

## GUIDO SMORTO

### I contratti della sharing economy

*SOMMARIO - Scopo di questo breve saggio è avviare una prima riflessione sulle implicazioni giuridiche, in particolare nel diritto dei contratti, delle nuove forme economiche — comunemente definite con l'espressione «sharing economy» — basate sull'accesso condiviso ai beni e sulla disintermediazione.*

I. - La nascita dell'economia della condivisione. Nel 2014 il comitato economico e sociale europeo ha pubblicato un importante parere sull'impatto delle attività di produzione e scambio riconducibili alla «maniera tradizionale di condividere, scambiare, prestare, affittare e regalare ridefinita attraverso la tecnologia moderna e le comunità» (1). Il documento si spinge a predire che la diffusione di queste nuove pratiche — solitamente accomunate sotto l'etichetta di «sharing economy» (2) — determinerà la trasformazione concettuale del lavoro e la soluzione alla crisi economica e finanziaria e darà risposta alle emergenze sociali contribuendo al rilancio dell'economia.

Possono sembrare affermazioni eccessive, ma di certo sono condivise da molti osservatori. Le nuove forme economiche modificano l'assetto di numerosi comparti — trasporti, turismo, informatica, editoria, industria dell'intrattenimento — e conquistano importanti quote di mercato (3). La ragione principale della rapida affermazione di originali modalità di produzione e di scambio è da ricondurre al progresso tecnologico degli ultimi anni. La nascita di Internet e lo sviluppo delle nuove tecnologie (logistica, sistemi di localizzazione Gps, smartphone) hanno causato un radicale abbassamento dei costi di comunicazione, di coordinamento e di monitoraggio dei comportamenti.

Questi progressi tecnologici hanno dato origine a due fenomeni che stanno alla base di molte delle nuove strutture economiche. Il primo è l'affermarsi della c.d. «economia dell'accesso», ossia di modalità di fruizione dei beni basate sull'accesso temporaneo e condiviso in alternativa all'acquisto ed al consumo proprietario. Il secondo è la «disintermediazione», ossia la riduzione del ruolo e del numero degli intermediari tradizionali, che ha permesso in molti settori di eliminare tanti passaggi della catena di produzione e distribuzione e ha consentito l'incontro degli attori economici privati su piattaforme on line a costi molto ridotti.

Nascono così mercati nuovi e prassi commerciali inedite.

Di fronte ad uno scenario del genere si impone una riflessione sulle regole giuridiche, a partire dai contratti che governano queste transazioni e dal ruolo da riconoscere all'autonomia privata ed all'autoregolazione che caratterizzano molti di questi fenomeni.

A dispetto delle molte questioni aperte, in Italia come all'estero l'elaborazione sulle regole della sharing economy è ancora agli inizi.

II. - *Accesso e disintermediazione*. Come detto in apertura, negli ultimi anni sono emerse nuove forme di consumo basate sull'accesso temporaneo alle risorse in alternativa all'acquisto ed al c.d. consumo proprietario. Sfruttando le possibilità di coordinare l'uso condiviso di uno stesso bene su vasta scala, si affermano pratiche dirette ad utilizzare al meglio la funzionalità delle risorse.

I mercati per i quali si registra il passaggio dalla vendita alla fornitura di servizi hanno caratteristiche ben precise. Investono beni con una capacità in eccesso rispetto all'uso individuale e che nell'economia tradizionale sono acquistati dal singolo e pertanto sottoutilizzati. Sono risorse rinnovabili o a decadimento rapido: beni soggetti ad una sistematica sottoutilizzazione da parte del proprietario (l'automobile, gli attrezzi da lavoro), ad una perdita di valore dopo l'uso (libri, film DVD, giocattoli) o destinati a soddisfare bisogni circoscritti nel tempo (vestiti per bambini).

I servizi di carsharing sono forse l'esempio più riconoscibile e diffuso di questa transizione, la quale investe tanti altri settori che in passato ruotavano attorno alla vendita: oggi diventa possibile abbonarsi ad una fornitura periodica di giocattoli (toy library), accedere ad un deposito di attrezzi da lavoro (tool library), affittare costose borse firmate.

Questa economia dell'accesso si articola secondo due modelli organizzativi principali.

