quantità di influenza che le persone hanno sul proprio benessere contribuisce alla salute e al benessere effettivi. La partecipazione, quindi, è un mezzo potente per aumentare l'impatto e la diffusione delle tecnologie sanitarie[37].

La ricerca in psicologia ha dimostrato che la fiducia, lo sforzo e la perseveranza con cui gli individui perseguono un cambiamento nel comportamento dipendono fortemente dalla loro convinzione nella loro capacità di eseguire il nuovo comportamento, dando origine alla teoria dell'autoefficacia sui processi cognitivi nel cambiamento del comportamento umano (Bandura, 1977)[38].

Secondo Bandura, il senso di autoefficacia si costruisce in particolare su quattro fonti su cui si struttura la percezione di essere più o meno capaci:

---

[35] *Ibidem*, 6.

[36] Cfr. «Medicina narrativa, cioè narrazione in contesti legati alla medicina. Alla cura. È in questa cornice che deve rigorosamente collocarsi qualunque intervento di medicina narrativa: una cornice di cura, con obiettivi di cura. Le conclusioni della Consensus Conference del 2014 definivano in modo chiaro e preciso la collocazione della medicina narrativa all'interno di questa cornice: in particolare nella definizione di medicina narrativa si afferma che la narrazione è lo strumento fondamentale per acquisire, comprendere e integrare i diversi punti di vista di quanti intervengono nella malattia e nel processo di cura», come riportato in G. BERT, S. QUADRINO, *La medicina narrativa: una moda o un'esigenza per la personalizzazione della cura?*. in *Sistema Salute. La rivista italiana di educazione sanitaria e promozione della salute*, vol. 62, 3, luglio-settembre 2018, 314-322, in https://istitutochange.it/PDF/ Sistemasalute623bertquadrino.pdf, 315.

[37] Cfr. O. KULYK, C. DEN DAAS, S. DAVID, L. VAN GEMERT-PIJNEN, *How Persuasive are Serious Games, Social Media and mHealth Technologies for Vulnerable Young Adults? Design Factors for Health Behavior and Lifestyle Change Support: Sexual Health Case,* in http://ceur-ws.org/Vol-1369/Paper_3.pdf, 29.

[38] «Dalla teoria dell'apprendimento sociale, Albert Bandura estrapola il concetto di autoefficacia (self–efficacy) secondo il quale l'individuo è capace di simbolizzare o di vicariare l'esperienza diretta, facendo previsioni su se stesso che gli consentono di autoregolarsi. Nello specifico, gli studi sull'efficacia percepita hanno contribuito a porre in rilievo le capacità di autoriflessione e di autoregolazione della mente umana. La prima consente alla persona di analizzare le proprie esperienze, di riflettere sui propri processi di pensiero, di generare nuove capacità di pensiero e di azione. La seconda consente di dirigere e di motivare se stessi mediante obiettivi e incentivi, in base a standard interni, restando autonomi rispetto ad ogni altro fattore esterno. Il senso di efficacia personale, o autoefficacia percepita, è il prodotto di un sistema autoreferenziale e autoregolato che guida e dirige il comportamento, orienta il rapporto della persona con l'ambiente e pone le condizioni per lo sviluppo di nuove esperienze e capacità. Quindi, il senso di autoefficacia percepita è la convinzione circa le proprie capacità di organizzare ed eseguire le sequenze di azioni necessarie per produrre determinati risultati. Ad un basso senso di autoefficacia corrispondono spesso comportamenti di evitamento, basse aspirazioni e poco impegno, rimuginio sui propri dubbi e sulle proprie disabilità, vulnerabilità a stress e depressione e un recupero lento del senso di autoefficacia dopo un insuccesso. La persona con un alto senso di autoefficacia affronta attivamente le difficoltà, si pone obiettivi di cambiamento e persevera per raggiungerli, cerca soluzioni ai problemi senza rimuginare su essi, ritiene i fallimenti rimediabili e per questo raddoppia gli sforzi in caso di fallimento. Inoltre, è poco vulnerabile a stress e depressione. Nella prospettiva socio-cognitiva di Bandura l'uomo è dunque un organismo ambizioso, capace di prevedere e gestire problemi e cambiamenti, attivo nel modellare la sua vita e il contesto sociale», come riportato in V. CRUSI, *Autoefficacia: teoria e applicazioni della teoria di Bandura*, 7 Febbraio 2021. Consultabile online: https://www.psicoterapiascientifica.it/auto efficacia/.

l'esperienza personale e vicaria, la persuasione (verbale e sociale) e la presenza di stati emotivi fisiologici[39].

i. Esperienze Personali

Ci percepiamo in grado di gestire una determinata situazione quando la affrontiamo e ne usciamo vincitori. Sono le esperienze dirette di gestione efficace (mastery) le principali responsabili della costruzione del senso di autoefficacia. Perseverare e riuscire in una certa azione è estremamente gratificante. In particolare, è la percezione della propria prestazione ad influire in tal senso, più che la strategia adottata per fronteggiare quella circostanza.

