

I SISTEMI DI RACCOMANDAZIONE NELLE INTERAZIONI TRA PROFESSIONISTI E CONSUMATORI: IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO DEI CONSUMI (E NON SOLO).

| 346

Di Roberta Montinaro

SOMMARIO: I recommender systems: definizione ed impiego nel commercio online - Parte I: 1. Le specifiche disposizioni del diritto dei consumi applicabili a RS impiegati nelle interazioni online tra professionisti e consumatori. Il ranking personalizzato ed il search advertising – 2. Il prezzo personalizzato – Parte II: 3. L’impiego di RS nelle comunicazioni commerciali. I rischi di discriminazione e compromissione dell’autodeterminazione dei consumatori - 3.1. Vecchie e nuove forme di discriminazione di singoli o di gruppi di consumatori - 3.2. Segue. Il consumatore “schiavo dell’algoritmo” e vittima della “tirannide della maggioranza” - 3.3. La manipolazione dei consumatori attuata abusando delle modalità di interazione nel contesto online - 3.4. L’uso di RS per ‘catturare’ l’attenzione dei consumatori - 4. La tutela dell’autonomia dei consumatori alla mercé dei RS. La necessità di un cambio di paradigma: centralità da riconoscere alla c.d. privacy decisionale - 4.1. La “fallacia della trasparenza”. La comprensibilità della logica dei RS - 4.2. Dalla comprensibilità dei RS alla promozione dell’autodeterminazione del destinatario della raccomandazione. L’“illusione del controllo” - 5. I RS nella Proposta DSA. Trasparenza e controllo dei RS da parte del destinatario dei servizi erogati da piattaforme online. Il diritto ad essere “consumatori qualunque” - 5.2. Segue. La prevenzione nel DSA dei rischi connessi all’impiego di RS e la introduzione di misure di trasparenza volte a favorire la supervisione da parte delle autorità di vigilanza – Conclusioni

ABSTRACT. Il saggio esamina i profili giuridici dell’impiego dei sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori, come strumenti utilizzati sia per la ‘personalizzazione’ delle comunicazioni commerciali e/o del prezzo dei prodotti e servizi nei mercati online, sia per ‘catturare’ l’attenzione dei consumatori. L’analisi è svolta adottando il punto di vista, oltre che del diritto dei consumi e della protezione dei dati personali, anche della regolamentazione presente nella c.d. legge europea sui servizi digitali (Digital Services Act).

The essay investigates the legal implications of the use of recommender systems in the interactions between traders and consumers, whether for the ‘personalisation’ of commercial communications and/or the pricing of products and services in online markets, or to ‘capture’ the attention of consumers. The analysis is carried out by adopting the point of view not only of consumer law and personal data protection, but also of the regulation contained in the so-called Digital Services Act.





I recommender systems: definizione ed impiego nel commercio online

I *recommender* (o *recommendation*) *systems*¹ (d'ora in poi "RS") sono algoritmi che orientano la scelta di contenuti informativi disponibili online, sulla base della previsione di interessi e preferenze degli utenti della Rete², compiuta impiegando una mole notevole di dati³.

Quanto al modo in cui sono concepiti, secondo le prassi più diffuse, i RS sono di due specie, *collaborative filtering-based* ("CFB") o *content-based* ("CB")⁴. I primi consigliano contenuti sulla base di certe caratteristiche inferite, che valgono a collocare l'utente all'interno di un gruppo. Questo tipo di RS, che presuppone un'attività di *profilazione*⁵, non si limita ad usare i dati del singolo, ma impiega anche

dati di terzi. Viceversa, i RS di tipo CB selezionano il contenuto in considerazione di determinati attributi dello stesso⁶.

I sistemi di raccomandazione servono a dare vita a pratiche di *personalizzazione*, vale a dire, a forme di analisi predittiva, che usano insiemi di dati per "adattare" contenuti informativi, comunicazioni commerciali, prodotti, etc., alle caratteristiche di ciascun utente⁷.

Oltre che dall'algoritmo, un RS è costituito da altri elementi, tra i quali, ai fini dell'analisi giuridica, occorre menzionare l'interfaccia online (c.d. *user interface*) la quale consente l'interazione del sistema con il suo utente. Il modo in cui quest'ultima viene concepita costituisce un fattore che può essere determinante nella scelta dei contenuti consigliati (cfr. *ultra*)⁸.

I RS presentano indubbia utilità, giacché, grazie ad essi, diviene più agevole orientarsi in un contesto, quale quello online, connotato da sovrabbondanza di informazioni (c. d. *information overloading*)⁹. La 'ottimizzazione' nella fruizione di queste ultime costituisce, infatti, la loro funzione più evidente¹⁰. Tuttavia, la considerevole importanza in termini economici, che tale tecnologia riveste¹¹, di-

¹ J. STRAY, *Beyond Engagement: Aligning Algorithmic Recommendations with Prosocial Goals*, in <https://partnershiponai.org/beyond-engagement-aligning-algorithmic-recommendations-with-prosocial-goals/>

² Si utilizza qui il termine utente della Rete in senso lato, per indicare l'utente finale/destinatario della raccomandazione algoritmica, salvo poi, nel corso dell'analisi, ove pertinente, aggiungere connotazioni soggettive desumibili dalle diverse discipline di volta in volta richiamate (consumatore, soggetto interessato, destinatario del servizio di intermediazione online, etc.).

³ I RS impiegano tre diversi ordini di dati, dati relativi: i) alle caratteristiche di ciascun utente, *user's data* (genere, età, formazione, etc.); ii) al comportamento online di questi o di terzi, *usage data* (tempo speso online, precedenti acquisti, salvataggio di una pagina web, *ranking* assegnato ad un oggetto, etc.); e iii) allo *usage environment* (il tipo di *software* e *hardware* dell'utente, il luogo in cui si trova, etc.). Tali dati sono ottenuti anche grazie al monitoraggio (o, se si preferisce, alla "sorveglianza"³) dei comportamenti degli utenti. Cfr., in merito, S. Zuboff (2019) *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books.

⁴ Cfr. M. FERRARI DACREMA, P. CREMONESI, D. JANNACH, *Methodological Issues in Recommender Systems Research* (Extended Abstract), *Proceedings of the Twenty-Ninth International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI-20) Sister Conferences Best Papers Track*, disponibile in <https://www.ijcai.org/proceedings/2020/0650.pdf>. "Collaborative-filtering recommender systems operate by suggesting items to a user based on the interests and behaviors of other users who are identified as having similar preferences or tastes".

⁵ M. HILDEBRANDT, *Defining Profiling: A New Type of Knowledge?*, in M. Hildebrandt, S. Gutwirth (eds), *Profiling the European Citizen* (Springer 2008), p. 34, che offre la seguente definizione di profilazione: 'the process of 'discovering' correlations between data in databases that can be used to identify and represent a human or nonhuman subject (individual or group) and/or the application of profiles (sets of correlated data) to individuate and represent a subject or to identify a subject as a member of a group or category'. Si veda inoltre, la definizione di cui all'art. 4 (4) GDPR e l'interpretazione fornite dall'Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* (wp251rev01, 2017), p. 6.

⁶ Nella realtà, le due tipologie innanzi descritte non sono quasi mai nettamente distinguibili. I sistemi di raccomandazione più avanzati appartengono al tipo CFB e di solito adottano metodologie di *machine learning*.

⁷ M. ELTZROW, A. KOBBSA, *Impacts of user privacy preferences on personalized systems. A Comparative Study*, in M. Teltzrow, A. Kobbsa, *Designing Personalized User Experiences in eCommerce*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 2004, p.1.

la quale definisce la personalizzazione as "predictive analysis of consumer data used to adapt targeted media, advertising and merchandising to consumer needs"; personalization can be viewed as a cycle of recurring processes consisting of 'data collection', 'profiling' and 'matching': from collected data, user profiles can be created that are the basis for adapting user interfaces to individuals or groups of individuals".

⁸ R. DI RESTA, *Up Next: A Better Recommendation System*, in *WIRED*, 11 aprile 2018.

⁹ Cfr., circa il rapporto tra sovrabbondanza di informazioni, sistemi automatici di filtraggio dei contenuti disponibili online ed autonomia dell'utente, C. REED, E. KENNEDY, S. SILVA, *Responsibility, Autonomy and Accountability: Legal Liability for Machine Learning* (October 17, 2016), *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 243/2016*, disponibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2853462>, p. 19. Si vedano, inoltre, N. HELBERGER, K. KARPPINEN, L. D'ACUNTO, *Exposure diversity as a design principle for recommender systems*, in *Information, Communication & Society*, (2018) 21:2, p. 191-207, p. 192.

¹⁰ N. HELBERGER, *Merely facilitating or actively stimulating diverse media choices? Public service media at the crossroad*, in *International Journal of Communication* (2015) 9, pp. 1324-1340.

¹¹ Sono specialmente vantaggiosi per le imprese, come ci indicano alcuni studi. Cfr. J. HASSLER, *The power of personalized product recommendations*, Carrolton: Intelliverse, 2018, in <http://www.intelliverse.com/blog/the-power-of-personalized-product-recommendations/>; D. Jannach, M. Jugovac, *Measur-*

pende, a ben vedere, dal fatto che le imprese la impiegano sia al fine di promuovere beni o servizi attraverso forme di pubblicità comportamentale mirata, sia per far sì che gli utenti restino “attivi” online il più a lungo possibile¹². In tale seconda funzione essi costituiscono un portato della c.d. *economia dell’attenzione*¹³: quest’ultima rappresenta, nella moderna società dell’informazione, la risorsa più rilevante e, al tempo stesso, scarsa, che va dunque catturata dalle imprese ricorrendo ai più svariati stratagemmi¹⁴; il grado di ‘coivolgimento’ (dal termine inglese ‘engagement’) costituisce fonte di ingenti profitti, per via dei dati che possono ricavarne e grazie alle ricordate forme di pubblicità mirata¹⁵.

Il presente saggio intende analizzare le pratiche di raccomandazione diffuse nel contesto del commercio elettronico, realizzate da una varietà di ope-

ing the business value of recommender systems, in *ACM Transactions on Management Information Systems*, 10(4), 2019.

¹² J. COBBE, J. SINGH, *Regulating Recommending: Motivations, Considerations, and Principles*, in *European Journal of Law and Technology*, (2019) 10(3), disponibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3371830> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3371830>, p. 8: “Recommender systems play two fundamental roles in surveillance capitalism. The first of these is in delivering behaviourally-targeted advertising and other paid-for content to bring direct revenue from advertisers and others. The second is personalisation to drive engagement, thus indirectly contributing to the maintenance of direct revenue streams”.

¹³ R. TUSHNET, *Attention Must Be Paid: Commercial Speech, User-Generated Ads, and the Challenge of Regulation*, in *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper* No. 10-59, 2010, p. 721 ss., disponibile in <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/436/>. Cfr., altresì, T. Wu, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, in *Antitrust Law Journal*, 82/2019, pp. 771 ss., disponibile in https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2029.

¹⁴ N. SEAVER, *Captivating Algorithms: Recommender Systems as Traps*, in (2019) 24 *Journal of Material Culture* 421, la quale descrive la parabola dei sistemi di raccomandazione, inizialmente preoccupati esclusivamente dell’accuratezza del consiglio fornito, ma poi, in una fase successiva, concepiti per “catturare” l’attenzione del destinatario. Secondo questa prospettiva, si tratta di una moderna trappola, paragonabile alle rudimentali tecnologie impiegate per catturare animali: ciò in quanto la bontà di questi sofisticati sistemi è valutata esclusivamente alla luce della loro capacità “to capture user attention, or ‘engagement’ (cfr. p. 9)”. Cfr., anche S. GURSES, J.V.J. VAN HOBOKEN (2017, May 2), *Privacy after the Agile Turn*, disponibile in <https://doi.org/10.31235/osf.io/9gy73> e C.N. Griffin, *Systemically Important Platforms* (March 19, 2021), in *Cornell Law Review* (2021) Forthcoming, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3807723>

¹⁵ Tanto è vero che questa seconda forma di impiego di RS costituisce il fulcro del modello di *business* prescelto da alcune grandi imprese dell’economia digitale. Cfr., in merito, P. BARWISE, L. WATKINS, *The evolution of digital dominance: how and why we got to GAFAs*, in *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, a cura di M. Moore, D. Tambini, Oxford University Press. (2018), disponibile in <http://lbsresearch.london.edu/914/>.

ratori economici (siti di e-commerce e mercati online, ma anche da motori di ricerca, siti di *social networking*, etc.).

L’uso di RS è alla base del fenomeno del trattamento differenziato dei consumatori, il quale, per alcuni profili, costituisce oggetto di specifiche disposizioni presenti nella direttiva UE 2161/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio¹⁶ (d’ora in poi, “direttiva omnibus”), come si noterà nella parte I di questa analisi.

I RS servono, come detto, ad ‘adattare’ contenuti informativi, comunicazioni commerciali, offerte contrattuali, alle caratteristiche di ciascun consumatore, ma, in linea di principio, non ne escludono la libertà di scelta, che essi si limitano a *guidare*, offrendo una gamma di opzioni. La letteratura giuridica ha, tuttavia, messo in luce alcune possibili conseguenze negative, collegate al loro impiego¹⁷, tra cui: *i*) il rischio di trattamenti discriminatori nella selezione dei contenuti e/o dei relativi destinatari¹⁸; *ii*) la limitazione delle opportunità di ricevere comunicazioni commerciali e/o offerte contrattuali alternative e, dunque, la compressione dell’ambito delle opzioni cui i consumatori sono esposti; *iii*) la menomazione dell’autonomia di tali ultimi soggetti, allorché il sistema sia congegnato in modo tale da indirizzarli verso certi contenuti, attraverso forme di vera e propria manipolazione digitale (in quest’ultima eventualità, anziché guidare, essi distorcono la volontà del consumatore e, per tale loro capacità, vengono denominati da una certa letteratura “*hyper-nudges*”¹⁹; cfr. *ultra*); *iv*) infine, catturare l’attenzione degli utenti per indurli a restare attivi online.

Quelli appena descritti non sono però corollari ineluttabili dell’impiego di questa tecnologia, quanto piuttosto rischi che il diritto è chiamato a governare²⁰, nei modi (e con i limiti) che si osserveranno nella parte II del presente scritto.

¹⁶ Direttiva 2019/2161/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019.

¹⁷ S. MILANO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Recommender systems and their ethical challenges*, in *AI&Society* (2020) 35:957-967: “Recommender systems can encroach on individual users’ autonomy, by providing recommendations that nudge users in a particular direction, by attempting to “addict” them to some types of contents, or by limiting the range of options to which they are exposed.

¹⁸ E. BOZDAG (2013) Bias in algorithmic filtering and personalization. *Ethics and Information Technology*, 15(3), 209–227.

¹⁹ M. LANZING, “*Strongly Recommended*”. *Revisiting Decisional Privacy to Judge Hypernudging in Self-Tracking Technologies*, in *Philos. Technol.* (2019) 32:549–568 <https://doi.org/10.1007/s13347-018-0316-4>.

²⁰ Questa stessa tecnologia, secondo alcuni studiosi, potrebbe persino contribuire ad ovviare alle conseguenze negative della sovrabbondanza di informazioni fruibili online, se concepita e realizzata in linea con il principio di c.d. “*diversity by design*”, in modo tale, cioè, da garantire la diversità dei contenuti cui gli



La originaria versione della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al Mercato Unico per i Servizi Digitali (il c.d. Digital Services Act, d'ora in poi "Proposta DSA")²¹ già contemplava i RS, all'articolo 2 (lett. o), in cui si definiva un RS come quel "sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire ai destinatari del servizio informazioni specifiche tramite la propria interfaccia online, anche in base ad una ricerca avviata dal destinatario o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate".

Definizione criticata, in quanto incapace di descrivere pienamente le funzioni dei RS: tali sistemi non si limitano a raccomandare contenuti, ma più esattamente 'curano' gli stessi e, dunque, sono in grado di *determinare* il modo in cui gli utenti interagiscono con le informazioni nell'ambiente online²². Ragion per cui, l'intermediario online che impieghi RS su contenuti resi disponibili da terzi si reputa in grado di stabilire, attraverso un processo decisionale automatizzato e sulla base di criteri predefiniti, quali informazioni promuovere e quali, invece, posporre²³.

utenti sono esposti. Cfr. N. HELBERGER, K. KARPPINEN, L. D'ACUNTO, *Exposure diversity as a design principle for recommender systems*, in *Information, Communication & Society*, (2018) 21(2), pp. 191–207.

