

CONSUMERS' FORUM

PRESENTA



***Consumerism 2016.
Nono rapporto annuale.***

**“Dalla sharing alla social
economy”**

IN COLLABORAZIONE CON

 ROMA
TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

CONSUMERS' FORUM

e

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

presentano

CONSUMERISM 2016

Nono Rapporto annuale

Dalla sharing alla social economy

Il lavoro riflette esclusivamente le opinioni dei singoli Autori e non rappresenta le posizioni ufficiali di Consumers' Forum.

INDICE

Premessa (*Liliana Rossi Carleo*) pag. 7

Introduzione

**Dalla *sharing*, alla social verso la *shadoweconomy*:
l'Europa in transizione** (*Fabio Bassan – Maddalena Rabitti*) pag. 8

Verso una nuova economia (*Maria Letizia Magno*)

1. Premessa.
2. La strategia europea verso un'economia nuova
3. *Smart vision and mission*
4. *Smart cities*
5. L'esperienza nazionale
6. La recente riforma digitale italiana
7. Sicurezza e *privacy* dei sistemi digitali: *OPEN DATA* e la tutela dei dati personali
8. Conclusioni

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI pag. 24

Le *app* di comunicazione sociale. Mutamenti del mercato e nuovi bisogni di protezione del consumatore nella prospettiva digitale (*Valentina Angelini*)

1. Considerazioni introduttive
2. La continua evoluzione del mercato digitale: le *app* di comunicazione sociale
3. Regole e mutamenti del mercato. Esigenza di nuovi paradigmi di tutela?
4. Il consumatore interconnesso come protagonista del possibile cambiamento regolatorio: il ruolo dell'AGCOM

***Video-sharing*: quali tutele per il consumatore sulle piattaforme di video *online*?** (*Francesca Pellicanò*)

1. Premessa
2. Le piattaforme *online*. La comunicazione della Commissione Europea e prospettive future
3. Le piattaforme di *video-sharing* e la proposta di revisione della Direttiva SMAV

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO pag. 35

I mercati della "*condivisione sociale*" in Europa e in Italia. Il ruolo cruciale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (*Sara Perugini*)

1. Premessa
2. Il modello della *sharing economy*
3. Gli orientamenti della Commissione Europea in tema di economia collaborativa
4. Ambito nazionale: la proposta di legge in tema di "*Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*"
5. Segue: criticità del modello regolativo proposto
6. *Social economy*: cenni
7. Conclusioni

BANCA D'ITALIA pag. 52

Il *social lending* tra *sharing economy* e dimensione "*social*" (*Giorgia Biferali*)

1. *Sharing economy* ed interessi tutelati tra attività riservate e attività non riservate
2. Il *social lending* e l'Autorità Bancaria Europea
3. Il *social lending* e disciplina degli Istituti di pagamento
4. Il *social lending* tra norme ed esigenza di tutela

Il ruolo dell’Autorità nel fenomeno del “social lending” (Francesco Della Rocca)

1. Premessa
2. Quadro normativo italiano applicabile al fenomeno del “social lending” e in particolare all’impresa “peer to peer lending”
3. Funzione e poteri di Banca d’Italia nell’attuale quadro normativo
4. Possibili scenari di tutela: un nuovo ruolo di Banca d’Italia nella tutela dei soggetti coinvolti o un ritorno alle “sole” regole e limiti dettati dal Codice Civile per l’autonomia privata?

Dai bitcoins agli smart contracts: la tecnologia Blockchain (Alfonso Ingenito)

1. Dai bitcoins agli *smart contracts*:
2. La *Blockchain*: il funzionamento e le caratteristiche della nuova tecnologia
3. Gli (indefiniti) settori di possibile impiego della *Blockchain*: da quello bancario e finanziario, alle nuove frontiere dei *social networks*

IVASS

pag. 74

Assicurazioni e reti di servizi sociali: profili di vigilanza (Andrea Luberti)

CONSOB

pag. 78

Le recenti forme di e-business finanziario e il ruolo della Consob (Alessandro Lomoro)

1. Introduzione
2. L’evoluzione del mercato e le nuove problematiche connesse
3. L’avvento dello *shadow finance system*
4. Conclusioni

AUTORITÀ PER L’ENERGIA ELETTRICA, IL GAS E IL SISTEMA IDRICO

pag. 84

Le Smart Grid nel nuovo paradigma di mercato (Maria Chiara Sole)

1. La regolamentazione delle *Smart Grid*: stato dell’arte e nuove evoluzioni
2. Da un sistema piramidale ad un sistema a rete: quali effetti sui consumatori?
3. Il coinvolgimento dei consumatori e le implicazioni sociali delle *Smart grid*

Superamento delle tutele di prezzo e collective switching: la Tutela Simile (Antonio Affinito)

1. Introduzione
2. Alcune esperienze Europee
3. La Tutela Simile: i soggetti coinvolti
4. Le modalità di accesso alla Tutela Simile: il sito centrale
5. Condizioni contrattuali nella Tutela Simile: un esempio di tutele crescenti
6. Conclusioni

Canone RAI “in bolletta” (Cristiana Lauri)

1. Bolletta 2.0: fisiologia e patologia di un nuovo modello
2. Le novità per gli utenti nella legge di stabilità 2016
3. Aspetti regolatori al vaglio di AEEGSI e AGCM
4. Natura giuridica del canone: ripensamenti nel sistema della pluralità delle reti
5. Il valore del POD. Un nuovo strumento per il *social*?

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI

pag. 108

Il nuovo mercato dei trasporti tra servizio pubblico e piattaforme digitali (Aldo Corvino, Paolo Occhiuzzi)

1. L’evoluzione del settore dei trasporti e profili problematici
2. Nuovi modelli e servizio pubblico: opportunità e criticità
3. Le regole e l’ART
4. Strumenti di tutela

La cooperazione internazionale e le iniziative italiane *(Susanna Sandulli, Angelica Saccoccio)*

1. I rapporti tra Europa e Stati Uniti. La dichiarazione di inadeguatezza del Safe Harbor e il Privacy Shield
2. L' *Internet of Things* e il *Privacy Sweep* 2016: obiettivi di trasparenza, sicurezza e libertà. In particolare la domotica

Novità legislative tra regole e principi *(Susanna Sandulli, Angelica Saccoccio)*

1. Il nuovo Pacchetto sulla protezione dei dati personali. Riflessioni
2. L'attività di profilazione e l'identità digitale
3. La Dichiarazione dei diritti in Internet

I *social networks* e l'identità digitale *(Susanna Sandulli)*

1. La questione della *cybersecurity* e della *privacy online* nei *social networks*. In particolare la tutela del diritto all'immagine nella nuova era digitale.

Gli Autori

pag. 137

PREMESSA

(Liliana Rossi Carleo)

Presentare il Nono Rapporto Annuale di Consumers' Forum rappresenta una conferma e, nel contempo, un incentivo a proseguire un proficuo e costante dialogo con le Autorità.

La conferma è nella evidente necessità di non potere e di non dover arrestare un dialogo che appare sempre più necessitato dalle incessanti e rapide spinte innovative.

Queste spinte sono testimoniate, come si avverte fin dalla premessa, dalla rapida transizione che si registra dalla *sharing* alla *social economy*, che, a sua volta, già consente di intravedere una *shadow economy*.

Il dialogo consente di evitare il rischio che innovazione e, di conseguenza, accelerazione si trasformino da modalità in valori fondanti di una economia che solo su di esse pretende di reggersi.

L'incentivo a proseguire trova ragione nel guardare, come ci dice ancora la premessa, all'Europa in transizione.

Secondo la prassi ormai consolidata si palesa, in tal modo, il *fil rouge* dell'indagine: la ricerca, guardando nel concreto ai diversi settori e alle diverse modalità che non consentono il riferimento ad un modello unico e ben definito, mira ad individuare le cause del fenomeno e ad analizzarne le conseguenze.

Ciò al fine di evitare che i mutamenti impediscano di ascoltare la voce di chi, pur senza percepire il nuovo come pericolo, miri a ridisegnare i contorni e i caratteri dei diversi attori che a vario titolo partecipano al nuovo scenario del mercato, prendendo atto della orizzontalità e, quindi, della complessità della rete di relazioni, che supera la schematica "contrapposizione" tra due soggetti.

I cambiamenti impongono uno sforzo comune al fine di ricercare responsabilità e tutele, tenendo conto che lo stesso scenario nel quale tutto ciò si muove non può di certo considerarsi neutro visto che contano sempre meno i "soggetti" e sempre più le "relazioni" e il sistema entro il quale esse si svolgono.

INTRODUZIONE

Dalla *sharing*, alla *social* verso la *shadow economy*: l'Europa in transizione (Fabio Bassan, Maddalena Rabitti)

Il lavoro di quest'anno costituisce un'evoluzione, verso un modello *social*, dello studio dello scorso anno sulla *sharing economy*. Superata la superstizione della gratuità della condivisione, nuovi soggetti operano su mercati anch'essi parzialmente nuovi, ottengono ricavi significativi, gestiscono dati che riguardano la sfera non solo economica di centinaia di milioni di persone. Nonostante il fatto che i settori in cui operano siano fortemente regolati, lo spazio in cui si muovono è sostanzialmente privo di regole.

Uno spazio, l'economia *social*, insidioso; tutto sembra accada alla luce del sole, ma quella che si vede è la punta dell'*iceberg*. Nasce dalla *sharing economy*, dalla condivisione, sfrutta la rete, i *social network*, le *app*. Il consumatore ha assunto il ruolo dell'agente efficiente che orienta il mercato, quando non lo crea. Quando è *prosumer* poi, crea domanda e offerta.

La sensibilità degli studiosi avverte di fare attenzione agli errori cognitivi, o induce a riflettere sul ruolo che deve assumere il legislatore che, in questa materia, potrebbe anche limitarsi ad essere un *architetto delle scelte*, orientando con spinta gentile, senza costringere né sanzionare. In questa prospettiva gli unici paletti necessari sembrano legati al rispetto della legalità.

Ma ciò che appare, non è ciò che necessariamente esiste. La consapevolezza dei consumatori, perseguita dall'Unione, non può essere intesa nel senso finora indicato. Rinunciare alla tutela di alcuni diritti anche della personalità per vantaggi economici è un'opzione possibile? E se sì, è compatibile con il *welfare* e i principi generali del diritto continentale? Uno spazio privo di regole nega la possibilità di un ordine giuridico del mercato.

La consueta indagine orizzontale consente di individuare le cause del fenomeno e analizzarne le conseguenze.

Tra le cause, l'evoluzione tecnologica, che caratterizza la *social economy* rende le attività da un lato transnazionali, dall'altro difficilmente rintracciabili (opache). L'economia ombra non è più (solo) quella del PIL sommerso: è anche la *shadow finance* (la digitalizzazione dei servizi finanziari, il *fast trading*, il *black coin*, tutti servizi che comportano il superamento dell'intermediazione classica), la *shadow banking*, la *shadow insurance*, lo *shadow transport* ecc...

L'economia ombra rende i paesi membri dell'Unione Europea non diversi, su un piano concettuale, dalle economie di transizione con una doppia valuta. A regolazione di dettaglio fa fronte un'area intera non regolata. E questo assume rilevanza particolare, quando la regolazione è uno dei driver del mercato; in alcuni mercati, l'unico. Il fenomeno è evidente anche nei mercati tradizionali, quale ad esempio l'audiovisivo, in cui l'evoluzione ha condotto verso una *shadow media*, che per l'impatto che riveste sulla società, potremmo, senza pudore, chiamare *shadow culture*.

In tutti i settori regolati, l'azione delle istituzioni europee (la Commissione, per prima, ma anche la Banca Centrale e le Agenzie e Autorità) è diretta a riavvicinare i due mondi. La tecnica usata è quella con cui si spengono gli incendi: eliminare il combustibile, abbassare la temperatura, togliere l'ossigeno. Le fiamme vengono prima perimetrate poi ridotte. Questo avviene, nei settori regolati, mediante CONTAMINAZIONE. In particolare, alcune forme di regolazione e controllo vengono applicate anche in ambiente *shadow*. Al contempo, vengono ridotti alcuni vincoli nei mercati tradizionalmente iper-regolati.

Questo comporta almeno due conseguenze. La prima è che per eliminare i vincoli sui mercati tradizionali si inizia a tornare a strumentazione antica, non adeguata alla *fast regulation*. In molti settori si rivedono direttive di armonizzazione minima, che riproducono una concorrenza tra ordinamenti che, nell'Unione, si pensava ormai superata in modo definitivo.

La seconda conseguenza è che lo strumento suggerito dalla legislazione europea per il recepimento o l'attuazione negli ordinamenti è l'autoregolamentazione. Che ha dato prove contrastanti, finora, nei diversi settori, ed è stata risolutiva solo dove e quando, nei mercati, gli operatori hanno concordato una regolazione condivisa. E che richiede poteri più incisivi per le autorità nazionali, che costituiscono l'unico filtro e controllo. Inoltre, la co-regolamentazione, o l'autoregolamentazione, con cui finora l'Unione ha ritenuto di colmare il *gap*, confidando nella capacità del mercato di individuare le regole del gioco e rispettarle, sembra funzionare più in alcuni settori (le comunicazioni, la televisione) che in altri.

Infine, a una regolazione europea quasi eccessiva fa da *pendant* un difetto di regolazione nella fase attuativa, perché gli stati non hanno adottato le norme applicative dei regolamenti, o perché hanno recepito le direttive (pure, di armonizzazione minima) con norme fotocopia. Di nuovo: a fronte di una regolazione europea di dettaglio nell'Unione troviamo un'applicazione nazionale spesso inerte.

Il prezzo per l'applicazione di regole minime nei mercati *shadow* è dunque la riduzione delle tutele nei mercati tradizionali. Tutele che però non sono ritenute più tutte necessarie neanche dai consumatori, i quali sono disposti, a fronte di una qualità ridotta o una quasi gratuità del servizio, a rinunciare ad alcuni dei propri diritti (il fenomeno UBER, nei tra-

sporti, è sintomatico). Giurisdizione, diritto applicabile, risoluzione delle controversie, carte dei servizi, sembrano sempre più stringenti nei contenuti e nelle procedure, ma in verità sono più ridotte quanto al perimetro soggettivo: restano estranei i soggetti che operano sui mercati transnazionali. Anche il ruolo del servizio pubblico, con le sue tutele, inizia a venire in discussione, e con questo - ma siamo ancora all'inizio - l'intero modello di *welfare* europeo (continentale).

Non in tutti i paesi però: e questo apre un tema ulteriore, quello della concorrenza tra ordinamenti originata non nella fase legislativa dell'Unione, ma in quella applicativa, negli stati membri. Recepimenti e attuazioni diverse portano nell'Unione di fatto una regolazione *à la carte*, che incide in modo significativo sugli assetti competitivi. Determinante questo, quando la regolazione diventa il *driver* del mercato. *Digital single market* nelle comunicazioni, mercato unico nella finanza, Unione, addirittura, nel settore bancario. Ma la ripartizione asimmetrica delle competenze tra Unione e Stati porta risultati incompleti, contraddittori, controproducenti in alcuni casi, in cui, con la regolazione, il mercato viene instradato in direzioni precise, salvo poi contare i feriti quando la direzione cambia e qualche impresa non riesce ad riorientare il *business*, perché non pronta o perché ha fatto eccessivo affidamento sul vaticinio regolatorio.

Ma di nuovo: ciascuna Autorità esercita poteri diversi (alcune hanno anche potere di segnalazione al parlamento) su mercati che affrontano questi fenomeni con dinamiche e velocità diverse: il mercato si sviluppa di più e più rapidamente in assenza di regole, e poi lotta per evitarne l'introduzione. Sembra quasi vedere riproporsi, in chiave contemporanea, il dibattito sul riparto di competenze tra Stato e Autonomia dei privati, segnato dalla lotta per difendere i confini.

Ora, il ponte levatoio tra i due mondi (tradizionale e *shadow*) che le istituzioni europee e nazionali stanno faticosamente calando può essere considerato un cuneo disgregante (perché una catena non è più forte del suo anello più debole), o un'opportunità creata dalla de-regolamentazione. Entrambe le opzioni sono sostenibili; attenzione però meritano le tutele e il ruolo che si vuole attribuire al servizio pubblico. Altrimenti, saremo costretti a rassegnarci alla narrativa dominante, che vuole la globalizzazione incompatibile con le tutele, il servizio pubblico, il nostro modello di *welfare* o, come stanno tentando in tutti i modi di farci credere, la democrazia.

Il settore delle comunicazioni elettroniche riproduce in dettaglio lo schema sopra rappresentato. Si discute in queste settimane la riforma della Direttiva SMAV proposta dalla Commissione, che consente agli stati membri di adottare nei confronti delle piattaforme di *video sharing* misure per la tutela dei minori, contro la pornografia, l'incitamento all'odio, la violenza, il terrorismo, nonché per la tutela dei consumatori. Lo strumento da utilizzare sarà l'autoregolamentazione. La responsabilità dei *provider* resterà quella attuale, limitata a un'attività di rimozione su segnalazione (*notice and action procedure*). A fronte di ciò, nei settori tradizionali sarà consentita (questa, la proposta iniziale) una maggiore flessibilità in materia di pubblicità e *product placement*: verrebbero meno i limiti orari di affollamento pubblicitario, i divieti di *spot* isolati, ecc...

Lo strumento utilizzato è una Direttiva di armonizzazione minima, che (re)introduce il principio del paese d'origine, e imporrà dunque - se adottato - forme di mutuo riconoscimento. Con tutto quello che quarant'anni di giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione comporta, ivi incluso il rischio di "discriminazioni a rovescio", dove gli operatori nazionali vengono trattati in modo peggiore rispetto ai concorrenti di altri paesi europei.

Gli *shadow media* impongono anche una rivisitazione del ruolo del servizio pubblico, che non può limitarsi alle trasmissioni tradizionali e anzi proprio sui nuovi *media* gioca il suo ruolo più importante, non solo di informazione ma di nuova alfabetizzazione.

L'AGCM deve ripensare il proprio ruolo di garante della concorrenza e del mercato nella doppia prospettiva della *Sharing Economy* - il cui tratto caratterizzante è il modello della condivisione tra pari, cui è estranea la logica verticale del rapporto professionista consumatore - e della *Social Economy*, con l'ingresso di nuove figure sul mercato di incerta qualificazione che operano al di fuori delle regole vigenti e impongono un ripensamento della disciplina.

In questo rapporto si esamina il quadro normativo proposto in materia di *Sharing Economy* (con particolare riguardo alla proposta di legge 3564/2016) per valutare se, e in che modo, soddisfi l'esigenza di bilanciare la tendenza alla *self regulation* con una regolamentazione di tipo tradizionale, che contraddistingue il rapporto tra professionisti e consumatori, in chiave di tutela della concorrenza e dei consumatori. Centrale è disciplinare i requisiti di accesso al mercato dei prestatori di servizi e delle piattaforme di collaborazione e le relative responsabilità.

L'AGCM, per altro verso, è - insieme all'AGCom - l'autorità che più di altre può regolare il fenomeno della *shadow economy*: perché può segnalare al legislatore, e perché può intervenire sul mercato direttamente, quando gli *shadow operators* nei vari settori si coordinano, si concentrano o acquistano posizioni di dominio. In assenza di una fiscalità comune, la risposta principale in Europa e negli stati membri non può che essere (in prima battuta) questa.

Social lending / lending crowdfunding si misurano nel settore bancario con le attività riservate. Le frontiere rischiano di diventare mobili, di nuovo, a causa dell'evoluzione tecnologica, che consente al contempo di superare le intermediazioni e i confini nazionali. L'intervento dell'autorità bancaria europea (EBA) in materia (con una *Opinion* specifica nel febbraio 2015) ha tracciato linee-guida, richiamando l'applicazione della disciplina degli istituti di pagamento. Nel

nostro ordinamento, Banca d'Italia applica alla fattispecie il comma 4 dell'art. 114-novies del TUB. Rimangono aperti fronti che, se non in ambito europeo, andrebbero disciplinati in ambito nazionale, quanto da un lato ai controlli e alla gestione dei rischi - estendendo ad esempio la disciplina vigente per gli istituti, anche in questo caso per analogia - e dall'altro lato alle forme specifiche di tutela dei consumatori che queste nuove forme di disintermediazione dell'attività richiedono. Perché il *social* non diventi *shadow*, prestatore, richiedente e piattaforma necessitano di regole (agili) e tutele. In un mercato tra i più fortemente regolati, eventuali lacune rischiano di diventare buchi nella rete.

Nelle assicurazioni si ripropongono in *toto* i temi generali: la Direttiva UE appena pubblicata – 2016/97 (IDD) –sulla distribuzione assicurativa prevede un'armonizzazione minima, che concede ampio spazio alle regole applicative nazionali e quindi alla concorrenza tra ordinamenti. Considerate le ridotte barriere all'ingresso nel mondo della distribuzione, la scelta regolatoria non è priva di conseguenze.

Attualmente le autorità europee (EIOPA ESMA e EBA) lavorano a una ricognizione congiunta che potrebbe portare a raccomandazioni e/o *best practices*, con una regolamentazione di nuovo fondata su un approccio volontaristico, se non di autoregolazione almeno di co-regolamentazione, e in cui il tema della *shadow insurance*, più volta affrontato dall'IVASS sia sul piano teorico sia con iniziative concrete, emerge in modo ormai dirompente.

Analogamente, la questione della POG (*Product, Oversight e Governance*), affrontata dalle tre autorità mediante linee-guida, imporrà a breve un controllo della filiera prodotto/target/rete di vendita, che dovrà essere valutata sui profili di adeguatezza e appropriatezza.

Anche in questo settore, le tutele rischiano di perdere il ruolo preminente, perché la digitalizzazione consente oggi una profilatura dettagliata del cliente, che introduce i temi della *privacy* ma non solo (si pensi a come verrebbe modificato il profilo della mutualità).

Nei mercati finanziari i profili generali sopra indicati sono tutti presenti e vengono declinati con modalità particolarmente insidiose per i consumatori. Il combinato disposto di: normative europee dettagliate ma non complete, e dunque soggette a elusione; lo sviluppo di una *shadow finance* che raccoglie risorse sul mercato mediante *commercial papers*, ricorrendo a una leva finanziaria opaca, utilizzando collateral di dubbia liquidità, avulsi da un contesto regolatorio chiaro; la negoziazione massiva degli scambi su piattaforme alternative (*Multilateral Trading Facilities*, o internalizzatori sistematici) anch'esse non pienamente regolate; lo sviluppo del *trading on line* spesso influenzato da *chat rooms* o *Internet Discussion Sites* (IDS) coordinati in via diretta o indiretta ma comunque opaca da operatori professionali; la difficoltà a individuare in modo corretto la propensione al rischio degli investitori, a causa di moduli di profilazione sempre più complessi. Tutto ciò rende il sistema vulnerabile e il consumatore privo di tutele, che è difficile configurare in modo corretto a fronte di una complessità di un sistema in perpetuo mutamento.

Nel settore elettrico il fenomeno dello *sharing* che diventa *social* è declinato in modo peculiare. Il *social* è utilizzato dalle imprese, dal legislatore, dai consumatori-produttori. A noi interessa il profilo consumeristico, per cui guardiamo il fenomeno da questa prospettiva.

Un profilo rilevante in tal senso è quello dell'autoproduzione e del contestuale consumo, fenomeno ancora non regolato. Il PROSUMER è un consumatore ibrido. Non immette energia nel sistema, la consuma lui, autoprodotta. Occorre immaginare forme di tutele particolari, nuovi diritti. Obblighi, sicuramente, perché ad esempio il PROSUMER non partecipa all'ammortamento della rete elettrica. Si dovrà pensare a forme di indennizzo, anche applicando per analogia la giurisprudenza consolidata sul distacco delle utenze autonome nel riscaldamento dei condomini, dove comunque una partecipazione minima alle spese comuni è dovuta.

Un secondo profilo riguarda l'utilizzo della piattaforma e della modalità *social* per la c.d. "Tutela Simile", che è nell'ennesima legge sulla concorrenza ma che (nonostante questo) dovrebbe essere approvata. La Tutela Simile è il *social* utilizzato dall'autorità. L'AEEGSI muove dalla prospettiva di creare maggiore concorrenza nel mercato *retail* anche grazie a una domanda più consapevole e più attiva per migliorare la concorrenza nel mercato. Il bilanciamento è in questo caso volto ad assicurare un servizio universale ai clienti che non sono in grado di trovare un fornitore nel mercato libero e buone regole del gioco per coloro che scelgono invece il mercato libero. In questa chiave va letta la deliberazione 369/2016/r/EEI che ha riformato i meccanismi di mercato per la tutela del prezzo e istituito la tutela Simile al mercato libero.

In questo processo assume rilevanza il ruolo dei clienti: solo un cliente ben informato e che ha fiducia nel mercato può godere di un vantaggio e di un mercato competitivo. A un necessario arretramento sul terreno della tutela del prezzo deve corrispondere un maggior sostegno per il consumatore che gli consenta di superare il *gap* negoziale e informativo con il consumatore. È questo il compito affidato all'Autorità, che deve garantire la correttezza delle forme con cui si superano le tutele di prezzo, lo *switching* correlato e la predisposizione del sito centrale della Tutela Simile.