Partecipano all'idea che abbiamo delle nostre capacità fattori quali:

- Convinzioni di base sulle proprie capacità: tutti noi, prima di affrontare una prova, abbiamo delle credenze circa le nostre risorse. Il bagaglio di conoscenze, competenze e abilità che abbiamo costruito fino a quel momento è la base da cui valutiamo se siamo in grado o meno di superare un determinato ostacolo.
- Difficoltà del compito: se si tratta di una prova troppo semplice, non percepiremo noi stessi in quando capaci, ma la prova come eccessivamente banale. Il mutismo selettivo, secondo l'ultimo DSM, è un quadro clinico connesso all'ansia sociale, che influenza negativamente l'autoefficacia.
- Quantità di impegno posto nel risolvere la situazione e di aiuto ricevuto: non ci restiamo troppo male quando falliamo nel fronteggiare una situazione se non ci siamo impegnati molto nel farlo. Ben diverso è, invece, quando i nostri sforzi risultano essere infruttuosi. Inoltre, essere sostenuti da altri tende a farci percepire meno competenti e quindi più dipendenti dall'aiuto esterno.
- Linea temporale di successi e fallimenti: il numero di volte in cui abbiamo dimostrato a noi stessi di essere «capaci» e il numero di insuccessi è fondamentale nella costruzione del senso di autoefficacia. Anche l'ordine in cui tali avvenimenti si sono verificati è determinate in questo senso.

Questi principi del comportamento sono alla base del metodo ABA (Applied Behaviour Analisys)[40].

---

[39] F.Martini, *Autoefficacia: Significato, Teoria di Bandura, Test,Scuola e Autostima*, in *Psicologia Cognitiva, Psicologia Sociale*, 1 Marzo 2021. Consultabile online: https://www.psicocultura.it/autoefficacia/.

[40] «L'analisi applicata del comportamento (ABA) è la pratica di applicare i principi psicologici della teoria dell'apprendimento in modo sistematico per modificare il comportamento. La pratica è utilizzata più ampiamente nell'educazione speciale e nel trattamento del disturbo dello spettro autistico (ASD), ma anche nell'assistenza sanitaria, nell'addestramento degli animali e persino negli affari. L'ABA è ampiamente riconosciuto come l'unica terapia scientificamente valida disponibile per il trattamento dei problemi comportamentali associati all'ASD», come riportato, ad es., al sito web https://www.appliedbehavioranalysisedu.org/what-is-aba/. Si veda anche «Come funziona. L'ABA adotta un approccio di ricerca alla terapia basato su teorie comprovate dell'apprendimento e del comportamento. I terapeuti che utilizzano l'ABA comprendono come vengono appresi i comportamenti umani e come possono essere modificati nel tempo. Il terapeuta valuta il comportamento di un cliente e sviluppa piani di trattamento per aiutare a migliorare le capacità comunicative e comportamentali necessarie per il successo nella loro vita personale e professionale. I terapisti ABA possono anche fornire formazione a genitori e insegnanti. Per ottenere i migliori risultati, l'ABA richiede un monitoraggio pesante e una valutazione continua. I terapisti e altri professionisti della salute lavorano all'interno di contesti come scuole, case e centri comunitari per valutare e modificare il trattamento man mano che progredisce», alla pagina *Applied Behavior Analysis*, nel sito web https://www.psychologytoday.com/us/ therapy-types/ applied-behavior-analysis.

ii. Esperienza Vicaria

L'esperienza vicaria consiste, in sostanza, nel vedere quali risultati ottengono gli altri quando mettono in atto certe azioni. Se il loro comportamento conduce ad esito positivo, allora tenderemo a proporlo anche noi: Bandura ne parla in termini di «rinforzo vicario». Il passaggio successivo è quello del confronto tra gli obiettivi raggiunti da noi e dagli altri, nonché delle differenze tra le azioni effettuate. Questa forma di apprendimento prende il nome di modeling.

iii. Persuasione

La persuasione è uno strumento che consolida a livello cognitivo la convinzione di possedere ciò che serve per raggiungere i propri obiettivi. Se ci percepiamo abili a sufficienza per affrontare una certa situazione e uscirne vincitori, allora lo faremo. Viceversa, desisteremo dall'intraprendere un'azione che si prevede infruttuosa. La persuasione, come sanno bene i leader, si basa su rinforzi positivi di tipo verbale e non verbale che arricchiscono la persona di informazioni positive e realistiche circa le sue capacità.

iv. Stati Emotivi Fisiologici

Quando ci troviamo in situazioni che ci mettono alla prova, tendiamo a sperimentare uno stato di attivazione fisiologica. Ciò è normale in quanto il corpo si prepara all'azione: l'attenzione diventa selettiva e si verificano cambiamenti fisici e psicologici correlati all'ansia (come tachicardia, sudorazione, difficoltà di concentrazione e così via). Tutto ciò, però, viene interpretato come segno di vulnerabilità dalla persona che in quel momento sta svolgendo la performance: il sentirsi tesi tende ad influire negativamente sul senso di autoefficacia.

Una volta apprese le informazioni circa le nostre performance, queste vengono elaborate cognitivamente, andando a consolidare o smentire il nostro senso di autoefficacia.

Tale dinamica è regolata da quattro principali processi:

1. Aspetti cognitivi: il senso di autoefficacia è mediato dall'immagine che si ha di sé, in quanto perdente o vincente, e dalle capacità di problem solving che si sono acquisite nel corso del tempo.
2. Processi motivazionali: la motivazione è inevitabilmente collegata alla percezione di autoefficacia. Sulla base dei risultati che ci aspettiamo di ottenere, scegliamo i nostri obiettivi e ci impregniamo per raggiungerli. Inoltre, una forte autoefficacia porta ad attribuire i successi alle proprie capacità e i fallimenti alle circostanze esterne sfavorevoli. Al contrario, ad un basso senso di autoefficacia corrisponde la tendenza ad assegnare gli insuccessi a scarse capacità personali.
3. Processi affettivi: sempre in relazione al concetto di attivazione fisiologica (*supra*), la percezione di poter controllare in qualche modo i fattori esterni che ci preoccupano è fondamentale per contenere l'ansia. Se gli eventi sono fuori dal nostro controllo, vengono percepiti come pericolosi e ciò genera pensieri catastrofizzanti.

