

Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale

16 Giugno 2020

Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale



Focus Team Leader

Tommaso Faelli

tommaso.faelli@belex.com

Tel. +39-02-771131



Autori

Marco Adda

marco.adda@belex.com

Tel. +39-02-771131

Tommaso Faelli

tommaso.faelli@belex.com

Tel. +39-02-771131

Maurizio Pappalardo

maurizio.pappalardo@belex.com

Tel. +39-02-771131

Giorgio Bitonto

giorgio.bitonto@belex.com

Tel. +39-06-845511

Vivian Grace Chammah

vivian.chammah@belex.com

Tel. +39-02-771131

Matteo Viani

matteo.viani@belex.com

Tel. +39-02-771131

La crescita dell'e-commerce a seguito dell'emergenza Covid-19: la tutela del consumatore e i profili antitrust

1. Introduzione

Tra le conseguenze indirette dell'epidemia Covid-19 colpisce il forte aumento che l'e-commerce sta avendo, in controtendenza rispetto alla forte crisi trasversale che stanno affrontando tutti i settori dell'economia.

L'aumento dei flussi delle vendite *online* sta così attirando anche l'attenzione delle autorità nazionali ed europee di vigilanza dei mercati, per le quali il monitoraggio di tale canale di vendita è diventato una vera e propria priorità d'*enforcement* non solo in una prospettiva antitrust, ma anche in un'ottica di tutela del consumatore.

Il nostro Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale delinea i profili di maggior criticità cui saranno esposti non solo gli operatori che si sono avvalsi per la prima volta dell'e-commerce per ovviare al distanziamento sociale, ma anche quelli già da tempo attivi sui mercati *online*.

2. L'e-commerce e il consumatore

Il sempre crescente ricorso alle vendite su *internet* ha una **duplice rilevanza sotto il profilo della tutela del consumatore** poiché, da un lato, l'e-commerce espone all'applicazione del Codice del Consumo anche quelle imprese (attive, ad esempio, nella produzione o nella distribuzione all'ingrosso) che prima non entravano mai in contatto diretto con il consumatore finale e, dall'altro, la trasparenza che caratterizza i mercati *online* consente alle autorità di monitorare le pratiche commerciali dei professionisti con una capillarità e un'efficacia non verosimilmente replicabile nei mercati *offline*.

Nel delineato scenario, le istituzioni europee stanno lavorando ormai da tempo all'armonizzazione e all'innovazione della disciplina di settore¹ e,

¹ Al riguardo, si considerino in via esemplificativa: (i) la Direttiva 2019/2161 (di prossima ricezione in Italia) che prevede l'aumento del tetto massimo delle sanzioni nei casi di tutela del consumatore e (ii) la proposta di Direttiva UE 2018/184 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

intanto, le autorità nazionali preposte alla tutela del consumatore hanno già iniziato a sanzionare numerose pratiche commerciali scorrette connesse al mondo delle vendite *online*. Per tale motivo, le imprese attive nell'*e-commerce* devono prestare sempre più attenzione a non violare i diritti dei consumatori ponendo in essere comportamenti illeciti, quali ad esempio:

- a) la pubblicizzazione di qualità che il prodotto consegnato non possiede;
- b) l'offerta di prodotti mostrati all'utente come disponibili se non effettivamente presenti in *stock*;
- c) l'utilizzo di prezzi fuorvianti (perché, ad esempio, celano *hidden costs* inevitabili o sovrapprezzi legati a determinate modalità di pagamento) o di prezzi personalizzati senza averne adeguatamente informato l'utente;
- d) l'ingiustificato e consistente aumento dei prezzi per i prodotti di prima necessità (si pensi ad esempio al recente aumento incontrollato dei prezzi di alcuni presidi sanitari volti a contenere il contagio da Covid-19);
- e) l'omissione di informazioni sui criteri adottati per ordinare i risultati di ricerca e sull'identità dei terzi inserzionisti (*i.e.* bisogna specificare se sono professionisti);
- f) la mancata vigilanza sulla genuinità delle recensioni dei prodotti commercializzati;
- g) la scarsa trasparenza nella redazione delle *policy* per la raccolta dei dati degli utenti;
- h) l'offerta di un inadeguato servizio di *customer care*; e
- i) l'affermazione ingannevole circa la scarsità dei beni per indurre gli utenti a finalizzare l'acquisto.

