

Avvertenze per il consumatore e obblighi delle piattaforme del commercio elettronico. Alcune osservazioni sulla sentenza *Lee v. Amazon**

Rosario Petruso

Abstract

La *Proposition 65* è una legge californiana che attribuisce ai consumatori il diritto ad essere informati circa l'esposizione a sostanze cancerogene o che possano dar luogo a malformazioni congenite o ad altri danni riproduttivi: ai sensi della legge, tutti gli attori del circuito distributivo sono tenuti a fornire un'avvertenza «chiara e ragionevole» del relativo rischio. La sezione 230 del *Communications Decency Act* esonera da responsabilità gli intermediari della rete relativamente ai contenuti dei terzi. Le piattaforme del commercio elettronico, nel facilitare l'interazione di venditori ed acquirenti, rischiano di mettere a repentaglio la salute dei consumatori, portando loro prodotti vietati, non sicuri o etichettati in modo errato. Alla luce di tale scenario, in *Lee v. Amazon* è stato chiesto alla *Court of Appeal* della California di individuare chi - nell'economia di piattaforma - sia chiamato a fornire le avvertenze ex *Proposition 65*. Dal punto di vista delle tutele spettanti al consumatore, questa domanda è fondamentale: considerato che molti venditori terzi operano dall'estero, le piattaforme di *e-commerce* potrebbero essere gli unici attori della catena negoziale tenuti a conformarsi agli obblighi discendenti dalla *Proposition 65*. Alla luce della recente sentenza della *Court of Appeal* californiana, questo scritto prende in esame un cambiamento significativo nella giurisprudenza statunitense relativa alla regolazione della rete.

Proposition 65 is a Californian “right to know” statute, requiring companies that expose consumers to chemicals known to cause cancer, birth defects, or other reproductive harm to provide a «reasonable and clear» warning associated with the products they supply. Section 230 of the Communications Decency Act provides immunity to online intermediaries from liability based on third-party content. As marketplace facilitators, e-commerce platforms put consumers at risk by bringing in their hands thousands of banned, unsafe or mislabeled products formally sold by third-party sellers.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio “a doppio cieco”.

In that scenario, in *Lee v. Amazon* the California Court of Appeal has been asked to determine who is responsible for providing the Proposition 65 disclosures. From the perspective of consumer safety, this question is pivotal: many vendors are overseas, so e-commerce platforms seem the only entities that could be forced to comply with Proposition 65. Taking into consideration the ruling of the Court of Appeal, this article analyzes a significant shift in the U.S. case-law regarding the Internet governance.

Sommario

1. Osservazioni introduttive. – 2. Le avvertenze a tutela del consumatore previste dalla “*Proposition 65*”. – 3. L’esenzione da responsabilità per i fornitori di “servizi informatici interattivi” nella normativa federale statunitense. – 4. Il caso *Lee v. Amazon*: la decisione della *Trial Court*. – 5. La sentenza resa dalla *Court of Appeal* l’11 marzo 2022. – 6. Una traiettoria giurisprudenziale proclive a individuare strumenti di regolazione delle piattaforme digitali. – 7. Brevi e conclusive osservazioni comparatistiche sulla portata delle trasformazioni in atto nel governo delle piattaforme digitali.

Keywords

Proposition 65 - avvertenze per il consumatore - piattaforme di *e-commerce* - sezione 230 del *Communications Decency Act* - *sharing economy*

1. Osservazioni introduttive

Nell’economia di piattaforma¹, accanto a piattaforme di pubblicità, piattaforme di servizi e piattaforme della *sharing economy*, si sono affermate imprese che intermediano lo scambio di beni e servizi: con una terminologia ormai collaudata, ci si riferisce sinteticamente ad esse, pur nella eterogeneità dei modelli di profitto alle stesse sottostanti, con la locuzione “piattaforme di *e-commerce*”. Come ben messo in rilievo dalla dottrina², tali piattaforme realizzano mercati virtuali, coordinando l’incontro di domanda ed offerta tra chi vende beni e chi li acquista, diffondendo le informazioni rilevanti e attuando strumenti per la creazione del clima di fiducia necessario alla conclusione delle transazioni.

I compiti appena descritti sono assolti dagli intermediari digitali secondo modalità proprie dell’economia di piattaforma, che (in quanto tali) tendono a sfuggire alle logiche tipiche dell’impresa tradizionale. Così, ad esempio, può capitare che l’incontro tra domanda ed offerta sia organizzato grazie alla enorme mole di dati in possesso dell’intermediario digitale, il quale può procedere financo a sofisticatissime politiche di

¹ L’economia di piattaforma è un’economia a struttura tripartita, che si caratterizza, cioè, per la presenza di tre attori distinti che partecipano alla transazione: il venditore, l’acquirente (o il prestatore d’opera e il committente) e la piattaforma digitale.

² G. Smorto, in A. Quarta - G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, 120; D. McKee, *The platform economy: natural, neutral, consensual and efficient?*, in *Transnational Legal Theory*, 8, 2017, 457 ss.

discriminazione di prezzo³; che le informazioni rilevanti per la conclusione dell'affare siano fornite attraverso sistemi di *feedback* e *rating*, i cui giudizi sono profusi dagli stessi consumatori che abbiano utilizzato la piattaforma per i precedenti acquisti⁴; che la fiducia di questi ultimi all'interno del mercato virtuale sia conquistata dall'intermediario attraverso la predisposizione di strumenti alternativi di composizione delle eventuali controversie⁵ (facili politiche di reso, garanzie complementari o sostitutive rispetto a quelle fornite dal diritto statale, etc.).

Alla luce di questo quadro, con un'espressione di sintesi, si potrebbe sostenere che l'obiettivo principale delle piattaforme del commercio elettronico (le cui strategie di remunerazione sono incentrate, secondo prassi diverse, sui volumi di vendite) sia facilitare gli scambi a distanza garantendo il buon funzionamento del mercato digitale. Nella logica appena descritta, l'intermediario tende a presentarsi come soggetto terzo rispetto alla transazione conclusa all'interno dei propri spazi digitali tra chi vende e chi acquista: secondo la narrazione corrente⁶, in questo scenario trilaterale, le piattaforme del commercio elettronico limiterebbero il loro compito a quello di mettere a disposizione dei venditori una mera "vetrina digitale" e agli acquirenti una "piazza virtuale" in cui poter riporre fiducia.

Da questa impostazione, seguono importanti conseguenze per il consumatore: ad esempio, è giusto per soffermarsi su due questioni di recente esaminate dalla giurisprudenza d'Oltreoceano, gli attori digitali negano la loro convenibilità in giudizio per l'eventuale danno arrecato ai singoli dai prodotti difettosi acquistati per via telematica da venditori indipendenti⁷ (in quanto - è il punto di vista fatto valere dagli intermediari stessi - si collocherebbero al di fuori della catena di approvvigionamento) e si sottraggono agli obblighi di informazione e di segnalazione (eventualmente gravanti sulla

³ Sul punto G. Smorto, *Protecting the Weaker Parties in the Platform Economy*, in N. M. Davidson - M. Finck - J. J. Infranca (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, 2018, 431 ss.; S. K. Mehra, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minnesota Law Review*, 100, 2016, 1323; S. Levmore - F. Fagan, *The End of Bargaining in the Digital Age*, in *Cornell Law Review*, 103, 2018, 1469 ss.; Dirk Bergemann, *The Limits of Price Discrimination*, in *American Economic Review*, 105, 2015, 921; R. Calo - A. Rosenblat, *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, in *Columbia Law Review*, 117, 2017, 1623 ss.

⁴ Per un primo approccio al tema dei sistemi reputazionali e di *rating* G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2016, 199 ss., nonché i diversi contributi pubblicati in H. Masum - M. Tovey, (a cura di), *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, Boston, 2011.

⁵ Sul punto S. Casabona, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'alien dispute resolution*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 32, 2017, 497 ss.

⁶ È questa, ad esempio, la descrizione dei servizi prestati da Amazon nei "Termini e condizioni dell'Account Amazon", ove si legge che: «Amazon non assume alcuna responsabilità per le azioni, i prodotti e i contenuti di tutti i venditori terzi e di altre terze parti, né funge da agente del venditore. Il venditore è responsabile della vendita dei prodotti e della gestione di eventuali reclami dell'acquirente o di qualsiasi altro problema derivante da o in connessione con l'accordo tra te e il venditore».

⁷ Sul tema, si registra già una nutrita casistica negli Stati Uniti. Le due antitetiche posizioni assunte dalla giurisprudenza nordamericana - l'una proclive a ritenere che l'intermediario, nonostante le apparenze, si inserisca all'interno del giro distributivo (rispondendo del danno subito a causa della difettosità del prodotto a titolo di *strict liability*), l'altra incline a valorizzare gli elementi di novità sottostanti al modello di business adottato dalle piattaforme di *e-commerce* (che si sottrarrebbero, pertanto, al regime del danno da prodotti) sono ben riassunte rispettivamente dalla pronuncia resa dalla *Court of Appeal* californiana nel caso *Bolger v. Amazon.com*, 53 Cal. App. 5th 43 1 (2020) e dalla pronuncia resa dalla *Supreme Court* del Texas nel caso *Amazon.com, Inc. v. McMillan*, 625 S.W.3d 101.

filiere distributive) relativamente alla nocività dei prodotti compravenduti per mezzo del loro apporto facilitatore.

È proprio quest'ultimo - la soggezione all'obbligo di informare il consumatore circa la pericolosità di un prodotto - l'oggetto della decisione resa l'11 marzo 2022 dalla *Court of Appeal* della California nel caso che qui si commenta⁸. Segnatamente si trattava di stabilire se l'intermediario digitale - nella specie la piattaforma di commercio elettronico Amazon - fosse da considerarsi soggetto, ai sensi della *Proposition 65*⁹, all'obbligo di avvertire adeguatamente i consumatori relativamente all'esposizione a sostanze chimiche, pericolose per la salute.