Talvolta sono le imprese proprietarie dei beni che, anziché cedere la proprietà attraverso singole vendite, li noleggiavano a fronte del pagamento di denaro sotto forma di iscrizioni, abbonamenti, tariffe (diverse case automobilistiche hanno iniziato ad offrire servizi del genere).

Altre volte l'impresa opera da semplice intermediario su beni altrui facilitando l'incontro degli utenti ed i profitti derivano generalmente da una commissione legata a ciascuna transazione effettuata dalle parti. Gli esempi più noti si registrano nel mercato degli alloggi (Airbnb) e del trasporto urbano (Uber).

Il secondo fenomeno alla radice di molte pratiche di condivisione peer to peer è la c.d. disintermediazione.

L'innovazione tecnologica ha favorito la riorganizzazione dei processi produttivi e di vendita e ha reso superflui in molti settori gli intermediari tradizionali, riducendo così in modo talvolta significativo i passaggi della filiera ed i relativi costi. È diventato possibile scambiare direttamente tra privati beni fisici (swap o bartering), beni immateriali («banche del tempo») e prodotti digitali (file sharing) a costi contenuti e in molti casi prossimi allo zero. Per le stesse ragioni si diffonde la «finanza distribuita» in cui prestatori e prenditori di denaro fanno a meno dell'intermediazione bancaria ed entrano direttamente in contatto tra loro secondo formule svariate, dal p2p lending (Zopa, Prosper) al crowdfunding (Kickstarter, Indiegogo).

L'effetto congiunto dei due fenomeni — accesso e disintermediazione — ha determinato una drastica riduzione di costi per alcuni mercati tradizionali aprendo nuove opportunità di tipo

economico e sociale. E ha favorito fenomeni di c.d. commodification, ossia di creazione *ex novo* di mercati prima inesistenti (i beni «passaggio in auto» o «stanza libera», ad esempio, fino ad un recente passato non potevano essere scambiati o condivisi, se non in pochi casi posti ai margini del fenomeno economico, mentre oggi diventano oggetto di mercati profittevoli).

III. - *Tipi e strutture contrattuali*. Da questa prima descrizione emerge chiaramente come nella sharing economy rientrano modelli di produzione e scambio assai diversi fra loro.

Nella prassi degli affari stanno emergendo molti tipi contrattuali nuovi — swap, crowdfunding, carsharing — riconducibili in larga parte alla vendita, alla permuta o alla prestazione di servizi (art. 57 T.fue).

Sotto il profilo organizzativo, in alcuni casi l'impresa gerarchica di tipo tradizionale mantiene una posizione di centralità; in altri cede il passo a nuove strutture organizzative; in altri ancora manca del tutto.

Per quel che riguarda l'inquadramento dei contratti della sharing economy, occorre distinguere innanzitutto i diversi rapporti che si instaurano tra le parti e considerare separatamente quelli che interessano i privati e quelli che legano le parti private al professionista. Ciascuno di questi due piani attinge, infatti, ad una disciplina almeno in parte diversa.

Il contratto concluso tra l'impresa che eroga il servizio ed il cliente è chiaramente un contratto b2c (business to consumer), con la conseguenza che, in deroga alle norme ordinarie, è soggetto al regime più protettivo per la parte debole che informa la disciplina consumeristica, in una logica di protezione di uno dei contraenti, giudicato strutturalmente più debole per ragioni di forza economica e di asimmetrie informative.

Il contratto concluso tra le parti private (p2p), al contrario, rientra nella disciplina di diritto comune, la quale assume a modello un incontro tra soggetti privati in grado di decidere senza interferenze esterne il miglior assetto di interessi ed in cui l'ordinamento interviene solo eccezionalmente a sindacare quanto deciso dalle parti, per ragioni legate innanzitutto alla formazione della volontà negoziale o all'esistenza di conseguenze su terzi o sulla collettività.

Occorre poi distinguere i contratti a titolo oneroso da quelli a titolo gratuito, una partizione che nell'economia della condivisione assume fisionomie inedite. Nella sharing economy, infatti, le tradizionali forme di remunerazione e di profitto sono ridefinite in modi nuovi che la semplice dicotomia tra scambio di mercato e dono fa fatica a catturare. Si diffondono sistemi che si basano sulla contribuzione volontaria («pay as you wish»), sulla diversificazione dell'offerta gratuita e a pagamento (ad esempio, con le formule «freemium»), sulla creazione di servizi e sulla vendita di beni complementari (4).