²¹ 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, 15.12.2020 COM(2020) 825 final - 2020/0361 (COD). Cfr. G. Alpa, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali*, in *Contratto e impr.*, 2022, p. 1 ss. Secondo le informazioni reperibili sul sito istituzionale del Parlamento Europeo (<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-digital-services-act>; ultimo accesso 15 luglio 2022), "Il Parlamento e il Consiglio hanno raggiunto un accordo politico provvisorio sulla DSA nell'aprile 2022. L'accordo provvisorio è soggetto all'approvazione del Consiglio e del Parlamento europeo. La Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO) del Parlamento ha approvato l'accordo provvisorio (36 voti a favore, 5 contrari e un'astensione) il 16 giugno 2022 e il Parlamento riunito in seduta plenaria dovrebbe approvare il testo definitivo durante la sessione di luglio 2022 (traduzione nostra)". Nel saggio si citerà la versione frutto di tale accordo provvisorio, salva diversa indicazione nel testo o in nota.

²² Cfr. *European Data Protection Supervisor* (d'ora in poi "EDPS"), *Opinion 1/2021* (10 febbraio 2021) *on the Proposal for a Digital Services Act*. La medesima Autorità chiarisce, poi, che tale attività è spesso svolta sulla base di trattamenti automatizzati, che possono includere forme di profilazione degli utenti (cfr. art...), con tutti i conseguenti rischi segnalati dalla stessa EDPS, "Opinion 3/2018 *EDPS Opinion on online manipulation and personal data*", 19 March 2018, p. 9, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-03-19_online_manipulation_en.pdf.

²³ Il suo intervento non è dunque di natura meramente tecnica e passiva, con la conseguenza che un simile intermediario non può giovare della immunità di cui alla disciplina sulla respon-

Le modifiche alla Proposta DSA approvate dal Parlamento europeo a gennaio 2022²⁴ hanno poi integrato la suddetta definizione, precisando che si tratta (cfr. art. 2, lett. o) di "un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire, *mettere in ordine di priorità o selezionare* per i destinatari del servizio informazioni specifiche tramite la propria interfaccia online..."²⁵.

La difficoltà di individuazione delle funzioni della tecnologia di cui si tratta tradisce la complessità delle relative implicazioni, da esaminare giovandosi di una pluralità di prospettive, desumibili da apparati normativi di varia ispirazione: tra essi, oltre a disposizioni appartenenti al diritto dei consumatori, rientra anche la disciplina in materia di protezione dei dati personali. Particolare rilievo riveste, poi, la già ricordata Proposta DSA, riguardante i c.d. servizi di intermediazione online offerti da una pluralità di operatori economici. Le disposizioni relative ai RS concernono i fornitori di piattaforme digitali, in generale, e di piattaforme e di motori di ricerca²⁶, di grandi dimensioni, in particolare, nelle

sabilità degli *Internet service provider*, contenuta nella direttiva sul commercio elettronico. Cfr., in tal senso, J. COBBE and J. SINGH (2019) *Regulating Recommending: Motivations, Considerations, and Principles*, *European Journal of Law and Technology*, 10 (3), p. 5. Tuttavia, nel Considerando n. 22 Proposta DSA, si legge "il fatto che un fornitore indicizzi automaticamente i contenuti caricati sul suo servizio, che disponga di una funzione di ricerca o che raccomandi contenuti sulla base dei profili o delle preferenze dei destinatari del servizio non è un motivo sufficiente per ritenere che tale fornitore abbia una conoscenza "specifica" delle attività illegali svolte su tale piattaforma o dei contenuti illegali in essa memorizzati."

²⁴ Amendments adopted by the European Parliament on 20 January 2022 on the 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)0825 – C9-0418/2020 – 2020/0361(COD)).

²⁵ Definizione perspicua, poiché mette in luce tre funzioni, di raccomandazione in senso stretto, di classificazione e di selezione di contenuti disponibili online. Successivamente, per effetto dell'accordo provvisorio tra Parlamento e consiglio dell'aprile 2022, la definizione è stata modificata nei termini che seguono: "per "sistema di raccomandazione" si intende un sistema completamente o parzialmente automatizzato utilizzato da una piattaforma online per suggerire o dare priorità nella sua interfaccia online a informazioni specifiche per i destinatari del servizio, anche come risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l'ordine relativo o la prominenza delle informazioni visualizzate". Si mette pur sempre in luce, dunque, la funzione di curare i contenuti, propria di tali sistemi.

²⁶ Cfr. Art. 2, ha, DSA: "un servizio digitale che consente agli utenti di inserire query per effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web o su tutti i siti web in una determinata lingua, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi argomento sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o altro input, e restituisce risultati in qualsiasi formato in cui sia possibile trovare informazioni relative al contenuto richiesto".

rispettive interazioni con i destinatari del servizio, i quali possono coincidere o meno con i consumatori²⁷ (anche se la veste di consumatore per il destinatario del servizio è sottintesa nella *ratio* di molte previsioni). Nella prospettiva del DSA, i RS costituiscono oggetto di un servizio accessorio a quello di intermediazione online (cfr. *ultra*).

Parte I

1. Le specifiche disposizioni del diritto dei consumi applicabili a RS impiegati nelle interazioni online tra professionisti e consumatori. Il ranking personalizzato ed il search advertising

I RS usati nell'e-commerce sono alla base del fenomeno del *trattamento differenziato* dei consumatori, che si riscontra talvolta nel contesto online, nel quale le imprese sono oramai in grado, su larga scala, di interagire con ciascun consumatore, indirizzandogli informazioni di natura commerciale e/o offerte contrattuali "personalizzate", diverse cioè (anche sul piano economico; cfr. *ultra*) da quelle rivolte ad altri consumatori. La standardizzazione delle interazioni tra professionisti e consumatori, propria della produzione di massa, ha mutato pelle per effetto dell'evoluzione tecnologica, fino ad includere le pratiche di personalizzazione²⁸.

Una prima manifestazione di questo fenomeno è costituita dal c.d. *ranking personalizzato* o *differenziato*, che si ha quando vengono impiegati RS al fine di adattare i risultati della ricerca online, a misura di ciascun utente. La personalizzazione del *ranking* è compiuta dall'algoritmo di raccomandazione sulla scorta di una pluralità di criteri, ivi incluso l'interesse economico dell'impresa che li utilizza o di terze parti.

È ben noto che il posizionamento prominente di un'offerta commerciale all'interno dei risultati di ricerca online è in grado di influenzare le scelte dei

consumatori. A tale proposito, la Commissione UE ha chiarito che questi ultimi, a meno che non siano informati diversamente, maturano un affidamento circa il fatto che i risultati della ricerca sono inclusi e classificati solo sulla base della pertinenza con la parola chiave di ricerca prescelta, e non in virtù di altri criteri²⁹. Omettere una simile informazione costituisce pratica commerciale sleale ai sensi della direttiva 2005/29/CE del Parlamento e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, idonea a distorcere il comportamento economico dei consumatori (come affermato dall'autorità francese della concorrenza in un provvedimento riguardante la personalizzazione del *ranking* praticata dal motore di ricerca *Google*³⁰).

Un espresso requisito di trasparenza è stato introdotto dalla direttiva omnibus: i professionisti sono tenuti ad informare circa i parametri principali che determinano la classificazione dei risultati della ricerca online (c.d. *search transparency*), nonché circa l'importanza relativa tra i vari parametri, in modo chiaro e comprensibile (un "riferimento nei termini o condizioni standard" non appare sufficiente, secondo il Considerando 19); in difetto di che, può aversi una pratica commerciale ingannevole³¹. Tale disposizione non si applica ai motori di ricerca, per i quali vale, tuttavia, il principio ricavato dalla Commissione e testé rammentato (i consumatori debbono essere informati circa il fatto che i criteri impiegati per elaborare la classificazione dei risultati della ricerca *online* non sono naturali, non sono cioè basati sul solo criterio della loro rilevanza rispetto alla ricerca condotta dal consumatore).

²⁹ European Commission's *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices* (SWD(2016)163), p. 133, d'ora in poi, "Linee guida della Commissione UE del 2016".

³⁰ Autorité de la concurrence, *Decision 19-MC-01 of 3 January 2019 regarding a request for interim measures from Amadeus*, available at http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=697&id_article=3343&la.

³¹ All'art. 7 dir. 2005/29/CE è inserito un nuovo par. 4 bis: "Nel caso in cui sia fornita ai consumatori la possibilità di cercare prodotti offerti da professionisti diversi o da consumatori sulla base di una ricerca sotto forma di parola chiave, frase o altri dati, indipendentemente dal luogo in cui le operazioni siano poi effettivamente concluse, sono considerate rilevanti le informazioni generali, rese disponibili in un'apposita sezione dell'interfaccia online che sia direttamente e facilmente accessibile dalla pagina in cui sono presentati i risultati della ricerca, in merito ai parametri principali che determinano la classificazione dei prodotti presentati al consumatore come risultato della sua ricerca e all'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri. Il presente paragrafo non si applica ai fornitori di motori di ricerca online definiti ai sensi dell'articolo 2, punto 6, del regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio."

²⁷ Secondo l'art. 2 DSA, si intende per "destinatario del servizio": qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza il servizio intermedio in questione *per cercare informazioni o per renderle accessibili*"; mentre è consumatore "qualsiasi persona fisica che agisce per fini che non rientrano nella sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale". Molte delle disposizioni che recano riferimento alla prima figura, e che attengono al tema di cui al presente contributo, sono in realtà concepite avendo riguardo agli interessi del consumatore.

²⁸ Cfr., in per un'analisi in merito, O. LYNSEY, H.W. MICKLITZ, P. ROTT, *Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices*, Micklitz, Helberger et al. (2021) *EU Consumer Protection 2.0: Structural asymmetries in consumer markets*, disponibile in https://www.beuc.eu/publications/beucx-2021-018_eu_consumer_protection.0_0.pdf, p. 94, p. 102.





Essendovi un conflitto tra esigenza di trasparenza sul funzionamento delle classifiche online e protezione dei segreti commerciali, la direttiva omnibus chiarisce che la descrizione dei parametri non richiede la divulgazione di informazioni dettagliate sull'algoritmo, bastando a tal fine una dichiarazione generica (cfr. *ultra*). Inoltre, la portata di un simile obbligo di trasparenza è non poco ridimensionata dal fatto che, al fine del suo adempimento, è sufficiente una descrizione standardizzata dei principali parametri di classificazione, che non deve quindi essere fornita individualmente ed *ex post* per ogni ricerca effettuata³². Ciò solleva la questione se tale previsione possa avere un effetto pratico significativo nel ristabilire la capacità di scelta del consumatore (cfr. *ultra*).

Il c.d. *search advertising* si ha, invece, quando l'algoritmo di raccomandazione è guidato espressamente dall'intento di favorire una data impresa, collocandola nella classificazione in posizione preminente rispetto ad altra/altre. È ciò che avviene allorché il ranking sia determinato dal pagamento di imprese terze, per influenzare la classificazione dei risultati³³.

In merito, un espresso dovere di informazione è stato introdotto dalla richiamata direttiva con un nuovo art. 11 bis, aggiunto alla dir. 2005/29/CE, per il quale rientra tra le pratiche commerciali vietate "Fornire risultati di ricerca in risposta a una ricerca online del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all'interno di tali risultati"³⁴.

Non è espressamente contemplato il caso in cui, a condizionare il *ranking*, vi sia un interesse economico della stessa piattaforma (c.d. *self-preferencing*), come avviene allorché il provider di un mercato online non sia un imparziale intermediario nella fornitura di beni e servizi dei propri clienti-professionisti, ma abbia interesse a promuovere be-

ni o servizi, che esso stesso (o una società figlia o con cui ha cointeressenze) fornisce. Una simile ipotesi, tuttavia, appare anch'essa agevolmente riconducibile alla regola, appena ricordata, espressa dalla Commissione europea, per la quale è vietato fare leva sull'aspettativa dei consumatori circa il carattere naturale dei criteri di classificazione dei risultati di una ricerca online, allorché questi ultimi siano influenzati da altri fattori, di cui i consumatori sono ignari.

La determinazione del *ranking* ed i relativi parametri adottati rilevano anche ad altri effetti, che qui si possono solo menzionare: i) costituisce oggetto di un dovere di trasparenza nei rapporti contrattuali tra il gestore di un online *marketplace* ed il suo utente-imprenditore, alla luce dell'art. 5 Reg. (EU) 1150/2019; ii) può venire in rilievo sotto forma di condotta anticoncorrenziale (come testimoniato dal caso *Google LLC e Alphabet Inc. v. Commissione Europea*)³⁵.

2. Il prezzo personalizzato

Le imprese attive nel contesto digitale sfruttano la tecnologia in parola anche per indirizzare ai consumatori offerte commerciali differenziate sul piano economico, recanti cioè un prezzo differenziato ("*price differentiation*")³⁶. Ciò può avvenire alla lu-

³⁵ Tribunale UE novembre 2021 (Case T-612/17) nella causa *Google LLC e Alphabet Inc. v. Commissione Europea* for annulment of Commission Decision C(2017) 4444 final of 27 June 2017 relating to proceedings under Article 102 TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)), consultabile in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=249001&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2371119>. Si vedano le prime note di commento di V. Falce, *La Corte di Giustizia anticipa le misure del Digital Market Act*, in *Il Sole24Ore, Norme e tributi*, 4 gennaio 2022. Cfr., in dottrina, per il rapporto tra RS e disciplina della concorrenza, J. Cobbe, J. Singh, *Regulating Recommending: Motivations, Considerations, and Principles* (April 15, 2019), in *European Journal of Law and Technology*, 10(3), disponibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3371830> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3371830>, p. 25.

³⁶ Si veda *OECD, Personalised Pricing in the Digital Era*. Background Note by the Secretariat, 28 November 2018, available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf). See *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union* conducted for DG Just by Ipsos, London Economics and Deloitte, June 2018, available at https://ec.europa.eu/info/publications/consumer-market-study-online-market-segmentation-through-personalised-pricing-offers-european-union_en. With regard to differentiated practices occurring in platforms to businesses relations, see the Reports of the *Observatory for the Online Platform Economy* [C(2018), 2393 final], available <https://ec.europa.eu/digital->

³² Cfr. dir. 2019/2161, Considerando n. 23), secondo cui i professionisti "dovrebbero fornire una descrizione generale dei principali parametri di classificazione che determini i principali parametri predefiniti da essi utilizzati e l'importanza relativa di tali parametri rispetto ad altri parametri, ma tale descrizione non deve necessariamente essere fornita individualmente per ogni ricerca effettuata".

³³ Cfr. Autorità garante concorrenza e mercato, casi Expedia e Booking.com, Comunicato stampa del 18 dicembre 2020: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_2444.

³⁴ Si tratta a ben vedere di una specificazione della regola generale, applicabile anche alle piattaforme di comparazione dei prezzi di beni e servizi, per la quale ogni comunicazione commerciale deve essere chiaramente identificabile come tale da parte dei destinatari della stessa. Cfr. Linee guida della Commissione Ue del 2016.

ce di una serie di parametri, tra cui la inferita propensione di ciascun consumatore a pagare un certo prezzo, nel qual caso si discute di “personalizzazione del prezzo”³⁷. La differenziazione del prezzo non costituisce di per sé pratica vietata alla luce del diritto dei consumatori³⁸, giacché tale può dirsi soltanto quando associata ad altre condotte, tra cui omettere di informare i consumatori circa il ricorso a tecniche di personalizzazione³⁹. Ed infatti, in ossequio ad un principio di trasparenza nelle interazioni tra professionisti e consumatori, i primi sono tenuti a fornire una simile informazione⁴⁰, come ora espressamente statuito dalla direttiva omnibus, per la quale occorre avvertire i consumatori “...che il prezzo è stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato” (cfr. art. 6 e bis direttiva 2011/83/UE)⁴¹. L’avvertenza circa la per-

single-market/en/news/commission-expert-group-publishes-progress-reports-online-platform-economy.

³⁷ Si vedano anche O. Lynskey, H.W. Micklitz, P. Rott, *Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices*, in Micklitz, Helberger et al., *EU Consumer Protection 2.0: Structural asymmetries in consumer markets*, 2021, in https://www.beuc.eu/publications/beucx-2021-018_eu_consumer_protection.0_0.pdf, p. 94.

³⁸ Cfr. European Commission, *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, SWD(2016) 163 final, p. 134. A questo proposito, la cosiddetta direttiva sui servizi (direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno) prevede un divieto generale di discriminazione dei prezzi solo quando è basata sulla nazionalità e sul luogo di residenza del consumatore.

³⁹ Si veda *OECD, Personalised Pricing in the Digital Era*, cit., p. 37: “.. stating that a personalized price is the “best price” when other consumers are offered better prices, making an invitation to buy a product at a specified price and then adjust the personalised price upwards as the consumer goes through the buying process, omitting the fact that the price or discount offered is personalized; etc.”.

⁴⁰ Si veda F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Online price discrimination and data protection law*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2015-32,1-21*, <ssrn.com/abstract=2652665>; EC (2018), *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*, European Commission, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_fin_al_0.pdf.