Nelle osservazioni che seguono si prenderà, pertanto, in esame la regolamentazione californiana relativa alle informazioni da fornire ai consumatori con riguardo ai prodotti che possono accrescere il rischio di tumore o di danni all'apparato riproduttivo (la c.d. *Proposition 65*). Si passerà, poi, all'analisi del regime di esonero da responsabilità previsto per gli intermediari digitali dalla normativa federale statunitense approvata nel 1996 con il *Communications Decency Act* (CDA)¹⁰. Chiarito il quadro statutario di riferimento, sarà possibile procedere alla disamina della decisione resa dalla *Court of Appeal* e alle implicazioni che da essa sembrano discendere nel governo degli spazi digitali. L'analisi di alcuni tra i più rilevanti (e noti anche per l'eco mediatica che hanno suscitato) casi giurisprudenziali sul tema servirà a porre a raffronto le soluzioni adottate dalle Corti statunitensi con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea relativa alla individuazione dei criteri per appurare se le piattaforme digitali erogano, oltre che i servizi tipici della società dell'informazione (consentendo l'interazione tra agenti economici indipendenti), anche il servizio sottostante¹¹. L'impressione, da verificare, è, infatti, che le due linee argomentative condividano un nucleo comune che segna, nelle due sponde dell'Atlantico, l'avvio di una svolta regolativa ed il tramonto dell'approccio eccezionalista e non interventista nella regolamentazione della rete adottato sul finire degli anni '90 del secolo scorso.

2. Le avvertenze a tutela del consumatore previste dalla “*Proposition 65*”

Per meglio comprendere la sentenza resa dalla *Court of Appeal* californiana e le importanti implicazioni che ne possono discendere nella regolamentazione dei mercati digitali, occorre preliminarmente descrivere nei suoi tratti essenziali la normativa statale fatta valere dal consumatore nei confronti dell'intermediario digitale.

⁸ *Lee v. Amazon.com, Inc.*, 76 Cal. App. 5th 200.

⁹ Si tratta, come meglio si dirà più avanti nel testo, di una legge californiana del 1986, formalmente intitolata “*Safe Drinking Water and Toxic Enforcement Act*”.

¹⁰ 47 U.S. Code 230 “*Protection for private blocking and screening of offensive material*”.

¹¹ Ci si riferisce alla ormai corposa giurisprudenza che vede nel caso CGUE, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL* (2017). Gli arresti successivi di questa parabola giurisprudenziale sono costituiti dai casi, CGUE, C-320/16, *Uber France* (2018), CGUE, C-390/18, *Airbnb Ireland* (2019) e *i*, CGUE, C-62/19, *Star Taxi App SRL v. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General e Consiliul General al Municipiului București* (2020).

Il *Safe Drinking Water and Toxic Enforcement Act* (meglio conosciuto come “*Proposition 65*”) è una legge californiana del 1986, approvata su iniziativa popolare, volta a proteggere il singolo dall’esposizione a particolari sostanze chimiche, note come causa di cancro, di malformazioni congenite e di tossicità riproduttiva.

La normativa in parola mira a salvaguardare la salute dei singoli garantendo loro un diritto ad essere informati (c.d. “*right to know*”), sì da consentire scelte di consumo o, più in generale, comportamenti maggiormente consapevoli¹².

Più in particolare, la legge attribuisce a ciascun consumatore¹³ una situazione soggettiva di natura pretensiva, azionabile contro il produttore e contro ogni altro attore della rete di distribuzione che immetta “consapevolmente” nel mercato prodotti contenenti le sostanze indicate in un’apposita lista (la c.d. “*Prop. 65 list*”) senza prima informare adeguatamente (con un’avvertenza chiara e ragionevole) dei rischi connessi alla relativa esposizione¹⁴.

La *Proposition 65*, dunque, non vieta l’utilizzo di determinate sostanze¹⁵: i prodotti che presentano avvertenze ex *Proposition 65* non sono per ciò solo da considerarsi pericolosi. Il consumatore, però, deve essere informato e messo in condizione di decidere autonomamente se limitare l’esposizione alle sostanze pericolose in essi contenute.

L’inserimento di una determinata sostanza nella lista (curata ed aggiornata annualmente dall’*Office of Environmental Health Hazard Assessment, OEHHA*) impone che tutti i soggetti che concorrono alla immissione nel giro distributivo (produttori, confezionatori, importatori, distributori, rivenditori al dettaglio, ma anche titolari di impianti industriali, di parchi giuoco e di altri locali¹⁶) di un qualsiasi prodotto che contenga tali ingredienti¹⁷ siano tenuti - entro un anno dalla pubblicazione nell’elenco - ad informare adeguatamente il consumatore (prima della relativa esposizione) in merito alla presenza di siffatta sostanza e dei correlati rischi per la salute.

L’attuazione degli scopi soggiacenti alla legge del 1986 è per lo più affidata (sia pure in via sussidiaria¹⁸) alla iniziativa dei singoli. Previa verifica della mancanza di interesse

¹² Come chiarito dalla giurisprudenza, lo scopo della *Proposition 65* è, infatti, facilitare la comunicazione al pubblico dell’esposizione a potenziali sostanze nocive, sì da consentire ai consumatori di prendere decisioni informate. In questi termini, *DiPirro v. Bondo Corp.*, 153, Cal. App. 4th 150, 183 (2017) ove si legge che la *Proposition 65* mira a «*facilitate the notification of the public of potentially harmful substances, so informed decisions may be made by consumers on the basis of disclosure*».

¹³ Si noti che ai sensi del Cal Health & Safety Code 25249.11 i legittimati attivi all’azione non sono solo i consumatori. Nella norma citata si legge che: «*For purposes of this chapter: (a) “Person” means an individual, trust, firm, joint stock company, corporation, company, partnership, limited liability company, and associations*».

¹⁴ Questa la parte rilevante della norma (Cal Health & Safety Code 25249.6): «*Required warning before exposure to chemicals known to cause cancer or reproductive toxicity. No person in the course of doing business shall knowingly and intentionally expose any individual to a chemical known to the state to cause cancer or reproductive toxicity without first giving clear and reasonable warning to such individual, except as provided in Section 25249.10*».

¹⁵ In dottrina, «*The California 65 Proposition is a right to know law warning, not a ban or restrictions law*». In questi termini, D. Gartner, *California Proposition 65: The Right to Know Law*, in *International Chemical Regulatory and Law Review*, 1, 2018, 156 ss.

¹⁶ Con un’espressione volutamente generica la normativa californiana in Cal Health & Safety Code 25249.6, si riferisce, infatti, a «*[any] person in the course of doing business*».

¹⁷ Attualmente la lista include oltre 1.000 sostanze chimiche, tra cui arsenico, piombo, mercurio, cadmio, etc.

¹⁸ Il singolo che intenda convenire in giudizio il trasgressore è tenuto, infatti, a notificare la violazione

delle autorità pubbliche (statali e locali) competenti a promuovere l'azione *ex Proposition 65*¹⁹, ciascun consumatore può, infatti, citare in giudizio («*in the public interest*²⁰») il produttore e tutti i soggetti che concorrano, nell'ambito della rispettiva attività di impresa, alla circolazione del prodotto in assenza delle relative avvertenze.

Il promovimento della relativa azione (volta ad ottenere l'irrogazione di una sanzione civile e un ordine inibitorio diretto all'apposizione delle relative avvertenze) da parte del singolo è incentivato dalla legge attraverso vari accorgimenti. Ed invero, per intentare un'azione ai sensi della *Proposition 65*, non è necessario che il consumatore abbia subito un danno: il ricorso può essere promosso per il solo fatto di non esser stati correttamente informati del rischio connesso all'esposizione alle sostanze tossiche²¹. Occorre considerare, inoltre, il fatto che, al verificarsi di determinati presupposti, il ricorrente non è chiamato a sostenere le spese del giudizio; infine, chi promuove l'azione gode di un incentivo economico molto allettante: nel caso in cui l'azione sia ritenuta fondata, ha diritto al 25% della sanzione irrogata al trasgressore²².

Quest'ultimo, su cui grava l'onere della prova che le sostanze non siano dannose²³ o che siano presenti in quantità irrilevanti e tali da non cadere sotto la scure della *Proposition 65*²⁴, si espone a costi importanti: può essere sanzionato, infatti, fino a 2.500 dollari al giorno per ogni violazione ed in relazione a ciascun prodotto immesso nel mercato californiano²⁵.

Conclusivamente sul punto, si può dire che - sebbene tale legge non abbia riscosso favori unanimi e sia regolarmente soggetta a serrate critiche che mettono in dubbio la

(«*notice of violation*») allo stesso trasgressore e a tutti i soggetti pubblici che ai sensi della Cal Health & Safety Code 25249.7 (c) possono proporre l'azione. Solo allo scadere di 60 giorni da tale notifica (ed in caso di mancato promovimento dell'azione da parte dei soggetti indicati nella sezione 25249.7 (c)) il singolo potrà agire autonomamente. Come notato in dottrina, benché siano numerose le azioni promosse dalle autorità pubbliche, l'implementazione della *Proposition 65* è sostanzialmente affidata all'iniziativa privata: per maggiori approfondimenti sul tema C. Polsky - M. Schwarzman, *The Hidden Success of a Conspicuous Law: Proposition 65 and the Reduction of Toxic Chemical Exposures*, in *Ecology Law Quarterly*, 47, 2020, 833.

¹⁹ Cal Health & Safety Code 25249.7 (c) «*Actions pursuant to this section may be brought by the Attorney General in the name of the people of the State of California, by a district attorney, by a city attorney of a city having a population in excess of 750,000, or, with the consent of the district attorney, by a city prosecutor in a city or city and county having a full-time city prosecutor, or as provided in subdivision (d)*».

²⁰ Ivi, (d).

²¹ Cal. Health & Safety Code 25249.6 (a), (b). In dottrina T.J.K. Schick, *Proposition 65: Why Coffee in California May Come with a Cancer Warning*, in *Loyola Consumer Law Review*, 30, 2018, 475.