Del resto, nel 2018 il mercato sarà davvero libero per tutti. Fino a quella data una parte rilevante dell'utenza che non ha mai cambiato gestore e che paga molto più di quanto potrebbe, deve essere "attaccata", per ridurla e abbattere così

i costi complessivi di sistema. Le esperienze anglosassoni sono aggressive: il *database* degli utenti affezionati al vecchio è stato distribuito agli operatori, i quali concorrono (tutti insieme, spesso) a una “spinta gentile” ma non troppo. Il modello italiano dell’AEEGSI consiste invece in un sito *web* che diminuisce i costi di fornitura (non c’è rete di vendita) e dovrebbe garantire sconti significativi rispetto ai contratti storici. Una soluzione più graduale ma forse più efficace.

Un terzo profilo riguarda di nuovo l’utilizzo delle tecnologie da parte dell’AEEGSI, con le cc.dd. tutele crescenti, mediane le quali la differenza tra domanda e offerta viene colmata non più solo con la tutela sul prezzo, ma anche con altre clausole contrattuali, derogabili a seconda della consapevolezza del contraente. In base al modello, più il rapporto è squilibrato, più ci si allontana dall’offerta *standard*.

Un quarto profilo concerne lo sfruttamento del modello *sharing* da parte del legislatore. Il punto di prelievo (POD, *point of delivery*) assume una rilevanza autonoma nei contratti: rileva sul piano contrattuale e fiscale. Sul POD si scaricano prima i diritti di morosità, ora il canone televisivo, domani chissà, la tassa patrimoniale.

Il contesto dunque, è quello di una regolazione specifica adottata dall’autorità in alcuni casi, dal legislatore nazionale in altri, nell’ambito della discrezionalità nazionale consentita da una regolazione europea di dettaglio ma non priva di lacune, che vengono evidenziate proprio dall’utilizzo degli strumenti *social*.

Un quinto profilo concerne il passaggio da un sistema piramidale a un sistema a rete, che coinvolge il consumatore del settore energetico specialmente sotto il profilo delle *smart grid*, che rappresenta l’interazione intelligente tra fase di produzione, consumo e immagazzinamento dell’energia. La dimensione *social* delle *smart grid* è centrale per il successo della rete per il nuovo ruolo assunto dal consumatore, che sceglie come e quanta energia elettrica utilizzare. Assumono rilievo anche gli studi di *consumer behaviour* per comprendere le scelte di consumo dell’energia elettrica (abitudine, risparmio di spesa, ambiente).

L’innovazione tecnologica ha sviluppato diverse forme di mobilità basate sulla condivisione del mezzo di trasporto: in questo mercato sono comparsi nuovi attori che offrono servizi, il cui inquadramento giuridico (tra i servizi della società dell’informazione e quelli di trasporto) è tuttora oggetto di riflessione, anche perché muta di continuo.

La disciplina del trasporto pubblico non di linea era pensata per un contesto diverso; oggi è necessario regolare i nuovi fenomeni, favorendo l’equilibrata integrazione tra vecchi e nuovi modelli di trasporto, identificando chiaramente la situazione giuridica di cui è titolare l’utente e i rimedi di cui dispone, ed evitando dunque che allo sviluppo di nuovi modelli di trasporto corrisponda un arretramento delle tutele.

C’è poi un mondo *social* che appare tuttora non adeguatamente colto dagli operatori nel settore dei trasporti, che lo guardano con diffidenza, perché introdotto dai *newcomers*. Esiste però oggi un *trade off* sul mercato, una partita che merita di essere giocata: il *social* utilizzato dagli operatori, e non solo dagli utenti, consente di attrarre la disciplina e le tutele dei trasporti ai nuovi servizi (o alle nuove modalità per fornire quelli già esistenti) e, dunque, di prevenire la nascita di *shadow operators*. Certo, occorre armonizzare le tutele nei vari settori, allineandole, per quanto possibile, ai *benchmark*. Se però manca oggi al mercato questo coraggio, lamentarsi poi dell’eccessiva libertà e dell’assenza di regole di cui godranno gli *shadow operators* potrebbe essere inutile. E comunque, sarebbe solo una battaglia di retroguardia.

La tutela della *privacy* costituisce il collante comune collettivo dell’attività di regolazione della *sharing economy* nel momento in cui diventa *social*, per prevenirne la trasformazione in *shadow*, o comunque regolarla.

Se la natura *sharing* dell’attività presupponeva gratuità nella condivisione, l’evoluzione verso il modello *social* ha comportato un travaso del valore collettivo (i dati) verso un numero ridotto di gruppi che li detengono, elaborano, scambiano. Più che in altri settori la regolazione presuppone qui un coordinamento internazionale, non solo europeo. La concorrenza tra ordinamenti si gioca infatti a un livello più alto. Così come la garanzia delle tutele, che dietro posizioni culturali ideologiche nasconde precisi interessi economici. Questo emerge quando gli interessi sono contrapposti (la maggior parte delle aziende di riferimento del settore nascono negli Stati Uniti). La recente vicenda del *Privacy Shield* è un esempio delle differenze tra Stati Uniti e Unione Europea in una zona nevralgica del campo di una partita complessa e con vari livelli di intensità e interpretazione.

Alle autorità nazionali spetta l’applicazione concreta di principi generali e a volta generici. Diverse tradizioni giuridiche, diverse sensibilità ai temi della sicurezza o dell’identità digitale, producono regolazioni nazionali anche molto diverse tra loro, anche nei paesi membri dell’Unione Europea, nonostante l’utilizzo sempre più ordinario dello strumento del regolamento, direttamente applicabile.

La fase *sharing* poteva essere autoregolamentata; quella *social* richiede un intervento costante e continuo. È il tempo delle scelte.

VERSO UN'ECONOMIA NUOVA

(Maria Letizia Magno)

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. LA STRATEGIA EUROPEA VERSO UN'ECONOMIA NUOVA. – 3. *SMART VISION AND MISSION.* – 4. *SMART CITIES.* – 5. L'ESPERIENZA NAZIONALE. – 6. LA RECENTE RIFORMA DIGITALE ITALIANA. – 7. SICUREZZA E *PRIVACY* DEI SISTEMI DIGITALI: GLI *OPEN DATA* E LA TUTELA DEI DATI PERSONALI. – 8. CONCLUSIONI.

1. PREMESSA

Il progresso tecnologico, cui si è assistito negli ultimi dieci anni, è stato talmente veloce, innovativo e, se si vuole anche invasivo, da condizionare non soltanto la struttura economica e giuridica dell'ordinamento europeo, unitariamente considerato, ma anche le interazioni sociali tra i singoli individui, e tra questi e le autorità pubbliche.

Le attuali logiche d'azione fanno parlare di "società di rete", che si caratterizza per la semplicità e l'immediatezza delle relazioni tra gli individui, per la possibilità di creare inedite sinergie e per l'emersione dell'intelligenza collettiva. In questo rinnovato tessuto sociale, le parole d'ordine diventano condivisione e partecipazione, e si assiste all'emersione di un nuovo paradigma economico che rifiuta le logiche verticali e trova la sua forza espansiva nella creazione paritaria e collettiva di beni e servizi condivisi.

Il mercato assume una fisionomia nuova, tale da imporre il ripensamento delle sue stesse regole. Di fronte al cambiamento del sistema economico e allo sviluppo continuo, inarrestabile e non arginabile di beni e servizi "social", si pone l'autorità statale chiamata a ripensare le regole giuridico-economiche sulle quali il sistema trova fondamento, e a riorganizzare la propria amministrazione pubblica sulla base dei nuovi principi.

Le questioni poste dalla nuova economia condivisa possono essere affrontate da un punto di vista generale o particolare. Nel primo caso, ci si riferisce alla regolazione del mercato complessivamente considerato, al ruolo delle norme statali e all'integrazione di esse con la regolazione di settore. Da un punto di vista particolare, invece, ci si riferisce al compito della amministrazione pubblica di favorire e rendere possibile tale sviluppo sociale. Posto, infatti, che ciò che caratterizza detto nuovo paradigma economico è proprio la sua conformazione collettiva e comune, le amministrazioni locali sono per prime chiamate a favorire tale espansione e a renderla possibile.

In un contesto socio-culturale in continua crescita, con un aumento della popolazione cui si contrappone un'inadeguatezza delle risorse disponibili, sorge la necessità di un miglioramento della vita urbana e quotidiana, con una gestione di beni e servizi che siano in grado di stare al passo con le costanti esigenze di innovazione e di sviluppo. Inoltre, la crescita e il conseguente invecchiamento della popolazione mondiale sta creando una forte pressione sul sistema pubblico il quale rischia di non avere, allo stato attuale, le risorse necessarie per far fronte a tale incremento di fabbisogni.

Le città si espandono, i piccoli centri ambiscono a diventare agglomerati urbani sempre più grandi e con un forte peso politico e finanziario, tale da garantire alla propria comunità un tenore di vita sostenibile, senza tuttavia rinunciare all'efficienza dei servizi e dei fabbisogni necessari ad una popolazione in aumento. La riduzione degli sprechi, siano essi di tipo economico, energetico o ambientale diventa il primo obiettivo da soddisfare per costruire realtà urbane partecipative e sostenibili. Il consumo, sia collettivo che individuale, responsabile e rispettoso, sembra poter essere oggi garantito dall'utilizzo efficiente delle nuove tecnologie informatiche.

Lo sviluppo tecnologico rappresenta, dunque, la migliore risorsa spendibile e il principale strumento su cui investire, in considerazione della sua versatilità in ogni settore della vita quotidiana.

2. LA STRATEGIA EUROPEA VERSO UN'ECONOMIA NUOVA

Nel marzo 2010 la Commissione europea ha elaborato la strategia Europa 2020 “per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” con lo scopo di rilanciare l'economia europea e di porre rimedio alla crisi che in soli due anni ha “cancellato un ventennio di risanamento del bilancio”, “vanificato anni di progressi economici e sociali e messo in luce le carenze strutturali dell'economia europea”. Per uscire dalla crisi, quindi, secondo le istituzioni, occorre segnare l'ingresso dell'Europa in una “economia nuova” caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale. Infatti, il mercato unico è stato pensato prima dell'avvento di internet e prima che le tecnologie dell'informazione e della comunicazione diventassero il principale motore di crescita, nonché prima che i servizi acquisissero una tale predominanza nell'economia.

Oggi le nuove tecnologie informatiche si pongono come gli strumenti indispensabili, nonché necessari e sufficienti per l'emergente *social economy*.

In quest'ottica, la strategia Europa 2020 individua tre priorità, nell'ambito delle quali si situano alcuni obiettivi specifici. In particolare, si tratta di garantire una crescita economica che sia: intelligente, cioè basata sulla conoscenza e sull'innovazione; sostenibile, cioè più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva, nonché inclusiva, ovvero che favorisca l'occupazione e la coesione sociale e territoriale.

Tra gli obiettivi specifici l'Europa si prefigge di: aumentare il tasso di occupazione per i cittadini di età compresa tra i 20 ed i 64 anni; favorire la ricerca e lo sviluppo prevedendo che il 3% del PIL dell'UE venga investito in R&S; abbattere del 20% delle emissioni di gas serra dovuti ad uso energetico rispetto al 1990 e del 40% entro il 2030; ridurre il tasso di abbandono scolastico ad un livello inferiore al 10% nonché garantire che almeno il 40% dei giovani di età compresa tra i 30 ed i 34 anni consegua una laurea; infine, ridurre del 20% il numero delle persone a rischio povertà.

Per garantire che ciascuno Stato membro adatti la strategia Europa 2020 alla propria situazione specifica, la Commissione europea propone che le finalità dell'Ue siano tradotte in obiettivi e percorsi nazionali.

Al fine di catalizzare i progressi relativi a ciascun tema prioritario, la Commissione ha presentato sette iniziative faro: 1. L'unione dell'innovazione, 2. *Youth on the move*, 3. Un'agenda europea del digitale, 4. Un'Europa efficiente sotto il profilo delle risorse, 5. Una politica industriale per l'era della globalizzazione, 6. Un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro, 7. La piattaforma europea contro la povertà.

Come si può intuire già a prima vista, la tecnologia svolge un ruolo determinante in ciascuna delle sette iniziative, rappresentando il motore per il raggiungimento delle priorità della strategia, la quale ha costituito il primo passo dell'Europa verso la creazione di una realtà economica che oggi potremmo definire con il termine “*smart*”.

3. SMART VISION AND MISSION

Il termine *smart* ricorre sempre più spesso. Lo si trova associato quasi ad ogni ambito della vita sociale ed economica, tanto del singolo quanto della comunità globale.

L'ambiente è *smart*, come lo sono i trasporti, l'energia, i telefoni cellulari, i parcheggi dei centri commerciali, gli ambien-

ti delle carrozze dei treni, lo sono i contratti e persino il cibo; per le auto *Smart* è addirittura nome proprio (il marchio *Smart* è stato registrato nel 1996 dalla *Smart GmbH*. Il termine deriva dall'acronimo di *Swatch Mercedes Art*, ad indicare la collaborazione tra la *Swatch Group* –società svizzera fondata nel 1983 e produttrice del celebre orologio *Swatch*– e la *Mercedes Benz*–casa automobilistica tedesca del gruppo *Daimler AG*).

Ma cosa vuol dire propriamente *smart*? Nel dizionario della lingua italiana *Garzanti* al termine *smart* vengono associati cinque diversi significati: elegante-alla moda, sveglio-intelligente-abile-furbo-brillante-spiritoso; forte-secco; rapido-veloce; grande-considerevole.

Nel dizionario inglese *Collins* dell'aggettivo *smart* vengono fornite dieci definizioni: *astute, as in business; clever or bright; quick, witty, and often impertinent in speech; fashionable, chic; well-kept, neat; causing a sharp stinging pain; vigorous or brisk; considerable or numerous; (of systems) operating as if by human intelligence by using automatic computer control; (of an electronic device) using digital communication technology to provide many of the functions of a computer, esp internet access and social networking apps; (of a projectile or bomb) containing a device that allows it to be guided to its target*. Da ultimo, il sito *wordreference* traduce dall'inglese all'italiano il termine *smart* come elegante, intelligente, brillante, sveglio, furbo, svelto e rapido. Non solo, dunque, l'aggettivo *smart* ha significati diversi, ma a ben vedere esso viene utilizzato anche al di là dei significati suoi propri, finendo per rappresentare un orizzonte indefinito di qualità, cosicché il termine *smart* si risolve essenzialmente in un modo di essere delle cose, delle persone e delle situazioni.

Smart, dunque, è un aggettivo polisemantico, nel senso che indica un insieme di qualità presenti contemporaneamente in un dato oggetto, in una persona o in una situazione, che non può essere tradotto nella lingua italiana se non attraverso una composizione di vari aggettivi che descrivono il predetto complesso di qualità per indicarne la maggiore o minore "intelligenza".

Definire *smart* una città, un telefono, un'automobile, una casa, una persona o una situazione, in fondo, vuol dire quasi tutto e quasi niente. Eppure è il termine al quale sempre più spesso si fa riferimento per descrivere una realtà in continuo mutamento, volta alla semplificazione della vita quotidiana, attraverso un utilizzo consapevole degli strumenti tecnologici a disposizione degli utenti finali.

Il termine compare ufficialmente per la prima volta nel 2011 quando l'Unione europea ha avviato l'iniziativa "*smartcities and communities*" con lo scopo di ottimizzare l'utilizzo delle risorse energetiche nelle città. Successivamente, nel luglio 2012 si è dato avvio alla *European Innovation Partnership on Smart cities and communities* allo scopo di ricercare soluzioni per il raggiungimento degli obiettivi climatici 20/20/20, ampliando l'iniziativa, oltre al settore energetico, anche a quello dei trasporti e delle ICT, avendo come riferimento le realtà urbane.

Infatti, come si legge nello *Strategic Implementation Plan* elaborato dalla EIP nell'ottobre 2013, le città stanno diventando sempre più il punto focale dell'economia europea e della società globale, a causa principalmente della crescente e continua urbanizzazione. Per questo le città hanno bisogno di cambiare e di evolvere, ma in considerazione della scarsità finanziaria, il cambiamento ha bisogno di avvenire in un modo intelligente: le nostre città hanno bisogno di diventare delle *smart cities* ("*cities are becoming more and more of a focal point for our economies and societies at large, particularly because of on-going urbanisation, and the trend towards increasingly knowledge-intensive economies as well as their growing share of resource consumption and emissions. To meet public policy objectives under these circumstances, cities need to change and develop, but in times of tight budget this change needs to be achieved in a smart way; our cities need to become "smart cities".*")

L'orizzonte urbano viene, dunque, considerato il luogo di elezione per lo sviluppo della nuova economia, anche in considerazione del fatto che oltre il 78% dei cittadini europei vive nelle aree urbane, consumando il 70% dell'energia totale. Il processo di urbanizzazione cresce ad una velocità senza precedenti e questo rischia di compromettere seriamente la qualità della vita dei cittadini, a causa dell'aumento del traffico e dell'inquinamento. Ciò nonostante, le città hanno un enorme potere economico per l'Europa, posto che in esse si produce circa l'85% del PIL europeo. Per tali motivi è ne-

cessario avviare una serie di iniziative che rendano possibile lo sviluppo urbano, senza compromettere la qualità della vita dei cittadini e favorendo al contempo la ripresa dell'economia europea.

Lo *Strategic implementation plan* dell'EIP si focalizza, dunque, su tre aree di intervento e, in particolare: la mobilità urbana sostenibile; l'efficiente sfruttamento delle risorse energetiche e la connessione delle infrastrutture attraverso l'utilizzo delle ICT.

Lo scopo ultimo è quello di elaborare delle soluzioni che, pur tenendo conto delle diverse realtà urbane, possano essere trasferite da una città all'altra e possano, dunque, essere replicate nelle varie aree urbane dell'Europa. Inoltre, è necessario elaborare degli *standard* che rendano misurabili e paragonabili i livelli di *smartness* delle singole città. Infatti, esistono una moltitudine di indicatori solo alcuni dei quali vengono accettati a livello generale. Pertanto, le città sono inclini ad utilizzare soltanto quegli indicatori che consentono di mettere in risalto i soli obiettivi positivi raggiunti; ciò rende impossibile la comparazione tra le città. Per tale motivo è necessario creare un sistema di indicatori integrato, basato il più possibile su dati reali, valutabili e verificabili ovunque secondo gli stessi parametri di giudizio. Si tratta, dunque, come chiarisce il Piano, di realizzare l'ambizioso obiettivo di definire i termini di una *smart city* attraverso degli indicatori univoci che rendano comparabili i dati delle diverse città europee.

“Smart cities should be regarded as systems of people interacting with and using flows of energy, materials, services and financial to catalyse sustainable economic development, resilience, and high quality of life; these flows and interactions became smart through making strategic use of information and communication infrastructure and services in a process of transparent urban planning and management that is responsive to the social economic needs of society”.

Al fine di rendere smart una città, il Piano individua per ciascun ambito di intervento (mobilità urbana, energia, ict) otto elementi da prendere in considerazione e, in particolare: *citizen, focus, policy & regulation, integrated planning, knowledge sharing, metrics & indicators, Open data, standards, business models, procurement & funding.*

Per realizzare gli obiettivi indicati l'EIP ha creato, inoltre, una *smart city stakeholders platform* allo scopo di far dialogare cittadini e imprese nella creazione di soluzioni intelligenti, replicabili e trasferibili da una città all'altra. Attualmente collaborano con la EIP circa 5000 *partners* provenienti da tutti i paesi europei.

4. SMART CITIES

Nonostante i dichiarati obiettivi dell'EIP, non risulta ancora essere stato individuato un sistema di valutazione, univoco e generale, della *smartness* di una città.

Singoli esempi di *smartness* si ritrovano in quasi tutte le città europee, anche se non sempre questi risultano integrati all'interno di un processo di semplificazione globale e consapevole. In altri termini, si assiste spesso a singole iniziative isolate che, non essendo dettate da una *vision* complessiva, non possono considerarsi a pieno titolo quali tappe della creazione di una *smart city*.

Per potersi parlare di un progetto di *smart community* è, dunque, necessario che le singole iniziative siano finalizzate alla realizzazione di una comunità intelligente a misura dell'utente finale che incorpori servizi ed ottimizzi le risorse.

Sebbene manchino ancora degli standard definiti, alcuni soggetti, istituzionali e non, hanno avviati degli studi per valutare il grado di *smartness* delle città.

In particolare, la EY ha elaborato, per quanto riguarda le città italiane, uno *Smart City index* attraverso l'integrazione di 470 indicatori – selezionati dal centro di Competenza per le *Smart City* di EY – raccolti in 4 strati e 2 ambiti aggiuntivi. Gli indicatori valutano una serie di dati, alcuni dei quali raccolti dalla stessa EY altri invece ricavati da fonti ufficiali quali l'Istat, che vengono poi aggregati in una classifica che assegna un punteggio da 1 a 100. Ne risulta un calcolo piuttosto

complesso e non sempre di facile fruizione. Si tratta, tuttavia, di un importante tentativo al fine di individuare degli *standards* di *smartness* che siano obiettivamente misurabili a prescindere dalle singole realtà locali proprie di ciascun territorio.

A livello mondiale, invece, si ritiene importante menzionare l'attività svolta dall'IEEE – *Institute of Electrical and Electronic Engineers* – il quale ha avviato una serie di eventi e conferenze mondiali sul tema delle *smart cities* allo scopo di fornire sostegno tecnico e scientifico ai diversi progetti *smart* di ciascuna città. Tra le città che risultano accreditate presso l'IEEE figura, quale unica italiana, la città di Trento ove, tra il 10 e il 15 settembre, si è svolta la Trento *smart city week*: una settimana di incontri e convegni, suddivisi in tre sezioni (sezione divulgativa ai cittadini, sezione progettuale rivolta alle imprese e alle amministrazioni, e la sezione accademica per la comunità scientifica).

Altri esempi di eccellenze italiane sono rappresentate dalla città di Torino, ove sin dal 2014 è stata creata la Fondazione Torino *smart city*.

Infine, la società italiana ForumPa, che da oltre 25 anni si pone come punto di incontro e collaborazione tra amministrazioni, imprese, mondo della ricerca e società civile, ha avviato l'iniziativa IcityLab nell'ambito della quale ha elaborato un Icity Rate, classificando le città italiane in base alla loro "intelligenza". Nell'analisi del 2015 vengono presi in considerazione sette parametri, tra i quali merita una particolare nota quello della legalità, oltre ai più comuni: *economy, living, environment, people, mobility e governance*.

Nonostante gli esempi menzionati, tuttavia, non sembra ancora possibile individuare un unico sistema di calcolo della *smartness* di una città. Si possono però individuare i diversi ambiti di applicazione delle iniziative, che possono riassumersi nei seguenti sette settori:

- *Buildings*: si fa riferimento a tutte quelle iniziative rivolte ad una gestione intelligente dell'ambiente domestico, basato su un'ottimizzazione dei consumi e migliori servizi per l'utente. L'automazione degli edifici è resa possibile grazie anche all'uso della domotica e degli elettrodomestici intelligenti che possono essere programmati per attivarsi in funzione del prezzo dell'energia in un determinato istante. Tali campi risultano strettamente correlati ed un loro sviluppo integrato risulta indispensabile per poterne sfruttare appieno le potenzialità.

- *Economy and People*: per poter definire una città intelligente è necessario che la stessa incoraggi la creatività e l'ingegno dei propri cittadini, in modo da favorire la nascita di servizi finalizzati e soddisfare i loro effettivi bisogni. Tale aspetto è, dunque, basato sulla valorizzazione del capitale umano e sull'incentivazione all'imprenditorialità in forma *smart* (ad es. *start-up*, centri di ricerca, *Living Lab*. ecc.)

- *Energy*: si tratta del settore dove è possibile registrare il maggior numero di iniziative promosse a livello mondiale, che si pongono come obiettivo finale un utilizzo efficiente delle fonti energetiche disponibili, nonché la ricerca di nuove risorse, di modo da fornire servizi essenziali in modo più sostenibile, economico e sicuro, quali ad esempio la nascita delle *smartgrid*.

- *Environment*: le nuove tecnologie possono essere utilizzate per migliorare diversi aspetti in ambito ambientale, quali ad esempio: la gestione idrica, attraverso una riduzione degli sprechi, un monitoraggio delle acque, un riciclo delle acque non destinate a scopo potabile; ovvero la gestione dei rifiuti, si pensi alla raccolta differenziata o al reimpiego di materiale riciclato con la creazione di nuovi prodotti, evitando sprechi; o il controllo dell'inquinamento, attraverso l'installazione di sensori per il monitoraggio dell'aria (controllo della percentuale di polveri sottili), ovvero l'utilizzo di macchinari alternativi, si pensi alle auto ibride o elettriche che potrebbero essere impiegate anche per il trasporto pubblico.

- *Government*: il principale ostacolo allo sviluppo innovativo di un paese è rappresentato sicuramente dalla burocrazia. Tale limite è facilmente percepibile anche all'interno delle realtà locali, dove gli strumenti dell'ICT potrebbero garantire da una parte un utilizzo meno cavilloso dei servizi offerti alla cittadinanza, dall'altra permettere la partecipazione attiva della comunità alla vita amministrativa della città. Tale progetto deve necessariamente garantire una maggiore traspa-

renza e velocità nella gestione della *res publica*, e ciò è reso possibile dalla creazione di un'identità digitale, un sistema di raccolta di dati pubblici accessibili a tutti e riutilizzabili, i cosiddetti *Open Data* che ci riserviamo di trattare in seguito.