⁴¹ Cfr. considerando n. 45: “I professionisti possono personalizzare il prezzo delle loro offerte per determinati consumatori o specifiche categorie di consumatori sulla base di processi decisionali automatizzati e di profilazione del comportamento dei consumatori che permettono ai professionisti di valutare il potere d’acquisto dei singoli consumatori. I consumatori dovrebbero pertanto essere chiaramente informati quando il prezzo che è loro offerto è personalizzato sulla base della decisione automatizzata, in modo da poter tenere conto dei potenziali rischi insiti nel loro processo decisionale di acquisto. Pertanto, è opportuno inserire nella direttiva 2011/83/UE una disposizione relativa all’obbligo di informare il consumatore quando il prezzo offer-

sonalizzazione del prezzo, richiesta dalla ricordata norma in tema di protezione dei consumatori, costituisce informazione rilevante, in difetto della quale può aversi una pratica commerciale ingannevole.

Il quadro delle tutele da accordarsi ai destinatari di tecniche di personalizzazione del prezzo ai sensi del diritto dei consumi prevede anche, secondo l’opinione di alcuni studiosi⁴², la nullità ai sensi delle disposizioni in tema di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, per cui il sindacato in ordine alla natura vessatoria di una clausola si estende alle clausole relative al corrispettivo, allorché esse manchino di intelligibilità; il quale requisito, include l’onere per i professionisti di rendere i consumatori consapevoli delle conseguenze economiche del contratto⁴³. Sarebbe contraria a tale precepto allora la personalizzazione del prezzo che lasciasse i consumatori all’oscuro sulla base fattuale e sul metodo di calcolo impiegato da algoritmi.

La direttiva omnibus rimanda poi alla regolamentazione in tema di trattamento automatizzato di cui al *General Data Protection Regulation* del Parlamento europeo e del Consiglio (d’ora in poi “GDPR”)⁴⁴ e, implicitamente, all’intero complesso normativo ivi recato⁴⁵. Dimostrando, quindi, che il carattere sleale della pratica non viene escluso dalla (e che i doveri del professionista non si esauriscono nella) mera osservanza del ricordato obbligo di tra-

togli è personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato. ...”.

⁴² F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Online price discrimination and data protection law*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2015-32,1-21*, <ssrn.com/abstract=2652665>; EC (2018), *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*, European Commission, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_fin_al_0.pdf.

⁴³ Caso C-186/16, *Andriuciu e altri*, ECLI:EU:C:2017:703, paragrafi 44 e 45.

⁴⁴ Regolamento (EU) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 [2016], OJ L 119/1. Cfr. il considerando 45 della direttiva omnibus, secondo cui “...Questo obbligo di informazione non pregiudica le disposizioni del regolamento (UE) 2016/679, che stabilisce, tra l’altro, il diritto delle persone fisiche di non essere assoggettate a processi decisionali automatizzati relativi alle persone fisiche, inclusa la profilazione”.

⁴⁵ E, dunque, fa dipendere la tutela dell’autodeterminazione dei consumatori dal rispetto delle disposizioni ivi presenti, per le quali debbono ricorrere alcune condizioni di liceità del trattamento (un valido consenso da parte del consumatore/soggetto interessato, un’adeguata informazione, un lecito utilizzo dei dati personali da parte del professionista che ricorre a tale pratica, etc.), nonché debbono essere previste alcune salvaguardie per tale soggetto.



sparenza, potendo sussistere, nonostante l'assolvimento di tale obbligo, in una serie di casi⁴⁶.

Parte II

3. L'impiego di RS nelle comunicazioni commerciali. I rischi di discriminazione e compromissione dell'autodeterminazione dei consumatori.

La regolamentazione sin qui considerata tipizza talune condotte implicanti uso di RS, prescrivendo requisiti di trasparenza ispirati a specifiche finalità⁴⁷, la cui inosservanza rileva alla luce della disciplina in tema di pratiche commerciali ingannevoli. I RS sono, però, utilizzati nell'ambito di una vasta gamma di interazioni con i consumatori, le quali comportano rischi che non possono essere fronteggiati attraverso la mera previsione di requisiti di trasparenza (cfr. *ultra*).

3.1. Vecchie e nuove forme di discriminazione di singoli o di gruppi di consumatori.

Innanzitutto, l'uso di RS nelle comunicazioni commerciali può dare luogo a forme di discriminazione di individui o gruppi⁴⁸. Ciò avviene allorché il

sistema di raccomandazione scelga i destinatari di messaggi pubblicitari, nonché di offerte contrattuali, alla luce di caratteristiche, le quali, a seconda dei casi, possono consistere in caratteristiche 'protette', cioè tradizionalmente contemplate dalla disciplina sul divieto di discriminazione (come razza, età, sesso, religione, etc.), o 'atipiche' (quali capacità reddituale, stato di famiglia, residenza in aree economicamente svantaggiate, etc.).

Con il fine di prevenire discriminazioni del primo tipo, il GDPR preclude l'impiego, nell'ambito di trattamenti interamente automatizzati, delle categorie particolari di dati, di cui all'art. 9 dello stesso⁴⁹. Simili limitazioni, però, rivestono scarsa utilità, sol che si pensi alla facilità di desumere caratteristiche protette da dati non appartenenti alle suddette categorie⁵⁰. Tanto è vero che il DSA proibisce le pratiche di pubblicità mirata che impieghino non solo dati particolari, ma anche informazioni inferite da dati non 'sensibili' (cfr. art. 24 par. 1 *ter*).

Le comunicazioni rivolte al pubblico possono dare vita a forme di discriminazione diretta, contrarie al divieto di discriminazioni stabilito dal diritto europeo (come stabilito dalla Corte di giustizia nel caso *Feryn* in relazione alla Direttiva 2000/43/CE⁵¹). La possibilità di ravvisare una pratica sleale in una condotta non conforme a tale divieto implica, però, che vi sia, in primo luogo, contrarietà alla diligenza professionale e, poi, che la condotta sia idonea a distorcere il comportamento economico del consumatore.

La prima costituisce una clausola generale riassuntiva dei doveri di cura e attenzione incombenti

⁴⁶ Quali, ad esempio, la raccolta di dati per personalizzare i prezzi senza il consenso dei consumatori, l'utilizzo di dati per personalizzare i prezzi, quando tali dati sono stati richiesti per altri motivi dichiarati, l'uso della conoscenza di una specifica condizione di vulnerabilità ottenuta attraverso l'osservazione in tempo reale di un singolo consumatore, etc.

⁴⁷ Le regole di trasparenza sul ranking mirano ad impedire ai professionisti di trarre profitto dall'affidamento dei consumatori circa la neutralità delle decisioni assunte dalle tecnologie impiegate dalla prima categoria di soggetti (nella specie, circa il fatto che il ranking sia basato su parametri oggettivi, etc.). Rispetto poi all'applicazione di un prezzo personalizzato, la *ratio* della imposta trasparenza consiste nel dare ai consumatori la possibilità di scegliere un diverso professionista (possibilità che, però, diviene concreta solamente ove vi siano nel medesimo mercato operatori concorrenti, che si astengano dall'applicare tale pratica).

⁴⁸ Gli algoritmi di raccomandazione non sono neutrali. Cfr. sul punto E. BOZDAG (2013) *Bias in algorithmic filtering and personalisation*, in *Ethics in Information Technology*, 15, pp. 209-227. Available at <https://link.springer.com/article/10.1007/s10676-013-9321-6>, nonché D. GARETH, *The Social Power of Algorithms*, in *Information, Communication and Society*, 2017, pp. 1-13, disponibile in <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1369118X.2016.1216147>. Secondo l'A., "Algorithms are inevitably modelled on visions of the social world, and with outcomes in mind, outcomes influenced by commercial or other interests and agendas". Indeed, at a high level any algorithm can be understood to consist of a sequence of steps intended to produce a desired outcome. Algorithmic systems generally and recommender systems specifically are therefore inherently normative in nature. They are also contextual and contingent in nature, in that they are always embedded within and a product of the wider socio-

technical context of their development and deployment; not just the goals of the organisation in question, but also the assumptions, priorities, and practices adopted by engineers, designers, managers, and users. As a consequence of their normative, contextual, and contingent nature, their use can never be neutral.

⁴⁹ Si veda in merito, l'interpretazione fornita da *Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, cit., per cui anche le inferenze vanno ricondotte alle categorie particolari di dati di cui all'art. 9 GDPR.

⁵⁰ J. A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E. W. FELTEN, J. R. REIDENBERG, D. G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, 165 U. PA. L. REV. 633 (2017). Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss3/3/, p. removing protected attributes from the input data fails to provide adequate protection.174 : discrimination law has known for decades about the problem of proxy encodings of protected attributes and their use for making inferences about protected status that may lead to adverse, discriminatory effects

⁵¹ Corte di Giustizia, sentenza 10 luglio 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* (Case C-54/07).

sul professionista, desumibili da una serie di elementi⁵², ivi inclusi i «valori normativi che si applicano nell'ambito specifico dell'attività commerciale»⁵³. Tra questi ultimi possono ricondursi i divieti di discriminazione desumibili dal diritto europeo e, in particolare, dalla direttiva 2004/113/CE, del 13 dicembre 2004 che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura⁵⁴.

Ai dubbi in merito alla attinenza di simili regolamentazioni all'ambito del diritto dei consumi, si può replicare osservando che l'economia digitale ci ha reso avvezzi alla diffusione di modelli economici, i quali, per via delle condotte e tecnologie implicate, creano od amplificano dei rischi anche rispetto a situazioni soggettive non comprese tradizionalmente nel perimetro di tale diritto (cfr. *ultra*). Ad esempio, in caso di lesione del diritto alla protezione dei dati personali nel contesto delle interazioni tra professionisti e consumatori, non si esita a fare ricorso alla disciplina in tema di pratiche commerciali sleali⁵⁵. Una recente sentenza della Corte di giustizia dell'UE⁵⁶ ha definitivamente consacrato la c.d. *dottrina delle protezioni multilivello*, già sposata dalle corti ed autorità di vigilanza nazionali⁵⁷.

Va, poi, rammentato che la Proposta DSA contempla un art. 30 lett. d), relativo al *marketing* personalizzato, secondo cui, per le piattaforme online di grandi dimensioni, è doveroso rendere noto al destinatario del servizio digitale se il messaggio pubblicitario sia concepito per essere indirizzato specificamente ad uno o più gruppi di destinatari e, in caso affermativo, comunicare i principali parametri utilizzati a tale scopo, compresi eventuali parametri usati “per escludere uno o più particolari gruppi”. Si tratta di una disposizione che appare preoccupata delle ri-

⁵² Tra cui, la natura della pratica, il settore e tipo di prodotto o servizio, nonché il consumatore medio destinatario della pratica (S. Orlando, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *European Review of Contract Law*, 1/2011, p. 26 ss., p. 38).

⁵³ Cfr. Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE ((2021/C 526/01), d'ora in poi Linee guida Commissione UE - 2021.

⁵⁴ Per una dettagliata analisi si rinvia a O. LYNKEY, H.W. MICKLITZ, P. ROTT, *Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices*, cit., p. 95 ss.

⁵⁵ La quale è inequivocabilmente preoccupa di tutelare gli interessi economici dei consumatori. Cfr. l'art. 1 Direttiva 2005/29/CE: “La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori”.

⁵⁶ Corte di giustizia Ue, 28 aprile 2022, Associazione federale delle organizzazioni e associazioni di consumatori, Germania vs Meta Platform Ireland, Caso C-319/20.

⁵⁷ Cons. Stato, sentenza n. 02631/2021 (AGCM/Facebook).

cadute di certe pratiche di *advertising* (incluse quelle che comportano l'impiego di RS) sugli interessi dei consumatori, nel cui novero viene inserito anche l'interesse alla non-discriminazione (cfr. *ultra*).

Affinché possa venire in rilievo una pratica commerciale scorretta, occorre, inoltre, dimostrare l'incidenza distorsiva della stessa su una decisione di natura economica; elemento che, nel caso di condotte discriminatorie, dovrebbe ravvisarsi nella circostanza che la pratica si sia tradotta nella privazione in radice della possibilità di adottare scelte di tale natura riguardo a certi beni o servizi (cfr. in merito, *ultra*).

Non va, tuttavia, dimenticato che, nei trattamenti automatizzati (quali quelli su cui i RS si basano), forme di discriminazione si verificano, per lo più, in modo non intenzionale, per effetto di *distorsioni* dipendenti dalla qualità dei dati utilizzati o emergenti nella fase di *training* degli algoritmi di raccomandazione⁵⁸, allorché proprio i comportamenti osservati durante l'addestramento degli algoritmi siano viziati da pregiudizi ed attitudini discriminatorie⁵⁹. Per una serie di ragioni, si tratta di un aspetto sul quale è assai arduo esercitare un controllo⁶⁰. A questo fine, la

⁵⁸ Si veda in merito E. Pellicchia, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 1210 ss., nonché P. Hacker, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1143 ss., disponibile in https://www.academia.edu/36494567/Teaching_Fairness_to_Artificial_Intelligence_Existing_and_Novel_Strategies_against_Algorithmic_Discrimination_under_EU_Law_Common_Market_Law_Review_2018_1143_1185.

⁵⁹ J. A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E. W. FELTEN, J. R. REIDENBERG, D. G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, 165 U. PA. L. REV. 633 (2017). Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss3/3, p. 680: “algorithms that include some type of machine learning can lead to discriminatory results if the algorithms are trained on historical examples that reflect past prejudice or implicit bias, or on data that offer a statistically distorted picture of groups comprising the overall population. Tainted training data would be a problem, for example, if a program to select among job applicants is trained on the previous hiring decisions made by humans, and those previous decisions were themselves biased”. Cfr., altresì, ZUIDERVEEN BORGESUIS, F. (2018). *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*. Council of Europe, Directorate General of Democracy. <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>.

⁶⁰ Study *Online advertising: the impact of targeted advertising on advertisers, market access and consumer choice* (PE 662.913, June 2021), in <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, ove si propone, quale misura di prevenzione di tale rischio, l'accesso ai

proposta di regolamento presentata dalla Commissione Europea, nota come *Artificial Intelligence Act*, del 21 aprile 2021⁶¹ (d’ora in poi “Proposta AIA”) prevede requisiti relativi alla qualità dei dati, personali e non, impiegati dai fornitori di sistemi di Intelligenza Artificiale ad alto rischio, nonché impone l’adozione di adeguate pratiche di *governance* e di gestione dei dati, anche al fine di prevenire forme di discriminazione (cfr. artt. 10 e 17 AIA). Le suddette disposizioni, tuttavia, si applicheranno solamente ad una gamma ristretta di sistemi di IA, nel cui novero non rientrano i RS (come buona parte dei sistemi suscettibili di causare pregiudizi agli interessi dei consumatori⁶²).

Il GDPR non dedica al problema specifica attenzione, pur menzionando l’eventualità che la profilazione possa produrre esiti discriminatori⁶³. E, tuttavia, sia nel regolare i trattamenti automatizzati⁶⁴, sia,

dati: “an access obligation that refers to not only the working algorithm but also grants access to data which was used to build and test the algorithm (so called “training data”) is crucial for evaluating the compliance of these systems. Without the associated training data, it is difficult to backward-engineer the construction of the algorithm and assess its potential for, e.g., biases in content moderation or potential for data-based discrimination within recommender systems.

⁶¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final}.

⁶² È questo il punto di vista espresso nello studio della European Consumer Organization - Beuc, *Regulating AI to protect the consumer. Position paper on the AI Act* (BEUC-X-2021-088 - 07/10/2021), p. 17.

⁶³ Nel Considerando n. 71, il GDPR osserva che “è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell’interessato e che impedisca tra l’altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell’origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell’appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell’orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti”. Secondo alcuni commentatori, così statuendo, il GDPR presta attenzione all’accuratezza dei dati piuttosto che al loro impiego a fini discriminatori (G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, 9 (2018) JIPITEC 3 para 1, p. 9: “it would seem that the GDPR’s focus is misplaced. The point with discrimination is not only that the data are inaccurate or that they are not secure”).

⁶⁴ Cfr. art. 22 GDPR (per il quale “quando il trattamento interamente automatizzato è consentito sulla base del contratto o del consenso dell’interessato, il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell’interessato...”).

più in generale, sancendo i due principi della *data protection by design* e *by default*, esso richiede al titolare del trattamento (che di regola non coincide con il fornitore del sistema di IA) l’adozione di adeguate misure tecniche ed organizzative di prevenzione, da integrare nella stessa elaborazione dell’attività di trattamento⁶⁵. Nel caso di impiego di sistemi di IA, un simile requisito comporta la predisposizione, da parte del titolare del trattamento, di misure idonee a prevenire rischi di discriminazione e di scarsa accuratezza dei dati impiegati, almeno secondo l’interpretazione offerta dall’ *Article 29 Data Protection Working Party*⁶⁶.