3. Le insidie sottese al *pricing online*

Guardando il fenomeno da un punto di vista *antitrust*, **lo spostamento di interi settori sul canale di vendita *online* avrà inevitabilmente una serie di riflessi sulla struttura concorrenziale di tali mercati.**²

Innanzitutto, perché su *internet* i consumatori interessati all'acquisto di un prodotto possono accedere in pochi *click* a informazioni di dettaglio sullo stesso e confrontare le offerte di numerosi operatori. Ciò comporta che nei mercati che approderanno all'*e-commerce*, i clienti beneficeranno di un abbattimento degli *switching cost* e delle asimmetrie informative, mentre le imprese dovranno far fronte a un netto aumento della pressione concorrenziale dovendo competere non più con i punti vendita limitrofi, ma con tutti gli operatori che effettuano consegne nella loro area di attività.

A ciò si aggiunga che, per effetto della digitalizzazione degli *store*, i commercianti non potranno più competere sulla qualità dell'esperienza

² In via esemplificativa, tra i settori che potrebbero essere interessati da questo fenomeno si considerino quelli della distribuzione al dettaglio dei seguenti prodotti: abbigliamento, elettronica di consumo, alimentari, cosmetici e farmaceutici.

d'acquisto offerta alla clientela, che al momento resta una prerogativa del canale di vendita tradizionale (*brick&mortar*).³

Alla luce di quanto sopra, si può ipotizzare che, a seguito del massiccio ricorso all'*e-commerce*, **in molti mercati assisteremo ad una standardizzazione dell'offerta che si diversificherà principalmente per il livello dei prezzi praticati.** Molti operatori, dunque, potrebbero ritenere preferibile coordinarsi tra di loro onde evitare feroci “guerre di prezzi” e il conseguente abbattimento dei margini di profitto.

Come noto, tuttavia, tali tipi di accordi sono vietati dalla disciplina della concorrenza e, pertanto, le autorità *antitrust* saranno solerti nel contrastarli. Si tratta infatti di fenomeni collusivi ben noti che, con specifico riferimento al mondo dell'*e-commerce*, potrebbero sia tradursi in forme di pressione che il produttore esercita sui distributori *online* affinché rispettino i prezzi raccomandati, sia concretizzarsi attraverso forme di coordinamento innovative come, ad esempio, l'utilizzo di algoritmi di prezzo⁴ i quali, secondo l'AGCM, potrebbero “*facilitare la stabilità di cartelli o la creazione di contesti di mercato favorevoli ad equilibri collusivi*”.⁵

4. Il delicato ruolo delle piattaforme *online*

Se davvero l'*e-commerce* diventerà il canale di vendita privilegiato per molti operatori, allora le piattaforme *online* (come i *marketplace*) diverranno sempre di più un punto di riferimento per i consumatori e, quindi, un *partner* commerciale ineludibile per i *retailer*.

Per tale motivo, **le piattaforme già oggi affermate potrebbero diventare veri e propri *gate keepers* di interi settori economici e tale ruolo condizionerebbe la loro libertà di agire sul mercato.**

In particolare:

- qualora una piattaforma dovesse raggiungere un'importanza tale da divenire il principale canale di vendita di un mercato, questa vedrà limitarsi la sua libertà di poter rifiutare arbitrariamente l'accesso al proprio portale ad un terzo;
- nel caso in cui il proprietario di una piattaforma dovesse avvalersi della stessa anche come distributore in concorrenza con operatori terzi, egli dovrebbe evitare di impostare criteri di funzionamento della

³ Si pensi, ad esempio, al valore aggiunto che un punto vendita fisico può dare al cliente riguardo la possibilità di (i) ricorrere alla consulenza di personale esperto, (ii) verificare e testare la qualità della merce prima dell'acquisto, oppure (iii) rimettersi ai consigli del commerciante di fiducia.