Alcuni di questi modelli rispondono a logiche di scambio di mercato e di reciprocità piena e sono orientati al profitto, magari secondo schemi innovativi; altri contemperano scopi sociali e ritorno economico; altri ancora si inscrivono nella logica della condivisione

secondo una reciprocità c.d. indiretta, in cui la contropartita è solo eventuale.

IV. - *La piattaforma on line.* Una delle questioni che è emersa con maggiore frequenza investe la posizione del soggetto che gestisce la piattaforma on line.

In particolare, occorre stabilire quali siano i confini della responsabilità dell'intermediario per gli inadempimenti e le condotte illecite di una delle parti a danno dell'altra o di terzi danneggiati. Può l'intermediario che ha messo in contatto i contraenti ed assistito la transazione invocare la propria estraneità al rapporto? La questione è tutt'altro che chiara.

Finora la strategia delle imprese della sharing economy è stata quella di negare questo tipo di responsabilità e contemporaneamente di offrire strumenti alternativi di prevenzione e soluzione delle controversie. Solitamente le condizioni generali di contratto pubblicate nei siti peer to peer descrivono la piattaforma come semplice «marketplace», luogo virtuale di incontro tra pari dove questi concludono direttamente accordi in piena autonomia. Tale impostazione è confermata da altre clausole ricorrenti nella prassi commerciale, in cui si esclude esplicitamente che il gestore della piattaforma sia parte del contratto stipulato tra gli utenti e si precisa che questi non ha alcun controllo sulla condotta delle parti ed è esonerato da ogni responsabilità «nei limiti massimi consentiti dalla legge».

A regolamenti contrattuali così fatti si affianca solitamente la creazione di strumenti volti a ridurre il rischio di eventuali condotte dannose. È frequente l'offerta volontaria di garanzie e mezzi di tutela di varia natura: copertura assicurativa in caso di imprevisti o incidenti, depositi cauzionali, strumenti privati di risoluzione delle controversie.

Un posto centrale nell'architettura di queste piattaforme occupano i c.d. sistemi «reputazionali», i quali attestano la valutazione degli agenti economici attraverso feedback e rating, in modo da favorire il flusso informativo e l'instaurazione di un clima di fiducia. Nonostante questi dispositivi attenuino almeno in parte il rischio di condotte lesive (v. *infra*, par. VI), la questione sul piano giuridico mantiene intatta la propria rilevanza.

Un primo criterio per stabilire quale sia il regime di responsabilità del professionista che gestisce la piattaforma attiene al modello di governo e di controllo della transazione economica adottato dalla piattaforma. Mentre in alcuni casi il sito funge da semplice strumento tecnologico di incontro tra privati, i quali concludono l'accordo nella massima autonomia, in altri l'intermediario mantiene il controllo della transazione. Ciò avviene, ad esempio, irreggimentando gli scambi tra i privati con regole precise, impedendo che la comunicazione avvenga fuori dal sito, mantenendo l'esclusivo controllo delle informazioni scambiate e, più in generale, stabilendo le condizioni dell'accordo tra pari. Ne discende che la responsabilità dell'intermediario va intesa con maggior rigore in presenza di un controllo centralizzato e di tipo proprietario, per diminuire via via fino a scomparire nel caso di

infrastrutture di tipo aperto, nelle quali gli utenti mantengono il pieno controllo della negoziazione e la piattaforma funge soltanto da strumento tecnico che facilita l'incontro.

Un secondo criterio investe la valorizzazione della dimensione unitaria dell'affare. Nella valutazione del ruolo dell'intermediario occorre, pertanto, apprezzare l'eventuale connessione funzionale tra contratti distinti, ma che concorrono a disegnare l'affare nel suo complesso, essendo caratterizzati da unicità sul piano economico e teleologico. Ciò comporta il riconoscimento di rimedi contrattuali per i terzi estranei al singolo contratto ma che risultino colpiti in qualità di parti di contratti collegati e la rimodulazione del rischio in considerazione dell'intero assetto dell'affare anziché del singolo contratto.