Un elemento di debolezza del GDPR, tuttavia, si rinviene rispetto ai casi in cui vengano in rilievo interessi di gruppi, anziché di specifici individui. Così accade, ad esempio, allorché la profilazione prenda di mira certe categorie, o viceversa, le escluda alla luce di date caratteristiche⁶⁷: è arduo, in simili ipotesi, individuare una situazione giuridica individuale violata, come pure isolare un singolo soggetto interessato che sia stato leso dalla pratica. La disciplina in tema di decisione automatizzata di cui al GDPR

⁶⁵ Per un’analisi dei dati, distinta per tipi di piattaforme e rischi, cfr. L. CHEN, R. MA, A. HANNÁK, C. WILSON, *Investigating the Impact of Gender on Rank in Resume Search Engines*, in *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems* (p. 651). ACM, 2018, disponibile in <http://personalization.ccs.neu.edu/static/pdf/chen-chi18.pdf>; nonché T. ZARSKY, *Understanding Discrimination in the Scored Society*, in *Washington Law Review*, 89, 2014, pp. 1375 ss.

⁶⁶ G. SARTOR, F. LA GIOIA, *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, European Parliamentary Research Service, PE 641.530 – June 2020, p. 75: “With regard to AI, these measures should include controls over the representativeness of training sets, over the reasonableness of the inferences (including the logical and statistical methods adopted) and over the absence of unfairness and discrimination”. Per una disamina delle misure adeguate, da adottare ai sensi dell’art. 22 GDPR, si vedano le raccomandazioni formulate in *Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, cit., p. 31: “Il titolare del trattamento dovrebbe effettuare valutazioni frequenti degli insiemi di dati che tratta, in maniera da rilevare eventuali distorsioni, e sviluppare metodi per affrontare eventuali elementi pregiudizievole, compreso un eccessivo affidamento sulle correlazioni. I sistemi che verificano gli algoritmi e i riesami periodici dell’esattezza e della pertinenza del processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, sono ulteriori misure utili. Il titolare del trattamento dovrebbe introdurre procedure e misure adeguate per prevenire errori, inesattezze o discriminazioni sulla base di categorie particolari di dati. Queste misure dovrebbero essere attuate ciclicamente; non soltanto in fase di progettazione, ma anche in continuativamente, durante l’applicazione della profilazione alle persone fisiche. L’esito di tali verifiche dovrebbe andare ad alimentare nuovamente la progettazione del sistema”.

⁶⁷ N. CHERCIU, *Non-personal data processing – why should we take it personally?*, in *European Journal of Privacy Law and Technologies*, 2020/2, p. 183 ss., p. 190.



appare, invero, preoccupata delle conseguenze significative della decisione automatizzata sull'interessato, senza contemplare i rischi collettivi derivanti dal modo in cui il sistema intelligente è usato, sebbene questi ultimi rappresentino la specie di rischi più frequentemente associata a tali sistemi⁶⁸.

356 Un'inversione di rotta potrebbe aversi per effetto di una recente decisione della Corte di giustizia UE, che, nel giudicare coerente con l'impianto e gli obiettivi del GDPR una normativa nazionale con cui si riconosca, ad associazioni a tutela dei diritti dei consumatori, la legittimazione a far valere qualsivoglia violazione delle disposizioni in tema di protezione dei dati personali⁶⁹ (sul presupposto che una tale violazione sia altresì in contrasto con il divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette e/o a clausole contrattuali vessatorie⁷⁰), ha sostenuto l'ammissibilità di un'azione collettiva in caso di non conformità al GDPR, anche indipendentemente dalla lesione di una situazione giuridica di uno specifico soggetto interessato⁷¹ (e dal conferimento di un

⁶⁸ G. COMANDÉ, G. SHNEIDER, *Regulatory Challenges of Data Mining Practices: The Case of the Never-ending Lifecycles of 'Health Data*, in *European Journal of Health Law*, 25 (2018) 284-307, p. 305: "the risks related to the processing of a certain dataset are not any more related to the single data subject but rather to the category in which the single data subject has been systematized"; Cfr. L. Kammourieh, *Group Privacy in the Age of Big Data*, in L. Taylor, L. Floridi and B. Van der Sloot (eds.), *Group Privacy-New Challenges of Data Technologies* (Springer: Basel, 2016), p. 37-66.

⁶⁹ Corte di giustizia Ue, 28 aprile 2022, Associazione federale delle organizzazioni e associazioni di consumatori, Germania vs Meta Platform Ireland, Caso C-319/20. Il quesito posto alla Corte era del seguente tenore: "...se l'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti di un interessato, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle..".

⁷⁰ Cfr. Corte di giustizia Ue, 28 aprile 2022, Associazione federale delle organizzazioni e associazioni di consumatori, Germania vs Meta Platform Ireland, cit., par. 66.

⁷¹ Cfr. Corte di giustizia Ue, 28 aprile 2022, Associazione federale delle organizzazioni e associazioni di consumatori, Germania vs Meta Platform Ireland, cit.: "Infatti, è sufficiente rilevare che la nozione di «interessato», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, di tale regolamento, ricomprende non soltanto una «persona fisica identificata», ma anche una «persona fisica identificabile», ossia una persona fisica «che può essere identificata», direttamente o indirettamente, tramite un riferimento ad un identificativo... Date tali circostanze, anche la designazione di una categoria o di un gruppo di persone pregiudicate da tale trattamento può essere sufficiente ai fini della proposizione di detta azione rappresentativa". Inoltre, sempre secondo la Corte di giustizia, "in virtù dell'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD, l'esercizio di un'azione rappresentativa non è neppure subordinato all'esistenza di una violazione concreta dei diritti di cui una persona beneficia sulla base delle norme in materia di protezione dei dati."; essendo sufficiente che l'ente legittimato ai sensi della normativa nazionale ««ritenga» che i diritti di un interessato previsti dal regolamento in parola siano stati violati in seguito al trattamento dei suoi dati personali..". In sintesi, a giudizio della Corte, "è sufficiente far valere che il trattamento di dati controverso è idoneo a pregiudicare i diritti che persone fisiche identificate o identificabili si vedono riconosciuti dal suddetto regolamento, senza che sia necessario provare un danno reale subito dall'interessato, in una situazione determinata, a causa della lesione dei suoi diritti. (cfr. paragrafi 70, 71 e 72)".

mandato da parte di questi all'associazione). Ci si trova, dunque, al cospetto di una interpretazione volta ad estendere i confini del sistema della protezione dei dati personali, nella misura massima possibile⁷², nonché ad un esempio di osmosi tra tale sistema ed il diritto dei consumi. Quest'ultimo, infatti, è per costituzione orientato a considerare anche interessi di natura collettiva: le disposizioni in tema di clausole vessatorie e quelle concernenti le pratiche commerciali scorrette possono entrare in gioco a prescindere dalla lesione di una specifica situazione giuridica soggettiva ed anche nel caso di sola probabilità di lesione di simili interessi (cfr. *ultra*).

Ciò che, invece, occorre chiarire è se, per il caso di discriminazione non intenzionale prodotta da un trattamento automatizzato (dipendente, cioè, dal modo in cui un sistema di IA è concepito ed addestrato da colui che lo fornisce), la disciplina in tema di pratiche commerciali sleali possa fornire al professionista (che usa il sistema di IA) adeguati incentivi affinché quest'ultimo si adoperi per prevenire un simile rischio. Rilevante, per offrire risposta a tale interrogativo, appare ancora una volta il canone della diligenza professionale. Per aversi contrasto con tale parametro, non è necessaria l'intenzionalità dell'azione od omissione in cui la pratica consiste, bastando ravvisare l'esistenza dei doveri di attenzione e cura⁷³ in capo ai professionisti, desumibili alla luce della natura della pratica, del settore e tipo di prodotto o servizio, nonché del consumatore medio destinatario della pratica.

Pertanto, rispetto alle pratiche implicanti uso di RS, sono pertinenti, sia i doveri di protezione ineren-

nato all'esistenza di una violazione concreta dei diritti di cui una persona beneficia sulla base delle norme in materia di protezione dei dati."; essendo sufficiente che l'ente legittimato ai sensi della normativa nazionale ««ritenga» che i diritti di un interessato previsti dal regolamento in parola siano stati violati in seguito al trattamento dei suoi dati personali..". In sintesi, a giudizio della Corte, "è sufficiente far valere che il trattamento di dati controverso è idoneo a pregiudicare i diritti che persone fisiche identificate o identificabili si vedono riconosciuti dal suddetto regolamento, senza che sia necessario provare un danno reale subito dall'interessato, in una situazione determinata, a causa della lesione dei suoi diritti. (cfr. paragrafi 70, 71 e 72)".

⁷² J. AUSLOOS and R. MAHIEU, *Harnessing the collective potential of GDPR access rights: towards an ecology of transparency*, in *Internet Policy Review*. 2020, available at <https://policyreview.info/articles/news/harnessing-collective-potential-gdpr-access-rights-towards-ecology-transparency/1487>.

⁷³ Secondo l'art. 2, lett. h) direttiva 2005/29/CE, occorre avere riguardo al «normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista.

ti al rapporto contrattuale, che si instaura (anche in via tacita⁷⁴) tra il fornitore del servizio digitale ed il suo destinatario, sia il grado di cura e attenzione desumibile dalla «legislazione settoriale applicabile alle piattaforme online» (cfr. Linee guida 2021).

Invero, si può notare che l'uso di RS rileva sotto forma di servizio accessorio (servizio di raccomandazione algoritmica, nelle diverse declinazioni, di pubblicità mirata, di classificazione delle informazioni, etc.) rispetto a quello principale, di intermediazione online, oggetto del contratto. Con la conseguenza che il professionista che lo eroga deve predisporre misure per sondare l'esistenza di rischi conoscibili e prevenirli (è cioè titolare di doveri di salvaguardia). Doveri di tal fatta invero sussistono in via generale allorché la natura o l'oggetto del contratto implicino una relazione tra le parti tale da giustificare esigenze di protezione della loro sfera patrimoniale e/o personale, tanto più quando si tratti di contratti che espongono una parte a rischi specifici connessi all'attività dell'altra⁷⁵.

Quanto sopra trova conferma nelle previsioni del DSA, per le quali le informazioni su criteri e finalità del servizio di raccomandazione fanno parte delle condizioni praticate dalle piattaforme online⁷⁶. Sempre il DSA, inoltre, riconosce, rispetto alle pratiche che utilizzano tali sistemi, l'esistenza di rischi per le situazioni soggettive del destinatario del servizio/consumatore e, per talune specie di essi, espressamente pone dei doveri di protezione in capo alle piattaforme online di grandi dimensioni (cfr. ultra). Così, ad esempio, rispetto alle comunicazioni commerciali od offerte contrattuali personalizzate, il professionista deve predisporre misure per sondare e prevenire rischi di discriminazione legati al malfunzionamento del sistema di raccomandazioni impiegato (ricorrendo a forme di auditing degli algoritmi⁷⁷, etc.).

⁷⁴ Si vedano, in merito, le considerazioni di T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU*, in *Italian Law Journal*, (2020) Vol. 03 – No. 01, pp. 149-176, p. 166; C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Juscivile*, 2021/4, p. 870 ss., cfr. p. 912; S. THOBANI, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, in *Persona e mercato* 2021/2, p. 427 ss.

⁷⁵ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968 e in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.

⁷⁶ Perspicua appare la versione inglese dell'art. 24a DSA: «Online platforms shall set out in their terms and conditions...the main parameters used in their recommender systems...». Nel DSA il lemma condizione («terms and conditions») attiene all'assetto dei rapporti tra le parti (cfr. art. 2, lett. q DSA).

⁷⁷ Come desumibili dal principio di *accountability* di cui al GDPR, oramai estesi oltre l'ambito del trattamento dei dati per-

Simili considerazioni valgono anche per i motori di ricerca, con i quali l'utente conclude un contratto⁷⁸, da cui derivano doveri di protezione; ed ai quali – se si tratta di motori di ricerca di grandi dimensioni – si applica buona parte dell'impianto normativo del DSA⁷⁹.

3.2. Segue. Il consumatore “schiavo dell'algoritmo” e vittima della “tirannide della maggioranza”.

Inoltre, poiché i RS presuppongono un'attività di profilazione e quest'ultima, come ricordato, può basarsi, non solo sui dati personali dell'interessato, ma anche su quelli di intere popolazioni o categorie (con le quali il singolo condividerebbe alcune caratteristiche), il sistema potrebbe compiere inferenze non corrette, in quanto non corrispondenti a caratteristiche, comportamenti e bisogni del singolo consumatore⁸⁰. Tale ultimo soggetto è di regola ignaro delle scelte alternative che gli vengono sottratte e non conosce il profilo⁸¹ cui è stato assegnato e sulla cui base viene stabilita la gamma di opzioni rese disponibili: egli sottostà alla “tirannide della maggioranza” (ogni qualvolta la raccomandazione sia il frutto di una previsione basata sull'osservazione di comportamenti predominanti di terzi nonché di una valutazione probabilistica che pone in relazione il soggetto considerato con il gruppo in cui è collocato⁸²) e, in più, è “schiavo dell'algoritmo” (anziché

sonali. Cfr. M. KAMINSKI, *Binary Governance: Lessons from the GDPR's Approach to Algorithmic Accountability*, in 92 *Southern California Law Review* (2019), p. 1529.

⁷⁸ Un contratto avente ad oggetto la prestazione di un servizio remunerato indirettamente attraverso la raccolta dei dati personali del destinatario e l'offerta di pubblicità. Cfr., in merito, N. HELBERGER, B.F. ZUIDERVEEN, A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, p. 1427 ss., p. 1444-1445. Milita a favore della natura contrattuale del rapporto tra servizio offerto dal provider del motore di ricerca ed il suo destinatario l'art. 12 Proposta DSA, secondo cui vanno chiaramente predisposte e comunicate a quest'ultimo le condizioni e termini del servizio stesso.

⁷⁹ Si applica, tra l'altro, ai motori di ricerca la sezione 4, del Capitolo III, DSA.

⁸⁰ G. COMANDÈ, *Regulating Algorithms' Regulation? First Ethico-Legal Principles, Problems and Opportunities of Algorithms*, in T. Cerquitelli, D. Quercia, F. Pasquale (eds.), *Transparent Data Mining for Small and Big Data* (Basel: Springer, 2017) 169, 174-176.

⁸¹ Il punto 1, lett. d) dell'Allegato alla Raccomandazione CM/Rec (2010)13 del Consiglio d'Europa definisce “profilo”: l'«insieme di dati caratterizzanti una categoria di persone fisiche che si intende applicare ad una persona fisica determinata».

⁸² S. WACHTER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising*, in *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 35, No. 2, 2020, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3388639.



autore di scelte compiute in autonomia)⁸³, giacché il professionista crea un “alter ego” digitale del consumatore ed utilizza le conoscenze che possiede su gusti e attitudini di costui, per condizionarne l’autonomia.

La più accorta letteratura si interroga in ordine alle opportune tutele e, innanzitutto, cerca una soglia di rilevanza giuridica oltre la quale sia possibile invocare i rimedi predisposti dal diritto.

Alcuni indici, in merito, possono trarsi dalla disciplina presente nel GDPR. Questo, invero, non vieta la profilazione che non si avvalga di dati personali non appartenenti a particolari categorie, ma si limita ad individuarne il fondamento giuridico nel consenso dell’interessato (salve deroghe) ed a stabilire che a costui debbano essere fornite informazioni, affinché possa esprimere un valido consenso⁸⁴.

Sempre il GDPR detta una disciplina concernente le decisioni esclusivamente automatizzate in grado di incidere in modo significativo sull’interessato, ivi incluse quelle basate sulla profilazione (art. 22); la quale disciplina abbraccia anche i casi in cui una simile decisione si traduca in un condizionamento del comportamento economico e delle scelte di tale soggetto nel contesto di un rapporto di consumo. Alla luce della interpretazione che si suole fornire di tale regolamentazione, nella specifica ipotesi della pubblicità personalizzata che usa RS, il requisito del carattere significativo degli effetti della decisione sugli interessi economici dell’interessato-consumatore risulta soddisfatto soltanto in presenza di certe condizioni, che si tende ad individuare nel tipo di dati e tecniche impiegate, nelle aspettative dei consumatori (*ad es.*, nel fatto di essere ignari di interagire con un sistema intelligente), nella situazione del singolo o del gruppo di consumatori presi di mira, etc. Così, a titolo di esempio, la pratica del prezzo differenziato potrebbe essere sussunta nella

⁸³ L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, in *Duke Law & Technology Review*, (2017)16, disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855#

⁸⁴ Il perno della tutela è dunque costituito dalla trasparenza del trattamento, tanto è vero che le linee guida del *Gruppo di lavoro Art. 29 per la protezione dei dati personali* interpretano le relative norme, in modo tale da ricavarne il dovere del titolare del trattamento di informare l’interessato, oltre del fatto di fare luogo a profilazione, anche circa i dati utilizzati e le relative finalità, con il fine di esercitare un controllo sulle possibili conseguenze svantaggiose del trattamento. L’eccessivo peso conferito dal GDPR al consenso informato dell’interessato viene tuttavia considerato un fattore di debolezza della soluzione di *policy* in questione, non soltanto perché è notoria la tendenza dei consumatori profilati a non prestare attenzione alcuna alle informazioni ricevute, ma anche per via dell’elevato grado di complessità che processi automatizzati, quali quello in questione, di regola, presentano (cfr. *ultra*).

previsione in parola, se il prezzo più gravoso venisse applicato ad una categoria svantaggiata sotto il profilo reddituale (in presenza quindi di conseguenze economiche pregiudizievoli) ovvero sfruttando la conoscenza da parte del professionista delle debolezze cognitive del singolo consumatore (conoscenza conseguita “spiandone” i comportamenti o applicando tecnologie di tipo predittivo).