⁴ Si tratta di algoritmi che *inter alia* consentono alle imprese di modificare in automatico i prezzi praticati sulla base di variabili predefinite (quali, ad esempio, i prezzi dei concorrenti, le preferenze dei consumatori o l'andamento della domanda).

⁵ Cfr. AGCM, indagine conoscitiva sui Big Data (IC-53) pubblicata il 10 febbraio 2020, oggetto di approfondimento da parte del nostro Focus Team disponibile [qui](#).

piattaforma che potrebbero favorirlo rispetto ai suoi concorrenti a valle;

- le condizioni di accesso alla piattaforma non dovrebbero essere eccessivamente onerose, non solo in termini economici, ma anche ad esempio in termini di informazioni richieste. E ciò con riferimento sia ai professionisti che ai consumatori finali che accedono alla piattaforma.

Sul rapporto B2B tra le piattaforme *online* e le imprese che si avvalgono di esse per proporre sul mercato i propri prodotti o servizi, è intervenuto di recente il **Regolamento dell'Unione Europea n. 2019/1150**, volto a promuovere “*equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online*”.

Il Regolamento, che **entrerà in vigore il 12 luglio 2020**, prende le mosse da studi e consultazioni⁶ attraverso i quali la Commissione aveva fatto emergere i punti di maggiore difficoltà per le imprese che si avvalgono di servizi di intermediazione offerti dalle piattaforme *online*. Nell'ottica di **creare un equilibrio tra i doveri delle piattaforme e le legittime aspettative degli utenti commerciali**, il Regolamento prevede in particolare obblighi relativi:

- ai **termini e condizioni** (art. 3) dei servizi di intermediazione *online*, che devono essere redatti in modo semplice e comprensibile, essere facilmente reperibili per gli utenti commerciali, comprendere alcune informazioni obbligatorie, e poter essere modificati unilateralmente dal fornitore solo nel rispetto di determinate regole e termini di preavviso;
- alla **limitazione, sospensione e cessazione dei servizi** (art. 4), che deve essere motivata, notificata in anticipo all'utente commerciale (salvo obblighi di legge o casi di violazione ripetuta dei termini e condizioni da parte dell'utente) e prevedere la possibilità per l'utente di chiarire eventuali fatti e circostanze all'interno di un sistema di gestione dei reclami;
- alla **trasparenza** da parte dei fornitori di servizi di intermediazione e dei fornitori di motori di ricerca circa i **principali parametri che determinano il posizionamento dei diversi operatori** (art. 5), ivi compresa la possibilità di influire sul posizionamento a fronte di un corrispettivo versato dall'utente commerciale, e circa l'eventuale **trattamento differenziato** (art. 7) che i fornitori di servizi di intermediazione e di motori di ricerca riservino ai prodotti e servizi offerti da essi stessi, o da soggetti da essi controllati, tramite il proprio servizio di intermediazione o il motore di ricerca;

⁶ "Business-to-Business relations in the online platform environment", Technical Report, Olga Batura, Nicolai van Gorp et al., 2017, disponibile [qui](#); European Commission; "Business-to-Business relations in the online platform environment - data access, (re-)use and portability", report del laboratorio organizzato presso la Commissione Europea il 19 ottobre 2016.

- all'istituzione di un **sistema interno di gestione dei reclami** (art. 11) e alla possibilità per gli utenti di ricorrere alla **mediazione** (art. 12) per la risoluzione di eventuali controversie che non siano state risolte tramite il sistema di gestione dei reclami.