- *Living*: tale concetto può essere identificato nel miglioramento della vivibilità urbana sotto l'aspetto dei servizi offerti alla cittadinanza, dunque, una sanità più efficiente, assistenza sociale e servizi di *welfare* per le persone più bisognose, la sicurezza pubblica, la valorizzazione del patrimonio culturale, l'istruzione, il sistema scolastico ecc. Anche in tale ambito possono venire in soccorso i nuovi strumenti tecnologici, alcuni dei quali già utilizzati, altri in fase di progettazione.

- *Mobility and Transport*: si tratta del settore dove probabilmente si concentra la maggiore attenzione della comunità cittadina specialmente quella delle grandi metropoli. Un'innovazione in tale settore potrebbe essere rappresentata da un'efficiente organizzazione dell'assetto urbano attraverso il miglioramento del servizio di trasporto sia di persone che di cose. Si pensi ai nuovi sistemi di mobilità dei cittadini sia sotto il profilo ambientale (auto elettriche o ibride) sia sotto l'aspetto del contenimento dei costi (*car sharing*, *bike sharing*, *car pooling*, ecc.).

Come si vede, ognuno di questi ambiti presuppone l'utilizzo delle tecnologie della comunicazione; ne deriva che, qualsiasi indicatore di *smartness* si desideri adottare presuppone sempre l'utilizzo delle tecnologie della comunicazione e, in una sola parola, la connettività dei cittadini. In questo senso, infatti, la *smart city* è la città dotata di una grande infrastruttura tecnologica e immateriale che fa dialogare persone e oggetti, integrando informazioni e generando intelligenza, producendo inclusione e migliorando il nostro vivere quotidiano. Comunque la si voglia definire, concetti quali il miglioramento della qualità della vita, la sostenibilità, l'inclusività sembrano oggi possibili solo grazie alle moderne tecnologie digitali. *Smart* è solo il modo di utilizzare tali tecnologie, integrandole tra loro in misura più o meno efficiente, semplice, intuitiva, accessibile.

Di talché, nessuna città potrà definirsi *smart* se non adeguatamente connessa ad una rete globale collegandosi alla quale i cittadini possano fruire di servizi ed utilità. *Smart* è il modo di utilizzare internet sia da parte del pubblico che del privato. I singoli diventano essi stessi ideatori, creatori e produttori dei servizi che utilizzano e che ritengono necessari per la propria qualità della vita; il pubblico, invece, si comporta in maniera *smart* ogni qual volta, attraverso l'utilizzo di internet, riduce il divario tra pubblico e privato rendendosi accessibile, economico, efficace ed efficiente.

Conseguentemente, il concetto di *smart*, rientrando in una visione di insieme nella quale confluiscono diversi fattori, non può analogamente inquadrarsi sotto un profilo giuridico, né vi è alcun regime di disciplina ad esso applicabile. Tale nozione, dunque, non definisce una fattispecie, ma un fenomeno complesso in pratiche e discipline diverse che si confrontano e nel quale il minimo comun denominatore è rappresentato proprio dalle tecnologie dell'informazione.

Per tale motivo, benché il tema della *smart city* evochi numerosi e diversi ambiti di indagine, nel presente lavoro si è scelto di concentrare l'attenzione su tema degli *Open Data*. Infatti, la quantità di dati prodotti negli ultimi anni grazie alle ICT supera di gran lunga il volume totale dei dati prodotti dall'umanità nella sua intera storia. Alcuni di essi provengono dalle istituzioni, altri dalle imprese e dai privati cittadini e la nostra capacità di elaborarli e di generare da essi un valore aggiunto è ancora allo stato embrionale.

È necessario capire come incentivare i proprietari dei dati a renderli disponibili anche a parti terze, come elaborare detti dati e quale sia il formato migliore per far sì che possano essere integrati tra loro, come garantire la *privacy* dei cittadini e come renderli edotti dell'utilizzo effettivo che viene fatto dei dati immessi in rete, e, infine, quale regolazione e quale politica è necessario adottare in materia.

5. L'ESPERIENZA NAZIONALE

A partire dal 2012 il legislatore italiano ha avviato una serie di iniziative per dotare il Paese degli strumenti necessari

a realizzare una comunità intelligente, in sintonia con l'Agenda Digitale per l'Europa, di cui alla strategia Europa 2020. Poiché, come chiarito, affinché si abbia una comunità intelligente è necessario che si instauri un dialogo collaborativo tra i cittadini, le imprese e le pubbliche amministrazioni, i provvedimenti adottati hanno avuto riguardo soprattutto al ruolo di detti ultimi soggetti.

In particolare, con il Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD – nella versione redatta a seguito delle modifiche ed integrazioni introdotte dal Decreto crescita 2.0, si stabilisce che *“lo Stato, le Regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano ed agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate le tecnologie dell'informazione e della comunicazione”*.

Ciò premesso, con tale codice si è avviato nel contesto nazionale il processo di digitalizzazione, sfociato poi nell'emanazione di diversi decreti legge e, da ultimo, nella riforma del CAD adottata con D. Lgs. 26 agosto 2016, n. 179, entrata in vigore il 15 settembre 2016.

Di comunità intelligente si legge per la prima volta nel testo del decreto d.l. *“Semplificazioni”* del 09/02/2012 n.5 – *“Provvedimento Crescita 2.0”*. Con tale provvedimento, indirizzato alla semplificazione e allo sviluppo, è stata istituita nel marzo 2012, l'Agenda digitale Italiana (ADI) – coordinata con una Cabina di Regia – che mira a trasferire nella realtà italiana le strategie ed i principi delineati dall'Agenda digitale Europea, attraverso un piano organico di iniziative e misure concrete, e il coordinamento efficace degli interventi pubblici previsti sia a livello centrale sia locale.

L'obiettivo primario è quello di attuare anche in Italia la rivoluzione digitale e colmare l'annoso ritardo nazionale, che, purtroppo, ci inquadra tra gli ultimi posti nella classifica europea in tema di digitalizzazione.

All'art. 49 vengono fissati gli obiettivi da raggiungere in tema di: Banda Larga e ultra Larga, in considerazione del fatto che allo stato attuale ancora gran parte della popolazione si trova in condizione di deficit digitali e molte località presentano problemi infrastrutturali che rendono più complessa l'attuazione di questo sistema; *Open Data*, ossia la diffusione in rete dei dati in possesso delle Pubbliche Amministrazioni, nell'ottica della totale trasparenza; *Cloud computing*, ovvero la dematerializzazione e condivisione dei dati e delle infrastrutture tra le pubbliche amministrazioni; *Smart Communities*, inserendosi nel contesto sociale una nuova visione di pianificazione e progettazione della piattaforma economico-sociale.

L'ADI prevede la realizzazione di una Cabina di Regia, resa nota il 16 marzo 2012, che ha il compito di fissare i tempi ed i modi per la costituzione del decreto Digitalia, la cui attuazione era prevista per fine giugno 2012.

Tale Cabina rappresenta l'organo operativo dell'ADI ed è strutturata in sei gruppi di lavoro a cui corrispondono sei assi strategici, ciascuno coordinato da un referente del Ministero maggiormente coinvolto.

Tuttavia, un successivo decreto Legge – il d.l. del 22/06/2012 n. 83 recante *“Misure Urgenti per la crescita del Paese”* – ha stabilito il subentro dell'Agenzia per l'Italia Digitale alla DigitPA, attribuendole il compito di realizzare gli obiettivi dell'Agenda digitale Italiana, in coerenza con gli indirizzi elaborati dalla cabina di Regia secondo le previsioni dell'Agenda digitale europea. Difatti, gli obiettivi definiti dalla cabina di regia sono stati portati avanti dall'AgID.

Il decreto in questione, contiene interessanti previsioni che riguardano due aspetti distinti: da un lato, si afferma un nuovo regime di pubblicità, che risponde ai paradigmi della trasparenza totale e dell'*open government*, di cui si dispongono dettagliate modalità di pubblicazione nel sito *web* dell'ente interessato; dall'altro, il testo normativo mira a razionalizzare le funzioni in materia di innovazione tecnologica e di digitalizzazione pubblica, riconducendole appunto ad un nuovo organismo, l'Agenzia per l'Italia Digitale, dotato di autonomia operativa e gestionale.

L'art. 18 del decreto rubricato *“Amministrazione Aperta”* introduce delle interessanti novità, in quanto sviluppa il modello della trasparenza come accessibilità totale. Difatti, la trasparenza dell'attività della P.A. e la conoscibilità dei dati relativi all'impiego delle risorse pubbliche a vantaggio dei cittadini e delle imprese, rappresentano uno dei fattori sui quali può e deve basarsi ogni impegno per la crescita produttiva ed imprenditoriale e per lo sviluppo del sistema Italia.

La nuova agenzia svolge attività di progettazione e coordinamento delle iniziative strategiche per la più efficace erogazione di servizi in rete della P.A. a cittadini ed imprese, la piena interoperabilità e cooperazione applicativa tra i sistemi informatici della P.A. e tra questi ed i sistemi dell'Unione Europea. Inoltre, assicura l'uniformità tecnica dei sistemi informativi pubblici destinati ad erogare servizi ai cittadini e alle imprese. Ci troviamo di fronte ad un soggetto nel quale si concentrano le principali funzioni e responsabilità inerenti alla digitalizzazione pubblica, con il compito di dare piena e concreta attuazione al diritto all'uso delle tecnologie, di cui all'art. 3 del CAD, consentendo anche una più chiara proiezione del nostro Paese nel contesto internazionale Europeo.

Successivamente, per aggregare e meglio definire la strategia italiana è stato emanato il Decreto Crescita 2.0 del 18/10/2012 n. 179, recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", il quale definisce il contesto di riferimento per la costruzione della Piattaforma nazionale delle Comunità intelligenti. Viene così introdotto nel nostro ordinamento un quadro sistematico volto a favorire la nascita e la crescita di *start up* innovative, nonché una serie di ulteriori servizi ed opere pubbliche. Tra le aree principali di intervento vi rientrano il documento digitale unificato (carta di identità elettronica e tessera sanitaria), l'anagrafe nazionale della popolazione residente, le comunità intelligenti e l'*e-government*. Si tratta di iniziative che hanno in sé un forte potenziale innovativo e mirano ad incidere positivamente non solo sulle pubbliche amministrazioni, ma anche su cittadini ed imprese. Lo stesso si occupa, inoltre, di illustrare le tecnologie di base e gli *standard* del Sistema Pubblico di connettività (SPC), analizzando la normativa vigente ed evidenziando eventuali gap da colmare. Il tutto, ovviamente, in conformità delle indicazioni europee, in considerazione del fatto incontestabile che il nostro paese, risulta al di sotto della media europea per quanto riguarda l'impiego delle tecnologie digitali.

Ulteriori provvedimenti verso la digitalizzazione del paese sono poi contenuti nel c.d. Decreto del Fare (d.l. 69/2013) e nel Decreto 90/2014 recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa, sino ad arrivare al Piano Crescita Digitale 2014-2020 approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 03.03.2015.

Con il decreto del fare si ritorna nuovamente sull'Agenda digitale, con una serie di previsioni attraverso le quali il legislatore ha tentato di ovviare alle evidenti difficoltà di attuazioni dei progetti in essa contenuti. Il d.l. n.69/2013, convertito con modificazioni dalla Legge n. 98/2013, prevede una serie di articoli espressamente dedicati all'attuazione e al rilancio della politica di sviluppo del Paese contenuta nella ADI.

Analogamente, il d.l. 24/06/2014 n. 90, convertito in Legge. 11/08/2014 n. 114 ha introdotto alcune disposizioni volte tanto a garantire l'introduzione delle misure necessarie per un più razionale e funzionale avvio del processo civile telematico, quanto a realizzare la digitalizzazione del processo amministrativo, contabile e tributario.

Infine, la Presidenza del Consiglio, insieme al Ministero dello sviluppo economico, all'Agenzia per l'Italia digitale e all'Agenzia per la Coesione, ha predisposto il "Piano Nazionale Banda Larga" e il "Piano Crescita Digitale" per il perseguimento degli obiettivi dell'Agenda Digitale, nell'ambito dell'accordo di Partenariato 2014-2020. In particolare il Piano Crescita digitale rappresenta una strategia dinamica che interviene sulla P.A. in quanto piattaforma abilitante.

6. LA RECENTE RIFORMA DIGITALE ITALIANA

I singoli provvedimenti sopra richiamati e le relative norme nonché i principi da esse derivanti sono stati, da ultimo, integrati all'interno della riforma organica del Codice dell'amministrazione digitale, attuata con il d.lgs. n. 179 del 2016, entrato in vigore lo scorso 15 settembre ed emanato in recepimento del Regolamento UE n. 2910 del 2014 sull'identità digitale (c.d. Reg. eIDAS – *Electronic identification, authentication and signature*).

In particolare, il Regolamento si pone l'obiettivo di fornire una base normativa a livello comunitario per i servizi fiduciari e i mezzi di identificazione elettronica degli stati membri, rafforzando la fiducia nelle transazioni nell'Unione Europea

e fornendo una base normativa comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni.

A tal fine, il Regolamento fissa le condizioni alle quali gli Stati membri riconoscono i mezzi di identificazione elettronica delle persone fisiche e giuridiche che rientrano in un regime notificato di identificazione elettronica di un altro stato membro; stabilisce le norme relative ai servizi fiduciari, in particolare per le transazioni elettroniche, e istituisce un quadro giuridico per le firme elettroniche, i sigilli elettronici, le validazioni temporali elettroniche, i documenti elettronici, i servizi elettronici di recapito certificato e i servizi relativi ai certificati di autenticazione di siti *web*.

Con l'attuazione a livello comunitario del regolamento eIDAS in tutti i settori, si tende dunque alla creazione di un mercato unico digitale che: semplifichi l'accesso alle pubbliche amministrazioni; favorisca la trasformazione digitale delle organizzazioni e delle imprese; stimoli lo sviluppo di servizi innovativi e sicuri; contribuisca a snellire e semplificare gli adempimenti amministrativi e burocratici; migliori l'esperienza digitale degli utilizzatori e stimoli la fornitura di nuovi e innovativi servizi. L'entrata in vigore del Regolamento, avvenuta in data 1 luglio 2016, ha rappresentato l'occasione italiana per la riforma delle pubbliche amministrazioni nel senso di una piena e completa digitalizzazione dei sistemi di scambio delle informazioni. Tuttavia, poiché in alcune disposizioni si fa rinvio a norme tecniche che dovranno essere emanate con decreto del Ministro per la semplificazione, previo parere dell'AgiD, non è ancora possibile comprendere appieno la portata innovativa del codice stesso.

Tra le novità introdotte meritano particolare attenzione, in primo luogo, le disposizioni relative alla diffusione della cultura digitale da parte di tutti i soggetti (e non solo lo Stato come nella precedente versione) cui si applica il CAD. L'art. 8, rubricato alfabetizzazione informatica dei cittadini, prevede infatti che: *“lo Stato e i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, promuovono iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi fra i quali il servizio radiotelevisivo”*. Inoltre gli stessi soggetti, ai sensi degli artt. 9 e 10, favoriscono la disponibilità di connettività alla rete internet presso gli uffici e in altri luoghi pubblici, in particolare nei settori scolastico, sanitario e di interesse turistico, nonché, ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili.

Si tratta di disposizioni che rivestono una notevole importanza proprio in considerazione del fatto che non vi potrà essere piena digitalizzazione del paese se agli strumenti tecnici introdotti con la riforma non segua un utilizzo effettivo di detti strumenti da parte dei cittadini da un lato e delle stesse amministrazioni dall'altro. L'obiettivo è cambiare il paradigma stesso del rapporto tra pubblico e privato, non più basato su un sistema bipolare ma volto alla sussidiarietà dell'agire pubblico e privato.

Per il raggiungimento di detto obiettivo vengono disciplinati strumenti quali: l'identità digitale e il domicilio digitale; i pagamenti digitali; l'uso e la conservazione del documento informatico; il ricorso ai pagamenti digitali e, infine, l'utilizzo degli *Open Data*. Questi ultimi rivestono una notevole importanza proprio per quanto attiene la partecipazione dei cittadini al processo democratico, in quanto rappresentano lo strumento che consente di accedere liberamente e gratuitamente ai dati in possesso delle pubbliche amministrazione al fine di rielaborarli e riutilizzarli, traendone vantaggi economici e sociali.

7. SICUREZZA E PRIVACY DEI SISTEMI DIGITALI: GLI OPEN DATA E LA TUTELA DEI DATI PERSONALI

Come anticipato, l'utilizzo della tecnologia e dei mezzi di comunicazione elettronica sta stimolando un rilevante cambiamento nella vita quotidiana e nel mercato, favorendo la circolazione di un elevatissimo numero di dati e di infor-

mazioni. Risulta, dunque, evidente che la società contemporanea mira a diventare una società dell'informazione, nella quale la conoscenza e la comunicazione svolgono un ruolo centrale.

L'impatto della tecnologia digitale non si limita tuttavia alla semplice sfera economica e finanziaria ma permea, in modo sempre più rilevante, la vita delle persone, le loro relazioni sociali, i rapporti con i pubblici poteri ecc.

Quanto analizzato finora fa emergere sicuramente i punti di forza del progetto relativo alla realizzazione di una *smart city*, incentrato su un migliore utilizzo della tecnologia a servizio del cittadino, di modo tale da consentirgli di dialogare direttamente con le istituzioni e di disporre di una serie di servizi volti ad agevolare il vivere quotidiano.

Tuttavia, dall'analisi dei singoli requisiti ed elementi richiesti per tale progetto, affiorano non poche preoccupazioni non solo di tipo economico, legate alla scarsità delle risorse o alla mancanza di una cultura tecnologica appropriata da parte degli utenti, bensì, proprio in relazione alla possibilità che tale iniziativa – sorta a favore dei cittadini e per consentire un miglioramento della qualità della vita – in realtà possa celare delle insidie, volte a ledere proprio i loro diritti.

Infatti, la creazione di una *smart city*, comporta inevitabilmente la condivisione di informazioni, in quanto la realizzazione di una comunità intelligente passa attraverso una precisa catena di montaggio: l'acquisizione dei dati, la gestione e l'aggregazione delle informazioni, per giungere poi all'erogazione del servizio su misura dell'utente.

I dati personali sono solo una parte delle informazioni che quotidianamente vengono prodotte e trattate, ma rappresentano indubbiamente la parte più significativa, specialmente quando vengono utilizzate dalle amministrazioni pubbliche. Tali elementi rappresentano l'essenza stessa della partecipazione cittadina alla realizzazione delle iniziative intelligenti. Ad oggi la gestione dell'informazione detenuta dal soggetto pubblico viene esteriorizzata per dar conto dell'agire amministrativo e per contribuire allo sviluppo socio-economico della comunità.

In tale ottica si inserisce il problema relativo agli *Open Data*, ovvero la vera linfa della *smart city*, in quanto essi costituiscono il patrimonio che permette di elaborare informazioni relative a settori diversi come sanità, educazione, sicurezza, e di agire con maggior tempismo e consapevolezza. Il dato aperto è, dunque, indispensabile per l'intelligenza di una comunità.

L'aggettivo *Open* descrive un paradigma di distribuzione e di circolazione del dato, reso accessibile in rete e liberamente utilizzabile da cittadini ed imprese.

L'art. 68, comma 3, del nuovo CAD stabilisce che i dati di tipo aperto sono quei dati che presentano le seguenti caratteristiche: sono disponibili secondo i termini di una licenza che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato; sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private; sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati; sono resi disponibili gratuitamente o, in ogni caso, al solo costo marginale sostenuto per la loro riproduzione e divulgazione. Inoltre, ai sensi dell'art. 52, tutti i dati pubblicati dalle pubbliche amministrazioni si intendono rilasciati in formato aperto.

Si tratta di una definizione che qualifica il dato come aperto per gli utilizzi che su di esso possono farsi, tuttavia, non vi è alcuna indicazione su quali dati siano suscettibili di divenire aperti o, al contrario, quali non possano divenirlo. Al fine di garantire la disponibilità, l'accessibilità, l'integrità e la sicurezza di tali dati, l'art. 52 rinvia all'emanazione di successive regole tecniche da parte del Ministero per la semplificazione.

Viene, in ogni caso, ribadito nel nuovo codice quanto già introdotto nell'ordinamento italiano in ordine al principio di obbligatorietà dei dati aperti.

Tuttavia, nel Codice la circolazione dei dati pubblici incontra un limite predefinito nella normativa sulla riservatezza dei dati. Pertanto, deve essere assicurato il rispetto di alcune garanzie sostanziali, legate alla modalità di acquisizione di tali dati, e alle caratteristiche del soggetto che si occupa di raccogliarli. In particolare, l'art. 50 precisa che "*restano salvi i limiti alla conoscibilità dei dati previsti dalle leggi e dai regolamenti, e le norme in materia di protezione dei dati personali*".

Dal punto di vista prettamente giuridico, è chiaro che sugli *Open Data* possono esistere contemporaneamente più diritti: quelli della P.A. per consentire la formazione di un sistema pienamente operativo e *smart* nella fornitura di servizi per l'utente in un'ottica di semplificazione, nonché i diritti dei singoli a non essere utilizzati come "merce di scambio" e poter essere facilmente individuati in base alle informazioni raccolte nei diversi settori in cui operano.

Gli *Open Data* pongono, infatti, problemi rilevanti e soprattutto di non agevole soluzione, dovuti sia ad una scarsa informazione ed ignoranza circa la tematica e le effettive potenzialità di tali dati, sia ad un generale timore di violazione della *privacy*, nonché di un'assenza di sensibilità sul tema da parte degli operatori pubblici.

La crescente digitalizzazione dei dati lascia, dunque, intravedere i rischi di vulnerabilità di tale sistema, considerato, peraltro, che rendere queste informazioni anonime risulta alquanto complesso.

Su tale fronte è opportuno rilevare un intervento a livello comunitario volto ad organizzare il sistema nel pieno rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti. Si tratta del Nuovo Regolamento Europeo sulla *Privacy* UE/2016/679, che ha introdotto delle interessanti novità, essendo finalizzato ad introdurre un'unica legislazione in tutte le nazioni dell'UE, e al quale si è giunti dopo circa quattro anni di lavori preparatori. Il testo, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 4 maggio 2016, è entrato in vigore il 25 maggio e diventerà definitivamente applicabile in via diretta all'interno degli Stati Membri a partire dal 25 maggio 2018, essendo stati previsti due anni per consentire alle legislazioni nazionali di allinearsi alle suddette disposizioni.

Nel dettare una disciplina comune a tutti i paesi membri, si persegue l'obiettivo di creare un mercato unico digitale europeo, più volte auspicato, potendo le imprese beneficiare di un armonico quadro normativo.

Il Regolamento rientra nel cosiddetto "Pacchetto Protezione Dati", ovvero l'insieme normativo che definisce un nuovo quadro comune in materia di tutela dei dati personali per tutti i Paesi UE. Ciò comporta l'introduzione di un autogoverno nella gestione della *privacy* in favore delle giurisdizioni nazionali, che si sostituiscono alle Autorità Garanti nazionali. La novità più rilevante attiene proprio alla costituzione di organismi specifici all'interno del sistema giudiziario dello stato membro, dotato di poteri e compiti in sostanza analoghi a quelli del Garante della *Privacy*. La riforma attiene essenzialmente ai soggetti chiamati ad effettuare il controllo ed i trattamenti dei dati, ovvero l'introduzione di una particolare figura professionale, il "*Data Protection Officer*" o altrimenti tradotto nel "responsabile per la protezione dati". Tale organismo sarà dotato del potere decisionale in ordine alle tecniche da adottare e alle misure di organizzative, al fine di garantire la conformità al Regolamento delle operazioni di trattamento dei dati. Il "*Data processor*" sarà l'incaricato al trattamento e potrà procedere al trattamento dei dati solo su istruzione del responsabile, il "*Data Controller*".

L'accordo prevede, per la prima volta, la possibilità di rilasciare al responsabile o all'incaricato una certificazione, da parte dell'organismo accreditato, la quale dimostri la conformità al Regolamento delle operazioni di trattamento dei dati.

Tra le altre novità introdotte vi sono i nuovi concetti di *privacy by design* e *privacy by default*. Con il primo si fa riferimento alla tutela dei dati sin dalla fase di progettazione e per l'intera gestione del ciclo vitale del dato stesso, riducendone al minimo l'utilizzazione. Il secondo attiene, invece, alla tutela della vita privata per impostazione predefinita, onde evitare che i dati personali siano resi accessibili ad un numero indefinito di persone senza l'intervento umano.

Con il nuovo Regolamento vengono confermate importanti novità che erano già contenute nella proposta originaria del 2012, come il diritto all'oblio, il diritto alla portabilità dei dati, le notificazioni delle violazioni dei dati personali alle autorità nazionali e anche agli stessi utenti nei casi più gravi (*data Breaches*), il meccanismo del "*one-stop-shop*", con il quale le imprese avranno che fare con un'unica autorità di vigilanza, nonché quello della certificazione, mediante il quale sarà possibile dimostrare la conformità al Regolamento delle operazioni di trattamento.

La rilevanza generale della proposta, come appare chiaro, ha una notevole portata. Non si tratterà di una semplice revisione, bensì di un intervento normativo a fronte dell'esperienza maturata negli ultimi anni su settori sino ad oggi solo sfiorati, e che avrà effetti anche sulla concezione stessa della "*privacy*", inserendola sempre più all'interno dei sistemi

organizzativi, non più come elemento preliminare, o come adempimento successivo, bensì come presupposto prope-
deutico già nelle fasi di progettazione dei vari processi.