In sintesi, la semplice menomazione della libertà di scelta di beni e servizi non viene considerata sufficiente ad attivare le tutele ivi considerate, occorrendo una significativa incidenza su interessi attinenti alla condizione del consumatore nella sfera digitale, tra i quali rientrano i già menzionati rischi di menomazione dell’autodeterminazione, di lesione degli interessi economici di categorie già svantaggiate, di preclusione all’accesso a beni e servizi essenziali, etc.

Diverso appare, come si vedrà, il punto di vista del diritto dei consumi, per cui rileva la distorsione del comportamento economico del consumatore medio, in contrasto con la diligenza professionale (cfr. *ultra*).

3.3. La manipolazione dei consumatori attuata abusando delle modalità di interazione nel contesto online.

L’impiego di RS può sfociare in vere e proprie forme di manipolazione, allorché siano ad essi associate pratiche ascrivibili al fenomeno dei c.d. *dark patterns*: si intende con tale espressione il ricorso a elementi di architettura delle interfacce online⁸⁵ o, più in generale, a strategie, atte a ‘indurre’ i consumatori ad assumere determinate decisioni di natura economica⁸⁶. Nel contesto online, invero, i professionisti prestabiliscono le modalità tecniche delle interazioni con i consumatori e sono in grado di predeterminarne le risposte: il modo in cui le opzioni vengono presentate ai consumatori accresce le probabilità che date scelte siano assunte, ed altre vengano scartate. In tal caso, il professionista non si limita a selezionare le opzioni presentate al consumatore, ma ‘dirige’ quest’ultimo nelle proprie decisioni⁸⁷. I c.d. *dark patterns* rappresentano una forma di abuso dell’asimmetria nei rapporti tra professionisti e consumatori, come riconosciuto dallo stesso

⁸⁵ Secondo l’art. 2 lett. k, Proposta DSA, si intende per “interfaccia online”: qualsiasi software, compresi i siti web o parti di essi e le applicazioni, incluse le applicazioni mobili, *che consente ai destinatari del servizio di accedere al servizio intermedio in questione e di interagire con lo stesso*”.

⁸⁶ Cfr. Linee guida Commissione UE – 2021, par. 4.2.7.

⁸⁷ E. MIK, *The erosion of autonomy in online consumer transactions*, (2016) 8(1), *Law, Innovation and Technology*, 1-38.

Parlamento europeo⁸⁸, per il quale “*Le piattaforme online di dimensioni molto grandi dovrebbero attuare misure tecniche e organizzative appropriate per assicurare che i sistemi di raccomandazione siano progettati in modo orientato al consumatore e non influenzino il comportamento degli utenti finali attraverso dark pattern*”⁸⁹.

La protezione da forme di indebito condizionamento del consumatore medio, implicanti (o idonee a determinare) una significativa distorsione del suo processo decisionale, è rimessa, nel diritto dei consumatori, al generale divieto di ricorso a pratiche commerciali sleali e, nel diritto generale dei contratti (allorché venga in rilievo la decisione relativa alla conclusione di un contratto), alle disposizioni in tema di vizi del consenso e/o di responsabilità precontrattuale. Senza soffermarsi sul secondo aspetto⁹⁰, basti rammentare, quanto al primo, il ruolo destinato ad essere assunto dalla clausola generale della diligenza professionale (anche in considerazione della difficoltà di sussumere simili pratiche nell’alveo di specifiche tipologie di pratiche sleali, come le pratiche aggressive⁹¹). Il concetto di dili-

genza professionale comprende principi quali quelli di ‘pratica di mercato onesta’, ‘buona fede’ e ‘buona prassi di mercato’. Di conseguenza, le imprese, nel progettare l’interfaccia attraverso la quale interagiranno con i consumatori, devono attenersi a tali principi, facendo in modo che i consumatori non siano fuorviati nelle loro decisioni⁹².

3.4. L’uso di RS per ‘catturare’ l’attenzione dei consumatori.

Infine, i RS sono utilizzati per far sì che gli utenti restino ‘attivi’ online il più a lungo possibile, indirizzando loro contenuti informativi (spesso gratuiti), coerenti con il profilo dell’utente, in maniera tale da catturarne l’attenzione e ricavare introiti, grazie alla raccolta di dati e/o in virtù della pubblicità comportamentale (cfr. retro). Il DSA stabilisce in merito un requisito di trasparenza, laddove impone alle piattaforme online di grandi dimensioni di indicare per quali obiettivi il sistema in questione è stato ‘ottimizzato’, ivi incluso l’obiettivo di potenziare la risposta dell’utente alla pubblicità mirata (secondo la lettera dell’art. 24a DSA); la medesima proposta, poi, sottopone tali tecnologie e le relative pratiche ad un complesso di regole improntato alla individuazione e gestione dei relativi rischi (cfr. *ultra*).

Indipendentemente da tale specifica disciplina, anche la direttiva 2005/29/CE può venire in rilievo ogni qualvolta un simile modello economico si traduca in pratiche sleali, perché distorsive del comportamento economico dei consumatori.

Tale nozione invero viene interpretata estensivamente (nel senso di comprendere ogni decisione direttamente collegata con la decisione se acquistare o meno un prodotto, come, ad es., entrare in un negozio o visitare un sito Internet), sino ad includere comportamenti dei consumatori congruenti con il modello economico prescelto dal professionista. Così, se il professionista ottiene guadagni dalla circostanza che l’attenzione del consumatore venga catturata (si tratta della c.d. ‘monetizzazione’ dell’attenzione), il comportamento economico non può non abbracciare l’atto di apporre un «like» o di

⁸⁸ Si veda il nuovo Considerando n. 39a della Proposta DSA, versione approvata dal Parlamento europeo, secondo cui: “*I destinatari di un servizio dovrebbero essere in grado di adottare una decisione o una scelta libera, autonoma e informata quando si avvalgono di un servizio e i prestatori di servizi intermediari non dovrebbero utilizzare alcun mezzo, nemmeno attraverso la propria interfaccia, per fuorviare o compromettere tale decisione. In particolare, i destinatari del servizio dovrebbero poter prendere una siffatta decisione, tra l’altro, per quanto riguarda l’accettazione e le modifiche delle condizioni generali, delle pratiche pubblicitarie, delle impostazioni di riservatezza e di altro tipo e dei sistemi di raccomandazione quando interagiscono con i servizi intermediari. Tuttavia, talune pratiche di solito sfruttano le distorsioni cognitive e inducono i destinatari del servizio ad acquistare beni e servizi che non desiderano o a divulgare informazioni personali che essi preferirebbero non divulgare. Pertanto, ai prestatori di servizi intermediari dovrebbe essere vietato ingannare o esortare i destinatari del servizio e distorcere o limitare l’autonomia, il processo decisionale o la scelta dei destinatari del servizio attraverso la struttura, la progettazione o le funzionalità di un’interfaccia online o di una parte della stessa (“dark pattern”).*”

⁸⁹ Cfr. Considerando n. 62, Proposta DSA, nella versione approvata dal Parlamento europeo il 20 gennaio 2022.

⁹⁰ Cfr. A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. privato*, 2010, p. 60 ss.

⁹¹ Ai sensi della disciplina in tema di pratiche commerciali aggressive, si ha indebito condizionamento in caso di “sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole”. Nel caso dei c.d. dark patterns, una posizione di potere del professionista è costituita dal fatto che questi, avendo disegnato la struttura dell’ambiente digitale, è in grado di condizionare l’interazione con il consumatore; ben più arduo appare, invece, ravvisare l’elemento della “pressione” da parte del professionista.

⁹² Beuc – Bureau européen des unions de consommateurs, “*Dark patterns” and the EU Consumer Law Acquis*, BEUC-X-2022-013 - 07/02/2022, p. 6. ACM (2021), “Protection of the online consumer. Boundaries of online persuasion”, guidelines <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-02/acm-guidelines-on-the-protection-of-the-onlineconsumer.pdf>. Cfr., altresì, Linee guida Commissione UE – 2021, par. 4.2.7.: “Come principio generale, in base agli obblighi di diligenza professionale di cui all’articolo 5 della direttiva, i professionisti devono adottare misure appropriate per garantire che la progettazione della loro interfaccia non falsi le decisioni di natura commerciale dei consumatori”.



«scorrere un *feed*», etc.; e qualsiasi pratica idonea a distorcere la decisione del consumatore a tale riguardo deve ritenersi sleale alla stregua di tale direttiva (ad es. fornire contenuti fuorvianti che si presentino come notizie)⁹³.

4. La tutela dell'autonomia dei consumatori alla mercé dei RS. La necessità di un cambio di paradigma: centralità da riconoscere alla c.d. *privacy decisionale*

Alla luce di quanto sopra, appare chiara la necessità di attuare un vero e proprio cambio di paradigma: si tratta invero di prestare protezione ai consumatori sia dinanzi a forme di 'sorveglianza'⁹⁴, attuate dalle imprese dell'economia digitale (la dimensione denominata *informational privacy*), sia, e soprattutto, da pratiche di condizionamento della loro autonomia (la c.d. *decisional privacy*)⁹⁵.

Così, i rischi del primo tipo possono essere fronteggiati incentivando modalità di raccolta e conservazione dei dati personali, che siano conformi alla disciplina concernente tracciamento ed *e-privacy*⁹⁶ e, soprattutto, ai principi in materia di protezione dei dati⁹⁷.

Invece, il ricorso alla sole regolamentazioni appena ricordate rischia di rivelarsi inadeguato a difendere il singolo da menomazioni della libertà di autodeterminarsi⁹⁸.

⁹³ Linee guida Commissione UE 2021: «...la direttiva riguarderebbe anche pratiche commerciali come quella di catturare l'attenzione del consumatore, che sfocia nell'adozione di decisioni di natura commerciale quali continuare a utilizzare il servizio (per es. scorrendo un feed), visualizzare un contenuto pubblicitario o cliccare su un link»

⁹⁴ Così M. Lanzing, *Strongly Recommended*". *Revisiting Decisional Privacy to Judge Hypernudging in Self-Tracking Technologies*, in *Philos. Technol.* (2019) 32, pp. 549–568 <https://doi.org/10.1007/s13347-018-0316-4>.

⁹⁵ Si vedano già su questi temi N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991; nonché S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, 26th International Conference on Privacy and Personal Data Protection, Poland, Wrocław, 14-16 Settembre 2004, in <http://www.garantepriacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/1049293>.

⁹⁶ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

⁹⁷ Ad esempio, uso di architetture *privacy-enhancing* per conservare i dati in separati e decentralizzati *database*; ricorso all'anonimizzazione, uso dell'*encryption*, etc. Cfr. C. WANG, Y. ZHENG, J. JIANG, K. REN, *Toward Privacy-Preserving Personalized Recommendation Services*, in *Engineering* 4 (2018), pp. 21–28.

⁹⁸ S. MYERS WEST, *Data Capitalism: Redefining the Logics of Surveillance and Privacy*, in *Business & Society*, (2017), dis-

Si consideri, infatti, che la profilazione di un utente online, su cui i RS di basano, può avere luogo utilizzando dati anche di natura non personale, quali dati anonimizzati e dati di terzi. Inoltre, le inferenze ottenute grazie all'attività di profilazione, e tra queste, lo stesso profilo assegnato all'utente, costituiscono nuova conoscenza; è dubbio quindi che esse possano ricevere - o, quanto meno, che possano ricevere sempre e comunque - la qualifica di dati personali⁹⁹ (a meno che non si adotti una nozione lata di "soggetto interessato", intendendo per tale l'individuo cui i dati inferiti vengono "applicati"¹⁰⁰).

La soluzione che ravvisa, in tali casi, dei dati personali (ed applica il GDPR) va incontro ad incertezze interpretative di non poco conto: ad esempio, se possa essere garantito all'interessato l'esercizio dei diritti riconosciutigli dal GDPR, tra cui quello di accesso e cancellazione del profilo. Evidenti le conseguenze pratiche della soluzione negativa: l'interessato, non potendo accedere all'algoritmo né ai dati personali di terzi, non ha modo di verificare l'accuratezza del profilo, né di sindacare la bontà dell'inferenza¹⁰¹. Un simile diritto, poi, andrebbe bilanciato con diritti di esclusiva e segreti industriali degli operatori economici che detengono i profili (si consideri il timore che, via *reverse engineering*,

ponibile in <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0007650317718185>.

⁹⁹ M. HILDEBRANDT, *Profiling: From data to knowledge*, in *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, 2006, 30, pp. 548–550: "If inferred data is ascribed to groups or categories, it may not be personal data. However, in micro-targeting inferred data will often be ascribed to an identified or identifiable natural person, yielding personal data. If inferred data is personal data, there may still be practical issues with data subject rights."

¹⁰⁰ G. COMANDÉ, G. SHNEIDER, *Regulatory Challenges of Data Mining Practices: The Case of the Never-ending Lifecycles of 'Health Data*, in *European Journal of Health Law*, 25 (2018), pp. 284–307, p. 305: "it must be observed how the collective profiling activities carried out over probabilistically-inferred data seem to impair the same notion of data subject, traditionally intended as the physical individual to which a certain piece or set of data is to be referred to. In consequence of the growing classification patterns through which an individual with certain features is likely to bear the same decision-making outcomes of subjects with same or similar profiles, the latitude of the same notion of data subject should equally be reconsidered. Data subjects are not only- or not any more- the generator of specific data from which new data can be derived, but also the subjects to whom secondary data generated by other similar subjects are applied for the purposes of decision-making".

¹⁰¹ B. CUSTERS, *Profiling as inferred data. Amplifier effects and positive feedback loops*, in E. Bayamlioglu, I. Baraluic, L. Janssens, M. Hildebrandt (eds), *Being Profiled. 10 Years of Profiling the European Citizen*, Amsterdam University Press., 2018, pp. 112–115, <https://ssrn.com/abstract=3466857>. Cfr. J. POORT, F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Does Everyone Have a Price? Understanding People's Attitude towards Online and Offline Price Discrimination*, in *Internet Policy Review* (2019) 8 (1), in <https://doi.org/10.14763/2019.1.1383>.

l'accesso al profilo consenta di risalire ad elementi protetti, quali il *software*¹⁰².

Tutto quando sopra rilevato offre testimonianza dei limiti insiti nella distinzione tra dati personali e dati non personali¹⁰³, quando applicata a tali tecnologie¹⁰⁴. Ed invita piuttosto a percorrere strade alternative, spostando l'attenzione sulla categoria dei c.d. *consumer behavioral data*¹⁰⁵. Con tale espressione si intendono le informazioni su tratti della personalità, gusti, bisogni, etc., di cui le imprese si servono, per condizionare il comportamento economico dei consumatori¹⁰⁶. I consumatori, in questa diversa prospettiva, vanno tutelati contro un simile uso di tali informazioni (ad esempio, dall'impiego del profilo in cui sono collocati per interferire con le

¹⁰² Cfr. *Linee guida Article 29 Working party in materia di profilazione*, cit., p. 19, il quale rammenta come ai sensi del Considerando n. 63 GDPR, il diritto di accesso “non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software”. Al tempo stesso, secondo le medesime linee guida, “il titolare del trattamento non può fare affidamento sulla protezione dei segreti aziendali come scusa per negare l'accesso o rifiutarsi di fornire informazioni all'interessato”.

¹⁰³ Critiche alla distinzione dei dati in categorie sono formulate da Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Big Data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, p. 14: l'utilizzo di algoritmi applicati ai Big Data consente di estrarre o anche di prevedere informazioni personali, partendo da dataset di informazioni non personali, correlati con altri dataset di differente origine e contenuto. Cfr., in merito, I. GRAEF, R. GELLERT, M. HUSOVEC, *Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy: Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive to Data Innovation* (TILEC Discussion Paper No 2018-029, 2018) p. 8, nonché *European Commission, Communication from the Commission. A European strategy for data* (COM(2020) 66 final), p. 6.