²² Cal Health & Safety Code 25249.12 (d) «*Twenty - five percent of all civil and criminal penalties collected pursuant to this chapter shall be paid to the office of the city attorney, city prosecutor, district attorney, or Attorney General, whichever office brought the action, or in the case of an action brought by a person under subdivision (d) of Section 25249.7, to that person*».

²³ In questi termini, *Consumer Cause, Inc. v. SmileCare*, 91 Cal. App. 4th 454.

²⁴ Sebbene solo l'utilizzo al di sopra di certi livelli di concentrazione determinati per legge (il c.d. «*safe harbor level*») richiedano l'apposizione dell'avviso, tali soglie sono state mantenute precauzionalmente basse, sì da ricondurre un numero enorme di prodotti nell'ambito delle avvertenze dovute in forza della legge. Sul punto, C. Polsky - M. Schwarzman, *The Hidden Success of a Conspicuous Law*, cit., 830.

²⁵ Ben si comprende, dunque, come l'ammontare della sanzione possa crescere in modo esponenziale, soprattutto nell'economia di piattaforma: ed invero, limitando le nostre osservazioni alla sola piattaforma digitale convenuta, basta riflettere sulla circostanza che il mercato gestito da Amazon annovera circa 2,5 milioni di venditori indipendenti che, a propria volta, espongono circa 600 milioni di prodotti unici.

sua efficacia (sia in punto di metodo²⁶ sia relativamente ai risultati attesi²⁷) - si ritiene dai più²⁸ che abbia avuto il merito di aver indotto un gran numero di produttori ad adottare comportamenti virtuosi, a tutela della propria immagine. I timori di incorrere nelle spese di giudizio, di perdere la fiducia dei consumatori e di spostare le scelte di acquisto verso le alternative offerte dal mercato²⁹ avrebbero portato molti produttori a riformulare i processi di fabbricazione per ridurre (e, ove possibile, eliminare) l'uso di sostanze tossiche o, quantomeno, a fornire le avvertenze necessarie prescritte dalla legge, sì da consentire al singolo, correttamente informato, di limitare l'esposizione alle sostanze più nocive.

3. L'esenzione da responsabilità per i fornitori di “servizi informatici interattivi” nella normativa federale statunitense

Occorre ancora fissare un punto centrale dal quale si diramerà l'indagine che segue. La promessa di un potenziamento dei valori democratici (e, in particolare, della libertà di espressione), trainati da un Internet deregolato, ha fatto sì che la prima fondamentale - e tuttora cruciale - disciplina legislativa statunitense riguardante gli intermediari della rete telematica abbia predisposto per essi un regime esonerativo da responsabilità senza precedenti. Nell'ambito di una più vasta riforma del settore delle telecomunicazioni, il legislatore federale statunitense ha articolato, alla sezione 230 del *Communications Decency Act* del 1996³⁰, una tutela per i fornitori di “servizi informatici interattivi” che ruota intorno a tre punti fondamentali: innanzitutto (ai sensi della sub-sezione 230 (c)(1), il fornitore dei servizi telematici non potrà essere “trattato” alla stregua del

²⁶ In chiave critica, si sostiene come l'approccio al problema della tutela dei consumatori adottato dalla *Proposizione 65* ed “incentrato sul rischio” sia errato in quanto «il semplice fatto che un prodotto contenga una sostanza chimica non equivale a esporre il singolo ad una sostanza pericolosa»: in questi termini, R. Trager, *California's Prop 65 Controversy*, in *chemistryworld.com*, 16 giugno 2016.

²⁷ *Consumer Defense Grp. v. Rental Housing Indus. Members*, 137 Cal. App. 4th 1185, 1208 (2006) in cui l'Attorney General californiano ha sostenuto che «it does not serve the public interest to have almost the entirety of the state of California swamped in a sea of generic warning signs». In questo senso, anche l'editoriale apparso sul *Los Angeles Times* il 30 settembre 2017, ove si fa notare come riempire il consumatore di inutili avvertenze - non correlate alla serietà del rischio - possa avere l'effetto di assuefare il singolo e di non fargli percepire il pericolo proprio nei casi in cui esso sia maggiormente rilevante: *Warning: Too Many Warning Signs are Bad for Your Health*.

²⁸ Per tutti, C. Polsky - M. Schwarzman, *The Hidden Success of a Conspicuous Law*, cit., 830 e la dottrina ivi citata.

²⁹ Come notato in dottrina (C. Polsky - M. Schwarzman, *The Hidden Success of a Conspicuous Law*, cit., 839), infatti, il modo in cui i consumatori reagiscono alle avvertenze apposte in forza della *Proposizione 65* non dipende solo dalla personale tolleranza al rischio, ma anche dalle alternative disponibili sul mercato: se l'opzione che si pone al consumatore è, ad esempio, tra un pesce che contiene mercurio ed una specie che mostra una minore concentrazione di tale elemento, è probabile che la decisione di acquisto si sposti su quest'ultima.

³⁰ Denominazione attribuita al Titolo V del *Telecommunication Act* del 1996 che ha inserito una nuova sezione 230 al *Communications Act* del 1934 (47 U.S.C. 230) rubricata «*Protection for private blocking and screening of offensive material*».

“*publisher*” relativamente alle informazioni fornite da terzi³¹; in secondo luogo (ai sensi della sezione 230 (c)(2)), il regime di favore è espressamente esteso a quei prestatori intermedi che operano una moderazione di tali contenuti³²; infine (ai sensi della sezione 230 (e)(3)), le responsabilità dei prestatori intermedi sono sottratte agli interventi normativi dei governi territoriali: in forza del secondo periodo della sezione 230 (e) (3), infatti, «nessuna responsabilità può essere imposta sulla base di disposizioni statali o locali che non siano conformi a questa sezione³³».

Con queste poche battute è stata assicurata dal legislatore federale agli intermediari digitali la più ampia possibilità di regolamentare, in piena ed insindacabile autonomia, il flusso dei contenuti generati dai propri utenti, sottraendosi alle doglianze di chi fosse stato danneggiato dalla relativa pubblicazione.

Tale posizione di estremo favore non ha trovato smentite nel momento applicativo. La giurisprudenza statunitense, infatti, ha ininterrottamente interpretato la sezione 230 del CDA come una “*broad immunity*”³⁴: sul piano assiologico, le necessità di non indurre forme di censura (la prospettiva è quella del “libero mercato delle idee³⁵”) e di garantire un Internet sicuro (offrendo agli operatori dell’infrastruttura digitale la possibilità di autoregolamentare l’organizzazione dei contenuti immessi nei propri spazi virtuali) hanno indotto, infatti, i giudici nordamericani ad attribuire agli intermediari della rete poteri di moderazione dei contenuti che sfuggono a ogni tipo di controllo nel merito³⁶. Esula dai confini del presente studio l’esame delle diverse implicazioni discendenti dalla sezione 230 CDA nel governo della sfera digitale. E tuttavia, al fine di restituire

³¹ 47 U.S.C. 230 (c)(1): «*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*».

³² 47 U.S.C. 230 (c)(2): «*No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (A)*».

³³ 47 U.S.C. 230 (e)(3): «*Nothing in this section shall be construed to prevent any State from enforcing any State law that is consistent with this section. No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section*».

³⁴ Nell’elaborazione giurisprudenziale, la sezione 230 CDA è etichettata alternativamente come “*broad immunity*” (*Fair Housing Council v. Roommates.com*, 521 F.3d 1157 9th Cir. 2008) o “*robust immunity*” (*Carafano v. Metroplash.com, Inc.*, 339 F.3d 1119, 1123 9th Cir. 2003).

³⁵ Si noti, però, che giurisprudenza e dottrina maggioritaria concordano sul fatto che la sezione 230 CDA non merita necessariamente una copertura costituzionale ai sensi del Primo Emendamento: essa è piuttosto considerata come il frutto di una scelta di *policy* del legislatore tra le tante altrimenti possibili. Sul punto, in giurisprudenza, *Gucci Am., Inc. v. Hall & Assocs.*, 135 F. Supp. 2d 409, 421 (S.D.N.Y. 2001). In dottrina, R. Tushnet, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, in *George Washington Law Review*, 76, 2008, 986, 1008; J. M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in *Pepperdine Law Review*, 36, 2009, 427, 434; J. Kosseff, *Defending Section 230: The Value of Intermediary Immunity*, in *Journal of Technology Law & Policy*, 15, 2010, 123, 136; K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 1598, 1613. Di contro, nel senso, cioè, che la sezione 230 CDA sia una norma sostanzialmente costituzionale, in Note, *Section 230 as First Amendment Rule*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 2027 ss.

³⁶ Già l’anno successivo all’entrata in vigore della novella statutaria, con la decisione del caso *Zeran v. America Online Inc*, 958 F. Supp. 1124 (E.D. Va. 1997), si afferma in giurisprudenza un fermo orientamento tendente ad esonerare gli intermediari della rete da qualunque responsabilità, anche ove questi ultimi fossero a conoscenza del fatto illecito dei propri utenti.

almeno l'idea del significato complessivo sottostante a tale norma - ricordata ora come «la legge più importante tra le disposizioni poste a protezione della libertà di espressione in Internet³⁷» altre volte come «una vera e propria Magna Carta dell'impunità d'impresa³⁸» - e di comprendere appieno la ventata di novità registrabile nella pronuncia da cui questo studio prende le mosse, pare utile accennare ad un recente caso deciso dalla *Supreme Court of California*. Ci si riferisce alla importante decisione resa il 2 luglio 2018 nel caso *Hassell v. Bird*³⁹, che si mantiene in un ambito di sostanziale continuità interpretativa con una linea giurisprudenziale (federale e statale) ormai ultraventennale e che ben sintetizza la posizione di indiscusso favore garantita ai prestatori dei servizi della rete telematica.