Particolare centralità assume l'art. 9, relativo all'**accesso ai dati** forniti dagli stessi utenti o dai consumatori attraverso l'uso dei servizi di intermediazione da parte degli utenti commerciali. Il problema dell'opacità di alcune piattaforme circa le condizioni alle quali gli utenti commerciali possono accedere ai dati da essi stessi generati tramite l'uso della piattaforma, o ai dati aggregati risultanti anche dall'uso di altri utenti, era emerso come particolarmente sentito dagli operatori all'esito degli studi effettuati dalla Commissione – un rilievo che non sorprende visto il ruolo critico che le analisi basate sui dati svolgono nell'orientare le decisioni commerciali nella sfera del digitale.

Per affrontare questa esigenza, l'art. 9 del Regolamento prevede l'inserimento nei termini e condizioni di *“una descrizione relativa all'**accesso tecnico e contrattuale, o alla mancanza di tale accesso, da parte degli utenti commerciali, ai dati personali o ad altri dati, o a entrambi, forniti dagli utenti commerciali o dai consumatori per l'uso dei servizi di intermediazione online in questione o generati tramite la fornitura di tali servizi?**”*. Il paragrafo successivo identifica poi i **principali contenuti delle informazioni che devono essere fornite agli utenti**, ossia:

- a) “la possibilità o meno del **fornitore** di servizi di intermediazione online di accedere ai dati personali o ad altri dati, o a entrambi, **che gli utenti commerciali o consumatori forniscono per l'uso dei servizi di intermediazione online in questione o generati tramite la fornitura di tali servizi** e, in caso di accesso, le categorie di dati interessate e le condizioni;*
- b) la possibilità o meno di **un utente commerciale** di accedere ai dati personali o ad altri dati, o a entrambi, **da lui forniti in relazione all'uso dell'utente commerciale dei servizi di intermediazione online in questione o generati tramite la fornitura di tali servizi o forniti dai consumatori dei beni e servizi dell'utente commerciale** e, in caso di accesso, le categorie di dati interessate e le condizioni;*
- c) a integrazione della lettera b), la possibilità o meno di **un utente commerciale** di accedere ai dati personali o ad altri dati, o a entrambi, **anche in forma aggregata, forniti o generati mediante la fornitura di servizi di intermediazione online a tutti gli utenti commerciali e ai relativi consumatori** e, in caso di accesso, le categorie di dati interessate e le condizioni; e*
- d) **la fornitura o meno a terzi dei dati di cui alla lettera a)**, *assieme a, qualora la fornitura di tali dati a terzi non sia necessaria per**

il corretto funzionamento dei servizi di intermediazione online, l'informazione che specifica lo scopo di tale condivisione dei dati nonché le possibilità di cui dispongono gli utenti commerciali per esimersi da tale condivisione dei dati.”

5. Aspetti fiscali dell'e-commerce

Infine, è importante rilevare come l'incremento delle operazioni commerciali effettuate *online* è stato accompagnato negli ultimi anni dall'introduzione di nuove misure fiscali disciplinanti, in particolare, fattispecie di natura transnazionale.

La disciplina IVA dell'e-commerce è, infatti, uno degli ambiti che ha subito le modifiche più rilevanti. Tali modifiche sono state introdotte su impulso di una serie di direttive comunitarie recentemente recepite dal legislatore nazionale - che riguardano principalmente i criteri di individuazione del luogo di effettuazione dell'operazione e le modalità di assolvimento dell'imposta. Fra queste si segnalano in particolare:

- per quanto riguarda l'e-commerce diretto B2C, i nuovi criteri di individuazione del luogo di effettuazione delle “prestazioni di servizi rese tramite mezzi elettronici”⁷, individuato nel paese di residenza del committente (salvo eccezioni); e
- per quanto riguarda l'e-commerce indiretto B2C, i nuovi criteri di individuazione del luogo di effettuazione delle “vendite per corrispondenza”, individuato nel paese di residenza del committente (salvo eccezioni).