¹⁰⁴ La memorizzazione delle informazioni e l'accesso alle informazioni già memorizzate nell'apparecchiatura terminale di un abbonato/utente (ad esempio, un telefono, un computer, un veicolo connesso o un altoparlante intelligente) richiede il consenso informato preventivo degli abbonati, a prescindere da qualsiasi qualificazione dei dati personali di tali informazioni (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza *Planet49 GmbH*, 1° ottobre 2019, C-673/17, EU:C:2019:801, 70 e 71).

¹⁰⁵ M. Hildebrandt, *Profiling: From data to knowledge*, in *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, 2006, 30, pp. 548-550: ‘as a consequence of the focus on data instead of knowledge, the debate seems to be directed to anonymisation, or the use of pseudonyms, in order to protect personal data’.

¹⁰⁶ G. SARTOR, F. LA GIOIA, *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, European Parliamentary Research Service, PE 641.530 – June 2020, p. 74: “Special considerations apply to the inference of personal data. A possible approach could consist in distinguishing the cases in which an inference of personal data is accomplished without engaging in consequential activities, i.e., the inferred personal data are merely the output of a computation which does not trigger consequential actions, and the cases in which the inferred data are also used as input for making assessment and decisions. In the latter case, the data should definitely count as newly collected personal data”.

proprie decisioni), indipendentemente dalla loro natura.

Le autorità di vigilanza dei mercati tendono a ricavare dalle norme in tema di pratiche commerciali ingannevoli un dovere del professionista di fornire tutte quelle informazioni che, se omesse, possono falsare il comportamento economico del consumatore medio e, dunque, anche di informare se fa luogo ad attività quali il tracciamento online, la profilazione e le connesse pratiche di *personalizzazione*¹⁰⁷, per finalità commerciali. La disciplina sulle pratiche ingannevoli è impiegata con il dichiarato fine di ampliare l'arsenale delle tutele invocabili dal soggetto interessato, includendovi quelle proprie del diritto dei consumi; essa, tuttavia, non pare idonea a farsi carico di due ordini di problemi: il grado di consapevolezza conseguibile grazie alle informazioni trasmesse¹⁰⁸; il tipo di asimmetria dei rapporti tra professionisti e consumatori nel contesto online, la quale non assume carattere esclusivamente informativo¹⁰⁹.

4.1. La “fallacia della trasparenza”. La comprensibilità della logica dei RS.

La pertinente letteratura registra la prassi delle piattaforme digitali di divulgare informazioni tecniche circa i più noti RS (ad es., quelli utilizzati da Google, Twitter o da YouTube); gli esperti di *com-*

¹⁰⁷ Si veda *European Commission, Staff Working Document on Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, SWD(2016)163 final, p. 24, sulla profilazione e personalizzazione, e p. 37.

¹⁰⁸ Altra e diversa questione è, invece, dedurre dal divieto di omettere informazioni rilevanti, di cui alla disciplina in parola, un dovere di informazione esteso a far conseguire consapevolezza circa il grado di personalizzazione, il tipo di informazioni impiegate, etc. Cfr. M. Ebers, *Liability For Artificial Intelligence And EU Consumer Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information technology and E-commerce Law*, 12/2021, pp.204 ss., p. 209.

¹⁰⁹ Nei mercati digitali, l'asimmetria tra professionisti e consumatori non è meramente informativa, bensì di triplice natura: 1) strutturale, legata al fatto che il professionista usa dati, anche personali (ed è in grado di conoscere e prevedere comportamenti, bisogni, interessi, etc., dei consumatori) e stabilisce con le interfacce online le modalità delle interazioni con i consumatori; ii) relazionale, giacché il potere negoziale del consumatore è modesto, disponendo egli dispone di poche o di nessuna alternativa (il prodotto o servizio può non essere essenziale, ma è difficilmente sostituibile con prodotti e servizi di analoga natura e qualità); ii) basata su un deficit di consapevolezza da parte del consumatore in ordine ai rischi inerenti alle tecnologie usate, le quali sono connotate da opacità (tecnica e legale), tale da rendere difficile persino la supervisione delle autorità di vigilanza. Cfr., in merito, Beuc, Bureau Européen des Unions de Consommateurs, *EU consumer protection 2.0. Protecting fairness and consumer choice in a digital economy*, BEUC-X-2022-015 – 10/02/2022, p. 5.



puter science, tuttavia, ci rendono avvertiti del fatto che, se pure fossero resi conoscibili i codici di cui gli algoritmi sono composti, questi ultimi nulla “significherebbero” (persino per gli stessi esperti e, dunque, tanto meno) per il destinatario della raccomandazione¹¹⁰.

Si mostra allora in tutta la sua evidenza la c.d. fallacia della trasparenza¹¹¹, che si ha quando la trasmissione di informazioni non sortisce il risultato di conferire al destinatario della stessa maggior consapevolezza, né quindi miglior tutela (specialmente allorché il consumatore non abbia valide alternative, in termini di fungibilità dei prodotti o servizi, o perché certe pratiche sono comuni a tutti i concorrenti in un determinato mercato). In un simile vizio incorrono le discipline già ricordate (quali quella presente nella direttiva di modernizzazione), che si limitano ad informare in modo standardizzato il consumatore del fatto che alla interazione con il professionista sovraintende un algoritmo (nella specie un RS), descrivendone genericamente caratteristiche tecniche e/o criteri¹¹².

Ancor più criticabile appare poi la Proposta AIA, laddove obbliga i fornitori di sistemi di IA destinati ad interagire con le persone fisiche - indipendentemente dall'impiego di dati personali e dal grado di rischio in essi insito - a progettare e sviluppare gli stessi in modo tale che queste siano informate del fatto di stare interagendo con tali sistemi (cfr. art. 52, par.1). I primi commentatori della proposta ne ricavano un obbligo di trasparenza talmente debole da consistere in una mera avvertenza¹¹³.

Si tratta, dunque, di declinare la trasparenza in altro modo: quale elemento inserito in un disegno normativo più ampio, che prenda in considerazione non soltanto i consumatori/destinatari di un servizio

digitale, ma anche le autorità di supervisione, i regolatori, gli enti della società civile, etc., e valga così ad agevolare la supervisione e l'enforcement, pubblico e privato (cfr. *ultra*), individuale e collettivo, di pratiche implicanti uso di tecnologie quali quella in parola. In quest'ottica vanno interpretati, di conseguenza, contenuti e modalità degli stessi requisiti di trasparenza.

Così, una prima opzione di *policy*, caldeggiata da più parti, suggerisce di indurre i professionisti che usano RS a fornire informazioni, il cui oggetto sia “ritagliato su misura” del destinatario: informazioni personalizzate, dunque, proprio come il consiglio che questi riceve dall'algoritmo, e consistenti in spiegazioni circa il modo in cui vengono generate le raccomandazioni, vale a dire, intorno alle ragioni per cui il sistema ritiene che alcune opzioni siano rilevanti per il destinatario e, quindi, circa il profilo in cui egli è collocato. In sintesi, la tutela giuridica ottimale risiede, in quest'ottica, nel fornire una giustificazione della raccomandazione algoritmica, che sia specifica e comprensibile per il singolo destinatario. Ciò, tuttavia, comporta che siano impiegate delle tecnologie le cui logiche siano spiegabili¹¹⁴ o, quanto meno, il cui risultato (l'output, secondo la terminologia corrente) sia interpretabile¹¹⁵. Il perno della questione consiste dunque nella capacità degli istituti giuridici esistenti di offrire adeguati incentivi affinché tali tecnologie vengano, a monte, concepite e sviluppate in maniera tale da essere intelleggibili¹¹⁶.

Nell'ambito del GDPR, alla ridotta capacità di controllo dell'individuo sui trattamenti automatizzati che lo riguardano dovrebbe avviarsi grazie all'art. 22, disposizione che però presta il fianco a numerose critiche. E' ivi previsto, invero, un divieto di fare luogo a decisioni solamente automatizzate, dalle

¹¹⁰ J. STRAY, *Show me the algorithm: transparency in recommendation systems*, in <https://srsinstitute.utoronto.ca/news/recommendation-systems-transparency>; M.Z. VAN DRUNEN, N. HELBERGER, M. BASTIAN, *Know your algorithm: what media organizations need to explain to their users about news personalization*, in *International Data Privacy Law*, 2019, Vol. 9, No. 4, p. 220-235.

¹¹¹ L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, in *Duke Law & Technology Review*, (2017)16, disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855#.

¹¹² A. WELLER, *Challenges for transparency, Paper presented at the 2017 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning (WHI 2017)*, Sydney, disponibile in <https://arxiv.org/abs/1708.01870>; M. ANANNY, K. CRAWFORD, *Seeing without Knowing: Limitations of the Transparency Ideal and Its Application to Algorithmic Accountability*, in *New Media & Society*, 20/2016, p. 973.

¹¹³ Cfr. European Consumer Organization - Beuc, *Regulating AI to protect the consumer. Position paper on the AI Act* (BEUC-X-2021-088 - 07/10/2021), p. 20.

¹¹⁴ Il che può non accadere allorché siano impiegate metodologie di *machine learning*, che apprendono da diverse fonti e sono capaci di adattamento, in una parola, che sono opache, per ragioni tecniche (o perché protette da diritti di esclusiva e segreti commerciali). A.D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 39/2017, p. 233.

¹¹⁵ P. HACKER, R. KRESTEL, S. GRUNDMANN, F. NAUMANN, *Explainable AI under contract and tort law: legal incentives and technical challenges*, in *Artificial Intelligence and Law*, 28/2020, pp. 415 ss., p. 431.

¹¹⁶ C. REED, E. KENNEDY, S. SILVA, *Responsibility, Autonomy and Accountability: Legal Liability for Machine Learning*, cit., p. 26. In questa logica sembra muoversi l'art. 13 Proposta AIA, per il quale il fornitore di un sistema di IA ad alto rischio deve garantire che il funzionamento dello stesso sia sufficientemente trasparente, nonché deve consentire agli utenti (da intendere nell'accezione ivi accolta) di interpretare l'output del sistema anche al fine di essere in grado di adempiere agli obblighi imposti dalla legge, ivi inclusi gli obblighi di informazione nei confronti dei destinatari delle decisioni algoritmiche. Tale previsione, tuttavia, non si applica ai RS.



maglie eccessivamente larghe, giacché tollera troppe deroghe (il consenso dell'interessato è sufficiente a rimuovere il divieto¹¹⁷). Inoltre, il dettato normativo prevede che siano fornite *ex ante* "informazioni significative" sulla logica utilizzata e sulle conseguenze previste del trattamento per l'interessato¹¹⁸; senza, tuttavia, chiarire cosa debba intendersi per informazioni significative¹¹⁹. Un analogo diritto è riconosciuto all'interessato anche *ex post*, la cui natura, tuttavia, è a dir poco dibattuta, incerto essendo se egli possa pretendere, anziché una mera informazione¹²⁰, una vera e propria spiegazione¹²¹. Cosicché la protezione di cui egli astrattamente gode dipende, in ultima istanza, sia dalla acquisita consapevolezza circa l'esistenza del trattamento e le relative implicazioni¹²²; sia dalla di lui volontà di esercitare tale diritto. E' realistico stimare che entrambi tali fattori difficilmente si riscontrino nel contesto delle interazioni online, non fosse altro che per la rapidità e scarsa razionalità che le contraddistinguono. Modesta incidenza in termini di effettività della tutela presentano, dunque, soluzioni – quale quella innanzi ricordata in tema di prezzo personalizzato (cfr. *retro*) – che rimettano al solo GDPR la tutela degli interessi dei consumatori.

4.2. Dalla comprensibilità dei RS alla promozione dell'autodeterminazione del destinatario del-

la raccomandazione. L'illusione del controllo'.

Un presidio alternativo, propugnato dagli esperti di *data science* e successivamente fatto proprio da una parte della letteratura giuridica, consiste nell'indurre a predisporre strumenti per promuovere (la c.d. *agency*, vale a dire) la capacità del singolo di autodeterminarsi nelle interazioni con un sistema intelligente, permettendogli di esercitare un certo grado di controllo sullo stesso o su alcune sue funzionalità, in modo che egli non resti assoggettato a decisioni che non possa influenzare. Si tratta, in quest'ottica, di indurre le imprese ad utilizzare RS che siano *by design* modificabili ed adattabili dal destinatario¹²³, che abilitino, cioè, quest'ultimo a controllare quali dati vengono utilizzati ed in qual modo (ad esempio, escludendo *in toto* l'impiego di dati personali o soltanto di certe categorie di essi) e/o a 'regolare' il livello di personalizzazione dei RS. Verrebbe, in tal modo, creato un alter-ego digitale, alternativo rispetto a quello costruito unilateralmente dal professionista.

Diverse critiche possono essere mosse anche a quest'ordine di pensiero: innanzitutto, esso presuppone che sia garantita una sorta di accesso al profilo applicato al consumatore, il quale, però, anch'esso, proprio come il codice dell'algoritmo, scarso significato avrebbe per il destinatario della raccomandazione¹²⁴; inoltre, fare affidamento su una simile soluzione equivarrebbe ad offrire livelli di protezione di intensità diversa, a seconda del grado di consapevolezza e abilità tecnica di ciascun consumatore. Si avrebbe allora un *empowerment* soltanto nominale dei consumatori, su cui verrebbe a ricadere interamente la responsabilità della tutela dei propri interessi¹²⁵. Soprattutto, non si raggiungerebbe l'obiettivo di garantire il diritto ad interagire online

¹¹⁷ C. KUNER, *Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?*, in *International Data Privacy Law* 2017, vol. 7, n.1, p. 1 ss.: "[m]achine learning is data driven, typically involving both existing data sets and live data streams in complex training and deployment workflow [therefore it] may be difficult to reconcile such dynamic processes with purposes that are specified narrowly in advance".

¹¹⁸ Cfr. articoli 13(2)(f) e 14(2)(g) GDPR.

¹¹⁹ M.Z. VAN DRUNEN, N. HELBERGER, M. BASTIAN, *Know your algorithm: what media organizations need to explain to their users about news personalization*, cit., p. 222.

¹²⁰ Così, S. WACHTER et al., *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, cit., nonché L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for*, in *Duke Law & Technology Review*, 2017, 16(1) 18.

¹²¹ G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, (2017) 7(4), p. 243. Cfr. M.Brkan, *AI-Supported Decision-Making under the General Data Protection Regulation*, Proceedings of the 16th international conference on Artificial intelligence and law (2017) 5 <<https://doi.org/10.1145/3086512.3086513>>

¹²² I. MENDOZA, L. A. BYGRAVE, *The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling* in TE. Synodinou, P. Jougoux, C. Markou, T. Prastitou (eds) *EU Internet Law*. Springer, Cham, in *EU Internet Law* (Springer International Publishing, 2017/ 85, pp. 77 ss., <http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-64955-9_4>.

¹²³ Sugli impieghi dei RS nel commercio elettronico, cfr. Parashakis (2016, 2017, 2018): per il quale i rischi ad essi collegati trovano soluzione adottando un *user-centred design approach*.

¹²⁴ S. MILANO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Recommender systems and their ethical challenges*, cit., p. 962: "the category 'dog owner' may be recognisable as significant to a user, while 'bought a novelty sweater' would be less socially significant; yet the RS may still regard it as statistically significant when making inferences about the preferences of the user".

¹²⁵ Non vanno invero dimenticati né i rischi insiti nell'eccesso di opzioni (si pensi al c.d. "control paradox"), né le insidie proprie del ricorso a strumenti che spesso servono soltanto a creare l'illusione di una possibilità di controllo da parte dell'individuo. Cfr. A. ACQUISTI, L. BRANDIMARTE, G. LOEWENSTEIN, *Privacy and Human Behavior in the Age of Information*, in *Science* 347 2015(6221), pp. 509-514, in <https://doi.org/10.1126/science.aaa1465>, nonché K. VACCARO et al., *The Illusion of Control: Placebo Effects of Control Settings*, in Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, Aprile 2018, Paper No.: 16, pp. 1-13, in <https://doi.org/10.1145/3173574.3173590>



nella veste di “consumatore qualunque”, che non sia cioè bersaglio di consigli, comunicazioni commerciali ed offerte contrattuali, di natura personalizzata.

4.3. L’opzione di policy che fa leva sulla supervisione pubblica degli standard imposti ai professionisti che impiegano RS nelle loro interazioni con i consumatori.

In sintesi, la predisposizione di strumenti di tale natura non può essere vista come una panacea, ma soltanto come una scelta di *policy* complementare rispetto ad altre, maggiormente adeguate al dominio dei rischi insiti in tali tecnologie.