4. Scelte: a monte di qualsiasi prova da affrontare, vi è la scelta dell'ambito in cui cimentarsi. Una persona può scegliere un contesto piuttosto che un altro sulla base delle possibilità ambientali piuttosto che del suo livello di interesse[41].

La teoria dell'autoefficacia è uno dei fondamenti teorici chiave per il Behavior Change Support System (BCSS), poiché si pensa che l'autoefficacia percepita di una persona medi il legame tra l'intervento e la risposta comportamentale dell'unità BCSS (Oinas-Kukkonen, 2013)[42].

Il BCSS può essere definito come«un sistema informativo socio-tecnico con esiti psicologici e comportamentali progettati per formare, alterare o rinforzare atteggiamenti, comportamenti o un atto di ottemperanza usando la coercizione o l'inganno»[43].

Trovare il «giusto» modo di persuasione è una sfida che può essere vista nello sviluppo e nella valutazione di molti BCSS, ma non ha sempre ricevuto un'attenzione molto strutturata.

Ci sono molti modi per affrontare questa sfida: ad esempio, il Persuasive System Design Model (PSD)[44] fornisce linee guida per lo sviluppo e valutare i BCSS, a partire dalla comprensione dei postulati che sottolineano ciascun sistema persuasivo.

Successivamente, si dovrebbe analizzare l'intento, l'evento e la strategia. Solo allora gli sviluppatori possono decidere quali caratteristiche persuasive possono essere utilizzate per raggiungere gli obiettivi del BCSS.

Il supporto delle attività primarie contiene strategie che hanno lo scopo di rendere più facile per l'utente il compito principale del BCSS. Esempi di strategie in questa categoria sono la riduzione (riduzione di comportamenti complessi a compiti più semplici) e la personalizzazione (presentazione di informazioni adattate alle esigenze e ai desideri di un gruppo target). Le strategie dal supporto delle attività primarie sembrano essere maggiormente utilizzate in molti BCSS, dagli interventi basati sul web alle app mobili.

---

[41] Cfr. MARTINI, *Autoefficacia: Significato, Teoria di Bandura, Test, Scuola e Autostima,cit.*.

[42] Cfr. A. RIEDER, C. LEHRER, R. JUNG, *How Behavior Change Support Systems Influence Self-Efficacy: A Qualitative Study Using Wearables* - European Conference on Information Systems (ECIS) 2019 - Stockholm-Uppsala, Sweden, in https://www.alexandria.unisg. ch/257129/1/Rieder%20et%20al%20% 28 2019%29%20-20How%20Behavior%20Change%20Support%20Systems%20Influence%20Self-Efficac y. pdf, 2.

[43] Si veda ad es. J. VAN GEMERT-PIJNEN, W. REITBERGER, S. LANGRIAL, B. PLODERER, H. OINAS-KUKKONEN, *Expanding the research area of behavior change support systems,* in *Proceedings of the 8th International Conference on Persuasive Technology*, 2013, in http://ceur-ws.org/Vol-973/bcss0.pdf, 1.

[44] Cfr. «Dal campo della tecnologia persuasiva apprendiamo che la tecnologia ha la capacità di essere persuasiva attraverso il suo ruolo di strumento, mezzo e creatore di esperienze. (..) Proponiamo un'applicazione più ampia del termine "tecnologia persuasiva" per includere sia l'interazione uomo-computer che la comunicazione mediata dal computer. Di conseguenza, per quanto riguarda gli aspetti di un intervento web-based, proponiamo una divisione concettuale più pragmatica tra tecnologia (cioè tutte le caratteristiche dell'intervento web-based, comprese le attività multimediali e online) e l'interazione (cioè tutte le interazioni tra l'utente o paziente e l'intervento, un consulente, o coetanei). (..) Seguendo il lavoro di Fogg, Oinas-Kukkonen introduce un framework per classificare la tecnologia nelle sue funzioni persuasive. Questo modello di progettazione del sistema persuasivo (PSD) classifica le caratteristiche della tecnologia come supporto per compiti primari, supporto per il dialogo, supporto sociale e supporto per la credibilità. Applicando questo modello agli interventi basati sul web, possiamo esaminare sistematicamente come vengono utilizzate le categorie di progettazione di sistemi persuasivi e indagare la loro possibile influenza sull'aderenza», come riportato in S. KELDERS, R. KOK, H.C. OSSEBAARD, J. VAN GEMERT-PIJNEN, *Persuasive system design does matter: a systematic review of adherence to web-based interventions* , in *JMIR*, 2012, 14, 6, in https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/ articles/PMC3510 730/, 7-8.

Questa enfasi sulle funzionalità di supporto delle attività primarie sembra logica dal punto di vista degli sviluppatori (cioè la maggior parte delle volte il BCSS è costruito per supportare questa attività primaria) e molte caratteristiche individuali si sono dimostrate efficaci nel cambiamento di comportamento (ad esempio gli effetti positivi della personalizzazione sono ben noti)[45].

Inoltre, gruppi di utenti specifici come i giovani adulti ad alto rischio hanno esigenze e preferenze personali speciali quando si tratta di design.