V. - *Gli accordi «extra commercium»*. In alcuni casi la condivisione e la collaborazione tra pari si svolge in assenza di un vero e proprio sistema di prezzi o di comandi gerarchici.

Pur implicando lo sfruttamento economico delle risorse, queste pratiche si svolgono al di fuori delle logiche di mercato e di legami di tipo giuridico in senso stretto. Rientrano in questo schema un ampio spettro di attività, in cui l'accento è posto sulla comunità e sulla circostanza che ciò che viene messo in comune — beni, servizi, competenze — sia di persone fisiche che non perseguono uno scopo di lucro.

L'esempio forse più noto è quello della condivisione dell'auto e dei relativi costi, attraverso l'uso turnario (carpooling) o contemporaneo (ridesharing). Ed allo stesso modello si ispirano anche le banche del tempo.

In molti casi queste pratiche operano grazie ad un sistema di punti e crediti o a valute complementari e non standard (l'esempio più interessante in Italia è quello del Sardex).

L'uso del denaro è spesso escluso, manca generalmente un meccanismo analitico di registrazione dei flussi di dare e avere e, anche quando questo esiste, non determina l'insorgere di obblighi o diritti in senso stretto.

Il successo di ciascun modello concorrente — di mercato o sociale — dipende da molte variabili: le caratteristiche del bene, le pratiche diffuse in un dato momento storico e soprattutto i costi di funzionamento di ciascun modello (costi transattivi) ed i diversi meccanismi di trasmissione delle informazioni (5).

A tal proposito, è interessante notare come il principale vantaggio legato alla condivisione di tipo sociale riguarda la minore esattezza dell'informazione richiesta. A differenza di quanto accade nel mercato, dove ogni transazione esige un alto grado di specificazione dei comportamenti e dei risultati perché si possa stabilire un prezzo, la stessa precisione non è richiesta per gli scambi sociali (6). Questa peculiarità, che in molti casi può rappresentare uno svantaggio, in talune circostanze si rivela particolarmente utile, ad esempio per gestire comunicazioni più sottili e sfumate. Poiché i sistemi sociali richiedono un tasso inferiore di formalizzazione e confidano in larga

parte su sistemi taciti di apprendimento, non hanno gli stessi problemi di chiarezza, precisione, computabilità, propri delle strutture di mercato e si rivelano più adatti di quelli di mercato a veicolare informazioni meno codificabili (7).

VI. - *Autonomia privata, «reputazione» e risoluzione dei conflitti.* In ciascuna delle sue declinazioni la sharing economy si basa su una logica di autogoverno dei rapporti modellati dall'autonomia privata.

La prima e più evidente ragione di questa tendenza è legata alla natura transfrontaliera dei rapporti che si instaurano in rete, posti al di fuori di un ordinamento nazionale definito e di un sistema di norme chiaro.

La seconda e più profonda ragione deriva dall'idea che l'economia tra pari possa autoregolarsi grazie alla mole di informazioni disponibili in rete, organizzate in sistemi di valutazione che le utilizzano per stabilire la reputazione commerciale di ciascun individuo (8).

La crescita esponenziale delle informazioni e degli strumenti di monitoraggio dei comportamenti ha, infatti, mitigato significativamente i problemi di asimmetrie informative che tradizionalmente affliggono i mercati.

In questo quadro il ruolo dell'ordinamento giuridico cambia radicalmente.

Il monitoraggio e la sanzione delle devianze gestiti dalle comunità — c.d. peer reviewing o peer monitoring — si rivelano un'alternativa non solo credibile, ma addirittura più efficace rispetto alla giurisdizione statale.

Come dimostra la corposa letteratura sul governo dei commons, la decisione privata è spesso più rapida e meno costosa ed è più probabile che venga eseguita spontaneamente dagli interessati. Inoltre, i meccanismi decisionali privati adottano generalmente regole e soluzioni in linea con le esigenze del particolare contesto, in una logica di «relation preserving» anziché di «end-game norms» (9) e quasi sempre con maggiori informazioni (10).

Nella nuova economia della condivisione nascono, dunque, alternative sempre più efficaci al sindacato giudiziale.