Appare decisivo, piuttosto, promuovere l’*accountability* dei professionisti che usano RS, attraverso adeguata supervisione ed *enforcement* da parte delle autorità pubbliche¹²⁶. A tal fine, tuttavia, è necessario superare l’ostacolo rappresentato dall’elevato grado di sofisticatezza e opacità raggiunto da tali tecnologie, attraverso regole di trasparenza, che abbiano come destinatari principalmente tali autorità (anziché solamente gli utenti finali). A queste ultime, innanzitutto, è opportuno che sia diretto il flusso informativo, il cui oggetto e le cui forme vanno dunque adeguati al tipo di destinatari ed alle relative finalità. Nell’ambito di simili strumenti, la letteratura sui RS menziona il ricorso a forme di *auditing* da parte di esperti indipendenti, l’introduzione di doveri di documentazione dei dati, di *logging* per registrare il funzionamento e l’uso dei sistemi intelligenti, etc.¹²⁷; in sintesi, si tratta di soluzioni di politica legislativa volte ad arginare la schiavitù dell’individuo dinanzi all’algoritmo, restituendogli il potere decisionale perduto. In tale direzione si muove, come si dirà, la Proposta DSA (cfr. *ultra*).

5. I RS nella Proposta DSA. Trasparenza e controllo dei RS da parte del destinatario dei

¹²⁶ Ed infatti, stabilire obblighi di diligenza non appare bastevole, in caso insufficiente oversight and enforcement delle violazioni della pertinente disciplina by public bodies. M. PEREL, M., N. ELKIN-KOREN, *Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement*, in *Florida Law Review*, 2017/69, p. 181, nonché P.T. KIM, *Auditing Algorithms for Discrimination*, in *University of Pennsylvania Law Review Online*, 2017 166(1), 189.

¹²⁷ Cfr. S. SINGH, *Why Am I Seeing This? How Video and E-Commerce Platforms Use Recommendation Systems to Shape User Experiences*, 25 marzo 2020, p. 44, in https://d1y8sb8igg2f8e.cloudfront.net/documents/Why_Am_I_Seeing_This_2020-03-25.pdf. Cfr., altresì, Id., *Charting a Path Forward. Promoting Fairness, Accountability, and Transparency in Algorithmic Content Shaping*, in <https://www.newamerica.org/oti/reports/charting-path-forward/>.

servizi erogati da piattaforme online. Il diritto ad essere “consumatori qualunque”.

La Proposta DSA, nella versione originaria, si limitava ad introdurre un requisito di trasparenza relativo all’impiego di RS da parte di piattaforme di grandi dimensioni, da adempiere però fornendo un’informazione standardizzata, indicando cioè, all’interno di termini e condizioni contrattuali, i principali parametri impiegati dal sistema; si statuiva poi che l’informazione dovesse riguardare anche eventuali funzionalità presenti nel sistema, aventi il fine di consentire al destinatario del servizio di modificare ed influenzare i suddetti parametri, inclusa l’opzione di non basare la raccomandazione sull’attività di profilazione, intesa nell’accezione di cui al GDPR¹²⁸. Ancora una volta, il legislatore dava mostra di riporre eccessiva fiducia nella introduzione di un requisito di trasparenza, ricalcando, per giunta, la tanto contestata previsione di cui all’art. 22 GDPR in materia di trattamenti automatizzati¹²⁹. Il dettato normativo, inoltre, non obbligava tali specie di piattaforme a mettere a disposizione del destinatario del servizio una simile opzione, né offriva incentivi di sorta per far sì che le prime facessero a meno della profilazione¹³⁰.

Successivamente, il Parlamento europeo, tra gli emendamenti alla Proposta originaria di DSA del gennaio 2022¹³¹, ha inserito una disposizione *ad hoc*, l’art. 24a (cfr. considerando 52c), indirizzata ad ogni piattaforma online (intesa nell’accezione ivi

¹²⁸ Invero, secondo l’art. 29 del DSA, versione del dicembre 2020, “Very large online platforms that use recommender systems shall set out in their terms and conditions, in a clear, accessible and easily comprehensible manner, the main parameters used in their recommender systems, as well as any options for the recipients of the service to modify or influence those main parameters that they may have made available, including at least one option which is not based on profiling, within the meaning of Article 4 (4) of Regulation (EU) 2016/679”.

¹²⁹ HACKER, cit., p. 28, con l’unica differenza che l’informazione da fornire secondo l’art. 29 DSA concerne i principali parametri usati dal sistema.

¹³⁰ N. HELBERGER, M. VAN DRUNEN, S. VRIJENHOEK, J. MÖLLER, *Regulation of news recommenders in the Digital Services Act: empowering David against the Very Large Online Goliath*, in <https://policyreview.info/articles/news/regulation-news-recommenders-digital-services-act-empowering-david-against-very-large>.

¹³¹ Critiche relative al tenore dell’Articolo 29 (1) della Proposta DSA sono state manifestate dall’EDPS, nella Opinion 1/2021 in merito alla Proposta DSA (Opinion 1/2021 (10 febbraio 2021) on the Proposal for a Digital Services Act). Secondo l’Autorità, tale disposizione non appare adeguata a perseguire le declamate finalità della regolazione: l’Autorità raccomandava di imporre dei requisiti di *legal design* al fine di rendere l’informazione più efficace, e, prima ancora, di chiarire cosa debba intendersi per “principali parametri” sulla cui base la raccomandazione algoritmica viene elaborata, da esporre al destinatario della raccomandazione.



chiarita¹³²). Secondo tale disposizione, oltre ad una chiara comunicazione standardizzata nell’ambito delle condizioni d’uso: *i*) occorre che l’utente sia avvisato di essere destinatario di una raccomandazione algoritmica già nel contesto dell’interfaccia tra sistema e utente stesso¹³³; *ii*) debbono, poi, essere comunicati i parametri individualmente e collettivamente più rilevanti impiegati dal sistema (unitamente alla importanza relativa degli stessi); *iii*) vanno, infine, spiegati sia le finalità del sistema, sia, se pertinente, il ruolo assunto, nella elaborazione della raccomandazione, dal comportamento dei destinatari del servizio¹³⁴. Le informazioni prescritte in tale versione sono dunque molto dettagliate, tanto è vero che alcune di esse sono state rimosse nella versione della proposta dell’aprile 2022¹³⁵.

¹³² Cfr. Art. 2, let. h, DSA: “‘online platform’ means a provider of a hosting service which, at the request of a recipient of the service, stores and disseminates to the public information, unless that activity is a minor and purely ancillary feature of another service”.

¹³³ Giacché, come alcune ricerche mostrano, i consumatori hanno scarsa consapevolezza che le comunicazioni loro indirizzate sono, ad un tempo, basate su informazioni ricavate dal loro comportamento, osservato per mezzo di sistemi di tracciamento, ma anche condizionate da previsioni circa il loro comportamento futuro. Cfr. T. DEHLING, Y. ZHANG, A. SUNYAEV, *Consumer Perceptions of Online Behavioral Advertising*, in *Proceedings of the 21st IEEE Conference on Business Informatics*, 2019.

¹³⁴ Cfr. articolo 24°, gennaio 2022: “1. Le piattaforme online indicano nelle loro condizioni generali e tramite una risorsa online designata, direttamente raggiungibile e facilmente reperibile mediante l’interfaccia online della piattaforma online, quando un contenuto viene raccomandato, in modo chiaro, accessibile e facilmente comprensibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché le eventuali opzioni messe a disposizione del destinatario del servizio per consentirgli di modificare o influenzare tali parametri principali. 2. I principali parametri di cui al paragrafo 1 includono quanto meno le informazioni seguenti: a) i principali criteri utilizzati dal sistema in questione che, singolarmente o collettivamente, sono più significativi per determinare le raccomandazioni; b) l’importanza relativa di tali parametri; c) per quali obiettivi il sistema in questione è stato ottimizzato; nonché d) se applicabile, una spiegazione del ruolo che svolge il comportamento dei destinatari del servizio rispetto a come il sistema in questione produce i suoi risultati. I requisiti di cui al paragrafo 2 non pregiudicano le norme in materia di protezione dei segreti commerciali e dei diritti di proprietà intellettuale...”

¹³⁵ Cfr. articolo 24°, aprile 2022 - Trasparenza dei sistemi di raccomandazione :1 I fornitori di piattaforme online che utilizzano sistemi di raccomandazione devono indicare nei loro termini e condizioni, in un linguaggio semplice e comprensibile, i parametri principali utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché tutte le opzioni che consentono ai destinatari del servizio di modificare o influenzare tali parametri principali. 2. I parametri principali di cui al paragrafo 1 spiegano perché determinate informazioni vengono suggerite al destinatario del servizio. Essi comprendono almeno: (a) i criteri più significativi per determinare le informazioni proposte al destinatario del servizio; (b) le ragioni dell’importanza relativa di tali parametri.

Nei casi di ricorso a RS per fini di pubblicità personalizzata, vengono in rilievo altresì i requisiti di trasparenza aggiuntivi previsti dalla Proposta DSA¹³⁶, di cui sono destinatarie le piattaforme online di grandi dimensioni.

L’informazione sui principali parametri testé ricordati, dovrebbe, nel disegno del legislatore, rendere comprensibile all’utente la logica applicata dal RS. Non si tratta, però, a ben vedere, di una spiegazione resa su base individuale, ma di un’informazione standardizzata da rendere *ex ante*, il cui contenuto e le cui modalità vengono precisate dalla previsione legislativa, sempre fatti salvi eventuali diritti di proprietà intellettuale e segreti industriali della piattaforma o di terzi. Valgono dunque anche rispetto alle modifiche apportate dal Parlamento europeo le medesime critiche formulate nei riguardi dell’originaria proposta legislativa: un’informazione circa i principali parametri non è in grado di accrescere il controllo dei consumatori sulla “logica” del sistema, tanto più alla luce della complessità di sistemi di intelligenza artificiale che impiegano una pluralità di criteri (collettivi e individuali, seguendo le distinzioni della citata norma, cioè relativi ad un singolo o ad una categoria cui il singolo è iscritto).

Il medesimo art. 24a precisa che le suddette informazioni rientrano tra le “condizioni” praticate dalle piattaforme nei confronti dei destinatari dei propri servizi. Poiché la proposta DSA chiarisce che il lemma condizione attiene all’assetto dei rapporti tra le parti (cfr. art. 2, lett. q), deve ritenersi che un inadempimento di tale dovere rilevi anche su un simile piano (ad esempio, a titolo di responsabilità precontrattuale), con tutti i corollari in punto di *private enforcement* (espressamente contemplato dalla stessa Proposta di DSA; cfr. *ultra*).

Si prevede, inoltre, per il solo caso in cui la piattaforma online metta a disposizione una pluralità di

¹³⁶ Cfr. S. TOMMASI, *Verso il Digital Services Act: la Proposta di Regolamento sul “mercato unico dei servizi digitali” del 15.12.2020*, in *Persona e mercato*, 1/2021, p. 215. “L’online advertising transparency è affidata, in prima battuta, ad alcuni obblighi che riguardano tutte le piattaforme e che sono delineati dall’art. 24. Ogni singolo destinatario del messaggio pubblicitario, infatti, deve essere in grado di identificare, in modo chiaro e non ambiguo, e in tempo reale, la natura pubblicitaria delle informazioni visualizzate, la persona fisica o giuridica per conto della quale viene visualizzata la pubblicità, nonché le informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità”. In merito occorre sottolineare che, ai fini della disciplina di cui si tratta, ‘advertisement’ means information designed to promote the message of a legal or natural person, irrespective of whether to achieve commercial or non-commercial purposes, and displayed by an online platform on its online interface against remuneration specifically for promoting that information (cfr. Art. 2, lett. n; considerando n. 52).

tipi di RS, basati su diverse opzioni, che l'informazione debba riguardare anche le funzionalità che consentono al destinatario del servizio di determinare e modificare in ogni momento l'opzione preferita¹³⁷. In sintesi, si impone, non già di offrire agli utenti diverse opzioni, ma soltanto di dare informazioni circa tali opzioni, ove presenti (proprio come previsto nella originaria versione dell'art. 29 Proposta DSA).

Invece, un nuovo art. 29, applicabile esclusivamente alle piattaforme online di grandi dimensioni che utilizzano sistemi di raccomandazione, richiede che venga messo a disposizione del destinatario almeno un RS non basato sulla profilazione, nonché, nell'interfaccia online del sistema, che vengano rese disponibili funzionalità per selezionare e modificare in ogni momento le opzioni preferite per ciascun RS¹³⁸.

Mentre appare giustificato mostrare un certo scetticismo circa il conferimento ai consumatori di tale ultima facoltà (per via della notevole complessità del sistema, dovuta alla molteplicità di parametri impiegati), non può che plaudirsi, invece, alla introduzione dell'obbligo di mettere a disposizione un RS che non sia basato sulla profilazione¹³⁹, giacché con esso si esprime la regola per cui si deve poter interagire nel contesto online come "consumatori qualunque" (cfr. *retro*). Lodevole appare, in particolare, la scelta, assunta dal legislatore comunitario, di prescindere dalla revoca del consenso da parte del

¹³⁷ Cfr. articolo 24a, 3 par.: "Quando sono disponibili diverse opzioni ai sensi del paragrafo 1 per i sistemi di raccomandazione che determinano l'ordine relativo delle informazioni presentate ai destinatari del servizio, i fornitori di piattaforme online devono anche rendere direttamente e facilmente accessibile dalla sezione specifica dell'interfaccia online della piattaforma online in cui le informazioni vengono classificate in ordine di priorità una funzionalità che consenta al destinatario del servizio di selezionare e modificare in qualsiasi momento l'opzione preferita".

¹³⁸ Cfr. Articolo 29: "Oltre ai requisiti di cui all'articolo 24 bis, le piattaforme online di grandi dimensioni che utilizzano sistemi di raccomandazione forniscono almeno un sistema di raccomandazione non basato sulla profilazione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2016/679".

¹³⁹ Si mira a tutelare l'autodeterminazione del singolo, dando sempre la possibilità di usufruire di un RS che non sia basato sulla profilazione. Cfr. Considerando n. 62, versione DSA del gennaio 2022, secondo cui "le piattaforme online di grandi dimensioni dovrebbero lasciare che siano i destinatari a decidere se vogliono essere soggetti a sistemi di raccomandazione basati sulla profilazione e garantire che ci sia un'opzione che non si basa sulla profilazione. Inoltre, le piattaforme online dovrebbero garantire che i destinatari siano adeguatamente informati sull'uso dei sistemi di raccomandazione e che possano influenzare le informazioni presentate loro attraverso scelte attive". Nella versione approvata a giugno 2022, al tema è dedicato un considerando 52c, il quale, viceversa, enfatizza il ruolo della informazione sui principali parametri usati dai RS.

consumatore alla profilazione (presupposto, invece, dai c.d. meccanismi di *opting-out*) e di far propria la scelta di prescrivere *by default* che il singolo non sia assoggettato a pratiche di personalizzazione.

5.1. Segue. La prevenzione nel DSA dei rischi connessi all'impiego di RS e la introduzione di misure di trasparenza volte a favorire la supervisione da parte delle autorità di vigilanza.

Alla luce degli artt. 27, par. 2^o¹⁴⁰, e 26, par. 1, lett. b), Proposta DSA (secondo le modifiche approvate dal Parlamento europeo), le piattaforme online di grandi dimensioni che usano RS debbono compiere una valutazione dei rischi sistemici¹⁴¹ che, tra l'altro, tenga conto delle conseguenze pregiudizievoli sugli interessi dei consumatori. Tuttavia, nell'ambito dei rischi di tale natura, le piattaforme sono tenute a considerare non *sic et simpliciter* qualsivoglia interesse di tali soggetti, ma soltanto quelli che abbiano attinenza con i diritti fondamentali (alla luce dell'art. 38 Carta di Nizza), come la dignità dell'individuo, il diritto alla protezione dei dati personali e alla non-discriminazione, etc.¹⁴². Si

¹⁴⁰ "2. Nello svolgimento delle valutazioni dei rischi, le piattaforme online di dimensioni molto grandi *esaminano*, in particolare, *se e come* i loro sistemi di moderazione dei contenuti, *le condizioni generali, le norme della comunità, i sistemi algoritmici, i sistemi di raccomandazione e i sistemi di selezione e visualizzazione della pubblicità, nonché la raccolta, il trattamento e la profilazione dei dati di base* influenzano i rischi sistemici di cui al paragrafo 1, compresa la diffusione potenzialmente rapida e ampia di contenuti illegali e di informazioni incompatibili con le loro condizioni generali".

Cfr., inoltre, il Considerando n. 62, si ribadisce quanto sopra: "Gli obblighi di valutazione e mitigazione dei rischi dovrebbero far scattare, caso per caso, la necessità per i fornitori di piattaforme online molto grandi e di motori di ricerca molto grandi di valutare e, se necessario, adattare la progettazione dei loro sistemi di raccomandazione, adottando misure per prevenire o ridurre al minimo i pregiudizi che portano alla discriminazione di persone in situazioni vulnerabili....".