Pertanto, è essenziale identificare specifiche caratteristiche persuasive e fattori di design che influenzano i loro atteggiamenti e/o comportamenti, quando si tratta dell'uso e dell'adozione delle tecnologie sanitarie per il supporto al cambiamento del comportamento. Ad esempio, le caratteristiche del supporto sociale sembrano svolgere un ruolo più importante per i giovani adulti rispetto ad altri gruppi di età, poiché i giovani adulti tendono ad essere influenzati dai loro coetanei.

Dal punto di vista tecnologico, è in corso una profonda evoluzione degli interventi sanitari e della salute (mHealth).

I telefoni cellulari hanno raggiunto una penetrazione rapida e alta. In contrasto con il divario digitale iniziale di Internet che limitava la portata degli interventi computerizzati sul comportamento sanitario per coloro che appartenevano a gruppi socioeconomici inferiori, l'uso del telefono cellulare è stato ampiamente adottato tra i gruppi socioeconomici e demografici e sembra maggiore tra le popolazioni che hanno più bisogno di questi interventi.

I tassi di penetrazione nei paesi in via di sviluppo, dove le tecnologie wireless hanno scavalcato l'infrastruttura dei computer cablati, hanno prodotto una notevole mobilitazione nella comunità sanitaria globale per raggiungere e seguire individui che in precedenza erano irraggiungibili tramite i canali di comunicazione tradizionali[46].

Poiché gli sviluppatori dell'intervento trarranno il massimo vantaggio dalle tecnologie mobili, saranno necessari modelli di comportamento sanitario per guidare non solo gli adeguamenti personalizzati all'inizio dell'intervento, ma anche il processo dinamico di frequenti aggiustamenti iterativi dell'intervento durante il corso dell'intervento, come abbiamo visto peraltro anche negli esempi esaminati.

In questa sede è preferibile riferirsi alla produzione di senso nei suoi aspetti più salienti per la cognizione: stiamo infatti discutendo di Instructional Digital Storytelling (IDS), ovvero uno strumento che dovrebbe condurre al raggiungimento di obiettivi preordinati e, soprattutto, obiettivi connessi all'apprendimento e quindi al sistema di conoscenze[47].

---

[45] Come si legge in S.M. Kelders, O.A. Kulyk , J. Gemert-Pijnen, H. Oinas-Kukkonen, *Selecting Effective Persuasive Strategies in Behavior Change Support Systems*, in *Semanticscholar.org*, 2015, in http://ceur-ws.org/Vol-1369/Editorial.pdf, 2.

[46] Cfr. W.T. Riley, D.E. Rivera, A.A. Atienza, W. Nilsen, S.M. Allison, R. Mermelstein, *Health behavior models in the age of mobile interventions: are our theories up to the task?,* in *TBM*, 2011, I, 1 53-71, in https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/ PMC3142960/pdf/13142_2011_Article_21.pdf, 53-54.

[47] Cfr. R. Delbello, *Tradizione e nuovi media nell' Instructional Digital Storytelling*, in *Rivista di Scienze Sociali, n.2 New Media e Culture Digitali*, 28/10/2011. Consultabile online:https://www.rivistadiscienze sociali.it/esercizi-di-immaginazione-intorno-alla-convergenza-fra-tradizione-e-nuovi-media-nell%E2%80%99instructional-digital-storytelling/.

Per dirla con Fludernik, «è proprio in questo senso, alla luce di un'interpretazione mimetica, che va intesa l'ipotesi di ridefinire la narratività in termini di parametri cognitivi, cioè "naturali".

Fludernik allude a uno step ulteriore rispetto alla narratologia "tradizionale" e individua nella pragmatica, nella teoria della ricezione – in particolare, nella frame theory[48]– gli ambiti da cui attingere gli strumenti utili per tale ridefinizione.

Se infatti la narratività è stata tradizionalmente intesa come un qualcosa di oggettivo, derivabile a partire da un setdi tratti al testo immanenti, la definizione di Fludernik muove in tutt'altra direzione: enfatizzando come si tratti di una qualità attribuita dal lettore attraverso la messa in gioco di parametri "naturali", basati sulla nostra esperienza, sul nostro essere-nel-mondo: in altre parole, sulla nostra embodiedness»[49].

Diversamente dai modelli narratologici tradizionali, la «narratività (cioè la qualità della narrativehood, con Prince)[50] è qui costituita da quanto si va definendo come esperienzialità, vale a dire dall'evocazione quasi-mimetica di un'"esperienza di vita reale".

Come qualsiasi altro aspetto inerente all'ambito narrativo, l'esperienzialità è spiegabile alla luce del concetto di corporeizzazione, vale a dire a partire dalla nostra esperienza di vita vissuta, in cui centrale è la componente corporea – la nostra conformazione fisica»[51].

Conclusioni.

Abbiamo visto come gli strumenti della scienza delle decisioni comportamentali possano guidare lo sviluppo di interventi per migliorare il processo decisionale e gli esiti di salute.

---

[48] Cfr. «Goffman, 1974, sotto il titolo di Frame Analysis, proponeva che le persone interpretassero ciò che accade nel loro mondo attraverso la loro struttura primaria. Questo framework è considerato primario in quanto è dato per scontato dall'utente. La sua utilità come framework non dipende da altri framework. (..) Ci sono due distinzioni all'interno dei quadri primari: naturale + sociale. Entrambi svolgono il ruolo di aiutare le persone a interpretare i dati. In modo che le loro esperienze possano essere comprese in un contesto sociale più ampio. La differenza tra i due è funzionale.