La sentenza, per un osservatore europeo, è degna di nota per almeno due motivi: essa testimonia, infatti, per un verso, quanto la sezione 230 CDA⁴⁰ si allontani dall'attuale regolamentazione europea delle responsabilità degli intermediari (incentrata, ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31, sulla conoscenza del fatto illecito del terzo da parte dell'intermediario⁴¹) e, per l'altro, come le prospettive rimediali del singolo siano di fatto limitate - ancora una volta a differenza di quanto avviene nei Paesi membri dell'Unione europea⁴² - alla sola reazione che l'ordinamento garantisce nei confronti dell'autore diretto del fatto illecito. Gli intermediari della rete (alla stregua dell'orientamento di favore consolidatosi nella giurisprudenza statunitense che ha ampliato per via interpretativa la portata applicativa della sezione 230 CDA nella direzione che si sta per accennare) non possono, infatti, essere destinatari di alcun ordine di rimozione, nemmeno con riferimento a contenuti già giudicati illeciti.

³⁷ A. Kamdar, *CDA 230: The Most Important Law Protecting Internet Speech*, in *Electronic Frontier Foundation*, 6 dicembre 2012; M. Ammori, *The "New" New York Times: Free Speech Lawyering in the age of Google and Twitter*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014, 2290.

³⁸ F. Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 17, 2016, 494.

³⁹ *Hassell v. Bird*, 5 Cal.5th 522 (Cal. 2018).

⁴⁰ Giova segnalare come, con riferimento alla tutela dei diritti d'autore, la normativa statunitense di esonero da responsabilità degli intermediari della rete non sia quella della sezione 230 CDA, ma quella della sezione 512 del *Digital Millennium Copyright Act* del 1998. Tale disciplina costituisce un raffinato tentativo di bilanciamento dei diversi interessi giuridicamente rilevanti implicati nell'attuazione dei diritti d'autore nell'ambiente digitale: con riguardo a questo profilo, i diritti protetti, la cui lesione è normativamente contemplata, non sono esclusivamente quelli dell'autore e dell'industria culturale, ma anche quelli degli operatori dell'infrastruttura della rete e quella dei fornitori dei contenuti.

⁴¹ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico"). Si noti che il regime di esonero da responsabilità degli intermediari della rete di cui alla direttiva 2000/31/CE è stato pressoché mantenuto inalterato nel nuovo regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali ("Regolamento sui servizi digitali"). Nell'ambito del Regolamento - che si applicherà a decorrere dal 17 febbraio 2024 - sono, infatti, sostanzialmente riprodotte (agli artt. 4 ss.) le disposizioni di esonero da responsabilità per i prestatori dei servizi di base della rete contenute nella direttiva 2000/31/CE.

⁴² Come precisato sin dal considerando 45 della direttiva 2000/31/CE, infatti, le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie: «siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima». Anche la possibilità di esperire azioni inibitorie nei confronti dei prestatori di servizi intermediari è confermata dal regolamento (UE) 2022/2065 sui servizi digitali: in particolare, il considerando 25.

È proprio questo il punto su cui la sentenza californiana fa definitiva chiarezza. In *Hassell v. Bird* la fattispecie aveva ad oggetto il danno causato al singolo da diverse recensioni diffamatorie pubblicate da un terzo su *Yelp.com*, un sito web per la valutazione di attività commerciali e servizi professionali, noto per i giudizi negativi molto personali ed estremi dei propri utenti. Le recensioni in questione concernevano l'attività professionale prestata da un avvocato, il quale, a tutela della propria immagine aveva ottenuto, nei confronti dell'autore diretto del fatto illecito (convenuto per *false light* e per *intentionally inflicted emotional distress*), una sentenza di condanna al risarcimento del danno e un ordine di rimozione delle affermazioni ingiuriose. L'ordine di rimozione, rivolto in prima battuta all'autore dei commenti diffamatori, estendeva la propria portata applicativa anche al sito web (non convenuto), il quale avrebbe dovuto eliminare i commenti già giudicati illeciti entro un tempo prestabilito.

Su ricorso promosso da *Yelp.com* (diretto all'annullamento dell'*injunction*), la *Supreme Court* della California ha chiarito la portata applicativa della immunità concessa dal legislatore federale del 1996 agli intermediari della rete. La posizione assunta dal Collegio è che la difesa ad essi spettante si estende tanto ad ogni profilo risarcitorio, quanto alla soggezione ad ordini inibitori.

Il ragionamento sotteso a questa impostazione è, invero, che il profilo rimediabile dell'azione inibitoria con imposizione di obblighi di fare (anche limitati alla rimozione di contenuti già giudicati diffamatori) potrebbe avere - al pari della tipica reazione aquiliana consistente nel risarcimento del danno - l'effetto di incentivare affrettate forme di censura.

Anche nel caso in cui fosse operativamente semplice attuare un ordine di fare puntuale e mirato (consistente nella semplice rimozione di specifici contenuti già giudicati diffamatori) - è l'intelaiatura logica dell'intera decisione -, la relativa esecuzione potrebbe minacciare la capacità di sopravvivenza dell'intermediario digitale, che si troverebbe esposto a "*contempt proceedings*"⁴³ in caso di inottemperanza: ordini di rimozione apparentemente semplici - è il percorso argomentativo dei giudici di vertice - potrebbero generare un contenzioso importante su questioni quali la loro validità, la rispettiva portata o il modo in cui debbano essere concretamente attuati⁴⁴.

Da quanto precede, ben si comprende come le conseguenze dirette di una siffatta impostazione siano univoche (nonostante uno strisciante disagio espresso, più o meno velatamente, tra le righe della decisione⁴⁵): nella normativa statunitense, la tutela del singolo (danneggiato dall'uso che i terzi abbiano fatto degli spazi telematici) è, dunque, esclusivamente affidata ai profili rimediali esperibili nei soli confronti degli autori diretti del fatto illecito.

⁴³ Sull'istituto del *contempt of court*, si veda V. Varano, *Contempt of Court*, in *Digesto/ Pen.*, III, 1989, 107 ss.; *Injunction*, in *Digesto/ Priv.*, 1993, 487 ss.; A. Frignani, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria del diritto italiano*, Milano, 1974.

⁴⁴ *Hassell v. Bird*, cit., 545.

⁴⁵ (Oltre all'opinione dissenziente), la seguente affermazione resa in chiusura dell'*opinion* di maggioranza (*Hassell v. Bird*, 5 Cal. 5th 522, 548): «*Even as we conclude that Yelp is entitled to immunity, we echo Barrett [...] in emphasizing that our reasoning and result do not connote a lack of sympathy for those who may have been defamed on the Internet. Nevertheless, on this record it is clear that plaintiffs' legal remedies lie solely against Bird, and cannot extend - even through an injunction - to Yelp.*».

4. Il caso *Lee v. Amazon*: la decisione della *Trial Court*

Acquisiti tutti i dati normativi rilevanti, è ora possibile passare all'esame della fattispecie posta all'attenzione del giudice californiano nel caso *Lee v. Amazon*⁴⁶. Il giudizio ha tratto spunto dall'iniziativa di un consumatore che ha fatto valere il “*right-to-know*” attribuitogli dalla *Proposition 65* relativamente alla presenza di mercurio in alcune creme schiarenti per il viso, acquistate sul sito web di Amazon da venditori indipendenti.

L'elemento che rende importante, dal punto di vista della tutela del consumatore, l'azione intentata dall'acquirente, diretta a far valere le sanzioni civili ed i provvedimenti inibitori previsti dalla normativa statale, è la circostanza che quest'ultimo abbia fatto valere la propria situazione giuridica pretensiva nei confronti non dei produttori, dei distributori o degli importatori dei cosmetici, ma direttamente della piattaforma di *e-commerce*.

Si tratta, dunque, del primo tentativo di cooptare direttamente nella tutela offerta al consumatore dalla *Proposition 65* proprio quel soggetto che - permettendo un accorciamento della catena di commercializzazione - ha reso possibile ad un numero senza precedenti di produttori e di venditori (che difficilmente sarebbero riusciti a piazzare i rispettivi beni attraverso l'apparato distributivo tradizionale) di avere accesso ad una enorme platea di potenziali acquirenti. Non a caso, i cosmetici caduti sotto i riflettori dell'attenzione del circuito giudiziale californiano erano tutti fabbricati in Paesi lontani e - prima ancora che essere assoggettati al regime informativo della *Proposition 65* - non avrebbero potuto essere importati nel mercato statunitense, stante un divieto federale di produzione di creme per il viso contenenti, come principio attivo, mercurio.

Il giudice di primo grado⁴⁷ ha ritenuto che l'azione promossa dal consumatore non fosse accoglibile. A giudizio della *Trial Court*, la piattaforma digitale sarebbe stata protetta dall'insorgere di qualsivoglia forma di responsabilità ai sensi della sezione 230 CDA. Le responsabilità fatte valere dal consumatore, secondo il giudice di prime cure, sarebbero discese, infatti, proprio dal “trattare” l'operatore digitale alla stregua di un editore (“*publisher*”), che dà diffusione a contenuti altrui: responsabilità, pertanto, escluse dalla normativa federale del 1996. L'obbligo che il consumatore afferma essere stato violato sarebbe, infatti, ricollegabile - secondo questa prospettiva - al mancato monitoraggio dei contenuti generati da un versante dei propri utenti (i venditori terzi che affollano, con i propri annunci di vendita, la piattaforma Amazon).

5. La sentenza resa dalla *Court of Appeal* l'11 marzo 2022

La domanda che si pone, su ricorso del consumatore, alla *Court of Appeal* californiana è se l'obbligo di avvertenza eventualmente gravante in capo al prestatore di servizi telematici discenda dal ruolo intermedio da esso assunto nel dare diffusione a contenuti altrui (e, dunque, dall'aver rivestito, rispetto a questi ultimi, le funzioni del

⁴⁶ *Lee v. Amazon.com, Inc.*, 76 Cal. App. 5th 200.

⁴⁷ *Superior Court of Alameda County*, RG. 14738130, Giudice R.D. Mc Guinness (gennaio 2019)

“*publisher*”) o, piuttosto, da una fonte diversa e, in particolare, dal ruolo attivamente svolto, nell’ambito della propria attività di impresa, nella immissione del bene nel giro distributivo.