8. CONCLUSIONI

Prendendo spunto dalle considerazioni finora svolte e dall'esperienza maturata a livello europeo, si può evincere che anche le nostre città, pertanto, potrebbero ambire a diventare più "intelligenti" nel senso sopra descritto.

La *smart city*, dunque, si identifica essenzialmente più che in una nozione giuridica in una visione concettuale di una comunità del futuro, in grado di rispondere in maniera efficiente alle esigenze dei cittadini in modo sostenibile, sociale e tecnologico. In tale ottica, il processo di pianificazione e l'interoperabilità tra i diversi settori risulta determinante per la buona riuscita del progetto. Questo richiede idee, investimenti e soprattutto una precisa strategia di medio-lungo termine che fissi obiettivi ben identificabili anche nel breve periodo.

La realizzazione di una comunità intelligente non deve dunque intendersi come una sfida per stabilire quale tra le diverse città sia la più meritevole, bensì si tratta di un modello che deve fungere da ispirazione per la competitività dell'intero sistema Paese.

In questa visione è fondamentale un approccio collaborativo tra le varie città, teso a scambiare buone pratiche e definire insieme un percorso adeguato che porti nel nostro paese una cultura *smart*.

Ulteriore aspetto delicato per la realizzazione di una comunità *smart* nello scenario nazionale è rappresentato anche dall'effettiva preparazione e cultura tecnologica della comunità stessa, nonché la facilità di adattarsi ai mutati sistemi e servizi.

Basti pensare che da una recente stima risulta che circa 4 italiani su 5 ignorano il significato stesso dell'espressione "*smart cities*". Manca, dunque, negli stessi cittadini, calcolando anche l'età media della popolazione italiana composta prevalentemente da anziani, una partecipazione attiva ai diversi progetti.

Non ultime, vanno considerate le criticità mosse alla digitalizzazione del sistema, specialmente in riferimento alla tutela dei dati personali degli utenti.

In materia, tutti i provvedimenti precedentemente analizzati nascono dunque con l'intento di rassicurare gli scettici e quanti temono che il progresso tecnologico possa arrivare a sacrificare i principali diritti umani. L'idea che sorregge tali progetti è che la tecnologia possa essere usata a fin di bene per consentire un allineamento tra un effettivo miglioramento delle condizioni di vita quotidiane ed un buon livello di *privacy*. Ciò che, tuttavia, desta timore è proprio la consapevolezza che il progresso tecnologico passa inevitabilmente attraverso la compressione di altri spazi tra quali, per prima, la riservatezza personale.

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

(Valentina Angelini, Francesca Pellicanò)

Le *app* di comunicazione sociale. Mutamenti del mercato e nuovi bisogni di protezione del consumatore nella prospettiva digitale

(Valentina Angelini)

SOMMARIO: 1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. – 2. LA CONTINUA EVOLUZIONE DEL MERCATO DIGITALE: LE APP DI COMUNICAZIONE SOCIALE. – 3. REGOLE E MUTAMENTI DEL MERCATO. ESIGENZA DI NUOVI PARADIGMI DI TUTELA? – 4. IL CONSUMATORE INTERCONNESSO COME PROTAGONISTA DEL POSSIBILE CAMBIAMENTO REGOLATORIO: IL RUOLO DELL'AGCOM.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il vocabolario della lingua italiana definisce le “*app*” come applicazioni per apparecchi elettronici tipo *pc*, *tablet*, *smartphone* (cfr. Dizionario Italiano Garzanti, De Agostini Editore, 2016).

I continui cambiamenti che hanno interessato il comparto del digitale non hanno solo provveduto a modificare il lessico della lingua italiana – in cui sono entrate a far parte terminologie come *follow*, *smart*, *sharing* – ma anche i contorni dei mercati tradizionalmente intesi.

Crisi, nuove tecnologie, innovazione e crescita sono concetti che ben si legano al momento che stiamo vivendo, in cui l'economia italiana ha iniziato a registrare i primi segnali positivi, seppur fragili, dopo la lunga fase recessiva che ha caratterizzato gli ultimi otto lunghi anni (si veda in questo senso <http://www.istat.it>, Sezione Note del Mese).

In questo quadro le nuove tecnologie e lo sviluppo del digitale assumono un'importanza centrale.

Ad oggi il nostro Paese è caratterizzato da un ritardo digitale traducibile, rispetto agli altri paesi dell'Eurozona, in 2 punti del prodotto interno lordo e nella mancata creazione di 700 mila posti di lavoro (Fonte: Il Sole 24 Ore n. 193, venerdì 15 luglio 2016).

La necessità di investire in questo settore è forte ed improcrastinabile, ragion per cui gli ultimi piani nazionali di politica industriale hanno indicato la tecnologia 4.0 come una possibile leva strategica da utilizzare per dare vita ad una nuova rivoluzione industriale – la quarta – capace di far ripartire il motore della crescita nel nostro Paese, generando un aumento atteso della produttività delle imprese tra il 30 ed il 50% (a tal proposito, si veda “Indagine conoscitiva su “Industria 4.0”: quale modello applicare al tessuto industriale italiano. Strumenti per favorire la digitalizzazione delle filiere industriali nazionali” disponibile al seguente *link*: http://www.camera.it/leg17/1102?id_commissione=10&shadow_organo_parlamentare=&sezione=commissioni&tipoDoc=elencoResoconti&idLegislatura=17&tipoElenco=indaginiConoscitiveCronologico&calendario=false&breve=c10_industria&scheda=true).

Tutto ciò premesso, nell'ambito del presente contributo si cercherà di osservare l'elemento di novità rappresentato da un particolare tipo di applicazioni – le cc.dd. *app* di comunicazione sociale – ed i possibili profili di rilevanza che

l'avvento di questo nuovo mezzo di comunicazione può comportare sia dal punto di vista di tutela consumeristica che sotto il profilo regolatorio.

2. LA CONTINUA EVOLUZIONE DEL MERCATO DIGITALE: LE APP DI COMUNICAZIONE SOCIALE

Le *app* di comunicazione sociale – introdotte per la prima volta dalla Apple nel 2008 contemporaneamente al lancio della propria piattaforma di distribuzione (c.d. *AppStore*) – possono essere definite come “*soluzioni di comunicazione multimediale che permettono alle persone di ricercare i propri amici, i membri della propria famiglia ed altri contatti in tempo reale*” (così, Commissione europea, decisione del 3 ottobre 2014, *Case No COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp*).

In un primo momento questi servizi, anche detti *consumer communications services*, sono stati sviluppati ed offerti come applicazioni *software* per *personal computers*; successivamente, alla luce della grande diffusione degli *smartphones* e dei *tablets*, sono risultate disponibili anche per gli *smart mobile devices*.

Le *app* principalmente si dividono in due grandi categorie: le ***app native*** e le ***web app***.

Le prime per funzionare devono essere preventivamente installate sul dispositivo e sono sviluppate per una specifica piattaforma di destinazione come Android, iOS o Windows. La maggior parte delle volte vanno scaricate sul *device* attraverso uno specifico *store* ed ogni aggiornamento richiede all'utente di riscaricare l'applicazione.

Le seconde, che non funzionano qualora non vi sia un collegamento alla rete Internet, non necessitano, invece, di essere scaricate ed installate, essendo accessibili tramite il *browser* del proprio dispositivo mobile. Ne consegue, pertanto, che la versione di tali applicazioni a cui si accede è sempre l'ultima disponibile (in questo senso, cfr. Riva G., *I social network*, Il mulino, Bologna, 2016, 2^a ed., p. 58).

Guardando alle modalità mediante le quali tali applicazioni possono essere fruite dagli utilizzatori, possiamo individuare due tipologie (cfr., ancora, Commissione europea, decisione del 3 ottobre 2014, *Case No COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp*): da un lato, si hanno le ***app “stand alone”***, capaci di funzionare autonomamente [ne sono un esempio *WhatsApp*, applicazione di messaggistica istantanea che permette di inviare e ricevere messaggi di testo, suoni, fotografie, video e chiamate agli altri contatti che usano lo stesso servizio, ovvero *Facebook Messenger*, applicazione lanciata qualche anno fa dal colosso dei *social network* avente la funzione di inviare e ricevere messaggi in tempo reale sui dispositivi *mobile* ai propri contatti di *Facebook* e ai numeri presenti nella rubrica del proprio *device* con l'obiettivo di rendere più veloce la comunicazione, mettendo in contatto anche più utenti contemporaneamente (*chat* di gruppo) nonché permettendo di effettuare anche chiamate vocali via VoIP (Voice over IP ossia voce tramite protocollo Internet)]; dall'altro lato, vi sono le ***app inserite all'interno di una più larga offerta***, come una piattaforma di *network* sociale [i.e. *Facebook*, “re” indiscusso del nuovo “*social web*” ovvero *LinkedIn*, dedicato alla condivisione di *curricula* e profili professionali (in questo senso, cfr. SICA S., GIANNONE CODIGLIONE G., *Social network sites ed il “labirinto” delle responsabilità*, in *Giur. merito*, fasc. n. 12, 2012, nota 2, p. 2715)].

Le *app* di comunicazione sociale, inoltre, si caratterizzano per la presenza di talune peculiarità (cfr. ancora Commissione europea, decisione del 3 ottobre 2014, *Case No COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp*):

- i. alcune – dette *proprietary app* – sono disponibili soltanto su uno specifico sistema operativo (ad esempio, *Face-time* di Apple), diversamente da altre – dette *cross platform app* – che possono essere scaricate su diversi sistemi operativi (ad esempio, *WhatsApp*);
- ii. certune sono disponibili per tutti i tipi di *device*, contrariamente ad altre fruibili solo su specifici dispositivi (a tal

proposito basti pensare che *WhatsApp* è disponibile solo su *smartphone* ma non su *tablets* e *personal computer* contrariamente a *Facebook Messenger* che è disponibile su tutti e tre i dispositivi poc'anzi citati).

Recentemente anche l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni si è occupata di queste applicazioni dedicando, in particolare, una indagine conoscitiva allo sviluppo delle piattaforme digitali e dai servizi di comunicazione elettronica (cfr. delibera n. 165/16/CONS).

Nell'ambito della suddetta indagine si è evidenziato come questi nuovi servizi di comunicazione abbiano notevoli divergenze sia rispetto ai servizi di telefonia e messaggistica tradizionali che rispetto ai *social network*.

In primo luogo, consentono agli utenti sia di comunicare *one to one* sia fra uno o più utenti ovvero fra un utente ed un'applicazione mediante l'utilizzo dell'*Internet Protocol*.

Anche la tipologia di contenuto veicolata è differente rispetto ai tradizionali canali di comunicazione, poiché mediante le *app* – si pensi ad esempio a *WhatsApp* – è possibile scambiare in tempo reale, con la propria lista di contatti, messaggi vocali, multimediali (i.e. testo, foto o voce), *video chat*, *chat* di gruppo, chiamate vocali.

A tal proposito, è bene evidenziare che le *app* di comunicazione sociale, diversamente dai servizi di telefonia e messaggistica tradizionali, non sono dotate di interoperabilità: ciò sta a significare che gli utenti di una determinata applicazione possono dialogare esclusivamente con altri utilizzatori della medesima applicazione. La presenza di questa limitazione per gli utenti è tuttavia compensata dal c.d. *multihoming*, ossia dalla possibilità di usare più *app* sociali sullo stesso dispositivo.

Dal lato dei costi per gli utenti si registrano ulteriori differenze: i *consumer communications services* sono nella quasi totalità dei casi dei servizi gratuiti, diversamente dai servizi tradizionali che prevedono la necessità per l'utente di sottoscrivere preliminarmente alla fruizione del servizio un contratto dietro il pagamento di un corrispettivo monetario.

Confrontando poi le *app* di comunicazione sociale con i *social networks*, ossia con quelle piattaforme basate sui nuovi *media* tali da permettere all'utente di gestire sia la propria rete sociale – organizzazione, estensione, esplorazione e confronto – sia la propria identità sociale – descrizione e definizione – (così, ancora, RIVA G., *I social network*, p. 15) è possibile notare come entrambi consentano alla propria rete di collegamenti di comunicare ed interagire a distanza, sviluppando la c.d. *attitudine sociale*; diversamente, la visualizzazione del profilo personale dell'utilizzatore ovvero della lista di connessioni e discussioni personali instaurate con altri utenti è possibile solamente quando si utilizzano i *social networks* (cfr. delibera n. 165/16/CONS, p. 17 ss.).

3. REGOLE E MUTAMENTI DEL MERCATO. ESIGENZA DI NUOVI PARADIGMI DI TUTELA?

L'avvento di nuove forme di comunicazione ha inciso anche sui contorni della figura del consumatore, il quale non è più visto come un soggetto debole e bisognoso di tutela ma, per utilizzare un neologismo coniato negli anni '80 del Novecento da Toffler, un *prosumer*, ossia un soggetto attivo che interagisce anche mediante le *app* di comunicazione sociale, oggi più che mai vere piattaforme interattive, strumentali allo svolgimento di molteplici attività e creatrici altresì di nuove opportunità di *business* (così, ancora delibera n. 165/16/CONS, p. 21).

Peraltro, giova evidenziare che ora il consumatore, oltre a fruire dei servizi offerti dai *social network*, può al contempo diventarne parte attiva, creando la propria pagina e concedendo ai propri contatti la possibilità di giudicare i propri "prodotti multimediali".

Questo cambio di prospettiva porta in primo luogo a chiedersi se c'è bisogno di nuove forme di protezione ovvero se

quelle già esistenti siano efficienti a garantire agli attori del mercato sufficiente tutela.

In particolare, occorre innanzitutto osservare, come evidenziato anche nell'ambito della delibera AgComn. 165/16/CONS, che le *app* di comunicazione sociale – al momento – non sono regolamentate da una disciplina specifica.

Ciò, secondo l'Autorità, è da ricollegarsi alla rapida obsolescenza che scontano le definizioni tradizionali contenute nel *framework* normativo e regolamentare di livello europeo – ed, in particolare, all'attuale definizione degli *Electronic Communications Services* (cd. ECS) – rispetto alla continua evoluzione tecnologica che caratterizza il comparto digitale.

Segnatamente, ai sensi dell'attuale formulazione dell'art. 2 della Direttiva 2002/21/CE, sono considerati ECS soltanto i servizi forniti di norma a pagamento consistenti esclusivamente o prevalentemente nella *trasmissione* di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ma ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono, inoltre, esclusi i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 1 della Direttiva 98/34/CE non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica (c.d. *Information Society Service*).

Ciò detto, emerge con chiarezza come i servizi di comunicazione elettronica si caratterizzino per la condizione essenziale di trasporto del segnale su reti di comunicazione elettronica.

Pertanto, è possibile registrare come venga applicato un distinto regime regolamentare ai servizi tradizionali, rientranti nella definizione di cui sopra, di base offerti da quelle società fornitrici di servizi mediante l'utilizzo delle proprie infrastrutture di rete (c.d. Telco) e i servizi di comunicazione sociale disponibili mediante le *app* ed offerti dai cc.dd. operatori Over The Top, ossia, com'è noto, da quegli operatori che non dispongono di proprie infrastrutture fisse o mobili ma che utilizzano la rete *internet* per la fornitura di detti servizi.

In particolare, è bene ricordare che gli operatori Telco sono soggetti ad una serie di obblighi fra cui è possibile annoverare la necessità di essere soggetti ad un'autorizzazione generale per lo svolgimento della propria attività nonché alla regolamentazione concernente l'interconnessione delle reti. Diversamente, i fornitori dei *consumer communications services* non sarebbero assoggettati, per esempio, agli obblighi di mettere in atto procedure di portabilità del numero o di consentire alle forze dell'ordine la possibilità di tracciare/intercettare le chiamate degli utenti, o ancora, alla richiesta di autorizzazione per svolgere la propria attività (a proposito di quest'ultimo punto giova tuttavia evidenziare che il d.d.l. 2085 recante la "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", attualmente al vaglio del Senato, istituisce all'art. 19 il *Registro dei soggetti che utilizzano indirettamente risorse nazionali di numerazione*, ponendo in capo al Ministero dello sviluppo economico il compito di individuare e iscrivere nel citato registro tutti i soggetti, diversi dagli operatori TLC, che per i loro servizi voce e dati al pubblico usino "risorse nazionali di numerazione" telefonica, rapportandosi al cliente in tutto e per tutto come gli operatori tradizionali TLC, ma senza sostenere medesimi obblighi).

Sulla base di quanto rappresentato, l'Autorità ha pertanto osservato come la definizione di ECS non sia al passo con i continui mutamenti del mercato, in cui nuove applicazioni consentono agli utenti di comunicare in modo analogo a quanto accade per mezzo dei tradizionali servizi di informazione.

A tal proposito, anche la Commissione Europea ha rilevato, in occasione della *Consultazione pubblica sulla valutazione e la revisione del quadro per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, aperta dall'11 settembre al 7 dicembre 2015 e finalizzata a raccogliere i contributi dei vari portatori di interesse alla luce della Comunicazione della commissione del 6 maggio 2015 sulla *Digital Single Market Strategy for Europe*, che lo spostamento della domanda verso i servizi OTT (i.e. il VoIP, la messaggistica, le reti sociali) rappresenti una prova di sostituibilità funzionale rispetto ai tradizionali ECS (si veda in tal senso il seguente documento <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-synopsis-report-public-consultation-evaluation-and-review-regulatory-framework-electronic>, specie p. 12).

Sulla necessità di modificare il quadro regolatorio nell'ambito dei servizi di comunicazione – sia tradizionali che sociali

– si è espresso anche l’Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, il BEREC, il quale, nell’ambito del proprio rapporto sui servizi forniti dagli OTT stilato lo scorso gennaio, ha affermato che la definizione di ECS “*dovrebbe essere chiarita, se non riconsiderata, alla luce degli ultimi cambiamenti tecnologici e delle nuove dinamiche di mercato, al fine di individuare quali servizi rientrino nella regolamentazione degli ECS*” (così BEREC, *Report on OTT service*, January 2016, p. 4).

La mancata possibilità di ricomprendere le *app* di comunicazione sociale nella definizione di ECS comporta delle conseguenze anche sotto il profilo consumeristico, dal momento che i fruitori di detti servizi non godono delle medesime tutele di cui beneficiano gli utilizzatori dei tradizionali servizi di comunicazione elettronica.

Infatti, gli utenti finali dei servizi ECS godono di un’ampia protezione ai sensi di quanto previsto dagli artt. 20, 21 e 22 della Direttiva 2002/22/CE, fra cui è da annoverare il diritto a sottoscrivere un contratto tale da garantire la trasparenza delle informazioni.

In particolare tale contratto deve contenere: la denominazione e l’indirizzo del fornitore del servizio; i servizi forniti, i livelli di qualità dei servizi offerti e il tempo necessario per l’allacciamento iniziale; i tipi di servizi di manutenzione offerti; il dettaglio dei prezzi e delle tariffe nonché le modalità secondo le quali possono essere ottenute informazioni aggiornate in merito a tutte le tariffe applicabili e a tutti i costi di manutenzione; la durata del contratto, le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto; le disposizioni relative all’indennizzo e al rimborso applicabili qualora non sia raggiunto il livello di qualità del servizio previsto dal contratto e il modo in cui possono essere avviati i procedimenti di risoluzione delle controversie (cfr. art. 20, comma 2, Direttiva n. 22 del 2002).

Tutto ciò, invece, non è richiesto ai fornitori delle *app* di comunicazione sociale.

Pertanto, sulla base di quanto rappresentato, si prende atto della necessità di intraprendere iniziative volte a colmare il *gap* fra la normativa esistente e l’evoluzione del mercato.

4. IL CONSUMATORE INTERCONNESSO COME PROTAGONISTA DEL POSSIBILE CAMBIAMENTO REGOLATORIO: IL RUOLO DELL’AGCOM

Nella delibera n. 165/16/CONS l’Autorità ha innanzitutto rilevato come l’ambiguità del perimetro normativo applicabile alle *app* di comunicazione sociale e la mancata possibilità di ricomprendere, al momento, nell’attuale definizione dei servizi ECS detti servizi produca una disparità di trattamento fra gli operatori tradizionali e i fornitori dei *consumer communications services*. Tuttavia, provare a bilanciare lo scenario in analisi è una questione di non facile soluzione.

Nell’indagine conoscitiva in esame l’AGCOM ha, ad esempio, evidenziato che porre in essere delle azioni volte a rimuovere *tout court* dette asimmetrie – tramite la previsione di obblighi in capo ai soggetti OTT ovvero, al contrario, alleggerendo la regolamentazione vigente in capo agli operatori tradizionali – potrebbe avere l’effetto di rallentare lo sviluppo dei servizi di comunicazione elettronica maggiormente innovativi nel caso in cui eventuali obblighi imposti ai soggetti OTT non fossero più che proporzionali, interrompendo quel circolo virtuoso dell’innovazione che sta contraddistinguendo questo mercato.

L’Autorità, pertanto, ha evidenziato la necessità di adottare un approccio regolamentare flessibile, ossia fondato su una valutazione caso per caso della sostituibilità funzionale tra i servizi tradizionali e quelli OTT, a valle della quale includere o meno i primi nell’ambito della definizione di ECS (cfr. delibera n. 165/16/CONS, p. 109).

Fermo restando la necessità che ogni misura, prima di essere introdotta, dovrebbe rispondere ad un *test* di necessità, proporzionalità ed adeguatezza, il ventaglio di possibili azioni regolatorie proposte dall’AGCOM annovera le misure di

seguito descritte.

Una prima ipotesi interesserebbe la possibilità di applicare una *regolamentazione orizzontale*, congiuntamente riferibile ai diversi servizi rientranti nella definizione tradizionale di ECS e servizi OTT.

Si tratterebbe, pertanto, di attuare una serie di misure di carattere generale ed astratto, di taglio trasversale, fra cui è possibile annoverare, ad esempio, gli obblighi precisati nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, quelli in materia di protezione dei consumatori, la normativa concernente la protezione dei dati personali nonché le regole in tema del diritto della concorrenza.

Una seconda ipotesi, invece, riguarderebbe la possibilità di applicare una *regolamentazione specifica*, per i servizi ECS, a tutela della concorrenza e del mercato e a garanzia dei diritti degli utenti finali.

Sarebbe, pertanto, una regolamentazione *ex ante*, idonea e proporzionata rispetto allo scopo perseguito di tutela degli utenti e del mercato, la quale, tuttavia, potrebbe essere posta in essere solo dopo aver condotto una analisi di mercato finalizzata ad accertare la relazione di sostituibilità fra i servizi nonché l'eventuale presenza della posizione di dominanza.

In questo caso, quindi, potrebbero essere adottate misure preliminari relative al potere delle ANR (autorità nazionali di regolazione) di richiedere informazioni anche ai soggetti OTT, così come oggi avviene, ai sensi dell'art. 5, comma 1, della Direttiva 2002/21/CE, per gli operatori tradizionali; misure volte all'interconnessione per il trasporto del traffico dati e all'interoperabilità; misure relative al rilascio dei titoli abilitativi per la fornitura del servizio e dei diritti di uso per lo sfruttamento delle risorse di numerazione; misure relative alla tutela degli utenti dei *consumer communications services*.

Con particolare riguardo a quest'ultimo aspetto, giova evidenziare come l'Autorità abbia rilevato "*opportuno introdurre in maniera esplicita misure specifiche dedicate alla protezione dei consumatori di servizi di comunicazione basati su protocollo IP al fine di garantire che questi ultimi possano beneficiare dello stesso livello di protezione previsto per i servizi su reti tradizionali*" (così, testualmente, delibera AGCOM n. 165/16/CONS, p. 107).

Nell'indagine in esame, infatti, l'AGCOM ha posto l'accento, in primo luogo, sulla necessità di avere delle condizioni contrattuali trasparenti connesse all'acquisto delle *app* di comunicazione sociale: solo mediante una corretta informazione dell'utente, infatti, è possibile ottenere un acquisto consapevole.

In secondo luogo, parimenti importante, ha ribadito l'esigenza che il consumatore sia edotto sulla possibilità che le *app* di comunicazione sociale, scaricate gratuitamente, possano condividere dati personali degli utenti con aziende terze.

A tal proposito giova ricordare che proprio lo scorso agosto WhatsApp ha modificato le proprie condizioni contrattuali di fornitura dei servizi inserendovi una nuova clausola volta a legittimare la condivisione da parte della medesima società con Facebook – entrambe appartenenti al medesimo gruppo societario – dei dati degli utenti per finalità di profilazione commerciale e relazionale.

La Commissione Europea, conseguentemente, ha chiesto informazioni al riguardo, ed in particolare sulla possibilità di usare i dati di WhatsApp per la pubblicità su altri servizi Facebook. Infatti, come ricordato dalla commissaria Ue alla concorrenza, Margrethe Vestager, il fatto che non ci fosse una condivisione dei dati è stato un fattore decisivo per dare il via libera all'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook (Fonte: www.ansa.it, venerdì 9 settembre 2016).

Tuttavia, in attesa della conclusione di detti controlli, è bene tener presente che gli utenti, per tutelare la propria *privacy*, possono scegliere di non condividere le informazioni con Facebook deselectando l'apposita voce nelle impostazioni del proprio dispositivo.

Concludendo, quindi, ci si auspica che il legislatore europeo e quello domestico possano riuscire a trovare una soluzione in grado, da un lato, di promuovere la corretta concorrenza del mercato e, dall'altro, la tutela dei diritti degli utenti.