- Le strutture naturali identificano gli eventi come eventi fisici prendendo alla lettera la citazione naturale e non attribuendo alcuna forza sociale alla causa degli eventi.
- Le strutture sociali vedono gli eventi come eventi socialmente guidati, a causa dei capricci, degli obiettivi e delle manipolazioni da parte di altri attori sociali (persone). I quadri sociali sono costruiti sui quadri naturali.

Questi framework e i frame che creano nella nostra comunicazione influenzano notevolmente il modo in cui i dati vengono interpretati, elaborati e comunicati», come riportato in S. Arowolo, *Understanding Framing Theory,* 2017, in https://www.researchgate.net/publica tion/317841096 UNDERSTANDING_ FRAMING THEORY, 2-3.

[49] M. Fludernik, *Verso una narratologia "naturale"*, Enthymema, VIII 2013, in https://www.researchgate.net/publication/307841148_Monika_Fludernik_Verso_una_narratologia'naturale', 152.

[50] «Nella sua più recente riconsiderazione di questo nodoso problema terminologico, Prince (2008) ha cercato di espandere il concetto di narratività per includere sia aspetti estensionali che intensionali. Per i primi - le entità che costituiscono la narrazione - ha mantenuto il termine narrativehood; per il secondo - le qualità o i tratti della narrazione - ha applicato il termine narrativeness. Secondo Prince, entrambi sono concetti scalari in quanto soggetti a gradi, il primo quantitativo, il secondo qualitativo", come si legge in Abbott H., "*Narrativity*", Paragraph 4. in: Hühn, Peter et al. (eds.): *The living handbook of narratology.* Hamburg University, 2014. Consultabile online: https://www.lhn.uni-hamburg.de/node/27.html.

[51] Cfr. Fludernik, *Verso una narratologia "naturale",* cit.,161.

Un punto di forza fondamentale risiede nell'approccio sistematico all'identificazione di problemi specifici del contenuto che interferiscono con il processo decisionale corretto. L'utilizzo di tali metodi empirici analitici per identificare e presentare i contenuti fornisce una base disciplinata per la creazione di interventi che affrontano le preoccupazioni degli individui e aiutano a ridurre il loro rischio.

D'altro canto «le qualità espressive di una serie dinamica di eventi emerge come attività interpretativa anche grazie al contributo del "medium", del supporto che rende possibile la manifestazione di un "qualcosa" in un certo modo e che rimarrebbe senz'altro identico nel significato, ma differente nella manifestazione, laddove il "medium" fosse diverso. Ma c'è di più: anche all'interno dello stesso sistema di codifica ci sono diversi modi per dire la stessa cosa»[52].

Anche e soprattutto per questo è essenziale coinvolgere il gruppo di utenti target nella progettazione di tecnologie sanitarie persuasive per informazioni di supporto al cambiamento del comportamento[53].

L'usabilità deve essere considerata dal punto di vista del dominio di sistema: le applicazioni eHealth e mHealth sono progettate per informare, prevenire, diagnosticare, trattare o monitorare le condizioni di salute.

Inoltre, le applicazioni progettate per un vasto pubblico, come ad es. i sistemi di prevenzione dell'invecchiamento sano, devono considerare un gruppo di utenti estremamente diversificato in termini di motivazione e livello di istruzione[54].

Ma ancor prima gli utenti devono essere rassicurati sulle tutele dei propri dati: se per il GDPR si tratta di dati «particolari» – soggetti quindi al massimo grado di protezione – le autorità statunitensi hanno stabilito livelli elevatissimi: ad esempio, secondo un recente policy statement della Federal Trade Commission (FTC), le app sanitarie e i dispositivi connessi che raccolgono o utilizzano le informazioni sulla salute dei pazienti devono rispettare le norme federali che impongono a un'azienda di informare i consumatori e altri in caso di data breach dei dati sanitari[55].

D'altronde, l'American Medical Association (AMA) si impegna da anni per garantire come le informazioni sulla salute dei pazienti siano condivise, in particolare al di fuori del sistema sanitario, che siano implementati controlli significativi su come i loro dati vengono utilizzati, con chi vengono condivisi e che rimangano privati.

E infatti, l'AMA ha creato una serie di propri principi sulla privacy[56], che richiedono a terzi che accedono ai dati di un individuo di agire come "amministratori responsabili delle informazioni", proprio come i medici

---

[52] Cfr. DELBELLO R., *Tradizione e nuovi media nell' Instructional Digital Storytelling, cit.*.

[53] Cfr. KULYK ET AL.,*How Persuasive are Serious Games, Social Media and mHealth Technologies for Vulnerable Young Adults?, cit.,* 37.

[54] Cfr. M. BROEKHUIS, L. VAN VELSEN , L. PEUTE , M. HALIM , H. HERMENS, *Conceptualizing Usability for the eHealth Context: Content Analysis of Usability Problems of eHealth Applications,* in *JMIR Form Res*, 2021, V, 7, in https://formative.jmir.org/2021/7/e18198/PDF, 2.

[55] Cfr. T. ALBERT HENRY, *FTC warns health apps to comply with health data-breach rules*, American Medical Association, Nov 29, 2021. Consultabile online: https://www.ama-assn.org/practice-management/digital/ftc-warns-health-apps-comply-health-data-breach-rules.

[56] Il testo aggiornato (© 2020 AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. All rights reserved) degli *AMA Privacy Principles* è consultabile online: https://www.ama-assn.org/system/files/2020-05/privacy-principles.pdf.

promettono di mantenere la riservatezza del paziente. I principi affermano che gli individui dovrebbero avere diritti e protezioni dalla discriminazione e che la responsabilità per la privacy dovrebbe spettare ai titolari dei dati oltre alle sole entità coperte dall'HIPAA[57]. Viene richiesta anche una «rapida applicazione delle sanzioni» quando si verificano violazioni.