Posta sotto questa seconda luce, la questione relativa alle responsabilità dell’intermediario acquista per il giudice dell’impugnazione una nuova consistenza. Ed invero, non si tratta più di verificare quali azioni l’intermediario – nella sua veste di “*publisher*” – sia chiamato ad adottare (nell’ambito della sua discrezionalità editoriale) relativamente ai contenuti riferibili a terzi: «decidere se pubblicare, rimuovere o ritardare la pubblicazione⁴⁸» (nel caso esaminato, le descrizioni dei prodotti in vendita, prive degli avvisi ex *Proposition 65*); azioni, queste, tutte protette dalla sezione 230 del CDA. Si tratta, piuttosto, di appurare se l’intermediario, per il fatto “proprio” di concorrere - insieme ad altri soggetti - alla immissione nel giro distributivo del singolo bene, possa essere inteso come autonomo destinatario degli obblighi informativi previsti dalla normativa californiana.

Analizzando il problema da questa diversa prospettiva, ben ci si accorge, infatti, come l’inserimento dell’annuncio di vendita da parte del venditore terzo costituisca, sul piano causale, solo il lontano antecedente logico di una eventuale responsabilità della piattaforma, chiamata a rispondere per il fatto proprio, posto in essere in un momento successivo alla pubblicazione dell’inserzione.

L’inquadramento della questione nei termini appena indicati è in qualche modo facilitato dalla circostanza che la *Proposition 65* è stata pensata, sin dalla sua formulazione originaria risalente al 1986, in termini molto ampi, atti a includere nel proprio bacino operativo una cerchia quanto più estesa di soggetti che rischiano di esporre il consumatore a certe sostanze tossiche. Ai sensi della legislazione del 1986, infatti, destinataria, dal lato passivo, dell’obbligo di avvertire il consumatore è, infatti, «*[any] person in the course of doing business*⁴⁹».

L’alternativa tra la responsabilità e l’irresponsabilità del prestatore intermediario corre, dunque, sul filo di una distinzione molto sottile, ma non per questo meno importante. Se è vero, infatti, che la responsabilità di Amazon è correlata alle informazioni fornite da terzi (e, in particolare, alla descrizione dei prodotti offerta dai venditori indipendenti senza le dovute avvertenze⁵⁰), è anche vero che tale responsabilità è fatta valere non nella veste editoriale della piattaforma (per mancato controllo dei contenuti altrui), ma nella veste di un operatore commerciale che abbia assunto obblighi indipendenti ai sensi della *Proposition 65* per il fatto proprio.

A questo punto, è ben chiaro, allora, come il dovere violato (che può dar luogo alle sanzioni civili ed all’ordine inibitorio di non mettere in commercio il bene se non con la prescritta avvertenza) non consista nel non aver intrapreso azioni quali, a titolo meramente esemplificativo, il ritiro o la modificazione dei contenuti forniti dai venditori

⁴⁸ In questi termini, *Zeran v. America Online Inc*, 129 F.3d, cit., 330. Nello stesso senso, *Stoner v. eBay, Inc.* (56 USPQ2d 1852 (2000, Cal Super Ct) (

⁴⁹ Cal Health & Safety Code 25249.6, cit.

⁵⁰ Ed invero, se si scorrono le clausole contrattuali che vincolano piattaforma e venditori indipendenti, ci si avvede di come Amazon, nei formulari contrattuali predisposti unilateralmente, renda questi ultimi unicamente responsabili dell’apposizione delle avvertenze di cui alla *Proposition 65*.

terzi (azioni che equivarrebbero all'«esercizio delle tradizionali funzioni editoriali»). Il dovere la cui violazione fa scattare la sanzione dell'ordinamento consisterebbe, piuttosto, nell'obbligo di avvertire il consumatore, indipendentemente dalle omissioni altrui. Da questa prospettiva, secondo i giudici d'Appello, non rilevarebbe neppure il fatto che Amazon non sarebbe stata sanzionabile, ove il venditore avesse correttamente adempiuto al proprio dovere di informare compiutamente il singolo in ottemperanza alla *Proposition 65*.

Ciò che si chiede alla piattaforma non è, infatti, verificare se, nelle specifiche tecniche del prodotto o nella pagina web dedicata, il fornitore abbia inserito le relative avvertenze; si richiede, piuttosto, ove Amazon abbia una conoscenza (effettiva o “costruttiva”⁵¹) del potenziale rischio per il consumatore, di adempiere autonomamente al relativo obbligo. Che poi la piattaforma decida - prima di fornire essa stessa l'avvertenza - di controllare l'inserzione del prodotto per verificare se il venditore terzo abbia effettivamente adempiuto a tale dovere o (per propria scelta commerciale) di rimuovere il prodotto dai propri cataloghi non significa che la normativa statale abbia imposto al fornitore del “servizio informatico interattivo” di operare alla stregua di un editore relativamente ai contenuti generati dai propri utenti: la *Proposition 65* non richiede ad Amazon di agire nei sensi appena indicati.

La soggezione della piattaforma di *e-commerce* agli obblighi di cui alla *Proposition 65* trova la propria scaturigine nella condotta dello stesso intermediario. Ed invero, la soluzione adottata dal giudice del gravame, in maniera conforme alla richiesta dell'istante, è orientata sulla circostanza che la stessa piattaforma avrebbe “spinto” il prodotto sino a farlo arrivare al consumatore finale. Ed infatti, Amazon - si legge nella pronuncia - si è inserita tra venditore e consumatore nella catena di distribuzione del prodotto: la piattaforma ha attirato il secondo sul proprio sito web, gli ha fornito un elenco dettagliato delle creme schiarenti per la pelle disponibili sul mercato, ha ricevuto il pagamento del prezzo, ha applicato le commissioni di vendita, ha imposto che le eventuali comunicazioni con il venditore passassero attraverso il filtro della piattaforma, ha gestito i resi e le restituzioni di prezzo, ha accettato il possesso del prodotto, lo ha stoccato nei propri magazzini e lo ha spedito al consumatore.

A tale stregua, è la conclusione dei giudici dell'impugnazione, la tesi della piattaforma di porsi all'esterno della catena distributiva è semplicemente «insostenibile⁵²»: al di là di ogni dato puramente nominalistico («non importa se il fornitore del “servizio informatico interattivo” possa essere propriamente definito come “rivenditore”, “distributore”

⁵¹ L'elemento soggettivo necessario ad integrare la condotta sanzionata è un punto molto dibattuto nella giurisprudenza californiana: in particolare, non vi è uniformità di vedute, in assenza di definizioni normative che chiariscano cosa debba intendersi con la locuzione “esporre consapevolmente” il consumatore alle sostanze tossiche individuate dall'*Office of Environmental Health Hazard Assessment*. Segnatamente, non è chiaro se sia necessaria, in capo al soggetto obbligato, una “conoscenza effettiva” o se invece sia sufficiente una conoscenza solo “presumibile” (“*constructive knowledge*”); conoscenza, quest'ultima, attribuibile a chi sia chiamato ad agire con “*reasonable care or diligence*” nei confronti dei consumatori. Riguardo a questo punto, il giudice di prime cure – contrariamente alla posizione maggiormente favorevole al consumatore poi accolta dalla *Court of Appeal* (*Lee v. Amazon.com, Inc.*, cit., 228) – ha ritenuto che destinatario dell'obbligo di avvertenza fosse esclusivamente colui che avesse una conoscenza effettiva.

⁵² *Lee v. Amazon.com, Inc.*, cit., 243

o semplice “facilitatore”⁵³), la condotta di Amazon è ritenuta «indispensabile»⁵⁴ nel far circolare il prodotto e nell’accompagnarlo sino al consumo finale.

Residuano, nell’impianto argomentativo della sentenza, almeno altre due ragioni che convergono verso l’esito finale della imposizione della responsabilità, che vale la pena riportare.

Innanzitutto, ove si accettasse una lettura della sezione 230 CDA nel senso di schermare i fornitori dei “servizi informatici interattivi” dagli obblighi che su di essi gravano in forza della *Proposition 65* per le azioni a loro direttamente riferibili, si attribuirebbe a tali operatori commerciali un indiscutibile vantaggio competitivo che falserebbe la concorrenza: si allevierebbero, infatti, a vantaggio dei soli intermediari digitali, quegli oneri che gravano, invece, su qualunque altro venditore caratterizzato da strutture aziendali fisiche in cui i clienti possono recarsi di persona per vedere ed acquistare i prodotti («*brick-and-mortar purveyor of the same product*»⁵⁵). L’attribuzione di un vantaggio concorrenziale di questo tipo non è riconducibile, secondo i giudici dell’impugnazione, alle finalità della norma esonerativa da responsabilità del 1996⁵⁶.

Inoltre - e così passiamo all’esame della seconda ragione - una siffatta interpretazione si porrebbe in stridente contrasto con la salvaguardia degli interessi pubblici tutelati dalla *Proposition 65* proprio in quei casi in cui ve ne sarebbe più di bisogno. Ed infatti - è il ragionamento della *Court of Appeal* - Amazon rende possibile ad un numero incalcolabile di venditori (che non sarebbero nelle condizioni di piazzare i propri prodotti nei negozi al dettaglio tradizionali) di raggiungere un vasto pubblico di potenziali clienti: Amazon metterebbe, pertanto, a disposizione dei consumatori - ed in particolare dei consumatori più vulnerabili - beni insicuri prodotti in Paesi lontani. In tali circostanze, tale operatore economico - che trae profitto anche grazie alla vendita di beni potenzialmente nocivi per la salute dei singoli - è l’unico attore del ciclo produttivo e di commercializzazione che può essere effettivamente perseguito per la violazione dell’obbligo di fornire le avvertenze previste dalla legge⁵⁷. A tale stregua, è la conclusione della *Court*

⁵³ Ivi, 249

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ivi, 259.

⁵⁶ Ivi, 258.