Video-sharing: quali tutele per il consumatore sulle piattaforme di video online?

(Francesca Pellicanò¹)

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2. LE PIATTAFORME ONLINE. LA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA E PROSPETTIVE FUTURE. – 3. LE PIATTAFORME DI VIDEO-SHARING E LA PROPOSTA DI REVISIONE DELLA DIRETTIVA SMAV.

1. PREMESSA

Il presente contributo prende le mosse dal pacchetto presentato dalla Commissione europea lo scorso 25 maggio, con la presentazione di una proposta di revisione della Direttiva sui servizi di media audiovisivi in cui sono inserite, per la prima volta, specifiche previsioni sulle piattaforme di *video-sharing*, e della Comunicazione COM (2016) 288 *final*, con cui la Commissione ha espresso una serie di proposte e piani di azione relativamente al più esteso tema delle piattaforme *online*, tenendo anche conto degli esiti della consultazione pubblica indetta nella seconda metà del 2015.

Il netto cambio di passo della Commissione dimostra una (lungamente auspicata) presa di coscienza della rilevanza acquisita dalle piattaforme *online*, non solo sotto il profilo economico e della concorrenza, ma come vero e proprio valore strategico, capace di generare crescita economica e competitività nel mercato unico digitale in Europa. Non a caso, l'abbrivio dell'*iter* è costituito dalla Strategia per il mercato unico digitale in Europa pubblicata il 6 maggio 2015, in cui la Commissione europea si è impegnata a valutare il ruolo delle piattaforme prendendo in esame aspetti cruciali quali il ruolo sociale ed economico delle piattaforme *online*, la *findability* e la trasparenza nei risultati di ricerca, le condizioni di utilizzo, lo sfruttamento delle informazioni da parte delle piattaforme, le condizioni di trasferimento tra servizi comparabili offerti da piattaforme, il ruolo dei prestatori intermediari *online*, incluse modalità per combattere i contenuti illeciti su *internet*. La Commissione, in tale sede, ha *expressis verbis* ammesso che agevolare e sostenere l'apertura e lo sviluppo di piattaforme competitive con sede nell'UE è diventato, per l'Europa, un imperativo tanto economico quanto strategico. A tale aspetto va aggiunto quello, speculare ed altrettanto rilevante, dell'impatto sui consumatori e la necessità di offrire loro protezione dai potenziali pericoli e disservizi cui questi possono essere esposti.

2. LE PIATTAFORME ONLINE. LA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA E PROSPETTIVE FUTURE

Le piattaforme *online* continuano a evolversi ad un ritmo mai visto in qualsiasi altro settore dell'economia, ricoprendo una pluralità di settori ed offrendo una pletora quanto mai estesa e diversificata di servizi, tra cui piattaforme pubblicitarie *online*, mercati, motori di ricerca, *social media*, punti vendita di contenuti creativi, piattaforme di distribuzione di applicazioni, servizi di comunicazione, sistemi di pagamento e piattaforme per l'economia collaborativa. Alcuni esempi di piattaforme *online*, europee e non, possono chiarire quanto queste piattaforme siano diffuse e quanto vengano utilizzate quotidianamente: AdSense di Google, DoubleClick, eBay, Amazon, Google, BingSearch, Facebook, YouTube, Google Play, AppStore, Facebook Messenger, PayPal, Skyscanner, Blabla Car, Zalando, Uber.

1 Le opinioni espresse sono unicamente personali e non impegnano in alcun modo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Per quanto disparati siano gli ambiti di riferimento, i servizi offerti e le finalità, nondimeno è possibile tratteggiare alcune caratteristiche comuni importanti. In particolare, in primo luogo le piattaforme *online* si basano sulle tecnologie della società dell'informazione e della comunicazione per raggiungere i propri utenti in modo istantaneo e con facilità; sono poi accomunate dalla possibilità di creare e formare nuovi servizi, facendo concorrenza agli operatori tradizionali e organizzando nuove forme di partecipazione o di esercizio di attività economiche basate sulla raccolta, dal fatto che le piattaforme abbiano l'opportunità di effettuare trattamento, detenzione e modifica di grandi quantità di dati; un'ulteriore peculiarità è rappresentata dai cosiddetti "effetti di rete", in virtù dei quali, generalmente, il valore del servizio aumenta con l'aumentare degli utenti.

Questi aspetti che contraddistinguono le piattaforme *online* hanno apportato una serie di vantaggi importanti all'economia digitale e alla società, favorendo un aumento dell'efficienza e dell'innovazione c.d. *data driven*. Le piattaforme *online* ampliano la scelta a disposizione dei consumatori, contribuendo in tal modo a una maggiore competitività nel mercato, con positivi riflessi per gli utenti finali.

Tuttavia, anche l'importanza crescente dell'economia digitale, in relazione alla diversità e alla rapida evoluzione degli ecosistemi di piattaforme, pone nuove sfide politiche e normative. A tale scopo, tra il 25 settembre 2015 ed il 6 gennaio 2016, la Commissione europea, come già accennato in premessa, ha condotto una consultazione pubblica relativa all'*environment* normativo di piattaforme *online*, intermediari, *Cloud computing* ed economia collaborativa, ricevendo 1.034 risposte dalle varie categorie di soggetti interessati. Per quanto riguarda il profilo qui in rilievo, le piattaforme *online*, è emerso un ampio consenso sulla crescente importanza di queste per la competitività e lo sviluppo del mercato europeo, ma sono state, altresì, rilevate numerose criticità relative all'assenza di previsioni attualmente applicabili in materia di concorrenza, mancanza di trasparenza, rischi connessi alla raccolta di dati personali, presenza di un potere di contrattazione assai diverso tra piattaforma e fornitori, che potrebbe determinare come ricaduta l'eventualità di pratiche scorrette o concorrenza sleale.

Nell'aprile 2016 è stato pubblicato un sondaggio Eurobarometro (speciale 447 sulle piattaforme *online*) incentrato sull'uso delle piattaforme all'interno dell'Unione, focalizzato, in particolare, sui motori di ricerca, i *social network* ed i siti di commercio elettronico. Ne è emerso un ampio uso da parte dei cittadini europei di questi strumenti, rilevandosi inoltre una diffusa preoccupazione sull'uso dei dati personali raccolti, tale da far auspicare alla collettività un intervento più incisivo da parte delle autorità pubbliche. Il 25 maggio scorso, da ultimo, la Commissione europea ha rilasciato un pacchetto di iniziative di particolare impatto nel settore di pertinenza.

Il pacchetto è costituito da una comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, recante titolo "*Le piattaforme online e il mercato unico digitale - Opportunità e sfide per l'Europa*", su cui ci incentreremo nel presente paragrafo, e una proposta di revisione della Direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi (di prosieguo, Direttiva SMAV), di cui si darà conto infra.

La Comunicazione sulle piattaforme *online* dà seguito a quanto preannunciato nella Comunicazione "Strategia per il mercato unico digitale in Europa" della primavera 2015, e da un lato riferisce sugli aspetti principali individuati nella valutazione delle piattaforme *online*, dall'altro presenta la posizione della Commissione sia sulle opportunità di innovazione che sulle sfide normative che ne derivano. Nella Comunicazione si evidenzia preliminarmente che allo stato attuale l'UE contribuisce solo al 4% della capitalizzazione totale del mercato delle principali piattaforme, la maggior parte delle quali è stabilita in Asia e negli USA. Occorre, dunque, individuare un quadro normativo equilibrato per le piattaforme *online* del mercato unico digitale, che contribuisca alla promozione di uno sviluppo sostenibile e all'ampliamento del modello aziendale delle piattaforme europee. Per realizzarlo si specifica la necessità di un quadro normativo comune, al fine di non ingenerare incertezze negli operatori del settore; la garanzia effettiva di un *level playing field* mediante la certa applicazione delle rilevanti norme UE in materia, ad esempio, di concorrenza, tutela dei consumatori, protezione dei dati personali.

La Commissione riconosce poi l'importanza delle misure di auto-regolamentazione e co-regolamentazione basate su

principi di riferimento, con l'aiuto delle quali conseguire il giusto equilibrio tra le esigenze di prevedibilità, flessibilità ed efficienza e la necessità di sviluppare soluzioni efficacemente applicabili nel lungo periodo. La Commissione illustra, quindi, i principi sui quali intende basare le proprie proposte legislative in materia di piattaforme *online*: garantire pari condizioni concorrenziali per servizi digitali comparabili, sulla base di quello che viene definito "principio generale del mercato unico digitale".

Al fine dell'ottenimento di tali condizioni, si prevede la necessità di semplificare, modernizzare e snellire la regolamentazione esistente e di assoggettare ad essa, per quanto applicabile, le piattaforme *online*. Ciò viene in particolare rilievo con riferimento alla proliferazione di piattaforme di condivisione di video, su cui vengono spesso caricati contenuti nocivi per i minori e carichi di istigazioni all'odio, in modo da consentire efficaci strumenti di tutela. Ciò va, comunque, ricordato con il regime di responsabilità degli intermediari della società dell'informazione il cui quadro è contenuto nella Direttiva 2000/31/CE, c.d. Direttiva sul commercio elettronico. Uno degli obiettivi dichiarati è proprio l'introduzione e il monitoraggio di procedure di *notice* e di intervento per garantire la coerenza e l'efficacia del regime di responsabilità degli intermediari, mentre, sul versante della domanda, assurgono a temi centrali la promozione della fiducia dei consumatori, la trasparenza nell'utilizzo dei dati, la garanzia dell'imparzialità, la salvaguardia dell'innovazione.

Al fine di raggiungere gli obiettivi sopra sintetizzati, la Commissione preannuncia una serie di iniziative per i prossimi mesi, tra le quali il riesame della normativa UE sulle telecomunicazioni, presentato poi pochi mesi dopo, a settembre 2016, con una combinazione mirata di proposte che prevedono una parziale deregolamentazione, associata all'eventuale applicazione di una serie più ristretta di norme sulle comunicazioni.

3. LE PIATTAFORME DI VIDEO-SHARING E LA PROPOSTA DI REVISIONE DELLA DIRETTIVA SMAV

Un primo effettivo profilo di intervento alla luce della Comunicazione sulle piattaforme *online* è stato contestualmente presentato in pari data, 26 maggio 2016, nelle pieghe della proposta di revisione della Direttiva SMAV sopra menzionata, costituendone peraltro la principale e più coraggiosa novità.

Infatti, la scelta più significativa operata dalla Commissione nella proposta in esame appare proprio quella di inserire nella Direttiva un nuovo articolo, il *28-bis*, che includa nell'ambito di applicazione della Direttiva, per casi circoscritti, riguardanti il delicato tema della tutela dei minori dalla visione di contenuti carichi d'odio, violenza e istigazione, anche le piattaforme di *video-sharing* – ossia le piattaforme *online* che consistono nell'archiviazione e nell'organizzazione di contenuti video generati dagli utenti e per i quali la piattaforma non ha normalmente responsabilità editoriale. Allo stato, le vigenti definizioni di "servizio di media audiovisivo", "programma", "responsabilità editoriale", "trasmissione televisiva" e "servizio di media audiovisivo a richiesta" (art. 1 della Direttiva 2010/13 secondo la formulazione vigente) escludono chiaramente (e probabilmente anche consapevolmente) le piattaforme di *video-sharing* dall'ambito di applicazione della Direttiva. In base alla modifica proposta, le *video-sharing platform* sarebbero, dunque, soggette alle disposizioni in materia di tutela dei minori dai contenuti nocivi e di protezione dei cittadini dall'incitamento all'odio, attraverso strumenti che consentano agli utenti di segnalare contenuti illeciti, sistemi di verifica dell'età e sistemi di controllo genitoriale (il c.d. *parental control*).

Prima di soffermarsi sul dettaglio delle norme così introdotte, giova sottolinearsi che sebbene, come già evidenziato, la Direttiva 2010/13 ed anche la Proposta di modifica abbiano adottato l'approccio di armonizzazione minima tramite lo strumento legislativo della Direttiva, con possibilità, quindi, per gli Stati membri di prevedere norme più rigorose gravanti sui fornitori dei servizi a favore dei telespettatori, in materia di piattaforme di *video-sharing* il considerando 30 e l'art. *28-bis*, comma 5, sono, invece, chiari nel prevedere che gli Stati membri (e conseguentemente i regolatori nazionali) non possono prevedere misure più rigorose affinché l'attività per definizione transnazionale di questi soggetti

non sia disciplinata da regole diverse a livello dell'Unione.

Tanto premesso, quanto al contenuto delle nuove disposizioni, si rileva quanto segue.

All'articolo 1 è introdotta la nuova definizione di "servizio di piattaforma per la condivisione di video" che viene specificato come *"servizio, quale definito agli articoli 56 e 57 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il cui obiettivo principale del servizio o di una sezione distinguibile di esso, è inteso alla fornitura di programmi, sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media, al fine di informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della Direttiva 2002/21/CE"*.

Se con la regolazione attuale i video presenti all'interno delle edizioni *online* dei giornali sono stati esclusi dall'ambito di applicazione, la proposta di Direttiva sancisce inequivocabilmente come le sezioni video all'interno di tali siti siano da considerare servizi di media e, quindi, soggetti alla disciplina di settore.

Inoltre, la lettera *a-bis*) del citato articolo 1 così dispone "è servizio di piattaforma per la condivisione di video, un servizio, quale definito agli articoli 56 e 57 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che risponde ai seguenti requisiti: i) il servizio consiste nella memorizzazione di un numero importante di programmi o di video generati dagli utenti, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale; ii) *l'organizzazione del contenuto memorizzato è determinata dal fornitore del servizio, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante "hosting", visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento;* iii) *l'obiettivo principale del servizio o di una sezione distinguibile di esso è la fornitura di programmi e video generati dagli utenti per il grande pubblico, al fine di informare, intrattenere o istruire;* iv) *il servizio è messo a disposizione mediante reti di comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della Direttiva 2002/21/CE"*.

La lettera *b)* definisce il "*programma*", come una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento nell'ambito di un palinsesto o di un catalogo stabilito da un fornitore di servizi di media, comprensivo di lungometraggi, video di breve durata, manifestazioni sportive, commedie di situazione (*sitcom*), documentari, programmi per bambini e fiction originali. Invece, per "*video generato dall'utente*", si intende una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento creato e/o caricato su una piattaforma per la condivisione di video da uno o più utenti.

Alla lettera *d-bis)* dell'articolo 1, si definisce il "*fornitore della piattaforma per la condivisione di video*" quale persona fisica o giuridica che fornisce un servizio di piattaforma per la condivisione di video.

Con l'articolo 28-*bis*, relativo alle disposizioni applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video, si prevede che, fatti salvi gli articoli 14 e 15 della Direttiva 2000/31/CE, gli Stati membri garantiscono che i fornitori delle piattaforme per la condivisione di video adottino misure adeguate per tutelare i minori da contenuti che potrebbero nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori; tutelare tutti i cittadini da contenuti che istighino alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito in riferimento al sesso, alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza, all'origine nazionale o etnica. Quindi la possibile introduzione di una specifica responsabilità per le piattaforme di *video-sharing* non pregiudica la loro eventuale ed ulteriore responsabilità ai sensi della Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, specialmente ai sensi degli artt. 14 e 15 di questa, citati nell'*incipit* dell'art. 28-*bis* della proposta.

È previsto, inoltre, che l'adeguatezza delle citate misure sia determinata alla luce della natura del contenuto in questione, del danno che questo può causare, dalle caratteristiche della categoria di persone da proteggere nonché dei diritti e degli interessi legittimi, compresi quelli dei fornitori della piattaforma per la condivisione di video e degli utenti che hanno creato e/o caricato contenuti nonché dell'interesse pubblico.

Ai fini dell'attuazione delle misure di cui ai paragrafi citati, gli Stati membri promuovono la co-regolamentazione e si dotano dei meccanismi necessari per valutare l'adeguatezza delle misure adottate dai fornitori di piattaforme per la

condivisione di video. Gli Stati membri affidano tali mansioni agli organismi designati e mantengono la facoltà di imporre misure più rigorose in relazione ai contenuti illeciti. Nell'adozione di tali misure essi rispettano le condizioni stabilite dal diritto dell'Unione applicabile, quali, come opportuno, quelle di cui agli articoli 14 e 15 della Direttiva 2000/31/CE o all'articolo 25 della Direttiva 2011/93/UE.

Gli Stati membri garantiscono che siano disponibili meccanismi di reclamo e ricorso per la risoluzione delle controversie fra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video relativi all'applicazione delle opportune misure.

In via generale, la modifica più incisiva della proposta appare quella di richiedere ad opera della Commissione che tali operatori collaborino nell'ambito dell'alleanza per una migliore tutela dei minori *online*, al fine di elaborare un codice di condotta per questo settore.

Infine, vale considerare come le piattaforme di condivisione dei video e i *social networks* si siano già posti in concorrenza nell'acquisizione di diritti di utilizzazione di contenuti premium televisivi, quali lo sport e le serie televisive (negli Stati Uniti Facebook e Amazon concorrono all'acquisizione dei diritti della NFL con i *networks* televisivi tradizionali), fattore che contribuisce ad una maggiore equiparazione delle piattaforme ai servizi di media e che rende non più rimandabile un intervento del legislatore europeo e nazionale, che stabilisca un *regimen* regolatorio magari più flessibile rispetto all'ambiente audiovisivo più tradizionale, ma che consenta, comunque, di cristallizzare principi sicuri cui vincolare le piattaforme, a vantaggio del mercato, assicurando e dell'utenza.

Si tratta, dunque, di un tentativo della Commissione di introdurre strumenti tali da assicurare che, nel proprio ambito di competenza, i fornitori di piattaforme per la condivisione di video pongano in essere, preferibilmente mediante co-regolamentazione, opportune misure atte da un lato a proteggere i minori dai contenuti nocivi e dall'altro a tutelare la collettività dall'istigazione alla violenza o all'odio. Misure la cui adeguatezza al contesto *internet* dovrà essere valutata nel corso dell'*iter* legislativo e soprattutto dimostrata al banco di prova della realtà.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

(Sara Perugini)

I mercati della “*condivisione sociale*” in Europa e in Italia. Il ruolo cruciale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. IL MODELLO DELLA *SHARING ECONOMY*. – 3. GLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA IN TEMA DI ECONOMIA COLLABORATIVA. – 3.1. L’ACCESSO AL MERCATO. – 3.2. IL REGIME DI RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME PARITARIE. – 3.3. *SHARING ECONOMY* E TUTELA DEL CONSUMATORE. – 4. AMBITO NAZIONALE: LA PROPOSTA DI LEGGE IN TEMA DI “*DISCIPLINA DELLE PIATTAFORME DIGITALI PER LA CONDIVISIONE DI BENI E SERVIZI E DISPOSIZIONI PER LA PROMOZIONE DELL’ECONOMIA DELLA CONDIVISIONE*”. – 5. SEGUE: CRITICITÀ DEL MODELLO REGOLATIVO PROPOSTO – 6. *SOCIAL ECONOMY*: CENNI. – 7. CONCLUSIONI.

1. PREMESSA

La rivoluzione digitale sta trasformando settori chiave dell’economia e delle relazioni sociali. Lo sviluppo della rete Internet e di nuovi *software*, il successo dei *social media* e, più in generale, il crescente grado di alfabetizzazione informatica, lo si è già evidenziato nel Rapporto dello scorso anno, stanno dando vita ad un **nuovo modo di pensare l’economia** che si pone al centro di un dibattito sovranazionale.

Il *mercato virtuale* ha caratteristiche sue proprie rispetto al *mercato fisico* e genera nuovi modelli di business dove la distinzione tra professionista e consumatore non è spesso definita (transazioni *peer to peer*), nei quali operano nuovi soggetti (i gestori delle piattaforme *online*) e si sviluppano pratiche fondate su logiche diverse da quelle dello scambio tradizionale (il riuso e l’accesso).

All’economia della condivisione (c.d. *sharing economy*) che rappresenta una delle espressioni più articolate di tale cambiamento, si affiancano altri fenomeni commerciali che si sviluppano sui *social media* e grazie ad essi: dallo sfruttamento dell’ambiente *social* da parte delle aziende tradizionali per la promozione di beni o servizi mediante l’adozione di pubblicità occulte, alla ricomparsa di modelli già sperimentati in passato nell’ambiente fisico e per questo normati come, ad esempio, l’adozione di sistemi di vendita piramidale nell’ambito del c.d. *social shopping*, al tema cruciale della commercializzazione da parte delle piattaforme *social* dei dati e dei contenuti condivisi dagli utenti.

In tale contesto, nell’ambito del presente contributo, si è scelto di focalizzare l’analisi, da un lato, sulla evoluzione del quadro normativo in materia, con particolare riferimento alla scelta del *modello regolativo* sulla *sharing economy*, al centro dell’agenda politica europea e nazionale e al ruolo che, in tale contesto, il legislatore domestico intende attribuire all’Autorità *Antitrust*; dall’altro, sui fenomeni che, più in generale, caratterizzano la c.d. *social economy* al fine di verificare se e in che misura siano riconducibili al quadro normativo esistente in materia di tutela del consumatore e al relativo *enforcement* dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

2. IL MODELLO DELLA SHARING ECONOMY

Come noto, il termine *sharing economy*, tradotto in italiano con l'espressione "*economia della condivisione*" o "*economia collaborativa*" ovvero "*economia peer to peer*", è tradizionalmente attribuito a Marcus Felson e Joe. L. Spaeth che lo coniarono nel loro articolo "*Community Structure and Collaborative Consumption: A routine activity approach*", pubblicato nel 1978 sulla rivista *American Behavioral Scientist*.

Il fenomeno inizia ad affacciarsi in Italia nel 2000, in ritardo rispetto al resto del mondo dove nascono piattaforme di condivisione già alla fine degli anni '90 e vede il proprio sviluppo a partire dal 2009. Da una mappatura effettuata nel 2015 (cfr. "collaboriamo.org" *Sharing economy la mappatura delle piattaforme italiane 2015*) emerge che circa la metà delle piattaforme di *sharing economy* è nata tra il 2013 e il 2014 localizzate principalmente nel Nord Italia (70%).

Si tratta di una **realtà economica** in costante evoluzione che si affianca all'economia tradizionale, proponendo **modelli di consumo collaborativo** complementari rispetto a quelli esistenti fondati sul capitalismo ad integrazione verticale.

Gli elementi caratterizzanti vengono comunemente individuati: nella *condivisione*, ossia l'utilizzo comune di una risorsa in modo differente dalle forme tradizionali di scambio con lo sviluppo di pratiche basate sul *riuso* piuttosto che sull'acquisto e sull'*accesso* piuttosto che sulla proprietà; nella *posizione paritaria* tra i soggetti coinvolti che genera un rapporto *orizzontale* tra privati e che si distingue dalle forme tradizionali di rapporto tra impresa e consumatore; nella presenza della *piattaforma digitale* che mette in relazione tali soggetti in cui è presente un meccanismo di *reputazione digitale* e le cui transazioni avvengono tramite *pagamento elettronico*, spesso con l'aggiunta di servizi aggiuntivi rispetto a quelli della società dell'informazione.

Il cambiamento è provocato, anzitutto, dal ruolo sempre maggiore assunto da *Internet* nella vita quotidiana: la crescente pervasività delle **nuove tecnologie** e, prima fra tutte, la diffusione di un sempre più ampio sistema (*peer to peer*) di connessione tra i vari strumenti digitali (quali *pc*, *smart phones* e *tablets*) nonché la nascita e la diffusione dei *social media*, rendono possibile una rete di rapporti umani e un *dialogo* tra le persone che, attraverso le piattaforme informatiche, generano modelli di scambio di risorse e servizi di varia natura in posizione paritaria tra loro.

La creazione di questo nuovo scenario socio-economico e di modelli fondati su consumi collaborativi rappresentano anche una risposta alla **crisi economica** e, come evidenziato nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge in discussione presso la Camera di seguito analizzata (cfr. § 4), al conseguente *impasse* dei modelli tradizionali di scambio e redistribuzione.

L'interesse dei consumatori e delle imprese verso la *sharing economy* è in continuo aumento e riguarda risorse di varia natura coprendo un'ampia tipologia di *business* dato che, come noto, la *sharing economy* ha un impatto c.d. *cross sector*.

I mutamenti coinvolgono il trasporto urbano (Uber, Lyft) ed extraurbano (Blablacar), l'offerta di alloggi (Airbnb), il settore bancario e creditizio con il *social lending* (Zopa, Prosper), il *crowdfunding* (Kickstarter, Indiegogo), la nascita di monete complementari (Bitcoin, Faircoin), il mondo del lavoro (Taskrabbit, Handy) e la logistica (Instacart, Postmates).

Il modello collaborativo viene dunque applicato in Italia in diversi ambiti e, nel tempo, potrebbe rispondere anche a nuovi bisogni tenendo in considerazione valori generalmente esclusi dalle tradizionali logiche di scambio, come l'impatto ambientale e sociale, in grado di offrire vantaggi ai consumatori in termini di scelta e, al tempo stesso di occupazione.

All'interno di tale composito panorama occorre però operare le dovute distinzioni.

Spesso, infatti, sotto l'etichetta *sharing economy* si è soliti far ricadere anche esperienze che, pur sviluppandosi sul *web* mediante la presenza di piattaforme tecnologiche sono prive di quello che è il tratto caratterizzante del modello: la

condivisione tra pari, ossia tra soggetti privati che operano al di fuori di logiche professionali.