Naturalmente, l'auspicio è che le best practices internazionali vengano recepite quanto prima anche nel nostro Paese.

[57] «L'Health Insurance Portability and Accountability Act del 1996 (HIPAA) è una legge federale che richiedeva la creazione di standard nazionali per proteggere le informazioni sensibili sulla salute dei pazienti dalla divulgazione senza il consenso o la conoscenza del paziente. Il Dipartimento della salute e dei servizi umani (HHS) degli Stati Uniti ha emesso la normativa sulla privacy HIPAA per implementare i requisiti dell'HIPAA. La regola di sicurezza HIPAA protegge un sottoinsieme di informazioni coperte dalle regole sulla privacy», come riportato alla pagina web https://www.cdc.gov/phlp/publications/ topic/hipaa. html.

Di Cerbo A, 'Il corrispettivo dei servizi digitali: i dati personali' (2021) 2 EJPLT,
Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012

Il corrispettivo dei servizi digitali: i dati personali

The cost of digital services: personal data

ANTONELLA DI CERBO
Ph.D. (c) in Private Law at Università degli Studi del Sannio
ORCID

Abstract

L'articolo descrive il passaggio dei dati personali da elemento contrattuale accessorio a core business dei modelli economici delle principali Big Tech. Il tema dominante è l'urgenza di una regolamentazione puntuale delle fattispecie contrattuali di cessione dei dati personali. Tale urgenza è posta in evidenza attraverso l'analisi della sentenza n.2631/ 2021 del Consiglio di Stato e della questione pregiudiziale (Causa C-446/21) recentemente sollevata dalla Corte Suprema austriaca, nonché dall'esame degli attuali schemi di remunerazione del consenso.

The article describes the transition of personal data from an accessory contractual element to a core business of the economic models of Big Tech. The dominant theme is the urgency of a precise regulation of the contractual cases of transfer of personal data. This urgency is highlighted through the analysis of the ruling n.2631/ 2021 of the Council of State, and of the preliminary ruling (Case C-446/21) recently raised by the Austrian Supreme Court, as well as through the study of the current schemes of remuneration of consent.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: consumatori; privacy; dati personali; Big tech; commerciabilità dei dati; capitalismo della sorveglianza.

Summary: Introduzione. – 1. I primi passi verso il riconoscimento della commerciabilità dei dati personali. – 2. La disciplina applicabile allo scambio dei dati personali ceduti a titolo di corrispettivo. Alla ricerca del riequilibrio del sinallagma. – Conclusioni.

Introduzione.

Da più di un decennio i principali modelli di business delle più importanti Big Tech, anche dette GAFAM[1], si basano sulla raccolta e sull'analisi dei dati degli utenti. La sociologa e docente di Harvard Shoshana Zuboff[2], autrice del libro considerato un classico dell'economia sociale «Il capitalismo della sorveglianza», [3] ben spiega la peculiarità di questa forma di capitalismo estrattivo che, a differenza di quello tradizionale, mantiene un rapporto di riconoscimento e di interdipendenza con la sua popolazione di consumatori, approfittando della loro mancanza di consapevolezza e controllo sui meccanismi tecnologici che utilizzano e alimentano. I pilastri del potere delle grandi imprese dell'ICT [4] concernono: infrastrutture tecnologiche, sistemi algoritmici dotati di enorme potenza di calcolo, piattaforme digitali, ma soprattutto forme contrattuali che permettono l'estrazione e l'analisi di una enorme quantità di dati.

Gli utenti sono la principale fonte di questi dati e la loro vita *onlife*[5] è al cuore del progetto di sorveglianza commerciale.

Originariamente il trattamento dei dati personali era un'attività accessoria rispetto alla causa ed all'oggetto principali del contratto. Il merito di aver intuito le potenzialità dei dati raccolti nel contesto della fornitura dei servizi è attribuito dalla Zubuff ad Amit Patel. Il giovane ingegnere di Alphabet laureato a Standford è stato il primo ad aver intuito che i dati estraibili dalle attività di Google sono un rilevatore del comportamento umano utile a trasformare un motore di ricerca come Google Search in una intelligenza artificiale onnicomprensiva.

Oggi l'ecosistema digitale è popolato dalle offerte di servizi e prodotti finalizzati esclusivamente alla raccolta dei dati. Gli operatori digitali offrono servizi senza richiedere un corrispettivo in denaro ma il solo consenso dell'utente al trattamento dei propri dati personali. Questi ultimi sono in parte necessari per la fornitura del servizio richiesto ed in parte, il c.d. surplus comportamentale, utilizzati per soddisfare scopi ulteriori.

---

[1] L'acronimo GAFAM, spesso usato in una connotazione negativa, indica le 5 maggiori multinazionali dell'IT occidentali: Google, Apple, Facebook (Meta), Amazon, Microsoft. Fonte: Wikipedia.

[2] Shoshana Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri,* Luiss University Press, Ottobre 2019

[3] *James Bridle, The Age of Surveillance Capitalism by Shoshana Zuboff review – we are the pawns, in The Guardian, 2 February 2019,* ISSN *0261-3077 . Consultabile su: www.theguardian.com.*

[4] L'acronimo sta per I*nformation and Communications Technology.*

[5] *Il neologismo onlife è stato creato da Luciano Floridi professore ordinario di Filosofia ed Etica dell'informazione all'Università di Oxford e direttore del Digital Ethics Lab e del Data Ethics Group dell'Alan Turing Instituite.*
Il termine onlife indica la natura ibrida delle nostre esperienze quotidiane, in parte digitali ed in parte analogiche.