⁵⁷ Vale la pena di segnalare un argomento che non trova espressa menzione nella pronuncia, ma che potrebbe avere influito sulla decisione finale: la circostanza, cioè, che nel caso affrontato, la Corte, nell’esaminare la portata applicativa della sezione 230 CDA, non si sia occupata della libertà di espressione in generale, ma di una sua manifestazione ben precisa: il cosiddetto “*commercial speech*”. Com’è noto, nel diritto statunitense la libertà di parola si atteggia a diritto incompressibile e le eventuali restrizioni ad essa apposte, altre rispetto alle poche forme di espressione vietate, sono ammesse solo in casi limite; casi limite da vagliare alla luce del cosiddetto *strict scrutiny test*: segnatamente, tali ipotesi eccezionali devono perseguire un «pressante interesse pubblico» ed essere «strettamente cucite intorno ad esso» (sul punto, *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967)). Destinatario di una soglia di tutela relativamente inferiore rispetto a quella assicurata in generale alla libertà di espressione dallo *strict scrutiny test* è, invece, il “*commercial speech*”, ovvero quella forma di espressione che - secondo quanto si legge in *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976) - appare «*related solely to the economic interests of the speaker and its audience*». La protezione da accordare in tale caso dipende sia dalla natura dell’espressione (e, in particolare, dalla funzione informativa riconnessa alla pubblicità), sia dagli eventuali interessi pubblici sottesi alla sua regolamentazione: a tale stregua possono essere immaginabili forme di restrizioni nei confronti di comunicazione suscettibili di ingannare il consumatore ovvero attinenti ad attività illecite. Ove, però, la comunicazione non sia né fuorviante, né correlata ad attività

of *Appeal*, «isolare Amazon dalle responsabilità per il fatto proprio, riconnesse agli obblighi discendenti dalla *Proposition 65* [...] sarebbe anomalo⁵⁸».

6. Una traiettoria giurisprudenziale proclive a individuare strumenti di regolazione delle piattaforme digitali

Per comprendere la diversa prospettiva adottata dalla *Court of Appeal* californiana rispetto alla decisione del giudice di prime cure, è utile richiamare una linea di decisioni, rese negli ultimi tre lustri, che, sulla base di questo originale modo di argomentare, tendono a discostarsi dalla lettura tradizionale della sezione 230 CDA (quale normativa volta a stabilire una sorta di immunità generale per gli intermediari digitali) e a rimettere in discussione l'approccio "eccezionalista"⁵⁹ (sotteso alla normativa federale del 1996), che affida il governo del cyberspazio all'autoregolamentazione.

Il punto di partenza di questa carrellata giurisprudenziale può essere rintracciato nella sentenza della *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* nel caso *Barnes v. Yahoo!*⁶⁰, in cui è stata aperta per la prima volta una frattura nel classico modo di intendere il settore della intermediazione digitale come un ambiente completamente protetto dalla regolamentazione statale.

Nella decisione resa il 7 maggio 2009 l'intermediario digitale (la piattaforma *Yahoo!*) è stato, infatti, condannato al risarcimento del danno per non aver soppresso dai propri spazi digitali i nudi fotografici caricati dall'ex partner dell'attrice, che aveva visto la propria immagine, violata nella propria sfera più intima, diffondersi in maniera "virale".

A determinare la risposta sanzionatoria dell'ordinamento non è stato, però, l'inadempimento del generico dovere gravante sull'editore di non dar corso alla pubblicazione di contenuti ricattatori (e, dunque, la scelta editoriale di *Yahoo!* di non oscurare gli scatti fotografici pubblicati da un terzo per perpetrare una vendetta sessuale: così argomentando il sentiero rimediabile sarebbe stato sbarrato dalla sezione 230 CDA), ma l'inadempimento di una specifica promessa contrattuale che la piattaforma aveva assunto nei confronti della ricorrente. Ed infatti, il giorno prima che un'emittente televisiva

illecite, i poteri di regolamentazione del "commercial speech" sono destinati ad assottigliarsi. Nella sentenza resa nel caso *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Svc. Comm'n*, 447 U.S. 557 (1980), infatti, è stato precisato che, per verificare la legittimità dell'intervento pubblico diretto a limitare il "commercial speech", occorre appurare che sussista un rapporto di proporzionalità tra gli interessi da proteggere ed i mezzi prescelti e che questi ultimi siano effettivamente in grado di perseguire lo specifico interesse generale cui la libertà di espressione si trova ad essere subordinata: non sarebbe, infatti, sufficiente che essi forniscano un contributo inefficace o indiretto.

⁵⁸ *Lee v. Amazon.com, Inc.*, cit., 259, ove si legge «*Insulating Amazon from liability for its own Proposition 65 obligations in these circumstances would be anomalous*».

⁵⁹ Per tutti, E. Goldman, *Why Section 230 is Better than the First Amendment*, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 95, 2020, 33 ss.; *California Courts Continue to Trim Section 230's Protection for Amazon's Marketplace (and Everyone Else) - Lee v. Amazon*, in *Technology and Marketing Law Blog*, 16 marzo 2022. Più in generale, sulle giustificazioni sottese a questo approccio, M. Tushnet, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, in *William & Mary Law Review*, 1637, 2015, 1665.

⁶⁰ *Barnes v. Yahoo!*, 570 F. 3d 1096 9th Cir. 2009.

denunciasse l'accaduto, l'intermediario promise alla vittima della vendetta sessuale la rimozione dei contenuti segnalati.

In questo primo tentativo di elaborare strumenti di regolazione delle piattaforme, l'obiettivo è, pertanto, raggiunto dalla *Court of Appeal* configurando una responsabilità dell'intermediario a titolo di inadempimento contrattuale: a tale stregua, il mancato adempimento della promessa (e, dunque, dell'obbligo volontariamente assunto di rimozione) ha determinato indirettamente il superamento della regola di irresponsabilità fissata alla sezione 230 CDA.

Alla medesima logica (l'inadempimento di un obbligo non direttamente ricollegabile ai doveri gravanti sull'editore), risponde la sentenza resa dalla *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* nel caso *Doe v. Internet Brands, Inc.*⁶¹.

Con la pronuncia resa il 31 maggio 2016, la *Court of Appeal* ha ribaltato la decisione di primo grado, secondo cui l'azione intentata a titolo di *negligence* da un'aspirante modella nei confronti di un sito web per non averla avvertita del fatto che la piattaforma fosse adoperata da due noti predatori sessuali (che la avevano convocata per una falsa audizione al fine di violentarla) fosse impedita dalla sezione 230 CDA. Per i giudici dell'impugnazione, infatti, la doglianza dell'attrice - a differenza di quanto deciso dal primo giudice - non era incentrata sul ruolo di "*publisher*" della piattaforma convenuta: l'azione era stata, infatti, intentata non per non aver rimosso i contenuti dei propri utenti o per non aver effettuato alcuna moderazione di essi, ma per non aver adempiuto ai doveri di avvertimento che il diritto statutario californiano⁶² impone a chiunque (ivi incluse, dunque, le piattaforme elettroniche), al corrente di un determinato pericolo (nella fattispecie affrontata, il fornitore del "servizio informatico interattivo" era a conoscenza dello schema criminale più volte messo in atto dai due stupratori), si trovi in una "*special relationship*" con la vittima potenziale del fatto illecito altrui.

Una volta enunciata questa preliminare regola operativa, il consequenziale passo successivo fu quello di chiarire come un obbligo siffatto non avrebbe influito in alcun modo sul ruolo editoriale dell'intermediario: il dovere di mettere in guardia i propri utenti non avrebbe comportato per l'intermediario l'obbligo né di rimuovere i contenuti dei terzi né tantomeno di modificarli. L'obbligo di avvertire le potenziali vittime dello schema criminale avrebbe potuto essere facilmente soddisfatto pubblicando un avvertimento sullo stesso sito web o inviando un'*e-mail* ai propri iscritti.

Sulla base di un ragionamento affine, in *HomeAway.com v. City of Santa Monica*⁶³ la *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, con sentenza resa il 12 ottobre 2018, ha respinto il ricorso proposto congiuntamente da *HomeAway.com* e *Airbnb Inc* contro la decisione di primo grado che aveva riconosciuto la validità dell'ordinanza emessa dal comune di Santa Monica che, al fine di impedire una deregolamentazione nel mercato del turismo, prescriveva che le piattaforme digitali per gli affitti a breve termine auto-

⁶¹ *Doe v. Internet Brands, Inc.*, 824 F.3d 846, 2016 U.S. App. LEXIS 9969.

⁶² Tali doveri hanno trovato consacrazione per la prima volta sul piano giurisprudenziale *Tarasoff v. Regents of Univ. of California*, 17 Cal.3d 425, 435, 131 Cal. Rptr. 14, 551 P.2d 334 (1976)) e trovano oggi fondamento nel diritto statutario, ai sensi del Cal. Civ. Code 43.92; normativa, quest'ultima, che crea una «*special relationship to either the person whose conduct needs to be controlled or [...] to the foreseeable victim of that conduct*».

⁶³ *HomeAway.com v. City of Santa Monica*, 918 F.3d 676.

rizzassero le transazioni esclusivamente con i locatori che risiedessero nell'unità abitativa locata. A tal fine, le piattaforme - prima di autorizzare la conclusione dell'affare - avrebbero dovuto verificare se i locatori figurassero o meno in un apposito registro pubblico.

Gli obblighi posti dall'ordinanza comunale in capo ai fornitori del "servizio informativo interattivo" (tali sono sicuramente, per il giudice di secondo grado, gli intermediari digitali che permettono l'incontro tra chi offre in locazione breve il proprio appartamento e chi è alla ricerca di una tale soluzione abitativa) non avrebbero prescritto l'adozione di alcuna scelta editoriale relativamente ai contenuti pubblicati in autonomia dai locatori: qualsiasi annuncio di affitto a breve termine (anche l'inserzione di chi non figurava nel registro dei residenti) avrebbe potuto permanere sul sito e la scelta editoriale di non intervenire su di essi o di non rimuoverli non avrebbe potuto far insorgere alcuna responsabilità in capo alle piattaforme ricorrenti. Queste ultime sarebbero state tenute esclusivamente a non autorizzare la conclusione delle transazioni con i locatori non figuranti nell'apposito registro.