In realtà, all'interno della economia della condivisione strettamente intesa dovrebbero rientrare esclusivamente i servizi *peer to peer* ossia, come sopra accennato, i servizi generati da una rete di computer collegati tra loro in maniera paritaria di modo che gli utenti connessi a quella rete possano scambiarsi informazioni e risorse e non anche i servizi *b2c* caratterizzati da un modello tradizionale di servizi forniti da un professionista ad un consumatore in maniera verticale. E così, ad esempio, nel settore del trasporto passeggeri, fanno parte della *sharing economy* in senso stretto piattaforme quali *Blabla car* e *Uber pop*, ove gli utenti una volta registrati possono offrire o al contrario ricevere passaggi per tragitti di media e lunga distanza nonché le piattaforme di *ridesharing* che offrono la condivisione di posti auto su lunghe tratte o in città (*auto in comune*, *autostrade carpooling*, *avacar*, *blablacar*, *carpooling.it*, *drive book*, *flotta*, *roadsharing*, *viaggia insieme*, *Uber Pop*, *Letz-go*, *Strappo*); nel settore del turismo, vi rientra lo scambio di alloggi tra privati sviluppato dalla piattaforma *Airbnb*.

Dovrebbero viceversa essere esclusi i servizi *b2c* offerti da *Car2go* ed *Enjoy* dove gli *asset* appartengono all'azienda che li affitta ai privati cittadini nella forma di autonoleggio. Rientra in questa ipotesi anche una delle forme dell'applicazione *Uber* la quale mette in contatto privati cittadini con una categoria specifica di professionisti, ovvero i conducenti taxi o NCC (*Uber taxi* e *Uber black*).

L'esatta comprensione dei diversi fenomeni sopra descritti e del modo in cui essi generano servizi per gli utenti è necessaria al fine offrire soluzioni adeguate alle diverse questioni poste dal mercato della condivisione: sul piano concorrenziale, posto che nella disciplina dei mercati e dell'innovazione sociale e tecnologica viene rilanciato il tema della *self-regulation* con conseguenze di non poco conto sulla possibile integrazione e complementarietà con i settori e i modelli di *business* tradizionali spesso oggetto di regolazioni pervasive; sul piano delle garanzie e delle tutele a favore dei fruitori per quanto riguarda aspetti legati alla sicurezza, alla salute, *privacy* e alla trasparenza sulle condizioni d'uso del servizio e del bene utilizzato.

3. GLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA IN TEMA DI ECONOMIA COLLABORATIVA

Le tematiche poste dalla *sharing economy*, al centro di un dibattito che coinvolge istituzioni nazionali e internazionali (cfr. ad esempio, la conferenza del giugno 2015 dal titolo "*The "Sharing" Economy: Issues Facing Platforms, Participants, and Regulators*" dedicata al tema dalla *Federal Trade Commission - FTC* con la quale è stata avviata una raccolta di commenti per identificare le questioni più rilevanti nella prospettiva dichiarata di una prossima futura regolazione), operatori e opinione pubblica, stanno finalmente ricevendo la necessaria attenzione anche da parte dell'analisi giuridica.

Nell'ultimo biennio, l'Unione europea ha adottato diverse iniziative in materia di *sharing economy*, da un lato, nella consapevolezza che lo sfruttamento di Internet e dell'innovazione tecnologica possono stimolare la ripresa economica ed occupazionale nell'Eurozona, dall'altro, nella convinzione che l'incertezza normativa per coloro che operano all'interno di questo modello rappresenti uno dei principali ostacoli al suo sviluppo.

Innanzitutto, con la **Strategia per il Mercato Unico Digitale** c.d. *Digital Single Market Strategy for Europe* [cfr. COM (2015) 192 def.], la Commissione ha dato il via ai lavori per analizzare il ruolo delle piattaforme informatiche anche nell'ambito dell'economia collaborativa, rilevando la necessità di valutare *l'efficienza del quadro normativo esistente* rispetto al ruolo che tali soggetti stanno assumendo nei mercati digitali.

Inoltre, nell'autunno dello scorso anno è stata adottata la **Strategia per il Mercato Unico** con la Comunicazione denominata "*Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese*" [cfr. COM (2015) 550 def.] nell'ambito della quale è stata presentata una nuova strategia che mira a "*ravvivare il mercato unico e ad ammoder-*

narlo in modo che migliori il funzionamento dei mercati dei prodotti e dei servizi e garantisca ai cittadini una tutela adeguata” (cfr. punto 1.2). Per il conseguimento di tali obiettivi, tra le direttrici da seguire viene individuata, tra l’altro, la definizione delle condizioni che consentano lo “sviluppo equilibrato dell’economia collaborativa” (cfr. punto 2.1.) definita come “un complesso ecosistema di servizi a richiesta e di uso temporaneo di attività sulla base di scambi attraverso piattaforme online”.

In quella occasione, l’Esecutivo Europeo ha annunciato tra le azioni da intraprendere a tale scopo, l’adozione di una agenda europea e di orientamenti sulle modalità di applicazione del diritto UE vigente ai nuovi modelli di business, evidenziando come sia da ritenersi “indispensabile un contesto normativo chiaro ed equilibrato che consenta lo sviluppo di un’imprenditoria dell’economia collaborativa, che tuteli i lavoratori, i consumatori e gli altri interessi generali e che assicuri che non vengano frapposti inutili ostacoli normativi agli operatori del mercato, né nuovi né esistenti, a prescindere dal modello di business da essi utilizzato” e proponendo, altresì, di valutare se e in che modo dovranno essere trattate eventuali lacune normative e di sviluppare un quadro di monitoraggio dello sviluppo dell’economia collaborativa a livello locale, nazionale, aziendale e settoriale.

Le iniziative sono state recentemente portate a termine con l’adozione della comunicazione denominata **Un’agenda europea per l’economia collaborativa** del 2 giugno 2016 [cfr. SWD (2016) 184 final].

La Comunicazione fornisce “orientamenti giuridici e strategici per le autorità pubbliche, gli operatori di mercato e i cittadini interessati ai fini di uno sviluppo equilibrato e sostenibile dell’economia collaborativa”.

Si tratta di **orientamenti non vincolanti** che hanno lo scopo di agevolare la piena fruizione dei vantaggi creati dalla economia collaborativa per i consumatori (l’accesso a nuovi servizi a un’offerta più ampia e a prezzi più bassi) e per gli imprenditori (competitività, crescita, occupazione), rimuovendo l’incertezza sui diritti e sugli obblighi di coloro che partecipano alla economia collaborativa.

Come osservato nelle premesse del provvedimento, infatti, l’incertezza sulle norme applicabili che discende da distinzioni meno nette tra “consumatore e prestatore di servizi”, “lavoratore subordinato e autonomo” e “prestazione di servizi a titolo professionale e non professionale” unita alla frammentazione normativa derivante da approcci divergenti a livello nazionale o locale ostacolano lo sviluppo dell’economia collaborativa in Europa e impediscono la piena realizzazione dei benefici che essa comporta.

Sul piano sostanziale, il testo contiene, innanzitutto, una **definizione di economia collaborativa**. Da un punto di vista oggettivo, l’espressione si riferisce: “ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l’uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati” caratterizzati da transazioni che “generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro”. Sotto il profilo soggettivo, vengono individuate tre categorie di soggetti coinvolti: “i) **i prestatori di servizi** che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale (pari) sia prestatori di servizi nell’ambito della loro capacità professionale (“prestatori di servizi professionali); ii) gli **utenti** di tali servizi; e iii) gli **intermediari** che mettono in comunicazione – attraverso una piattaforma on line – i prestatori e gli utenti e che agevolano le transazioni tra di essi (piattaforme di collaborazione)”.

Le linee guida, dunque, ricomprendono nella definizione di *economia collaborativa* non solo i servizi *peer to peer* offerti da privati su base occasionale e, dunque, i soli servizi che a rigore dovrebbero rientrare nella nozione di *sharing economy*, ma anche i servizi *b2c*, ossia i servizi offerti da prestatori di servizi professionali nella consapevolezza che “sempre più spesso micro imprenditori e piccole imprese usano piattaforme di collaborazione”.

Nel merito, le linee guida che – come annunciato nella Strategia per il mercato Unico – si fondano essenzialmente sulla Direttiva sui servizi, sulla Direttiva e-commerce, sulla legislazione europea dei consumatori sulle pertinenti disposizioni del Trattato, si occupano, per quanto di interesse in questa sede, di **tre questioni fondamentali**: i requisiti di accesso al mercato dei prestatori di servizi e delle piattaforme di collaborazione; i regimi di responsabilità delle piattaforme di

collaborazione e la tutela degli utenti. Le ultime due sezioni sono dedicate al il diritto dei lavoratori autonomi e subordinati ed alla fiscalità.

Le soluzioni prospettate dall'Unione Europea, almeno rispetto a siffatte problematiche, lo vedremo a breve, si fondano essenzialmente sui seguenti principi: la necessità di una regolazione dei mercati dei servizi, sia con riferimento al modello collaborativo che ai modelli tradizionali, più *flessibile* introducendo e/o mantenendo requisiti di accesso solo laddove effettivamente necessario (c.d. *soft regulation*); l'individuazione di specifiche responsabilità in capo alle piattaforme di collaborazione e ai prestatori di servizi, nel rispetto della normativa vigente e a condizione che agiscano in qualità di *professionisti*; la valorizzazione di strumenti di auto-controllo che sopperiscano eventuali vuoti di tutela dell'utente fruitore come nel caso dei servizi *peer to peer*; l'individuazione di elementi indiziari che consentano all'interprete di comprendere se e in che misura le zone grigie possano essere ricondotte nell'ambito di applicazione del diritto vigente.

3.1. L'ACCESSO AL MERCATO

La prima questione posta dall'economia collaborativa e affrontata dalle linee guida concerne i **requisiti di accesso al mercato** dei *prestatori di servizi* e delle *piattaforme di collaborazione*.

In particolare, ci si chiede se e in quale misura a norma del diritto vigente dell'Unione i due operatori possano essere soggetti a autorizzazioni per l'esercizio dell'impresa, obblighi di licenza o requisiti minimi di qualità (dimensioni dei locali, tipo di autovettura, obblighi di assicurazione o di deposito ecc.).

Come noto, i **prestatori di servizi a titolo professionale**, secondo il diritto dell'UE, possono sottostare a requisiti di accesso al mercato al ricorrere di determinate condizioni.

In particolare, a norma delle libertà fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (artt. 49 e 59 TFUE) e della Direttiva servizi (art. 9 e 16 Direttiva 2006/123/CE), eventuali requisiti di accesso debbono essere *necessari* per conseguire un *obiettivo di interesse generale* (cfr. art. 4, par. 8 della Direttiva 2006/123/CE), *proporzionati* rispetto a tale obiettivo e *non discriminatori*, ossia definiti in modo da garantire parità di trattamento tra i diversi modelli imprenditoriali.

Sulla base di tali premesse la Commissione evidenzia che, i legislatori dei singoli Stati Membri, dovrebbero cogliere l'opportunità offerta dall'ingresso sul mercato di nuovi modelli imprenditoriali per valutare se gli obiettivi perseguiti dalla normativa vigente restino validi, sia rispetto sia all'economia collaborativa sia ai modelli di *business* tradizionali, senza tuttavia perdere di vista le specificità dei nuovi modelli.

Un riesame della normativa nazionale vigente al fine di garantire che i requisiti di accesso al mercato continuino ad essere giustificati da un obiettivo legittimo e siano necessari e proporzionati dovrebbe tener conto, da un lato, di quanto sottolineato dalla Commissione nella sua analisi annuale della crescita 2016 circa i vantaggi che deriverebbero da una *regolamentazione più flessibile* dei mercati dei servizi in termini di maggiore produttività, ingresso sul mercato di nuovi operatori, riduzione dei prezzi e scelte più ampie per i consumatori; dall'altro, degli strumenti che i modelli imprenditoriali dell'economia collaborativa possono mettere a disposizione per contrastare i rischi che derivano ai consumatori dalle asimmetrie informative riducendo la necessità di alcuni elementi della regolamentazione come, ad esempio, i sistemi di reputazione e di valutazione o altri meccanismi volti a scoraggiare comportamenti dannosi da parte degli operatori del mercato (c.d. *self-regulation*).

L'adozione di divieti assoluti e di restrizioni quantitative all'esercizio di una attività vengono scoraggiate dalla Commissione e dovrebbero trovare applicazione solo nei casi in cui non sia possibile conseguire un legittimo obiettivo di

interesse generale con una disposizione meno restrittiva.

La definizione di eventuali requisiti di accesso dovrebbe poi essere esclusa nel caso in cui i servizi siano offerti da privati a titolo occasionale (dei servizi *peer to peer*) per la cui individuazione un approccio adeguato potrebbe essere rappresentato dalla individuazione di *soglie* specifiche definite per settore al di sotto delle quali qualificare l'attività economica come non professionale.

Quanto alle **piattaforme di collaborazione**, il parametro per comprendere se possano o meno essere soggette a requisiti di accesso è rappresentato dalla loro attività.

In estrema sintesi, secondo l'Esecutivo Europeo, tali soggetti non possono essere sottoposti ad un regime di autorizzazione preventiva o ad altro requisito equivalente che riguardi specificamente ed esclusivamente il servizio della società dell'informazione offerto dalla piattaforma in qualità di intermediario; viceversa, potrebbero sottostare alla normativa settoriale applicabile, comprese le autorizzazioni per l'esercizio dell'impresa, qualora in aggiunta ai servizi della società dell'informazione forniscano altri servizi sottostanti in qualità di prestatori di servizi.

Il fattore determinante per stabilire se una piattaforma di collaborazione fornisca anche il servizio sottostante viene identificato nel **livello di controllo e di influenza** che il gestore della piattaforma può esercitare sul prestatore di servizi. Al riguardo, secondo la Commissione, forti indizi circa l'esistenza di un'influenza o di un controllo significativo sul prestatore di servizi sottostante e, conseguentemente, la fornitura del servizio da parte della piattaforma in aggiunta al servizio della società dell'informazione, dovrebbero ritenersi sussistenti qualora risultino soddisfatti tre criteri: la definizione del *prezzo finale* del servizio; la definizione di altre *condizioni contrattuali fondamentali* che regolano il rapporto tra il prestatore dei servizi sottostanti e l'utente; la *proprietà dei beni essenziali* usati per fornire il servizio sottostante.

Ulteriori sintomi di un elevato livello di controllo e di influenza sulla prestazione del servizio sottostante sono rappresentati dalla esistenza di un *rapporto di lavoro subordinato tra la piattaforma di collaborazione e la persona che ha prestato il servizio* ovvero dell'assunzione da parte della piattaforma delle *spese e di tutti i rischi* connessi alla prestazione del servizio.

Viceversa, lo svolgimento da parte del gestore della piattaforma di attività secondarie rispetto ai servizi della società dell'informazione (quali sistemi di pagamento, copertura assicurativa, assistenza post vendita) ovvero l'offerta di meccanismi di valutazione e recensione da parte degli utenti non costituiscono una prova della gestione del servizio.

L'individuazione di siffatti criteri appare significativa in quanto potrebbe essere utilizzato dalle singole autorità pubbliche e, in sede nazionale, dall'AGCM al fine di valutare se nel caso concreto sottoposto al suo esame, la piattaforma possa essere qualificata come professionista e dunque soggetta al codice del consumo in quanto prestatore del servizio sottostante, con l'individuazione delle eventuali responsabilità.

3.2. IL REGIME DI RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME PARITARIE

La seconda questione trattata dalle linee guida attiene proprio ai **regimi di responsabilità delle piattaforme** che operano nel contesto dell'economia collaborativa.

Si tratta, come anticipato nel Rapporto 2015, di un tema *centrale* che interessa l'intero mercato digitale e assume connotazioni peculiari a seconda del modello di *business* praticato dal gestore della piattaforma.

Come noto, l'art. 14 della Direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico stabilisce, in linea generale, che le piatta-

forme *online*, in qualità di fornitori intermediari di servizi della società dell'informazione sono, a determinate condizioni, esonerate dalla responsabilità per le informazioni memorizzate.

In tale normativa si sancisce il principio, richiamato anche negli orientamenti, in base al quale il prestatore del servizio telematico di attività di memorizzazione delle informazioni non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (cfr. art. 17).

La **deroga** opera al ricorrere di due condizioni: che l'azienda presti il servizio di memorizzazione delle informazioni fornite da un terzo, stabilendo un collegamento tra chi intende comunicare un'informazione ai destinatari della stessa; che la stessa svolga tale attività **in modo neutrale**, mediante un trattamento puramente tecnico, automatico e passivo dei dati forniti dai suoi clienti [come chiarito dalla Corte di Giustizia in una nota sentenza (C-324/09 – L'Oréal) concernente le piattaforme di commercio elettronico].

Neutralità che deve essere esclusa nel caso in cui il gestore svolga un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati (cfr. "considerando" 42 e 43 Direttiva n. 2000/31/CE).

Con specifico riferimento alle piattaforme di collaborazione, come chiarito dalla Commissione, l'applicabilità di questa deroga, dipende dalle circostanze di diritto e di fatto relative all'attività svolta dalla piattaforma, deve essere stabilita *caso per caso* e resta limitata alla fornitura di servizi di *hosting* senza estendersi agli altri servizi o attività, collegate o ausiliarie, spesso offerte dalla piattaforma (tra cui sistemi di valutazione e di recensione, sistemi di pagamento, servizi assicurativi) o a maggior ragione nei casi in cui sia la stessa piattaforma a fornire il servizio sottostante.

Nelle linee guida, la Commissione allo stesso tempo incoraggia l'adozione da parte delle piattaforme di "azioni volontarie" per la lotta contro i contenuti illeciti online e per accrescere la fiducia dei consumatori, ad esempio, "*contribuendo a garantire la qualità dei servizi sottostanti offerti da prestatori sulla propria piattaforma*".

3.3. SHARING ECONOMY E TUTELA DEL CONSUMATORE

Come evidenziato, l'economia collaborativa – secondo la definizione fornita dalla stessa Commissione – confonde la linea di distinzione tra consumatori e imprese sulla quale si fonda tradizionalmente la normativa europea in ambito consumeristico. Il modello della condivisione, può infatti comprendere non solo transazioni tra imprese e consumatori (*b2c*) ma anche tra consumatori (*pari*).

Mentre nel primo caso, le imprese utilizzano le piattaforme quali canali di vendita di un servizio che rimane di natura strettamente commerciale con conseguente ricaduta del rapporto nell'ambito di applicazione della normativa in materia di protezione dei consumatori, nel secondo, l'utilizzo delle piattaforme è meramente strumentale a mettere in contatto privati cittadini, i quali poi regolano il rapporto in forza della loro autonomia privata.

Nelle realtà, tuttavia, la distinzione tra prestatore di servizi a titolo professionale e non professionale non è così netta. Sempre più spesso, infatti, i privati utilizzano il modello della condivisione con una aspettativa di profitto.

Ciò solleva una delle questioni maggiormente problematiche poste dall'economia collaborativa relativa alle condizioni necessarie per qualificare il **prestatore del servizio** che si presenta sulla piattaforma in qualità di *privato* cittadino, come **professionista** ossia "*la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale ovvero di un suo intermediario*" (cfr. art. 3, comma 1, lett. c), cod. cons.).

Si tratta di una questione che, come evidenziato dalla Commissione anche nella versione riveduta degli orientamenti

relativi alla Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (SWD (2016) 163 final del 25 maggio 2016), deve essere risolta *caso per caso* in quanto *“the mere fact that a person engages in an activity in the collaborative economy will not mean that person automatically qualifies as a trader”* almeno fintanto che, come praticato da alcuni Stati Membri e auspicato dall’Unione, non venga introdotta una normativa che individui *soglie* specifiche al di sotto delle quali qualificare l’attività del prestatore di servizi come professionale.

Sulla base di tale premessa, l’Esecutivo Europeo individua tre *fattori* che combinati tra loro potrebbero consentire all’interprete di qualificare un prestatore di servizi come professionista: la frequenza dei servizi, la finalità di lucro e il fatturato.

Anzitutto, la prestazione del servizio a **titolo occasionale** ossia *“in maniera marginale e accessoria anziché regolare”* potrebbe escludere la qualificazione del prestatore come professionista mentre, al contrario, una sua maggiore frequenza potrebbe indicare che il prestatore agisce nel quadro della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

La natura professionale del prestatore nell’ambito di una data transazione potrebbe altresì desumersi dalla sussistenza una **finalità di lucro** che dovrebbe considerarsi perseguita nel caso in cui venga prevista una **retribuzione** e non anche il semplice rimborso dei costi.

Un ulteriore indizio da considerare è rappresentato dal **fatturato** generato dal prestatore di servizi mediante la **stessa tipologia di attività** che provenga da una o più piattaforme di collaborazione. Maggiore è il fatturato generato dal prestatore di servizi maggiore è la probabilità che il prestatore si qualifichi come professionista.

Si tratta di preziose indicazioni che, in ambito nazionale, nell’esercizio delle competenze che le sono attribuite in materia di tutela del consumatore l’AGCM dovrà tenere in considerazione al fine di comprendere se la fattispecie concreta rientri o meno nell’ambito di applicazione del codice del consumo, potendo dunque accertare, anche nell’ambito della realtà economica in esame, la sussistenza di eventuali pratiche commerciali scorrette, di violazioni *consumer rights* ovvero di clausole vessatorie.

Del resto nella versione riveduta degli orientamenti relativi alla Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (SWD (2016) 163 final del 25 maggio 2016) si legge: *“Whether a seller qualifies as a “trader” or a consumer must be assessed on a case-by-case basis. Different criteria could be relevant, such as: whether the seller has a profit-seeking motive, including the fact that he/she might have received remuneration or other compensation for acting on behalf of a given trader; the number, amount and frequency of transactions; the seller’s sales turnover; whether the seller purchases products in order to resell them”*.

Al di fuori di tali ipotesi, la carenza del requisito soggettivo di professionista, preclude un possibile intervento alla luce del codice del consumo sul rapporto tra privati che, in assenza di una specifica disciplina, rimane regolato dall’autonomia privata.

In tale contesto, la tutela dell’utente-fruitore è rimessa ai meccanismi di autoregolamentazione ideati dalle stesse piattaforme di collaborazione quali le recensioni, valutazioni *online* e i marchi di qualità.

Si tratta di strumenti che, secondo la Commissione, possono rilevarsi essenziali per migliorare la credibilità di servizi tra pari e per supplire alla carenza di informazioni circa singoli prestatori di servizi, nei casi in cui la vigente legislazione in materia di consumatori non trova applicazione.

Una ulteriore questione posta dalla economia collaborativa in ambito consumeristico attiene poi al **grado di responsabilità del gestore della piattaforma di collaborazione** nei confronti degli utenti che utilizzano i servizi.

Come evidenziato a più riprese, la piattaforma rappresenta il *“canale di contatto”* tra domanda e offerta che, con specifico riferimento al servizio della società dell’informazione da essa reso, gode della deroga sancita dalla Direttiva

sul commercio elettronico, con conseguente esenzione di responsabilità nei confronti degli utenti per le informazioni trasmesse. Tuttavia, nei casi in cui il gestore della piattaforma di collaborazione sia qualificabile come *professionista* – in quanto, come detto, sia esso stesso a fornire il servizio sottostante (cfr. § 3.1.) ovvero con specifico riferimento agli ulteriori eventuali servizi accessori forniti (servizi di intermediazione, di pagamento, di valutazione) – dovrà considerarsi soggetto alla normativa europea a tutela del consumatore.

Infine, secondo l'Esecutivo europeo le piattaforme di collaborazione *“dovrebbero anche permettere ai prestatori di servizi sottostanti che si qualificano come professionisti di conformarsi alla normativa dell'UE in materia di consumatori e di marketing ad esempio progettando le loro strutture web in modo da consentire ai professionisti di manifestarsi come tali agli utenti”* nonché *“indicare chiaramente a tutti gli utenti che potranno avvalersi della tutela prevista dalla normativa dell'UE in materia di consumatori e di marketing solo quando interagiranno con i professionisti”*.

4. AMBITO NAZIONALE: LA PROPOSTA DI LEGGE IN TEMA DI “DISCIPLINA DELLE PIATTAFORME DIGITALI PER LA CONDIVISIONE DI BENI E SERVIZI E DISPOSIZIONI PER LA PROMOZIONE DELL'ECONOMIA DELLA CONDIVISIONE”

Come anticipato in premessa, in ambito nazionale, il legislatore ha avvertito ancor prima dell'Europa la necessità di regolare il fenomeno in esame presentando, nel gennaio di quest'anno, il progetto di legge sulla *sharing economy* (3564 del 27 gennaio 2016) all'esame delle Commissioni Trasporti e Attività Produttive della Camera dal 2 maggio 2016.

La proposta avente ad oggetto la *“disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione”*, come si legge nelle premesse, è diretta a potenziare una nuova economia più efficiente e più flessibile.

La legge si propone di riconoscere e valorizzare l'economia della condivisione, di promuoverne lo sviluppo e di definire misure relative *“alla gestione e all'utilizzo delle piattaforme digitali peer la condivisione di beni e servizi che operano su mercati a due versanti”* volte a fornire strumenti atti a garantire la *“trasparenza, l'equità fiscale, la leale concorrenza e la tutela dei consumatori”*.

Il testo presenta rilevanti novità sul piano definitorio.