⁷ Ai sensi dell'art. 7 del Reg. (UE)282/2011:

“1. I «servizi prestati tramite mezzi elettronici», di cui alla direttiva 2006/112/CE, comprendono i servizi forniti attraverso Internet o una rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione.

2. In particolare, rientrano nell'ambito d'applicazione del paragrafo 1:

- a) la fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti;
- b) i servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web;
- c) i servizi automaticamente generati da un computer attraverso Internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario;
- d) la concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito Internet che operi come mercato on line, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer;
- e) le offerte forfettarie di servizi Internet (Internet service packages, ISP) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato (vale a dire, il forfait va oltre il semplice accesso a Internet e comprende altri elementi, quali pagine con contenuto che danno accesso alle notizie di attualità, alle informazioni meteorologiche o turistiche, spazi di gioco, bosting di siti, accessi a dibattiti on line, ecc.);
- f) i servizi elencati nell'allegato I”.

Per questo genere di operazioni⁸, viene inoltre previsto un sistema di riscossione semplificato denominato MOSS (“*Mini One Stop Shop*”) che consente agli operatori di non identificarsi in ciascuno Stato UE verso cui effettuano tali operazioni.

In tale contesto, preme segnalare una **rilevante novità** che **riguarda alcune operazioni effettuate tramite l’uso di un’interfaccia elettronica (cd. “*marketplace*”)**. A partire dal 1° luglio 2021⁹, l’IVA dovuta in relazione sia a (i) importazioni di beni da Paesi terzi e oggetto di vendita per corrispondenza sia a (ii) cessioni di beni effettuate da soggetti stabiliti al di fuori dell’Unione europea nei confronti di consumatori finali, sarà riscossa per il tramite del soggetto che facilita l’utilizzo del *marketplace*, considerato - ai soli fini IVA - come rivenditore di detti beni.

Anche sotto il profilo delle imposte dirette, preme evidenziare come gli aspetti fiscali della *digital economy* rappresentino uno degli argomenti maggiormente dibattuti sia in ambito internazionale che domestico.

Nell’ambito della normativa fiscale domestica, si segnalano le modifiche apportate all’art. 162 del TUIR - avente ad oggetto la definizione di “stabile organizzazione” - dalla Legge di Bilancio 2018 con l’obiettivo di adeguare la normativa interna alle indicazioni fornite in sede OCSE ad esito del Progetto BEPS nei report “*Action 1*” e “*Action 7*”¹⁰. In proposito, la Legge di Bilancio 2018, *inter alia*, ha:

- integrato la c.d. “**lista positiva**” delle fattispecie tipiche di stabile organizzazione “materiale” **introducendo il concetto di “presenza economica significativa”**¹¹;
- modificato la c.d. “**lista negativa**”. In proposito, si rileva che prima delle modifiche apportate dalla Legge di Bilancio 2018, la c.d. “lista negativa” conteneva un elenco di attività che, in virtù del loro carattere preparatorio o ausiliario, erano considerate

⁸ Oltre che per le importazioni di beni effettuate da parte di soggetti extra UE (ma identificati in UE) nei confronti di consumatori privati.

⁹ https://ec.europa.eu/taxation_customs/news/taxation-commission-proposes-postponement-taxation-rules-due-coronavirus-crisis_en.

¹⁰ Il Progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) si inserisce nell’ambito delle iniziative finalizzate a contrastare le politiche di pianificazione fiscale aggressiva da parte delle imprese multinazionali. Nell’ambito del progetto BEPS sono state individuate 15 specifiche aree di intervento i cui esiti sono confluiti in altrettanti report denominati “*Action*”. L’ “*Action 1*” ha ad oggetto le principali tematiche di natura fiscale nell’ambito dell’economia digitale. L’ “*Action 7*” riguarda le tematiche connesse alla definizione di “stabile organizzazione”.