VII. - *Come cambia il diritto dei contratti nell'età della sharing economy. Una riflessione di sintesi.* Al di là dell'inquadramento tipologico e della disciplina applicabile, i contratti della sharing economy esibiscono alcuni tratti di fondo su cui in chiusura merita di essere spesa qualche parola.

Un primo elemento degno di nota riguarda la progressiva trasformazione del contratto da strumento di allocazione del rischio a dispositivo per governare l'incertezza entro un processo di tipo collaborativo e ripetuto. Sempre più spesso le parti rinunciano a specificare *ex ante* gli obblighi reciproci attraverso previsioni dettagliate e si affidano a dichiarazioni di intenti e di principio in cui sono precisati solo gli aspetti essenziali della relazione — obiettivi, strategie, principi di fondo — mantenendo aperto lo spazio ad una successiva revisione dell'accordo.

Questa tendenza si rafforza in condizioni di perdurante incertezza quando le possibili azioni da intraprendere ed i risultati da conseguire mantengono un'ineliminabile vaghezza o difficoltà di specificazione formale e nel caso di comportamenti difficilmente osservabili (11).

L'incompletezza del contratto (12) non sempre è un male — come afferma la teoria economica — ma talvolta diventa un pregio. In molti casi le parti preferiscono gestire le sopravvenienze riservandosi di modificare gli accordi raggiunti con una flessibilità maggiore di quella che deriverebbe da una definizione dettagliata delle clausole contrattuali. L'opportunismo è così contenuto tramite meccanismi di fiducia e collaborazione costruiti all'interno di relazioni durature piuttosto che attraverso puntuali clausole contrattuali.

In altri casi, soprattutto in quelli più lontani da logiche di mercato, l'intero accordo e la relazione tendono a sottrarsi alla dimensione giuridica *tout court*. Sempre più spesso si distinguono i documenti con rilevanza verso l'esterno ed aventi valore legale (ad esempio, l'acquisto in comune di un bene) da quelli interni, cui si attribuisce un valore giuridico limitato o inesistente. Si creano protocolli, memoranda, dichiarazioni di intenti, che si affiancano ai contratti formali. Il linguaggio è volutamente semplice, anche a rischio della imprecisione sul piano giuridico. È frequente la clausola che esclude valore legale all'accordo raggiunto e molto spesso si stabilisce che, in caso di controversia, si faccia ricorso alla mediazione o a soluzione di tipo stragiudiziale al di fuori delle regole giuridiche (13).

Sul piano dei modelli teorici di spiegazione si torna a valorizzare la categoria dei c.d. «contratti relazionali», la quale legge il contratto come strumento attraverso cui instaurare una relazione complessa e proiettata nel tempo. In questa prospettiva, punto di riferimento esclusivo non è più solamente il testo formalizzato nel documento scritto, ma l'intera relazione tra le parti per come si è sviluppata nel tempo (14).

Sulla stessa scia si osserva che il governo dei rapporti tra agenti economici si fonda sempre più spesso su un insieme di obbligazioni formali ed azionabili in giudizio e di impegni impliciti giuridicamente irrilevanti (c.d. «contratti per l'innovazione») (15).

### VIII. - *La sfida del futuro. Regolare la sharing economy.*

L'affermarsi delle nuove forme economiche apre scenari che trascendono il diritto dei contratti per spaziare dalla sicurezza dei prodotti alla tassazione, dall'urbanistica alla concorrenza fino al diritto del lavoro.

Le cronache riportano ogni giorno di scontri sulle regole da applicare. Il caso scoppiato a Milano tra i tassisti e Uber, la compagnia che gestisce un servizio di trasporto urbano basato su una rete di autisti non professionisti, è solo il più conosciuto in Italia. L'accusa è oramai nota. Molti dei nuovi attori economici sono tacciati di operare in comparti fortemente regolati senza rispettarne le prescrizioni. In questo modo — si osserva — non viene garantita la qualità del servizio, la sicurezza e l'incolumità del cliente, la trasparenza del mercato.

Del resto, se esistono regole per la sicurezza delle strutture alberghiere e per i taxi, se l'intermediazione bancaria deve essere svolta da soggetti affidabili e solidi — in una parola, se le regole esistenti non hanno un carattere arbitrario ma rispondono a logiche precise di tutela della collettività —, occorre chiedersi se queste stesse regole non debbano applicarsi anche a chi svolge attività in qualche modo riconducibili al medesimo settore. Soprattutto se gli operatori della nuova economia possono di fatto agire al di fuori delle regole stringenti (e quindi costose) che incombono sugli operatori tradizionali, i primi si trovano a godere di un indebito vantaggio competitivo.