Anzitutto, l'art. 2, lett. a) introduce la definizione di *“economia della condivisione”* quale *“economia generata dall'allocatione ottimizzata e condivisa delle risorse di spazio, tempo, beni e servizi tramite piattaforme digitali”* e contiene le definizioni dei soggetti che intervengono nei rapporti giuridici in tale specifico ambito, introducendo due nuove figure: *l'utente-operatore* e *l'utente-fruitor*.

L'**utente-operatore** viene identificato nel *“soggetto privato o pubblico che attraverso la piattaforma digitale opera erogando un servizio o condividendo un proprio bene”*; l'*utente-fruitor* con il *“soggetto privato o pubblico che attraverso la piattaforma digitale utilizza il servizio erogato o il bene condiviso dall'utente operatore”*.

L'introduzione della figura dell'*utente-operatore* rappresenta una novità estremamente positiva che potrebbe essere un interessante punto di riferimento per gli altri paesi dell'UE. La figura di *utente contemporaneamente fornitore di servizi*, infatti, come evidenziato dal presidente dell'AGCM, Pitruzzella, nel corso dell'audizione tenuta davanti alle commissioni Trasporti e Attività produttive della Camera *“non è prevista dal documento della Commissione Europea ma appare compatibile con quanto ivi indicato”*.

La nozione di **utente-fruitor**, a differenza della nozione di *consumatore-utente* di cui all'art. 3, lett. a) cod. cons. che lo definisce come la *“persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o*

professionale eventualmente svolta”, non è circoscritta alla *persona fisica* ma si estende a qualsiasi *soggetto privato*(o pubblico) che fa uso del bene o del servizio finendo, dunque, per ricomprendere, ad esclusione delle imprese, anche gli enti riconosciuti e non riconosciuti(associazioni, comitati, fondazioni).

La figura del **gestore della piattaforma digitale** che, al pari delle altre due, può essere ricoperta da un soggetto “*privato o pubblico*” (art. 2, lett. b) viene ulteriormente definita individuando alcune caratteristiche fondamentali del rapporto intercorrente tra il gestore e gli utenti che operano nel sistema dell’economia: “*I gestori di tali piattaforme agiscono da abilitatori mettendo in contatto gli utenti e possono offrire servizi di valore aggiunto. I beni che generano valore per la piattaforma appartengono agli utenti. Tra gestori e utenti non sussiste alcun rapporto di lavoro subordinato*”.

La norma, pertanto, circoscrive l’ambito di applicazione della nuova disciplina individuando quali elementi caratterizzanti il nuovo modello economico: la condivisione delle risorse (di spazio, tempo, beni e servizi) tramite piattaforme digitali; la *terzietà* delle piattaforme digitali che devono agire da “*abilitatori*” mettendo in contatto gli utenti; l’assenza di un rapporto di lavoro subordinato tra gestori e utenti; *l’assenza di un vantaggio economico diretto* per il gestore della piattaforma derivante dalla proprietà dei beni che generano valore il che, tuttavia, non esclude che il gestore della piattaforma concordi con gli utenti modelli di remunerazione per il servizio di intermediazione reso (percentuali sul transato, forme di abbonamento ecc.).

Il vantaggio economico per le piattaforme può derivare, inoltre, dall’offerta di **servizi a valore aggiunto**, ossia di servizi aggiuntivi di assicurazione o garanzia offerti a pagamento direttamente dal gestore della piattaforma che, con specifico riferimento a questa tipologia di servizi agisce in qualità di professionista, con conseguente soggezione del relativo rapporto instaurato con l’utente-fruitori alla normativa vigente in ambito consumeristico.

L’ambito di applicazione viene ulteriormente circoscritto in *negativo* mediante l’esclusione delle piattaforme che operano intermediazione in favore di *operatori professionali iscritti al registro delle imprese*, per le quali è impossibile individuare un utente inteso come *operatore non professionale* in relazione alla fornitura di un bene o di un servizio.

Sicché, la proposta di legge sembra essere destinata ad operare nell’ambito di una parte limitata e specifica della *sharing economy*, cioè l’attività di fornitura di beni e servizi erogata da soggetti privati o pubblici non iscritti al registro delle imprese. Per fare un esempio, essa si applicherebbe a BlaBlacar e a Uber Pop, ma non a Uber Black, i cui fornitori di servizi sono titolari di una licenza da conducenti valendo per queste altre fattispecie la normativa specifica di settore (es. trasporto persone).

L’intenzione del legislatore nazionale pare quella di ricomprendere nei nuovi modelli economici anche una dimensione pubblicistica. Difatti, le figure di gestore, utente-operatore e utente-fruitori ricomprendono tutte anche il **soggetto pubblico**. Lo scambio, per come inteso nell’ambito dell’economia della condivisione, potrebbe dunque avvenire anche tra soggetti pubblici, tra un soggetto privato e un soggetto pubblico così come le piattaforme digitali gestite dalla pubblica amministrazione sembrerebbero poter operare non solo verso altri soggetti pubblici ma anche tra P.A. e soggetti privati. Andrebbe, tuttavia, valutato se sussista la necessità di una differenziazione della disciplina che nella proposta si presenta identica a quella dei soggetti privati, in ragione del bene giuridico oggetto dell’attività (bene privato o pubblico) e dei soggetti che intervengono nel rapporto.

Quanto alla disciplina sostanziale, la proposta dispone una puntuale *regolamentazione* dell’attività delle piattaforme digitali dell’economia della condivisione e conferisce nuovi compiti e potestà all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato designata quale soggetto *regolatore* e *vigilante* sulle attività delle piattaforme digitali.

Il **regime di enforcement** che il legislatore intende introdurre con la proposta in esame appare duplice.

Da un lato, un regime di tipo *autorizzatorio-regolatorio* con il riconoscimento in capo all’AGCM di poteri di *controllo ex ante* sulle piattaforme e sul contenuto delle condizioni contrattuali che regolano i rapporti tra gestori e utilizzatori; dall’altro, un *controllo ex post* con l’attribuzione di *poteri di diffida e sanzionatori* all’AGCM nel caso in cui riscontri il

mancato rispetto della normativa.

Più nello specifico, nell'ambito del *regime autorizzatorio* è prevista l'istituzione presso l'Autorità di un Registro elettronico nazionale delle piattaforme di *sharing economy* individuando quale condizione vincolante per l'iscrizione la dotazione da parte dei gestori delle piattaforme di un *documento di politica aziendale* contenente le condizioni contrattuali tra la piattaforma e gli utenti che deve essere messo a conoscenza degli utenti della piattaforma e da loro sottoscritto esplicitamente, soggetto al parere vincolante ed alla approvazione, mediante il meccanismo del silenzio-assenso, dell'AGCM.

In relazione ai poteri di controllo e sanzionatori l'art. 10 prevede che l'Autorità diffidi dal continuare la propria attività qualunque piattaforma digitale dell'economia della condivisione senza essere iscritta nel registro fissando al gestore un termine affinché quest'ultimo perfezioni l'iscrizione. Qualora l'iscrizione non avvenga, è prevista una sanzione pari al 25% del fatturato realizzato nel periodo di mancata iscrizione e la sospensione dell'attività fino all'iscrizione del gestore.

Sanzioni che vanno dall'1 al 10% del fatturato realizzato dalla piattaforma digitale nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida sono previste anche per chi non rispetta le disposizioni sul documento di politica aziendale. Poteri di diffida e sanzionatori sono attribuiti all'Autorità anche nel caso in cui una piattaforma non rispetti quanto stabilito dalla legge con riferimento ai contenuti del documento aziendale.

Più nello specifico, l'art. 4 comma 2, nella sua attuale formulazione definisce in negativo il contenuto del documento prevedendo, nell'intento apprezzabile di garantire alcuni diritti minimi degli "utenti", un elenco di clausole sempre vietate che non possono essere in alcun caso inserite nel documento di *policy* aziendale delle piattaforme digitali ("*black list*"), assistite dal rimedio della *nullità parziale* (l'art. 4, comma 3, recita: "*Eventuali clausole difformi sono nulle e non comportano la nullità dell'intero contratto tra utente operatore e gestore*").

In particolare, le condizioni non possono contenere previsioni che impongano anche indirettamente all'*utente operatore*: a) *ogni forma di esclusiva* o di trattamento preferenziale in favore del gestore; b) il controllo dell'esecuzione della prestazione, anche tramite apparati o sistemi hardware o software; c) la *fissazione di tariffe obbligatorie*; d) l'esclusione dall'accesso alla piattaforma digitale del gestore o la sua penalizzazione nella presentazione della sua offerta agli utenti fruitori per motivazioni non gravi e oggettive; e) la *cessione gratuita non revocabile di propri diritti d'autore*; f) il divieto di acquisizione e di utilizzo di informazioni pubbliche del gestore che non siano tutelate da adeguate misure tecniche di protezione; g) *l'obbligo di promozione dei servizi del gestore*; h) il divieto di commento critico del gestore; ad entrambi gli utenti operatore e fruitore: i) la condivisione con altri utenti operatori di informazioni, giudizi e analisi; l) l'obbligo di fornire il consenso a cedere a terzi qualunque dato utente.

Nello stesso articolo è prescritto che le eventuali transazioni di denaro avvengano esclusivamente attraverso *sistemi di pagamento elettronico* e sono enunciate le modalità di registrazione univoche per tutti gli utenti, atte a evitare la creazione di profili falsi o non riconducibili all'effettivo titolare (art. 4, comma 5).

Infine, nel documento di *policy* sono incluse le informazioni e agli obblighi relativi ad eventuali coperture assicurative richieste per lo svolgimento delle attività negoziate nell'ambito della piattaforma, di quelle già stipulate dal gestore e di quelle che gli operatori possono stipulare a condizioni agevolate sulla base dei convenzioni tra gestore della piattaforma e imprese di assicurazione ponendo in capo al gestore della piattaforma la verifica dell'avvenuta stipula della citata assicurazione (art. 4, comma 6).

Per quanto concerne i profili di competenza dell'Autorità, la proposta prevede anche il **potenziamento delle attività di advocacy** nella promozione in senso pro-concorrenziale delle forme di *sharing economy*. L'art. 6 stabilisce, infatti, che nell'ambito della legge annuale per il mercato e la concorrenza vengano previste misure annuali per la diffusione dell'economia della condivisione che rimuovano eventuali ostacoli alla sua diffusione e garantiscano leale concorrenza e tutela dei consumatori tenendo conto della relazione annuale dell'AGCM sull'andamento del settore e degli eventuali suggerimenti a favore del suo sviluppo.

Pertanto, in estrema sintesi, la bozza di legge propone un *modello regolatorio* che si concentra sul rapporto tra gestore della piattaforma/utente (erogatore o fruitore) mentre non interviene sul rapporto tra “*pari*” che resta regolato dall’autonomia privata.

5. SEGUE: CRITICITÀ DEL MODELLO REGOLATIVO PROPOSTO

La breve analisi della proposta di legge sulla *sharing economy* appena svolta sollecita una serie di considerazioni specialmente se letta alla luce delle linee guida della Commissione.

In particolare, sotto il profilo concorrenziale, stando a quanto auspicato dalla Commissione Europea, l’introduzione di requisiti di accesso al mercato, dovrebbe essere fortemente circoscritta non solo applicando con rigore i principi dettati dal Trattato e dalla Direttiva servizi (cfr. §..), ma anche considerando gli effetti benefici che potrebbero essere ottenuti da una *soft-regulation* in tutti i mercati dei servizi, al fine ultimo di consentire uno sviluppo anche in termini di ammodernamento del mercato unico.

Andrebbe, dunque, valutata l’opzione di proporre una regolazione minima e adeguatamente giustificata da motivi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità. Se è vero, infatti, che sul piano normativo tra i motivi di interesse generale rientrano i motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tra i quali compaiono la tutela dei consumatori dei destinatari dei servizi e dell’equità delle transazioni commerciali (art. 4, par. 1, n. 8 della Direttiva servizi 2006/123/UE), è altrettanto vero che deve trattarsi di misure strettamente necessarie al perseguimento dell’obiettivo che, viceversa, non potrebbe essere perseguito tramite una misura meno restrittiva.

L’autorizzazione preventiva a esercitare l’attività d’impresa prevista dall’art. 3 della proposta di legge, potrebbe sollevare delle criticità non solo in relazione ai principi sanciti dal TFUE in materia di libertà di stabilimento, come più volte ribaditi dalla giurisprudenza europea, oltre che dalla Direttiva Servizi (2006/123/CE), ma anche contrastare con la politica di *self-regulation* auspicata dall’Europa nelle linee guida.

Anche l’obbligo di registrazione in Italia potrebbe non essere compatibile con i principi del mercato unico.

Ciò è quanto evidenziato dalla stessa AGCM che nel corso dell’audizione svolta di fronte alle commissioni Trasporti ha dichiarato di non condividere il regime autorizzatorio prospettato nella bozza di legge, auspicando l’introduzione di una **regolazione leggera** che, senza trascurare di garantire tutele efficaci per gli utilizzatori-produttori, non si traduca in una regolazione che imponendo oneri burocratici potrebbe costituire un freno all’innovazione e al possibile lancio sul mercato di servizi ricompresi nel novero dell’economia della condivisione.

Potrebbero, dunque, essere intraprese strade alternative come l’adozione di codici di auto-regolamentazione da parte delle imprese, ovvero, la previsione di una sorta di adesione facoltativa al Registro che garantisca benefici a chi lo fa, come ad esempio agevolazioni fiscali sulla tassazione degli utenti.

La posizione dell’Autorità, del resto, era stata resa nota già in alcuni recenti interventi di *advocacy*, che hanno riguardato in particolare Uber e AirBnb, nell’ambito dei quali è stata evidenziata l’opportunità di una regolazione, ispirata al principio di proporzionalità, in modo da introdurre solamente le regole strettamente necessarie alla tutela di fondamentali interessi pubblici (per esempio l’incolumità del passeggero).

Principi che hanno guidato l’Autorità anche nelle altre due occasioni nelle quali di è occupata di “*economia della condivisione*”. Il primo riguarda Uber e consiste in un parere reso al Ministero dell’Interno, su richiesta del Consiglio di Stato, in cui si dà un’interpretazione costituzionalmente orientata della normativa sui servizi di trasporto con conducente, in

modo tale da evitare che una sua estensione formalistica blocchi i nuovi servizi di Uber (in particolare la previsione secondo cui l'autovettura dovrebbe rientrare in autorimessa prima di prendere a bordo un nuovo passeggero). Il secondo caso riguarda Airbnb e si riferisce ad una regolazione adottata dalla Regione Lazio che introduce requisiti irragionevolmente gravosi e sproporzionati per lo svolgimento delle attività promosse dalla piattaforma, la cui applicazione in sostanza paralizzerebbe questo genere di attività. L'Autorità, pertanto, ha promosso ricorso al Tar, ex art. 21-bis della legge istitutiva.

Anche sotto il profilo della tutela consumeristica diversi aspetti meriterebbero ulteriori riflessioni da parte del legislatore.

Viene, innanzitutto, da chiedersi se e in che misura il rapporto tra la piattaforma e l'utente-erogatore persona fisica possa considerarsi soggetto alla normativa a tutela del consumatore contenuta nel codice del consumo.

A ben vedere, infatti, per un verso, la persona fisica che offre servizi a titolo "occasionale", pur operando dal lato dell'offerta nel rapporto con l'utente-fruitor, resta pur sempre un "consumatore" ai sensi dell'art. 3 cod. cons. in quanto *"agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"* ovvero *"per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale"* (art. 18 lett. a) cod. cons.); per altro verso, l'assenza di un vantaggio economico diretto per il gestore della piattaforma derivante dai beni che generano valore non esclude che l'utente-fruitor sia tenuto a remunerare il gestore della piattaforma per il servizio di contatto reso a suo favore, con la conseguente possibilità di qualificare quest'ultimo come professionista. In conseguenza di ciò, l'AGCM competente in materia potrebbe non solo accertare la sussistenza di potenziali pratiche commerciali scorrette nel rapporto che lega il gestore della piattaforma all'utente-erogatore ma anche procedere ad una valutazione delle condizioni contrattuali contenute nel documento aziendale più ampia rispetto a quanto previsto nella bozza di legge, applicando la disciplina in materia di clausole vessatorie di cui agli artt. 33 e ss. cod. cons. Il che almeno sotto il profilo del *public enforcement* porrebbe un evidente *disallineamento* tra i poteri che il legislatore intende attribuire all'Autorità in tale contesto e i minori poteri di cui è titolare ai sensi dell'art. 37-bis cod. cons.

La disciplina, inoltre, potrebbe rappresentare l'occasione per la definizione da parte dell'Italia di *soglie* al di sotto delle quali qualificare l'attività del prestatore di servizi come professionale. Nel testo attuale, difatti, l'approccio seguito dal legislatore che esclude dalla figura di utente-fruitor unicamente gli *operatori professionali iscritti al registro delle imprese* non risolve la questione centrale cui sopra si accennava e rischia, piuttosto, di creare un vuoto normativo sulle zone grigie rimettendo all'interprete, con tutte le difficoltà legate al piano probatorio, il compito di qualificare il privato come professionista alla luce dei criteri indicati dalla Commissione.

Per concludere, andrebbe, infine, valutata l'ipotesi di introdurre la definizione di specifiche obblighe informativi in capo alle piattaforme a favore degli utenti-fruitori. Come evidenziato, infatti, negli orientamenti della Commissione Europea (cfr. § 3.3) la terzietà della piattaforma paritaria che, secondo la proposta di legge dovrebbe agire come mero *"abilitatore"*, non sembrerebbe precludere l'adozione di un modello normativo che preveda in capo alla piattaforma l'obbligo di *"indicare chiaramente a tutti gli utenti che potranno avvalersi della tutela prevista dalla normativa dell'UE in materia di consumatori e di marketing solo quando interagiranno con i professionisti"*.

6. SOCIAL ECONOMY: CENNI

Limitare l'analisi al modello dell'economia condivisa significherebbe tuttavia fornire una visione parziale della rivoluzione introdotta dall'avvento dei mercati digitali.

Come accennato in premessa, l'economia collaborativa sulla quale si concentrano gli interventi normativi sia a livello europeo che nazionale rappresenta, infatti, solo uno dei fenomeni generati dalle nuove tecnologie e dalla sempre più capillare diffusione di *social media*, quali Facebook, Twitter, YouTube, WhatsApp, Instagram ossia di soggetti che, come di recente evidenziato dalla Commissione europea nell'ambito della versione aggiornata delle linee guida sulle PCS, "enable users to create profiles and communicate with each other, including sharing information and content, such as text, images and sound files. A social medium may be a chat room, a blog or a social network" [cfr. SWD (2016) 163 final, del 25 maggio 2016, *Guidance in the implementation/application on directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*].

Invero, il modello dei *social media* che al momento della sua nascita e sino ad un recente passato si presentava come un gruppo di applicazioni *internet* basate sui presupposti tecnologici del Web 2.0 utilizzate da singoli per la creazione e la condivisione di contenuti multimediali generati dagli stessi utenti (c.d. UGC) al di fuori del circuito professionale del mercato, viene oggi minacciato da fenomeni commerciali in ascesa che rischiano di mutarne la fisiologia.

In tale sistema è, spesso, data la possibilità all'utente di articolare una lista di soggetti con i quali condividere le proprie informazioni e con i quali creare una connessione. Gli utenti che accedono alla rete possono, fra l'altro, visualizzare le varie liste di connessione che compongono il sistema.

Anzitutto, il modello di queste piattaforme sociali si basa, sullo scambio di *privacy* contro servizi. L'ambiente "social", dunque, comporta un *travaso del valore collettivo dei dati* verso poche aziende che hanno il possesso e la capacità di elaborarli spesso secondo una logica di auto-governo che mette in crisi la relazione tra consumatore e ordinamento giuridico nazionale dato che, la gratuità del servizio e l'utilizzo della piattaforma da parte degli utenti per finalità *non commerciali* rendono difficile ricondurre l'attività dei *social media* nell'ambito di applicazione delle vigenti normative in materia di tutela del consumatore.

L'interprete è chiamato a dimostrare da un lato, che il gestore della piattaforma svolga un ruolo attivo rispetto al servizio di memorizzazione delle informazioni fornite dagli utenti con conseguente esclusione della deroga sancita dall'art 14 della Direttiva n. 2000/31/CE [cfr. supra § 3.2]; dall'altro, la natura imprenditoriale dell'attività ossia la sussistenza di un qualche *vantaggio economico* a fronte della *gratuità* del servizio al fine della sua qualificazione come *professionista*.

Come evidenziato nel Rapporto dello scorso anno, sotto il primo profilo, potrebbe sostenersi che in questo caso il gestore non si limita a fornire agli utenti in modo asettico un servizio di memorizzazione delle informazioni ma piuttosto un servizio di organizzazione e correlazione tra contenuti multimediali che in quanto tale dimostrerebbe l'assenza dell'elemento di neutralità. Sotto il secondo profilo, il vantaggio economico del gestore a fronte della gratuità del servizio dovrebbe essere individuato nel fatto che le piattaforme **traggono profitto dal trattamento dei dati e delle informazioni fornite dai suoi utenti**.

Come rilevato in dottrina, negli ultimi anni si è registrato un fenomeno di accentramento delle forme di profilazione in capo a pochi soggetti *leader* del settore IT6. A differenza di quanto avveniva nel modello iniziale di *web*– incentrato su un pluralismo di offerte e di interlocutori – oggi poche società, ciascuna *leader* nel proprio ambito, sembrano dominare il mercato. Di conseguenza questi pochi *Big players* detengono l'indiscusso controllo delle attività di profilazione dei propri utenti. I *Big players* hanno, per loro natura, carattere sovranazionale.

Le piattaforme *social* rappresentano, infatti, un *luogo privilegiato* di osservazione e archiviazione del comportamento degli utenti in rete, funzionale alla attività di profilazione che consente di individuare gli interessi e le preferenze di ciascun utente per fini commerciali. Le maggiori difficoltà dell'interprete si pongono, tuttavia, sul piano probatorio.

Da questo punto di vista, deve rilevarsi come il vantaggio economico ottenuto dai *social media* dalla cessione dei dati e dei contenuti condivisi dagli utenti sulle piattaforme *social* sia sempre più evidente.

La recente *policy* sul trattamento dei dati adottata da Facebook in occasione dell'acquisto di WhatsApp ne è una te-

stimonianza che ha attirato l'attenzione dell'opinione pubblica e delle autorità europee e nazionali. A fronte di un consenso anche implicitamente acquisito (mediante il meccanismo del c.d. *opt-out*) i dati e i contenuti condivisi dagli utenti su WhatsApp, infatti, saranno condivisi su Facebook *“anche a fini promozionali”*. Una realtà che se da un lato fa avvertire sempre di più l'urgenza di un intervento regolatorio, dall'altro, fa aumentare le probabilità che il modello dei *social media* possa essere ricondotto, *medio tempore*, nel quadro di tutela del consumatore attualmente vigente.

La dimostrazione della sussistenza di un vantaggio economico ottenuto dalla piattaforma mediante lo **sfruttamento delle informazioni condivise dagli utenti mediante la piattaforma per fini commerciali** che rappresenta la **controprestazione** rispetto all'erogazione del servizio di “contatto”, infatti, consente di qualificare anche il gestore della piattaforma “social” come professionista con ciò che ne deriva sul piano delle eventuali responsabilità.

Non a caso, nella versione riveduta degli orientamenti relativi alla Direttiva sulle pratiche commerciali sleali [SWD (2016) 163 final, del 25 maggio 2016], vengono descritti una serie di fenomeniche caratterizzano l'attività dei *social media* o si sviluppano grazie ad essa e che, secondo la Commissione europea, potrebbero integrare pratiche commerciali scorrette.

In particolare, si evidenzia che *“If a social media platform does not inform consumers that their personal data will be processed for economic purposes it could be argued that it is omitting material information that the consumer needs to take an informed transactional decision. For such an omission to be unfair under Article 7 UCPD, it will have to be shown that it is likely to cause the average consumer to take a transactional decision he would not have taken otherwise”*. Con ciò l'Esecutivo europeo mostra di riconoscere che la piattaforma trae un beneficio economico dal valore commerciale dei dati e delle informazioni fornite dagli utenti.

Anche il fenomeno della facilitazione o vendita a pagamento di *“likes”* che racchiudono false recensioni (cc.dd. *fake reviews*) –già attenzionato nel 2014 dall'AGCM con l'adozione di un provvedimento di scorrettezza nei confronti di Tripadvisor successivamente annullato dal TAR (cfr. Provv. del 19 dicembre 2014, n. 25237, PS9345, in Boll.) – configura, secondo la Commissione, una azione ingannevole in quanto idonea ad indurre in errore i consumatori in merito alla reputazione del professionista ovvero dei prodotti o servizi offerti, facendo assumere loro decisioni che non avrebbero altrimenti preso a sensi dell'art. 21, comma 1, lett. f) cod. cons. (*“Article 6 of the UCPD prevents traders from misleading consumers in relation to commercial practices involving the use of systems such as ‘likes’. By presenting fake ‘likes’ to consumers, a trader may mislead consumers about its own reputation or the reputation of its products or services, possibly causing consumers to take transactional decisions they would not have taken otherwise”*).

Quanto al profilo contrattuale, nell'ambito delle linee guida, viene segnalata l'adozione da parte delle piattaforme di condizioni *standard* potenzialmente vessatorie ai sensi della Direttiva 93/13/CEE.