¹⁴¹ C. N. GRIFFIN, *Systemically Important Platforms*, in 107 Cornell Law Review (forthcoming 2021), disponibile in <https://ssrn.com/abstract=3807723>; S. J. LINDSAY, T. R. SAMPLES, *On the Systemic Importance of Digital Platforms*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 25 (forthcoming 2022), p. 5 e 6 sul concetto di rischio sistemico, disponibile in <https://ssrn.com/abstract=4040269>. In ordine al DSA, cfr. Z. EFRONI, *The Digital Services Act: risk-bases regulation of online platforms*, in *Internet Policy Review*, 16 novembre 2021, in <https://policyreview.info/articles/news/digital-services-act-risk-based-regulation-online-platforms/1606>.

¹⁴² Ai sensi di tale disposizione, occorre valutare "(b)eventuali effetti negativi *concreti e prevedibili* per l'esercizio dei diritti fondamentali, *anche in materia di protezione dei consumatori, relativi al rispetto della dignità umana e della vita privata e familiare, alla protezione dei dati di carattere personale e alla libertà di espressione e di informazione, nonché alla libertà e al*



allude dunque al processo di ‘costituzionalizzazione’ di taluni interessi dei consumatori, quelli la cui lesione travalica l’ambito tradizionale del diritto dei consumi, per toccare situazioni soggettive di rango superiore, quali quelle testé ricordate. A ben vedere, è quel che si verifica in molte delle pratiche in cui vengono impiegati sistemi di raccomandazione (cfr. *retro*). Ne discende per l’interprete il delicato compito di individuare il confine superato il quale, alle discipline squisitamente consumeristiche, si sommano le tutele che si vanno illustrando (chiarendone la reciproca interazione; cfr. *ultra*).

La citata Proposta DSA fa altresì obbligo alle piattaforme di grandi dimensioni di adottare idonee misure di mitigazione di tali rischi (di cui occorre stilare un elenco, da sottoporre alle autorità di vigilanza), ivi inclusi il monitoraggio e l’adeguamento dei sistemi di raccomandazione (art. 27, par. 1, lett. ca); nonché di sottoporsi annualmente ad *auditing* indipendente (art. 28) con il fine di valutare, attraverso l’eccesso a tutti i dati necessari, l’adempimento dei suddetti obblighi.

Valutazione del rischio, misure di mitigazione ed *auditing* indipendente consistono in salvaguardie aventi il pregio di prescindere dall’iniziativa di singoli consumatori. Soprattutto, implicano per i professionisti dei doveri di protezione dai suddetti rischi, dando concretizzazione, anche in un’ottica *by design*¹⁴³, a quel principio di effettiva protezione degli interessi dei consumatori¹⁴⁴, che, altrimenti, nel contesto digitale resterebbe lettera morta. In quest’ottica, le misure di mitigazione testé ricordate debbono essere volte, ad esempio, a prevenire involontarie discriminazioni dovute a indesiderati sviluppi dei sistemi autonomi di apprendimento, quali i RS, nonché nel rendere comprensibili logiche ed implicazioni legate all’uso di questi ultimi, affinché siano preservate le condizioni per un’autonoma capacità decisionale dei consumatori (cfr. *retro*).

A ciò vanno aggiunte le disposizioni volte a rendere possibile l’esercizio di poteri di sorveglianza da parte di autorità pubbliche e di esponenti della

stessa società civile e, dunque, di penetrare quella sorta di “scatola nera”, costituita dai sistemi di IA, di cui qui si tratta.

Infatti, con l’obiettivo di promuovere l’*accountability* delle piattaforme digitali di grandi dimensioni che veicolano comunicazioni commerciali¹⁴⁵, viene loro imposto l’obbligo di creare e mantenere repository accessibili al pubblico attraverso le proprie interfacce online, contenenti talune informazioni minime atte a promuoverne la trasparenza (art. 30 Proposta DSA; cfr. *retro*).

Inoltre, sempre in vista del suddetto fine, le medesime piattaforme sono tenute a concedere l’accesso, da parte delle autorità di vigilanza e di ricercatori autorizzati, ai dati necessari per accertare l’osservanza delle prescrizioni imposte dallo stesso DSA, relative all’individuazione e mitigazione dei rischi rilevanti ai sensi di tale disciplina (art. 31 Proposta DSA), ivi incluse le disposizioni concernenti i sistemi di raccomandazione¹⁴⁶. Proprio in relazione a questi ultimi, il DSA, nella versione dell’aprile 2022, include una specifica previsione per la quale “Ai fini del paragrafo 1, i fornitori di piattaforme online di grandi dimensioni, su richiesta del Coordinatore dei servizi digitali o della Commissione, spiegano la progettazione, il funzionamento logico e la sperimentazione dei loro sistemi algoritmici, compresi i sistemi di raccomandazione (art. 31, par. 1b)”.

Quest’ultima previsione riveste notevole importanza, sol che si consideri che, senza accesso ai dati, la ricerca e la supervisione delle pubbliche istituzioni non appaiono fattibili, innanzitutto, per via del difetto di conoscenza dei fenomeni da governare e della loro reale entità¹⁴⁷.

Al rafforzamento della supervisione ad opera di autorità pubbliche mirano anche alcune modifiche alla Proposta DSA, introdotte dal Parlamento europeo, consistenti nella espressa previsione del ricorso a rimedi di stampo privatistico e, in particolare, al risarcimento del danno ai sensi delle normative europee e nazionali, in caso di pregiudizi causati dalla violazione degli obblighi imposti dal regolamento ai

pluralismo dei media, al diritto alla non discriminazione e ai diritti del minore, sanciti rispettivamente dagli articoli 1, 7, 8, 11, 21, 23, 24 e 38 della Carta”

¹⁴³ In merito, a poco rileva la circostanza che i professionisti che usano sistemi quali quelli in parola nell’ambito di pratiche commerciali non ne siano anche gli sviluppatori ed i fabbricanti e che, dunque, non possano incidere sulla concezione e sviluppo del sistema, in maniera tale che esso sia esente dal creare dati rischi; in ogni caso, porre doveri di individuazione dei rischi e di protezione a carico delle piattaforme di grandi dimensioni si traduce indirettamente in un incentivo nella medesima direzione anche rispetto a sviluppatori e fabbricanti dei sistemi, quando meno sulla scorta dei rapporti interni di questi ultimi con le piattaforme ste

¹⁴⁴ G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Juscivile*, 2017, 2, p. 133 s., p. 139.

¹⁴⁵ C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Juscivile*, 2021/4, p. 870 ss., cfr. p. 912.

¹⁴⁶ In merito, il Considerando n. 64 precisa che “Il Coordinatore dei Servizi Digitali di stabilimento o la Commissione possono richiedere l’accesso o la segnalazione di dati e algoritmi specifici. Tale requisito può comprendere, ad esempio, i dati necessari per valutare i rischi ed i possibili danni causati dai sistemi della piattaforma, i dati sull’accuratezza, il funzionamento e il test dei sistemi algoritmici di moderazione dei contenuti, dei sistemi di raccomandazione o dei sistemi pubblicitari”.

¹⁴⁷ Cfr. M. PEREL, N. ELKIN-KOREN, *Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement*, 69 Fla. L. Rev. 181 (2017)



prestatori di servizi di intermediazione (art. 43 a)¹⁴⁸. Sgomberando il campo da qualsivoglia dubbio in merito¹⁴⁹, viene dunque chiarito che i destinatari dei suddetti servizi, oltre ad essere legittimati a proporre reclami all'autorità di vigilanza, possono invocare i rimedi di *private enforcement* previsti dalle pertinenti normative, ivi inclusi i rimedi attinenti alla disciplina del contratto.

Conclusioni

Si assiste ad una 'nuova stagione regolatoria', mirante a disciplinare le attività dei molteplici attori dell'economia digitale¹⁵⁰, la complessità del cui operato chiama in causa diverse fonti.

All'interno di tale quadro permane decisivo il ruolo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette¹⁵¹, di recente oggetto di riforma sotto il profilo delle sanzioni irrogabili (e della relativa efficacia deterrente), nonché dei meccanismi di *private enforcement*¹⁵².

Quest'ultima è innanzitutto strumento per regolare il mercato e proteggere l'autodeterminazione dei consumatori, ed appare dotata di grande duttilità giacché si presta a tutelare situazioni soggettive, tanto individuali che collettive e si applica anche

laddove la pratica commerciale sia diretta ad un singolo¹⁵³ anziché ad una platea di consumatori¹⁵⁴.

Nella direttiva omnibus troviamo poche condotte tipizzate, consistenti in, o suscettibili di dare vita a pratiche ingannevoli. Esse non esauriscono la gamma dei comportamenti, implicanti utilizzo di RS, qualificabili come sleali (cfr. *retro*).

Ed infatti le pratiche che impiegano RS, come visto, implicano rischi 'nuovi', per i quali la sola informazione non giova, incidenti non solamente su interessi di natura economica, ma su autodeterminazione, autonomia di scelta, accesso a beni e servizi, parità di trattamento e, in ultima istanza, sulla stessa dignità della persona¹⁵⁵.

Gli orientamenti della Commissione UE sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE enunciano con nettezza il ruolo che tale ultima direttiva riveste nella regolazione delle suddette pratiche, unitamente ad altri plessi normativi, con essa complementari, quali il GDPR, la regolamentazione sulla tutela della vita privata nelle comunicazioni elettroniche e la «legislazione settoriale applicabile alle piattaforme online»¹⁵⁶. Evidente l'allusione alla dottrina della 'protezione multilivello' (o, meglio, all'ordine giuridico integrato dell'economia digitale), oramai data per acquisita nelle decisioni delle corti, nazionali e non, ed estesa alle normative di settore.

Nell'ottica di sfruttare la massima capacità espansiva della disciplina in tema di pratiche commerciali sleali, assume speciale rilievo la clausola generale della diligenza professionale, la quale rias-

¹⁴⁸ Ai sensi di tale articolo, "Fatto salvo l'articolo 5, i destinatari del servizio hanno il diritto di chiedere un risarcimento, conformemente al pertinente diritto unionale e nazionale, ai prestatori di servizi intermediari qualora abbiano subito danni o perdite diretti a seguito di una violazione degli obblighi stabiliti dal presente regolamento da parte dei prestatori di servizi intermediari".

¹⁴⁹ Cfr. N. HELBERGER, H.W. MICKLITZ, P. ROTT, *Eu Consumer Protection 2.0. The Regulatory Gap: Consumer Protection in the Digital Economy*, studio commissionato da Beuc, The European Consumer Protection, dicembre 2021, p. 16.

¹⁵⁰ G. ALPA, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali*, cit., p. 1.

¹⁵¹ Secondo Linee guida Commissione UE 2021, par. 4.2.7., "Le pratiche di personalizzazione basate sui dati nel rapporto tra impresa e consumatore comprendono la personalizzazione della pubblicità, sistemi di raccomandazione, la tariffazione, la classificazione delle offerte nei risultati di ricerca, ecc. Le norme e i divieti di principio contenuti nella direttiva possono essere utilizzati per contrastare le pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori oltre ad altri strumenti del quadro giuridico dell'UE, come la direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, il GDPR oppure la legislazione settoriale applicabile alle piattaforme online".

¹⁵² Ivi inclusi quelli di natura collettiva di cui alla direttiva 2020/1828/UE del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE (L 409/1), la quale si ripropone di governare i due fenomeni della globalizzazione e della digitalizzazione offrendo tutele improntate al principio di effettività e concernenti gli interessi collettivi (cfr. Considerando 1 e 7).

¹⁵³ Il singolo consumatore il cui interesse sia leso dalla pratica può invocare una tutela individuale (art. 11° dir. 29/95/CEE, come modificata dalla direttiva di modernizzazione).

¹⁵⁴ N. HELBERGER, O. LYNKEY, H.W. MICKLITZ, P. ROTT, *EU Consumer Protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project, BEUC, The European Consumer Organization, marzo 2021, p. 59: "Commercial practices are by nature a form of standardised marketing strategy. That is why the enforcement of possible infringements is put into the hands of consumer agencies or consumer organisations, or both. The CJEU has held that even commercial practices that target one single consumer come under the scope of application (CJEU C-388/13 UPC Magyarország ECLI:EU:C:2015:225), and the Omnibus Directive has granted consumers the individual right to pursue. This means that the consumer who is targeted individually may enforce their rights individually and is no longer dependent on collective enforcement, whether private or public".

¹⁵⁵ A riprova di ciò, il considerando 52 DSA, versione di gennaio 2022, in merito ai c.d. "nuovi modelli pubblicitari", basati sulla personalizzazione, constata come essi abbiano "...generato profondi cambiamenti nel modo in cui le informazioni sono presentate e hanno creato nuovi modelli di raccolta dei dati personali e modelli aziendali che potrebbero incidere sulla vita privata, sull'autonomia personale, ..., nonché agevolare la manipolazione e la discriminazione".

¹⁵⁶ Linee guida Commissione UE 2021, loc. ult. cit.

sume l'insieme dei doveri di cura e attenzione incombenti sul professionista, desumibili tenendo conto della natura della pratica, del settore e tipo di prodotto o servizio, nonché del consumatore medio destinatario della stessa.

Rispetto alle interazioni con il consumatore nei mercati digitali, simili doveri implicano che il professionista si astenga dal (e si adoperi per non) trarre vantaggio dalla condizione di asimmetria, in cui il consumatore medio versa, la quale non può essere colmata attraverso la sola trasmissione di informazioni.

Per le pratiche che comportano uso di RS, vanno tenuti in conto i «valori normativi che si applicano nell'ambito specifico dell'attività commerciale»¹⁵⁷. Rilevanza in merito assumono, dunque, innanzitutto, i doveri di protezione inerenti al rapporto contrattuale che si instaura (anche in via implicita) tra il fornitore del servizio e il destinatario. Per i servizi digitali oggetto della Proposta di DSA, inoltre, simili doveri costituiscono il corollario di una disciplina tesa a responsabilizzare il gestore di piattaforme di grandi dimensioni: quest'ultimo, in base ai risultati della valutazione dei rischi sistemici e dell'auditing indipendente cui deve sottoporsi annualmente (cfr. *retro*), individua e adotta adeguate misure di mitigazione di tali rischi, ivi incluse le misure atte a gestire quei rischi involontariamente discendenti da vizi del sistema di RS sviluppato da terzi (di discriminazione, manipolazione etc.).

Anche al requisito costituito dalla idoneità della pratica a distorcere il comportamento economico del consumatore medio occorre dare una estensione suscettibile di comprendere le pratiche di personalizzazione che impiegano RS.

E' noto che tale nozione tende ad essere interpretata estensivamente (ogni decisione direttamente collegata con decisione se acquistare o meno un prodotto, ad es., entrare in un negozio o visitare un sito Internet) e può comprendere comportamenti dei consumatori congruenti con il modello economico prescelto dal professionista. Allo stesso modo, nel valutare la capacità della condotta del professionista a menomare la libertà decisionale del consumatore medio, occorre tenere conto, tra gli altri elementi, del tipo di destinatario della stessa. Le pratiche di personalizzazione, per definizione, isolano un gruppo o un individuo, sulla base di caratteristiche, vulnerabilità, etc. (in sintesi, alla luce della sua suscettibilità rispetto alla pratica, ben nota al professionista che la mette in atto). E la disciplina in questione si presenta malleabile abbastanza da consentire di avere riguardo proprio all'individuo medio di tale

gruppo o addirittura al singolo preso di mira¹⁵⁸. A tale soggetto vanno parametrize le tutele legali, piuttosto che al modello astratto del consumatore informato e razionale, "arbitro del mercato"¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Così Linee guida Commissione UE – 2021, par. 3.7., per le quali anche il parametro del consumatore medio o vulnerabile può essere valutato alla luce del gruppo considerato e, se la pratica è altamente personalizzata, persino formulato dal punto di vista di una singola persona che è stata oggetto di specifica personalizzazione. Cfr. per i riferimenti dottrinali in merito già N. HELBERGER, B.F. ZUIDERVEEN, A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, cit., p. 1458.

¹⁵⁹ Cfr. già N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, secondo il quale, nel contesto "spersonalizzante" della produzione di massa, non c'è spazio per l'autonomia negoziale, nell'accezione che ci restituisce il codice civile (art. 1322), e residua soltanto la scelta del singolo, che spetta al diritto proteggere. Seguendo questa linea di pensiero e riportandola al presente, dinanzi a certi fenomeni dell'economia digitale, il diritto deve ergersi a difesa della libertà del singolo, più ancora che preoccuparsi dei di lui interessi economici.

¹⁵⁷ Cfr. Linee guida Commissione UE – 2021, par. 2.7.