Si tratta di schemi economici in cui è insito il rischio di un mondo in cui solo i ricchi possano scegliere di tutelare la propria sfera di riservatezza, o in cuii già ricchi ottengano più di chiunque altro per lo scambio dei loro dati personali.

Tuttavia, nonostante tali timori, una lettura in termini patrimoniali dei dati personali è oggi imprescindibile.

1. I primi passi verso il riconoscimento della commerciabilità dei dati personali

Con la sentenza n.2631/ 2021[6] il Consiglio di Stato ha accolto, per la prima volta, l'approccio negoziale ed ammesso l'applicabilità della disciplina consumeristica alla cessione dei dati personali in cambio di un servizio digitale. I giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto la complementarità della disciplina dettata dal D.lg. n.206/2005 (Codice del consumo) rispetto al Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (RGPD) [7] sottolineando come le discipline abbiano lo scopo di garantire tutele multilivello a salvaguardia dei diritti delle persone fisiche. Questa interpretazione liberista è rintracciabile anche nelle norme in materia di data protection; i considerandi 4 e 13 del RGPD riconoscono il valore economico dei dati personali e ne promuovono la libera circolazione ed il considerando 47 dello stesso regolamento definisce legittimo il trattamento di dati personali per finalità di marketing, purché effettuato nel rispetto dei principi generali.

Analogamente, il legislatore comunitario riconosce apertamente che la Direttiva (UE) 2019/770 debba essere applicata ai contratti in cui «l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuti digitale o servizi digitali al consumatore ed in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali[8],».

Preso atto dell'affermazione di questo approccio liberista e realista, è indispensabile stabilire l'inquadramento giuridico di simili schemi negoziali, in primis comprendere quando il trattamento dei dati personali in cambio di servizi possa definirsi lecito ai sensi dell'articolo 6 del RGPD. Nella recente domanda di pronuncia pregiudiziale ex articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[9] proposta dalla Corte suprema

---

[6] C.St., 29.03.2021, n.02631, in Giust. amm., 2021 Consultabile online: https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/nodeRef=&schema=cds&nrg=202001825&nomeFile=202102631_11.html&subDir=Provvedimenti

[7] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016. Consultabile online: https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.pdf/1bd9bde0-d074-4ca8-b37d-82a3478fd5d3?version=1.9

[8] Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. Considerando 24. Consultabile online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=RO

[9] CGUE, Causa C-446/21, *Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia*
Consultabile online: https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=64B83BFDB1EBD567BBA7CF4639CCEDD3?text=&docid=247308&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9367110

austriaca alla Corte di giustizia europea è stata sollevata la questione relativa alla base giuridica legittimante il trattamento dei dati personali degli utenti del social network Facebook utilizzati per le finalità di pubblicità comportamentale e personalizzazione dei contenuti. In tale contesto il social ha invocato l'applicazione del fondamento di liceità di cui all'articolo 6 paragrafo 1, lettera b) del RGPD: il trattamento sarebbe necessario per l'esecuzione del contratto in quanto pilastro fondamentale dell'accordo concluso dalle parti in causa. Viceversa, il giudice del rinvio, richiamando le Linee guida 2/2019 del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB)[10], sostiene che l'articolo 6 paragrafo 1, lettera b) del RGPD non sia una base giuridica adeguata per tracciare i profili dei gusti e delle scelte di stile di vita degli utenti, in quanto rappresenta un trattamento che va ben al di là di quanto oggettivamente necessario per l'esecuzione di un contratto e della legittima aspettativa dell'interessato. Seguendo questa visione, peraltro accolta anche dalla scrivente, per tali attività di trattamento andrebbe preferita la base giuridica del consenso di cui all'articolo 6 paragrafo 1, della lettera a) del RGPD.

Ne consegue il ruolo strategico del consenso al trattamento dei dati personali la cui operatività dovrà essere valutata anche alla luce di ulteriori condizioni di liceità e, soprattutto, la cui natura dovrà essere mantenuta distinta dal consenso contrattuale, ancorché ad esso collegata[11].

2. La disciplina applicabile allo scambio dei dati personali ceduti a titolo di corrispettivo. Alla ricerca del riequilibrio del sinallagma

Prescindendo dalle singole attività di trattamento poste in essere dal titolare e dalle relative basi giuridiche che le legittimano ed in attesa della pronuncia dei giudici di Lussemburgo, l'operazione economica che ha come oggetto lo scambio di dati personali in cambio di servizi digitali corrisponde ad uno schema contrattuale, al momento, non tipizzato dai legislatori comunitario e nazionale.

L'assenza di una disciplina specifica ha consentito, negli ultimi anni, l'affermazione sul mercato di schemi di remunerazione del consenso al trattamento dei dati personali basati sull'offerta di piattaforme digitali dedicate alla gestione ed allo sfruttamento economico dei dati. Le piattaforme, in qualità di mediatore, si assumono il compito di negoziare gli accordi con i provider stabilendo l'erogazione di compensi in denaro ovvero in altre forme. L'infomediario opera su delega degli interessati, acquisendo direttamente i dati da altre società (è il modello promosso da Hoda srl con il servizio denominato Wepeople[12]), o offrendo strumenti che consentono loro di gestire autonomamente le impostazioni relative ai propri dati personali.