In questa logica, il mero fatto che la "rimozione" degli annunci dei non residenti fosse (dal punto di vista del modello imprenditoriale adottato dalle due piattaforme) la scelta maggiormente conforme alla ragionevolezza commerciale («il buon senso spiega» - fu la tesi sostenuta dagli intermediari - come non si possa «lasciare un sito web pieno zeppo di annunci non prenotabili⁶⁴») non avrebbe mutato la sostanza dell'obbligo imposto dall'ordinanza municipale: quest'ultima non imponeva alcuna precisa scelta editoriale con riferimento ai singoli annunci. A tale stregua, la decisione, adottata in piena autonomia dalle due piattaforme, di rimuovere le inserzioni di coloro che non risiedessero nel comune non avrebbe potuto avere l'effetto indiretto di richiamare l'operatività della sezione 230 CDA. L'ordinanza non richiedeva alle piattaforme di monitorare i contenuti dei terzi (le inserzioni fornite dagli *hosts*⁶⁵), ma solo un controllo incrociato, prima della conclusione della transazione, con un registro pubblico su cui le piattaforme non avevano «alcun controllo editoriale⁶⁶». Come schiettamente affermato dai giudici di secondo grado, la radice di questa impostazione va colta nella esigenza di non creare nella sfera digitale «una terra di nessuno, senza regole, né controlli⁶⁷».

Per chiudere sul punto, conviene indirizzare l'attenzione su un recente caso, in cui traspare nettamente l'atteggiamento proclive ad elaborare (a legislazione federale invariata) strumenti di regolazione delle piattaforme digitali. In *Bolger v. Amazon.com*⁶⁸, la giurisprudenza californiana si è trovata ad affrontare il tema della imputabilità della responsabilità da prodotto difettoso alle piattaforme del commercio elettronico. Il

⁶⁴ Ivi, 683.

⁶⁵ Ivi, 683: «*The Ordinance does not proscribe, mandate, or even discuss the content of the listings that the Platforms display on their websites*».

⁶⁶ *Ibidem*: «*While keeping track of the city's registry is "monitoring" third-party content in the most basic sense, such conduct cannot be fairly classified as "publication" of third-party content. The Platforms have no editorial control over the registry whatsoever*».

⁶⁷ Ivi, 681.

⁶⁸ *Bolger v. Amazon.com, LLC* (2020) 53 Cal. App.5th 431.

problema fu dibattuto, con esiti opposti a quelli cui era pervenuta la *Trial Court*⁶⁹, dalla *Court of Appeal*⁷⁰. Nell'ambito di un'azione intentata da un consumatore nei confronti di Amazon per le lesioni personali subite a causa della esplosione della batteria acquistata per il proprio computer portatile sulla omonima piattaforma digitale da un venditore cinese, i giudici statali di secondo grado⁷¹ hanno ritenuto che l'intermediario dovesse rispondere a titolo di *strict liability* per il danno cagionato dalla difettosità del prodotto e che - elemento che maggiormente rileva dal nostro punto di vista - la relativa azione non fosse preclusa dalla sezione 230 CDA.

Nell'impianto motivazionale della sentenza, infatti, la responsabilità della piattaforma nei confronti del danneggiato è messa in correlazione non con il ruolo da essa assunto nella disseminazione di informazioni fornite da terzi (le offerte e le schede prodotto direttamente riferibili al venditore terzo), ma con la partecipazione "attiva" alla vendita, attraverso azioni, quali l'elaborazione dei pagamenti, l'immagazzinamento e la spedizione⁷².

La pubblicazione dell'annuncio di vendita sta, per così dire, sullo sfondo; non in primo piano come l'elemento che conduce *recta via* alla responsabilità. La doglianza del consumatore, per la *Court of Appeal*, è, infatti, incentrata sulla partecipazione diretta della piattaforma allo scambio e sul ruolo da essa svolto nella catena negoziale nel portare il prodotto al consumatore finale⁷³.

In questa prospettiva, si mette in risalto, in primo luogo, come Amazon abbia agito da intermediario tra un fornitore a monte e il consumatore a valle esercitando un controllo "fisico" sul prodotto rivelatosi difettoso: la piattaforma ha evaso direttamente l'ordine del consumatore finale, è entrata in possesso del bene difettoso, lo ha immagazzinato presso un proprio deposito, lo ha imballato e lo ha consegnato al consumatore⁷⁴. In secondo luogo, sono le circostanze peculiari della regolazione dei rapporti intercorrenti con il venditore del prodotto difettoso e con il consumatore finale che meritano, per la Corte, la massima considerazione per procedere all'espansione della cerchia dei soggetti responsabili in *tort* per il danno subito dal singolo. Per la *Court of*

⁶⁹ *Bolger v. Herocell Inc*, Superior Court of San Diego County, No. 37-2017-00003009-CU-PL-CT Giudice R. Trapp. (7 febbraio 2019)

⁷⁰ *Bolger v. Amazon.com, LLC*, cit.

⁷¹ In primo grado, la piattaforma fu estromessa dal processo, sostenendosi che la responsabilità oggettiva da prodotto difettoso non avrebbe potuto trovare applicazione nei confronti di un mero fornitore di servizi che non aveva distribuito, prodotto o venduto il bene in questione.

⁷² A titolo chiarificatore, la *Court of Appeal* ha precisato la differenza intercorrente tra il caso adesso esaminato e la nota decisione resa in *Gentry v. eBay* 121 Cal. RPtr. 2d 703 (Cal. Ct. App. 2002): in quella fattispecie era caduto sotto le lenti di osservazione del circuito giudiziale il sistema di valutazione di *eBay*, che aveva attribuito giudizi positivi a chi vendeva memorabilia sportive riportanti firme falsificate e certificati di autenticità contraffatti. Nel lontano 2002, la *Court of Appeal*, non condivise le tesi dell'acquirente deluso, secondo cui *eBay* fosse un fornitore di contenuti (e non un mero intermediario), quantomeno con riferimento ai sistemi di valutazione dell'affidabilità dei venditori. Per la Corte, infatti, i meccanismi di attribuzione dei *feedback* adottati dalla piattaforma erano incentrati esclusivamente sui giudizi forniti dagli utenti. Giocoforza la 230 del *Communications Decency Act* avrebbe immunizzato la piattaforma da responsabilità: quest'ultima, infatti, si era fatta "portavoce" di contenuti confezionati da terzi.

⁷³ *Bolger v. Amazon.com, LLC*, cit., 438.

⁷⁴ Ivi, 452.

Appeal, la piattaforma “controlla”, infatti, ogni aspetto della transazione dal versante sia del consumatore sia del venditore⁷⁵.

Riguardata da questo punto di osservazione, la mera indicizzazione dei prodotti del venditore terzo non è certo il titolo della responsabilità di Amazon: le rivendicazioni dell’attore - è il ragionamento della *Court of Appeal* - non richiedono che l’interprete “tratti” Amazon come “*speaker*” o “*publisher*” dei contenuti forniti dal venditore. A tale stregua, lo stesso annuncio di vendita non è determinante ai fini della responsabilità: non si chiede alla piattaforma di accertare se esso sia falso o fuorviante⁷⁶. La fondatezza della pretesa risarcitoria si giustifica esclusivamente in funzione della partecipazione diretta di Amazon alla catena di produzione e distribuzione del prodotto difettoso.

7. Brevi e conclusive osservazioni comparatistiche sulla portata delle trasformazioni in atto nel governo delle piattaforme digitali

La sentenza esaminata in questo studio e le decisioni considerate nel paragrafo precedente sembrano indicare, se non una vera e propria svolta regolatoria nel complesso tema della *governance* di internet, l’apertura (nel momento applicativo) di una importante frattura nella visione *cyber libertarian* delle politiche digitali adottata in chiusura del secolo scorso dal legislatore statunitense.

Sebbene vada debitamente segnalato in forma chiarificatrice che i casi prima riportati costituiscono, in ultima analisi, circoscritte eccezioni al principio di ordinaria irresponsabilità, non si può non registrare una importante novità nel governo della sfera digitale: l’apertura di una crepa nel *laissez-faire* cibernetico della prima ora.

Occorre ancora dire che il principio di *self-regulation*, sottostante alla riforma del 1996, era stato elaborato per proteggere i fornitori di servizi di *hosting* e gli *Internet service providers* dalle responsabilità relative ai dati e ai contenuti pubblicati dagli utenti sui *server host* o scambiati attraverso le reti di telecomunicazione; non invece per tutelare altri attori economici, che in quegli anni non erano ancora compiutamente apparsi sulla scena dell’innovazione trainata da Internet: le piattaforme digitali.

⁷⁵ Con riguardo al consumatore, la Corte osserva che «*Amazon “owns” the customers*»: ed invero, la piattaforma attrae i consumatori sul proprio sito, proponendo offerte speciali e programmi in abbonamento (“Amazon Prime”) che permettono l’accesso a offerte esclusive e consegne celeri e gratuite; li vincola ad interagire direttamente con la piattaforma per effettuare l’ordine del prodotto e per pagare il prezzo di acquisto; ne gestisce le comunicazioni con il venditore sia nella fase che precede l’acquisto (nel caso in cui abbia una domanda da porre al venditore) sia in quella successiva (nel caso in cui sia sorto un problema). Relativamente al venditore, il ruolo di Amazon è ritenuto ancora più pervasivo. Il venditore che utilizza la logistica della piattaforma – pone in rilievo la Corte – non ha un rapporto né diretto né indiretto con il consumatore: nella maggior parte dei casi, tra venditore e acquirente non intercorrono comunicazioni; il venditore apprende che una vendita è stata effettuata semplicemente da una notifica da parte della piattaforma; Amazon decide in autonomia se consentire o meno il completamento della transazione; le eventuali domande del consumatore rivolte al venditore sono anonimizzate e gestite attraverso un servizio di messaggistica interno; è fatto divieto al venditore di comunicare altrimenti con il consumatore, di richiedere forme alternative di pagamento, di influenzare le decisioni di acquisto di quest’ultimo o di utilizzare le sue informazioni per scopi promozionali.