¹¹ In particolare, ha introdotto al comma 2 dell’art. 162, del TUIR, la lettera f *bis*) che prevede che configuri stabile organizzazione “*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*”. Contestualmente, è stato abrogato l’art. 162, comma 5 del TUIR volto a escludere la configurabilità di una stabile organizzazione nel caso di disponibilità a qualsiasi titolo di “*elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi*”.

irrilevanti ai fini dell'esistenza di una stabile organizzazione. L'evoluzione degli assetti organizzativi delle attività imprenditoriali, con particolare riferimento al commercio elettronico, ha condotto alla necessità di rivedere i criteri definitori della categoria in esame.

In particolare, si è reso necessario verificare se le attività descritte nella norma in oggetto mantenessero ancora un carattere "preparatorio" o "ausiliario" rispetto ai nuovi schemi organizzativi delle imprese multinazionali. In tale contesto, la Legge di Bilancio 2018 ha riformulato la c.d. "lista negativa" di cui all'art. 162, comma 4 del TUIR introducendo il nuovo comma 4-bis in virtù del quale le esclusioni previste nella c.d. "lista negativa" si applicano solamente a condizione che le attività ivi elencate siano di carattere "preparatorio" o "ausiliario". È quindi espressamente previsto che **l'attività esercitata in Italia ricompresa in una di quelle contenute nella c.d. "lista negativa", si qualifichi come ausiliaria o preparatoria a seguito di un'analisi che valuti caso per caso il rapporto con l'attività svolta dalla casa madre;**

- introdotto la c.d. "*anti-fragmentation rule*". A completamento delle modifiche apportate alle attività "preparatorie" o "ausiliarie", la Legge di Bilancio 2018 ha inserito il comma 5 dell'art. 162 del TUIR che introduce la c.d. "*anti-fragmentation rule*". La norma è finalizzata a **contrastare le strategie volte all'utilizzo strumentale della c.d. "lista negativa" perseguite dalla singola impresa o da più imprese tra loro correlate, tramite il frazionamento delle attività** che - pur potendo singolarmente essere ritenute preparatorie o ausiliarie - costituiscono funzioni complementari rientranti nell'ambito di un business connesso e unitario.

Nel contesto di tale evoluzione normativa si segnala inoltre la **recente introduzione nell'ordinamento italiano della c.d. "web tax"**, ovvero sia un'imposta¹², dovuta solo in caso di superamento di determinate soglie, pari al 3% del corrispettivo pattuito nell'ambito di transazioni B2B relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici nei confronti di soggetti residenti in Italia, nonché delle stabili organizzazioni in Italia di imprese non residenti.

In conclusione, oltre alle novità normative accennate, meritano di essere segnalate alcune tematiche fiscali che riguardano il mondo dell'*e-commerce* in generale (sia nazionale che internazionale), i cui impatti non possono essere trascurati in fase di elaborazione del *business plan*. Si fa riferimento,

¹² Come è stato già rilevato (<https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/insight-the-italian-web-tax-never-implemented-and-already-outdated>), rivestendo i caratteri dell'imposta indiretta, la **web tax italiana, nella sua attuale formulazione, comporterebbe una doppia imposizione** sia in capo ai soggetti residenti che in capo ai soggetti non residenti che operano nei confronti di operatori italiani.

ad esempio, a (i) nuovi modelli di gestione degli aspetti logistici, (ii) erogazione di servizi correlati (finanziamenti, garanzia sui prodotti, servizio di reso, assistenza post-vendita, etc.), (iii) possibilità di pagamento con *voucher* o *criptovalute*.



Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diversi ambiti di attività con *focus* su innovazione e trasformazione digitale.

Tommaso Faelli
Proprietà intellettuale

Vittorio Pomarici
Lavoro

Marco Adda
Fiscale

Maurizio Pappalardo
Antitrust

Giulia Bianchi Frangipane
Societario

Federico Vezzani
Regolamentare

Alessandro Musella
Societario

Gianpaolo Ciervo
Bancario

Barbara Napolitano
Societario