---

[10] *European Data Protection Board* - Linee guida 2/2019 sul trattamento dei dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo1, lettera b), del regolamento generale sulla protezione dei dati personali nel contesto della fornitura dei servizi online agli interessati.

[11] A. Spatuzzi, *Contratto di fornitura di servizi digitali e ruolo del consenso al trattamento dei dati personali,* Notariato 4/2021 – Argomenti Privacy

[12] Dati in cambio di soldi: il Garante privacy porta la questione in Europa. Sotto la lente dell'Autorità la app "Wepeople", 1.08.2019. Consultabile online: https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9126709

Si tratta di schemi di remunerazione al momento sotto osservazione da parte delle autorità europee di protezione dei dati personali, in quanto palesano una visione in cui i dati della persona sono concepiti come mera merce di scambio a detrimento dei suoi diritti fondamentali.

Tali schemi negoziali raccontano un'evidente deriva a cui porre degli argini e palesano l'urgenza di un intervento legislativo volto a disciplinare queste fattispecie normative. La tipizzazione di un contratto tipo di cessione dei dati personali ne permetterebbe la commercializzazione, subordinandola a condizioni più o meno stringenti a seconda del caso concreto. [13] Il consumatore disporrebbe degli strumenti di tutela tipici delle discipline contrattualistica e consumeristica: rimedi volti a garantire l'equilibrio del sinallagma contrattuale, norme relative all'esatto adempimento, norme in materia di clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette, riduzione adeguata del prezzo o risoluzione del contratto.

Inoltre, al netto delle norme dettate dal codice del consumo e dal codice civile, le parti saranno tenute al rispetto delle disposizioni in materia di data protection: la definizione del ruolo dei contraenti, delle finalità del trattamento e dei tempi di conservazione dei dati personali, individuazione delle misure tecniche ed organizzative.

Ai fini della valutazione dei contratti di cessione dei dati e dell'equità giuridica dello scambio sarebbe fondamentale obbligare i titolari del trattamento ad i n f o r m a r e gli interessati circa il valore economico attribuito ai loro dati, come proposto di recente negli USA[14].

Conclusioni.

Dall'analisi condotta emerge il bisogno urgente di una regolamentazione puntuale delle fattispecie contrattuali di cessione dei dati personali che si stanno affermando sul mercato.

Purtroppo il legislatore è spesso in ritardo, data la crescente insorgenza di nuovi business e del loro impatto sulla vita delle persone ma, una volta superato l'orientamento che escludeva la commerciabilità dei dati personali, ostacolando di fatto l'adozione di una soluzione, si spera che il cammino sia meno impervio ed i tempi di percorrenza più celeri.

Insieme a celeri interventi normativi sono poi auspicabili soluzioni dal basso in grado di riequilibrare l'attuale sistema. È indispensabile un atto di autodifesa digitale da parte di tutti gli utenti che consenta loro di riappropriarsi, almeno in parte, della forza contrattuale e con essa del controllo dei dati.

---

[13] G. d'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale,* Il diritto dell'informazione e dell'informatica Anno XXXV Fasc. 4 – 2020 ISSN 159-5795-
I. Speziale, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione, riv.* Contratto e impresa n.2/2021

[14] Warner & Hawley introduce Bill to force Social Media Companies to disclose how they are monetizing user data. Consultabile on line https://www.warner.senate.gov/public/index.cfm/2019/6/warner-hawley-introduce-bill-to-force-social-media-companies-to-disclose-how-they-are-monetizing-user-data ; Senators Want Facebook to Put a Price on Your Data. Is That Possible? Consultabile su https://www.wired.com/story/senators-want-facebook-price-data-possible/

HAVE COLLABORATED TO THIS ISSUE OF THE *EJPLT*

LIVIA AULINO – Ph.D. in *Humanities and Technologies: an integrated research path* at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Senio Researcher at the Research Centre of European Private Law (ReCEPL), Lawyer in Naples

ANTONELLA CORRENTI – Research fellow in Comparative Private law at Università degli Studi di Messina, Lawyer

ANTONELLA DI CERBO - Ph.D. (c) in Private Law at Università degli Studi del Sannio

DAVIDE SILVIO D'ALOIA - Ph. D. (c) in *Humanities and Technologies: an integrated research path* at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Junior Researcher at the Research Centre of European Private Law (ReCEPL), Lawyer in Naples

ELIO ERRICHIELLO – Lawyer in Naples

DOMENICO FAUCEGLIA – Ph.D. in Private Law at Università degli Studi di Roma Tor Vergata

MARIA CRISTINA GAETA – Research Fellow in Private Law at Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Scientifc Secretary of the Research Centre of European Private Law (ReCEPL), Lawyer in Naples

SIMONA GHIONZOLI – Ph.D. (c) in International Studies at Università degli Studi di Napoli L'Orientale, Lawyer

PAOLA GRIMALDI – Research Fellow in Private Law at Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Senior Researcher at the Research Centre of European Private Law (ReCEPL)Lawyer

LAURA GUFFANTI PESENTI – Research Fellow in Private Law at Università Cattolica del Sacro cuore di Milano

SERGIO GUIDA – Independent Researcher, Sr. Data Governance & Privacy Mgr.

FILIPPO MORELLO –Ph.D. (c) in Private Law at Università Di Pisa.

CHIARA SARTORIS – Postdoctoral Research Fellow at Università degli Studi di Firenze, Lawyer

MARTA STRAZZULLO - Trainee Lawyer in Naples