⁷⁶ *Bolger v. Amazon.com, LLC*, cit., 465.

Se osservata con specifico riferimento a questo aspetto dell'innovazione digitale, la traiettoria giurisprudenziale esaminata in questo studio sembra prestarsi ad una lettura unitaria. Ed in effetti, a ben guardare ciò che sta accadendo nel momento applicativo, ci si accorge che è il concetto stesso di intermediazione ad essere messo in dubbio nel modello dell'economia di piattaforma.

Sembra potersi affermare, infatti, che le imprese che operano sfruttando tale modello di business non vengano, cioè, più viste - almeno nelle pronunce che si sono passate in rassegna in questa seconda parte dello studio - come meri intermediari neutrali di informazioni, che facilitano le interazioni digitali e le transazioni tra i rispettivi utenti; si va facendo strada, piuttosto, la convinzione che la capacità delle grandi imprese della sfera digitale di raccogliere, analizzare e mettere in relazione tra loro un'enorme mole di dati si risolva in una posizione di notevole vantaggio rispetto ai propri utenti o a danno di essi (*Bolger v. Amazon.com* e *Amazon v. Lee*) o dei terzi che, esercitando professioni regolamentate, subiscono la concorrenza sleale di chi, invocando il carattere innovativo del servizio offerto, tenta di sottrarsi alla relativa regolamentazione (*HomeAway.com v. City of Santa Monica*).

Lo stesso fenomeno - da alcuni definito «*a turn to regulation*»⁷⁷, «*a regulatory turn*»⁷⁸, o ancora «*a procedural turn*»⁷⁹ - che qui si sta registrando con riferimento alla giurisprudenza statunitense si è realizzato, con caratteri forse più espliciti, nel Vecchio Continente.

Per rendersi conto di ciò, basta volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che sembrerebbe aver intrapreso un processo di “demitizzazione” delle dinamiche sottostanti ai modelli di profitto adottati nell'economia digitale, volto a eliminare dalla narrazione proposta dalle stesse piattaforme quegli aspetti che hanno contribuito a camuffare la reale consistenza delle strategie imprenditoriali adottate.

Il punto è stato ampiamente dimostrato dal giudice europeo con riferimento alla piattaforma *Uber*. In due diverse occasioni la Grande Sezione della Corte di giustizia⁸⁰ è stata chiamata a chiarire la natura del servizio prestato dall'intermediario digitale (servizio della società dell'informazione o attività di trasporto⁸¹).

Dalla qualificazione accolta ne sarebbe discesa o meno la necessità per la piattaforma di munirsi di preve autorizzazioni e licenze amministrative al fine di non violare, nel primo caso, la disciplina sulla concorrenza sleale e, nel secondo, la normativa penale

⁷⁷ M. Santaniello, *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità a digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, 3, 2021, 579 ss.; M. Santaniello, *From Governance Denial to State Regulation. A Controversybased Typology of Internet Governance Models*, in B. Haggart - N. Tusikov - J. A. Scholte (a cura di), *Power and Authority in Internet Governance. Return of the State?*, London, 2021, 15 ss.

⁷⁸ T. Flew - R. Gillett, *Platform Policy: Evaluating Different Responses to the Challenges of Platform Power*, in *Journal of Digital Media and Policy*, 12, 2021, 231 ss.

⁷⁹ C. Busch, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a “Procedural Turn” in EU Platform Regulation?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 9, 2020, 133 ss.

⁸⁰ Ci si riferisce alle sentenze rese nei casi *Uber Spain* e *Uber France*, cit.

⁸¹ La definizione della nozione di «servizio della società dell'informazione», di cui all'art. 2, lett. a), della Direttiva sul commercio elettronico, fa riferimento alla direttiva 98/34/CE, art. 1, c. 1, punto 2, ed ora alla direttiva (UE) 2015/1535, art. 1, c. 1, lett. b), ove si legge che il «servizio della società dell'informazione» comprende «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

posta a presidio della sicurezza del servizio di trasporto di persone su strada⁸². Ed invero, il dubbio era se la tesi fatta valere dalla piattaforma - secondo cui quest'ultima collegherebbe unicamente l'offerta di trasporto urbano alla relativa domanda (conformemente alla natura trilaterale dei rapporti che sorgono nell'economia di piattaforma) - fosse una visione troppo riduttiva del ruolo da essa assunto nella transazione e correlativamente dei rispettivi obblighi.

E così, nelle sentenze rese rispettivamente il 20 dicembre 2017 ed il 10 aprile 2018, l'attenzione del giudice europeo, diretta ad identificare colui che effettivamente eroga il servizio all'utente finale (il conducente o la stessa piattaforma), si è incentrata su due diversi elementi: il livello di controllo esercitato dall'impresa digitale sul servizio sottostante e la creazione del relativo mercato⁸³.

Con riferimento al primo polo dell'indagine, la Corte di giustizia ha ritenuto che fosse *Uber* e non il singolo autista ad erogare il servizio di trasporto argomentando sulla «influenza decisiva» che la piattaforma aveva esercitato sulle modalità concrete di effettuazione del trasporto. In questa logica, l'elemento centrale nell'impianto motivazionale delle sentenze è la capacità dell'attore digitale di controllare l'intera costruzione dello spazio virtuale e di quello fisico soggiacente all'interno del quale si muovono gli altri attori del mercato (gli autisti e i potenziali passeggeri). Rileva, in particolare, il rapporto che essa aveva instaurato con chi eseguiva materialmente il servizio sottostante e segnatamente la possibilità di attuare una strategia di «controllo [...] sul comportamento» dei conducenti che potesse «portare, se del caso, alla loro esclusione»⁸⁴.

L'altro elemento cruciale nell'argomentare della Corte è la indispensabilità della piattaforma nell'erogazione del servizio di trasporto. *Uber*, infatti, aveva creato il mercato sottostante: essa aveva fornito un'applicazione senza la quale, da un lato, i conducenti non professionisti non sarebbero stati indotti ad effettuare il trasporto e, dall'altro, le persone che avessero inteso spostarsi nell'aerea urbana non avrebbero fatto ricorso ai servizi di tali conducenti.

Il ragionamento seguito dalla Corte - il cui impianto è rimasto immutato nella giurisprudenza successiva⁸⁵ - si disvela in tutta la sua chiarezza e si conforma al monito

⁸² Com'è noto, l'assoggettamento delle piattaforme telematiche alla regolamentazione sull'intermediazione digitale porta con sé - nel mercato unico europeo - una serie di benefici innegabili: i servizi della società dell'informazione sono, infatti, destinatari di una disciplina speciale di estremo favore rispetto ai servizi dell'economia tradizionale. Ci si riferisce alla direttiva 2000/31/CE e in particolare ad uno degli elementi più innovativi della regolamentazione del commercio elettronico, consistente nel principio, di cui all'art. 4 della direttiva in parola, dell'assenza di autorizzazione preventiva: la regola cioè in base alla quale l'accesso all'attività di prestatore di un servizio della società dell'informazione ed il suo esercizio non sono soggetti, in quanto tali, ad autorizzazione preventiva o ad altra misura di effetto equivalente. Su tale principio, V. Zeno Zencovich, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs 70/2003*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 19, 2003, 505; C. Rossello, *La nuova disciplina del commercio elettronico. Principi generali e ambito di applicazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2004, 43.

⁸³ La Corte è così andata ad articolare un vero e proprio test («*test Uber?*») a cui sottoporre le piattaforme digitali. Sul punto, D. McKee, *The platform economy*, cit., 456.

⁸⁴ CGUE, *Uber Spain*, cit., 39; *Uber France*, cit., 21

⁸⁵ CGUE, *Airbnb Ireland*, cit. e CGUE, *Star Taxi App SRL v. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General e Consiliul General al Municipiului București*, cit.

dell'Avvocato Generale: «non ci si deve [...] far ingannare dalle apparenze»⁸⁶. Come dire: al di là dell'illusione creata dalla piattaforma, il rapporto non è affatto trilaterale (connotato tipico, come si è prima riferito, dell'economia di piattaforma), ma bilaterale e conforme al modello di impresa tradizionale. Nulla di nuovo sotto il sole, dunque.

Da queste brevi osservazioni relative alla giurisprudenza europea, si evince come il percorso argomentativo adottato dalla Corte di giustizia non paia coincidere con quello della giurisprudenza d'Oltreoceano esaminata in questo studio: la prima incentrandosi sul livello di controllo esercitato dalla piattaforma sul servizio sottostante e sulla creazione del relativo mercato (al fine di individuare l'elemento principale della prestazione economica⁸⁷); la seconda sul fatto proprio dell'intermediario, che non sia riconducibile alle scelte editoriali relative ai contenuti pubblicati dai propri utenti.

Al di là di queste differenze di approccio, sembra, però, potersi affermare conclusivamente ed in prospettiva comparatistica che traspare una novità comune di non poco momento. Le Corti - su entrambe le sponde dell'Atlantico - sembrano convergere verso il medesimo traguardo: l'urgenza di una svolta regolativa nelle politiche digitali; svolta regolativa che consenta di allocare correttamente il rischio di impresa e le relative responsabilità e che eviti che le piattaforme scarichino impropriamente i costi sugli utenti e ancora che si scongiuri il pericolo che, con l'ingresso dei nuovi attori economici digitali su mercati fortemente regolati, si dia luogo ad “una terra di nessuno, senza regole, né controlli”⁸⁸.

⁸⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, presentate l'11 maggio 2017 in C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi contro Uber Systems Spain SL*, § 52.

⁸⁷ *Ivi*, § 35.

⁸⁸ *HomeAway.com v. City of Santa Monica*, cit., 681.