La replica dei fautori della sharing economy è che queste norme sono anacronistiche e discriminatorie. La scelta sembra essere tra l'estensione delle regole vecchie ai nuovi attori economici («regulating up») e una revisione drastica delle regole applicabili ai comparti tradizionali («deregulating down»).

La risposta degli ordinamenti giuridici è stata finora contraddittoria.

Nella prima sentenza del genere in Italia, il Giudice di pace di Genova ha annullato una multa per esercizio abusivo dell'attività di taxi comminata dalla polizia locale del capoluogo ligure a un guidatore Uber Pop (16).

All'opposto, in Belgio e in Spagna decisioni di tribunale hanno dichiarato illegittima l'attività della stessa società, suscitando le reazioni del commissario europeo all'agenda digitale (17). In Francia è in vigore dal gennaio 2015 una legge (Loi Thevenoud) che di fatto ne inibisce le attività, ma già si discute di rivederla.

Negli Stati Uniti è stata aperta un'indagine conoscitiva nei confronti di Airbnb (18) e la SEC (Securities and Exchange Commission) ha concluso un'istruttoria su Prosper, una società di prestiti p2p, per verificare il rispetto delle regole sull'intermediazione nel credito (19).

Nel frattempo, l'autonomia privata continua a sperimentare formule ogni volta nuove di condivisione. L'agenzia per il trasporto aereo nordamericana (Federal Aviation Administration) ha vietato il ricorso al ridesharing per gli aerei (20). Mentre la municipalità di San Francisco ha dichiarato illegittimo un servizio con il quale gli utenti si scambiavano a pagamento informazioni sui parcheggi liberi (21).

La questione è, dunque, aperta e investe aspetti di centrale importanza per l'economia e la crescita: la revisione degli strumenti regolativi, l'individuazione dei «fallimenti del mercato», il riconoscimento di uno spazio entro il quale sperimentare l'innovazione, la tutela della concorrenza e dei consumatori.

In questo scenario le tutele civili possono essere chiamate a svolgere un ruolo di primo piano: caratterizzate da una prevalente funzione riparatoria *ex post* delle conseguenze di eventuali illeciti, sembrerebbero più adatte della regolazione *ex ante* di stampo amministrativo a fissare regole di comportamento senza soffocare la libertà di iniziativa e l'innovazione (22).

In ogni caso è necessario formulare risposte chiare. Nel parere del comitato economico e sociale citato in apertura si esorta la commissione europea a definire un quadro regolamentare certo a

livello europeo, a partire dalle tutele dei consumatori nel nuovo contesto economico. Il rischio altrimenti è quello di lasciare amministrazioni locali e giurisdizioni inferiori ad affrontare da sole e con armi spuntate un fenomeno epocale.

Hanno fatto scalpore due recenti sentenze gemelle della corte distrettuale della California, a pochi passi da quella Silicon Valley che ha visto nascere le imprese della sharing economy. Chiamate a pronunciarsi sull'inquadramento giuridico degli autisti di Lyft e Uber, hanno entrambe ammesso candidamente di non avere strumenti di decisione adeguati e concluso che le regole giuridiche lasciate in eredità dal ventesimo secolo non sono in grado di dare risposte alle organizzazioni economiche del nuovo secolo (23).

Il paradosso della sharing economy è proprio questo: stiamo assistendo alla nascita di nuove forme economiche, ma non sappiamo quali regole applicare e, talvolta, neppure se interi settori siano legali. Comunque la si pensi, è arrivato il tempo di cominciare a dare risposta a questi interrogativi.

#### **ABSTRACT** - *Contracts in the Sharing Economy.*

This short essay aims at presenting a first account of contracts in the so-called sharing economy, a whole new economic system based on access and disintermediation.

--- Estremi documento ---

[Archivio Foro italiano](#)

**Tipo documento:** monografia

**Autore:** GUIDO SMORTO

**Titolo:** I contratti della sharing economy

**Nella rivista:** Foro it. anno 2015, parte V, col. 221