Occorrerebbe dunque, a livello europeo e/o nazionale, vagliare i contratti che regolano il rapporto tra piattaforma e utente alla luce della disciplina in materia di clausole vessatorie di cui agli artt. 33 e ss. cod. cons., per la quale, come noto, in sede di *public enforcement* sussiste la competenza dell'AGCM (art. 37 bis cod. cons.).

Basta leggere le condizioni contrattuali disponibili sul *web* per rendersi conto dell'adozione da parte di *social media* di clausole potenzialmente illecite.

Si pensi alle clausole che stabiliscono come sede del **foro competente** sulle controversie località estere diverse da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore, in violazione dell'art. 33, comma 2, lett. u) cod. cons. (cfr. ad esempio, la *“Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità”*, punto 15.1 *“controversie”* di Facebook ove si legge: *“Qualsiasi reclamo, diritto sostanziale o disputa (“reclamo”) tra l'utente e Facebook, derivante dalla presente Dichiarazione o dall'utilizzo di Facebook o ad essa relativo, verrà risolto esclusivamente nel tribunale del distretto federale statunitense della California settentrionale o in un tribunale situato a San Mateo County. L'utente accetta di sottostare alla giurisdizione personale dei tribunali sopracitati allo scopo di portare avanti tali controversie. La presente Dichiarazione, nonché qualsiasi reclamo che possa insorgere tra le parti, sono regolate dalle leggi dello stato della California, indipen-*

dentemente dai conflitti delle disposizioni di legge”) o che consentono al professionista di **modificare unilateralmente** le condizioni del contratto o le caratteristiche del servizio senza un giustificato motivo indicato nello stesso, in contrasto con quanto stabilito dall’art. 33 lett. m) cod. cons. (cfr. ad esempio, le condizioni contrattuali di *WhatsApp* ove si legge: *Altre disposizioni: [...] WhatsApp si riserva la facoltà di chiedere all’utente di accettare condizioni aggiuntive in futuro per determinati Servizi [...]. WhatsApp si riserva il diritto di modificare o aggiornare i presenti Termini. Comunicheremo le modifiche nel modo ritenuto più opportuno e aggiorneremo la data di “Ultima modifica” nella parte superiore dei Termini. L’utilizzo continuativo dei Servizi comporterà l’accettazione dei Termini così come modificati. Se non accetta i Termini modificati, l’utente dovrà interrompere l’utilizzo dei Servizi. [...]*).

Le condizioni contrattuali che regolano la maggior parte dei *social media* contengono, inoltre, **esclusioni e limitazioni dei diritti del consumatore** in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista di per sé vessatorie in violazione dell’art. 33, comma 2, lett. b) cod. cons. ovvero clausole che, a fronte dell’impegno definitivo del consumatore subordinano l’esecuzione della prestazione del professionista ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà in violazione dell’art. 33, comma 2, lett. d) cod. cons. (diversi *social media* si riservano “il diritto di modificare, sospendere o non consentire all’utente l’accesso ai Servizi o il loro utilizzo in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo”).

A questi che rappresentano certamente i fenomeni principali rispetto ai quali un intervento regolatorio e di *enforcement* è sempre più urgente, si affianca poi il crescente sfruttamento dell’ambiente “social” da parte delle aziende tradizionali per la promozione e commercializzazione di beni e servizi secondo logiche e mediante l’adozione di pratiche non sempre corrette e di difficile individuazione.

Sono sempre più frequenti forme di pubblicizzazione non chiaramente individuabili da parte degli utenti (pubblicità occulte) di per sé vietate ai sensi dell’art. 23, comma 1, lett. m) cod. cons. o modelli di *business* che sfruttando la viralità del *web* e la crescita di piattaforme di condivisione attraverso il passaparola digitale, integrano schemi piramidali esplicitamente vietati dall’art. 23, lett. p) cod. cons. (secondo cui è in ogni caso ingannevole “avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall’entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti”).

In particolare, nell’ambito del più ampio fenomeno del *social shopping*, stanno prendendo piede piattaforme (c.d. *Social community*) che prevedono un piano di compensi a favore dei consumatori associati generati dall’entrata nel sistema di terzi o dagli acquisti da questi effettuati.

7. CONCLUSIONI

In conclusione, l’impressione che è possibile trarre dal quadro che si è cercato sin qui di tracciare è che nel contesto digitale l’AGCM, nella sua duplice funzione di garante della concorrenza e della tutela del consumatore, ha un **ruolo cruciale** da svolgere.

Difatti, da un lato, come si è cercato di dimostrare, appare sempre più plausibile e auspicabile che, sul piano europeo e nazionale, possano svilupparsi interventi in grado di garantire, nel contesto della *social economy*, la salvaguardia dei diritti degli utenti mediante l’applicazione degli schemi di tutela consumeristica di competenza dell’Autorità anche facendo propri i principi elaborati in sede europea.

Dall’altro, deve essere senz’altro accolta con favore l’introduzione di una disciplina della *sharing economy* che, ponendo tra i propri obiettivi la leale concorrenza e la tutela del consumatore-utente, attribuisca all’Autorità – l’unico

soggetto in grado di vigilare su un modello, come quello della condivisione, che per sua natura si presenta trasversale, interessando una pluralità di settori – funzioni di protezione del consumatore anche nella sua nuova veste di utente-e-rogatore del servizio, seppure con i correttivi sopra accennati, e ne potenzi l'attività di *advocacy* nella promozione in senso pro-concorrenziale delle forme di *sharing economy*.

In tale contesto, tuttavia, l'intervento *Antitrust*, andrebbe riorientato in senso pro-concorrenziale valutando l'opportunità di creare una cornice normativa che, tenga in considerazione la necessità di proteggere il *processo di innovazione*, senza l'introduzione di regolazioni "coercitive" che, viceversa, potrebbero costituire un ostacolo, ponendosi in aperto contrasto con quanto auspicato dalla stessa Commissione europea in termini di *soft-regulation* in un ottica di sviluppo e miglioramento del mercato interno.

BANCA D'ITALIA

(Giorgia Biferali, Francesco Della Rocca, Alfonso Ingenito)

Il social lending tra sharing economy e dimensione "social"

(Giorgia Biferali)

SOMMARIO: 1. SHARING ECONOMY ED INTERESSI TUTELATI TRA ATTIVITÀ RISERVATE E ATTIVITÀ NON RISERVATE. – 2. IL SOCIAL LENDING E L'AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA. – 3. IL SOCIAL LENDING E DISCIPLINA DEGLI ISTITUTI DI PAGAMENTO. – 4. IL SOCIAL LENDING TRA NORME ED ESIGENZA DI TUTELA. – 4.1. L'OPERAZIONE DI SOCIAL LENDING PER IL PRESTATORE. – 4.2. L'OPERAZIONE DI SOCIAL LENDING PER IL RICHIEDENTE. – 4.3. L'ATTIVITÀ DEL GESTORE DELLA PIATTAFORMA.

1. SHARING ECONOMY ED INTERESSI TUTELATI TRA ATTIVITA' RISERVATE E ATTIVITA' NON RISERVATE

La recente proposta di legge sulla "Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della Condivisione", presentata il 27 gennaio 2016, ha riaperto il dibattito sulla *sharing economy* e su come questa realtà economica stia trasformando settori chiave dell'economia e delle relazioni sociali.

Con la locuzione "*sharing economy*" si intende un nuovo paradigma economico che propone forme di consumo consapevoli che sostituiscono o integrano i tradizionali modelli di scambio attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie. Elementi necessari per lo sviluppo di questo modello economico sono l'esistenza di una piattaforma, la presenza di una comunità, la convenienza dello scambio e chiaramente la tecnologia (internet).

Tale fenomeno economico si è sviluppato di pari passo alla nascita di un nuovo rapporto tra il consumatore e l'impresa tipico dell'era dei "social" e caratterizzato da una maggiore interazione, una sorta di *partnership*, che abbandona il tradizionale rapporto piramidale. Si sono sperimentati nuovi modelli di consumo e di produzione che hanno dato vita ad nuova figura, il c.d. *prosumer*, qualificato come ibrido tra le figure tradizionali del consumatore e il professionista. Infatti, il *prosumer* è sia fruitore sia fornitore dei beni. Questa nuova figura rappresenterebbe il prodotto del fenomeno di de-professionalizzazione, caratterizzato dal progressivo superamento della netta distinzione tra produttore e consumatore. Gli scambi fra i soggetti si svolgono all'interno di una comunità nella quale si creano relazioni sociali *peer to peer* che non presentano elementi di subordinazione. Questo elemento di socialità è presente anche quando lo scambio avviene con la moneta.

Difatti, uno dei settori coinvolti in tale realtà è quello bancario e creditizio. Contestualmente al *prosumer* si sono affermate anche nuove forme di finanziamento, quali il *crowdfunding*, che hanno ridefinito i contorni del credito e delle modalità di erogazione dello stesso.

Prima di analizzare le questioni inerenti al *social lending* è importante tenere presente che, secondo le linee guida finora tracciate dall'Unione europea, lo *sharing*, quale nuova dimensione sociale, dovrebbe essere praticato nella più ampia libertà, purché non violi interessi protetti dall'ordinamento. Il limite costituito dal rispetto degli interessi tutelati

può determinare significative differenze tra l'area delle attività lasciate alla libera iniziativa e quella delle attività riservate a determinate categorie di soggetti. È in questa seconda categoria di attività che si iscrive il fenomeno oggetto del presente intervento.

2. IL SOCIAL LENDING E L'AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA

Il *lending crowdfunding* o anche *social lending* consiste nel prestito tra privati attraverso l'utilizzo di internet. In particolare, gli utenti di internet, mediante una piattaforma web, prestano o richiedono somme di denaro ad altri privati cittadini o imprese a costi contenuti. Tale fenomeno è il risultato di una disintermediazione, o meglio di una nuova e più leggera forma di intermediazione, che ha permesso la nascita di soluzioni creditizie alternative a quelle tradizionali e in grado di eliminare l'intermediazione bancaria mediante una piattaforma che agevola l'incontro tra domanda e offerta di risorse finanziarie.

L'Autorità bancaria europea (EBA), in veste di autorità di vigilanza europea competente in materia (ai sensi dell'art. 9 del Reg. n. 1093/2010), è intervenuta definendo il *lending crowdfunding* e soprattutto tentando di ricondurre questa nuova forma di attività di finanziamento entro le normative europee e dei singoli Stati membri (v. *Opinion of the European Banking Authority on lending-based crowdfunding* del 26 febbraio 2015). In particolare, secondo l'Autorità europea l'attività dei gestori di piattaforme di *social lending* può ritenersi sufficientemente regolata qualora questi ultimi assumano la forma, e dunque si sottopongano alla disciplina, degli "Istituti di pagamento" di cui alla Direttiva 2007/64/CE.

La scelta di considerare l'intermediazione svolta dai gestori di siti di *social lending* come attività di prestazione di servizi di pagamento nasce dalla definizione di "servizi di pagamento" contenuta nell'Allegato della Direttiva 2007/64/CE, relativo all'identificazione dei servizi di pagamento e, segnatamente, dalla previsione per la quale tali servizi includono l'attività di "Esecuzione di operazioni di pagamento ove il consenso del pagatore ad eseguire l'operazione di pagamento sia dato mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico e il pagamento sia effettuato all'operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni o digitale o informatica che agisce esclusivamente come intermediario tra l'utente di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi".

La Direttiva 2007/64/CE, all'art. 16, par. 2, ha previsto che "gli Istituti di pagamento possono detenere soltanto conti di pagamento utilizzati esclusivamente per le operazioni di pagamento; i fondi che gli istituti di pagamento ricevono da parte degli utenti di servizi di pagamento in vista della prestazione di servizi di pagamento non costituiscono depositi o altri fondi rimborsabili [...], né moneta elettronica [...]". La disposizione è funzionale a distinguere l'attività degli Istituti di pagamento rispetto alla tradizionale attività bancaria e a rispettare la riserva di attività stabilita in favore delle banche in materia di raccolta fondi. Infatti, a differenza delle banche, gli Istituti di pagamento non acquisiscono la proprietà dei fondi depositati, ma li detengono esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento.

La Direttiva è stata implementata in Italia con d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, e dalle relative disposizioni attuative, stabilite dal regolamento della Banca d'Italia del 17 maggio 2016, recante "Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica", e, per quanto attiene alla trasparenza, dal regolamento della Banca d'Italia 29 luglio 2009 e successive modificazioni, recante "Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti", Sez. VI e norme in essa richiamate (il regolamento è stato da ultimo modificato con provvedimento del 15 luglio 2015). Per potere agire come Istituto di pagamen-

to e prestare servizi di pagamento è necessaria un'apposita autorizzazione, che in Italia è rilasciata dalla Banca d'Italia. Il rilascio di tale autorizzazione è subordinato alla ricorrenza delle condizioni stabilite dall'art. 114-*novies* TUB. In linea con la disciplina europea, la disciplina nazionale prevede che l'Istituto di pagamento, qualora svolga ulteriori attività accessorie e strumentali alla prestazione di servizi di pagamento, sia obbligato a costituire un patrimonio destinato.

3. IL SOCIAL LENDING E DISCIPLINA DEGLI ISTITUTI DI PAGAMENTO

La lettura della disciplina degli Istituti di pagamento consente di individuare agevolmente la ragione per la quale l'Autorità Bancaria Europea ha ritenuto di sottoporre alla stessa anche i gestori di portali di *social lending*. La previsione di un controllo della Banca d'Italia sulla ricorrenza di condizioni oggettive a garanzia della sana e prudente gestione (relative all'organizzazione societaria e alle qualità dei soci che detengono partecipazioni qualificate e degli esponenti aziendali) e sull'obbligo di detenere i fondi ricevuti esclusivamente per prestare un servizio di pagamento appaiono senz'altro rassicuranti dal punto di vista dell'utente. Quest'ultima previsione, insieme alla necessità di costituire patrimonio distinto nel caso la piattaforma di *social lending* svolgesse altre attività accessorie e strumentali a quella di prestare il servizio di pagamento, garantisce che in caso di apertura di una procedura concorsuale, le somme di denaro del singolo cliente restino patrimonio separato rispetto al patrimonio dell'intermediario e rispetto al patrimonio di qualsiasi altro utente.

Alcuni gestori di piattaforme di *social lending* presenti sul mercato italiano hanno scelto di assumere la forma di intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 TUB, sottoponendosi ad un sistema di regole e a controlli più stringenti di quelli previsti per gli Istituti di pagamento.

Altri gestori di piattaforme di *social lending* hanno, invece, assunto la forma di Istituti di pagamento, optando per la soluzione "minimal" consentita dal sistema introdotto dall'intervento dell'EBA. Tali gestori, operando come Istituti di pagamento vigilati da Banca d'Italia, offrono, mediante la piattaforma *web*, un servizio di intermediazione di pagamenti che consiste nel trasferimento di denaro tra soggetti privati che prestano denaro o lo chiedono in prestito. Il servizio principale fornito da tali operatori è la gestione di trasferimenti di denaro tra i clienti.

Al fine di gestire tali trasferimenti, viene aperto per ogni cliente un conto di pagamento e vengono eseguiti anche gli accrediti o addebiti verso i conti correnti esterni. I conti di pagamento sono utilizzati esclusivamente per la prestazione dei servizi di pagamento e non sono remunerati. Tali gestori di piattaforme di *social lending* offrono, inoltre, alcuni servizi accessori e strumentali all'attività principale, quali il servizio di verifica del merito creditizio dei richiedenti e il servizio di recupero crediti. L'affidabilità del meccanismo è assicurata dall'utilizzo di una tecnica di diversificazione degli investimenti individuali che evita che le somme investite da un prestatore siano impiegate in un unico rapporto di finanziamento. Difatti, i finanziamenti sono suddivisi in piccole quote attribuite a diversi richiedenti, i quali, corrispondentemente, ricevono piccole somme da una pluralità di prestatori fino a concorrenza dell'importo concordato. In tal modo il rischio di insolvenza si riduce al minimo e le eventuali perdite saranno, fin dove possibile, limitate.

In ogni caso, la scelta dell'Autorità Bancaria Europea di ritenere sufficiente, al fine della tutela degli interessi coinvolti, che i gestori delle piattaforme di *social lending* si sottopongano al regime degli Istituti di pagamento non risolve ogni problema di regolamentazione dell'attività di gestione di tali piattaforme. Infatti, quest'ultima attività trascende lo svolgimento di servizi di pagamento. Come è stato sottolineato in dottrina, la disciplina dei servizi di pagamento si concentra esclusivamente sui soggetti che spostano denaro da un conto ad un altro su ordine dei clienti e mira a proteggere il denaro dei clienti e la continuità dei sistemi di pagamento. Con l'inquadramento nel regime degli Istituti

di pagamento l'attività dei gestori di piattaforme di *social lending* trova un sicuro quadro regolamentare sul piano amministrativistico, incentrato sui requisiti della società, dei soci qualificati e degli esponenti aziendali. Sul piano delle norme di condotta, tuttavia, l'attività trova una disciplina incentrata solo sul fenomeno, per certi versi anodino, del trasferimento di denaro, senza tenere in alcun conto il funzionamento, i controlli e di rischi insiti nella costituzione dei rapporti di finanziamento sottostanti.

In altri termini, restano privi di adeguata risposta regolamentare proprio i profili più caratteristici del fenomeno *social lending*, ossia quei profili che esso non ha in comune con gli altri fenomeni che determinano lo spostamento di risorse monetarie. Emerge, pertanto, una "lacuna regolamentare" (un "problema giuridico") che, innanzitutto, è tipica di ogni nuovo fenomeno economico, soprattutto nel campo finanziario e, in secondo luogo, è comune agli altri fenomeni della "*sharing economy* emersi nell'era dei *social*". Tale problema reclama una soluzione che, come sempre e a maggior ragione in quanto il fenomeno in questione è "nuovo", deve partire necessariamente da una corretta individuazione del fatto, ossia dei *connotati distintivi del fenomeno* e dello *scenario* in cui esso si colloca, in quanto unici fattori in grado di consentire l'identificazione degli *interessi* coinvolti, dei relativi *bisogni di protezione* e delle conseguenti *istanze di tutela* rivolte all'ordinamento.

4. IL SOCIAL LENDING TRA NORME ED ESIGENZE DI TUTELA

Sembra a chi scrive che fra i tratti distintivi del *social lending* vadano annoverati per lo meno l'investimento del prestatore; il conseguimento e la fruizione della prestazione creditizia da parte del richiedente; la gestione di una piattaforma sulla quale si incrociano una pluralità di offerte e domande di prestazioni creditizie e poi, rispettivamente, di investimenti-crediti e di posizioni debitorie.

L'investimento del prestatore solleva questioni relative, se non altro, (i) ai rischi di tale investimento;(ii) alle modalità di rappresentazione degli stessi da parte di chi offre la possibilità di investire; (iii) alla valutazione, da parte di quest'ultimo soggetto, della capacità del potenziale prestatore di valutarli e sopportarne le eventuali conseguenze e (iv) alle tecniche di gestione dell'investimento, una volta che esso sia stato effettuato.

Il conseguimento e la fruizione della prestazione creditizia da parte del richiedente solleva questioni relative, se non altro, (i) ai costi del conseguimento e della fruizione di tale prestazione; (ii) alle modalità di rappresentazione degli stessi da parte di chi offre la possibilità di ottenere credito (il gestore della piattaforma); (iii) alla valutazione, da parte di quest'ultimo soggetto, della capacità del potenziale debitore di rimborsare l'importo che intende ricevere e sostenere i suddetti costi e (iv) alle tecniche di gestione dei rapporti con il richiedente, una volta che la prestazione creditizia sia stata effettuata.

Infine, la gestione di una piattaforma sulla quale si incrociano una pluralità di offerte e domande di prestazioni creditizie e poi, rispettivamente, di investimenti-crediti e di posizioni debitorie solleva questioni relative, se non altro, (i) alle tecniche di gestione e collegamento di domande e offerte; (ii) alle modalità di presentazione delle informazioni riguardo a tali tecniche; (iii) alle modalità di intervento rispetto ai vari rapporti creditizi nel caso di singoli inadempimenti o vere e proprie insolvenze e nel caso di ineguale distribuzione di inadempimenti o insolvenze a danno di alcuni prestatori e non di altri (in materia di insolvenza o crisi si pensi anche ai problemi che potrebbero derivare dall'accesso del debitore a procedure per la soluzione delle situazioni di sovraindebitamento).

Si tratta di questioni che in parte non sono affrontate dalla disciplina specificamente stabilita per gli Istituti e i servizi di pagamento e che richiedono l'applicazione di regole stabilite per fenomeni più generali (si pensi a quelle sui rapporti con i consumatori) o il ricorso, nei limiti della compatibilità, a regole analoghe a quelle stabilite per fenomeni affini a quello in esame. L'identificazione dei singoli tratti caratteristici del *social lending* dovrebbe agevolare l'individuazione di tali regole.

4.1. L'OPERAZIONE DI SOCIAL LENDING PER IL PRESTATORE

Per quanto riguarda il profilo dell'investimento, le norme di riferimento per soddisfare meglio le esigenze di tutela del prestatore potrebbero essere quelle stabilite per lo svolgimento dei servizi e delle attività di investimento in strumenti finanziari (artt. 21 e ss. TUF e artt. 27 e ss. del Regolamento Consob. 16190/2007 e successive modificazioni), che ovviamente andrebbero depurate dagli aspetti inerenti al peculiare oggetto dell'investimento (per la semplice ragione che l'investimento mediante contratti di finanziamento, proprio del *social lending*, non è la stessa cosa dell'investimento in strumenti finanziari). Al riguardo potrebbero assumere rilievo, tra le altre, le disposizioni sull'informazione sui rischi e sulla valutazione della capacità dell'investitore di valutarli e sopportarne le eventuali conseguenze, quelle sulla trasparenza e la correttezza (non limitate all'aspetto del servizio di trasferimento di fondi), quelle sulla diversificazione dei rischi dell'investimento (che alcuni gestori di piattaforme hanno già adottato su base volontaria), e così via.

Sul punto deve riconoscersi che l'approccio dell'Autorità Bancaria Europea si connota per un grande pragmatismo. La linea secondo cui i gestori di piattaforme di *social lending* possono legittimamente svolgere la propria attività assumendo la forma di Istituti di pagamento e, dunque, configurando i rapporti con prestatori e richiedenti come rapporti di "servizio di pagamento" e gestione di "conti di pagamento" ai sensi dell'art. 4 della Direttiva 2007/64/CE e del relativo Allegato e, per l'Italia, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, rende, infatti, applicabile, oltre alla normativa specificamente stabilita da tali provvedimenti e dai relativi regolamenti attuativi, una lunga serie di norme a tutela del cliente, soprattutto quando questi operi per ragioni estranee alla propria attività professionale.

Segnatamente, per i servizi di pagamento la normativa attuale già prevede l'applicazione delle "*Regole generali e [dei] controlli*" relativi alla "*trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*", ai sensi dell'art. 127 e ss. TUB (disposizioni derogabili solo in senso favorevole al cliente), e stabilisce la specifica disciplina di cui all'art. 126-*bis* ss. TUB (che su accordo delle parti è derogabile anche in senso sfavorevole dell'utilizzatore quando questi non sia l'utilizzatore un consumatore o una micro-impresa: v. art. 126-*bis*, co. 3, TUB).

Rispetto al contratto quadro per i servizi di pagamento, l'art. 126-*quinquies* TUB richiama l'art. 117, co. 1-4 e 6-7, TUB, su forma e contenuto dei contratti (v. art. 126-*quinquies* TUB), e l'art. 126-*sexies*, co. 5, TUB, prevede che restino "*ferme, in quanto compatibili*", le disposizioni sui poteri di modifica unilaterale del contratto di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 33 cod.cons. Il testo di tali commi dell'art. 33 cod.cons. e della norma che li richiama (l'art. 126-*sexies*, co. 5, TUB) sembra peraltro confermare indirettamente l'applicabilità, più in generale e nei limiti della compatibilità, delle norme sul "*rapporto di consumo*", che d'altronde riguardano espressamente anche i servizi finanziari (v. artt. 33 e ss. cod.cons.).

L'art. 114-*undecies* TUB prevede altresì l'applicazione agli Istituti di pagamento, sempre nei limiti della compatibilità, di una serie di disposizioni tra le quali quelle "*contenute [...] nel Titolo VI*", che, se inteso in tutta la propria estensione, include le disposizioni sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, di cui all'artt. 115 e ss. TUB, salvo il fatto che le norme del Capo I, relativo ad operazioni e servizi bancari e finanziari, non si applicano ai

servizi di pagamento di cui al Capo II-bis a meno che siano espressamente richiamate (art. 115, co. 3, TUB). Come si è anticipato, in materia di “trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” i servizi di pagamento sono sottoposti, in particolare, al regolamento della Banca d’Italia 29 luglio 2009 e successive modificazioni, Sez. VI e norme in essa richiamate.

Inoltre, i servizi di pagamento prestati in favore di un consumatore dal gestore di una piattaforma, in quanto “servizi finanziari” ai sensi degli artt. 45 e 67-ter cod.cons., sono sottoposti alla disciplina sulle informazioni precontrattuali e sugli altri diritti per i consumatori di servizi, prevista dalle Sezioni da I a IV del Capo I (*Dei diritti dei consumatori nei contratti*) cod.cons., e alla disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, stabilita dalla Sezione IV-bis del medesimo Capo. Nell’ambito delle “Disposizioni generali” previste dalla Sezione IV si segnala, in particolare, la regola per cui il foro competente è inderogabilmente il c.d. foro del consumatore.

In sintesi, l’“incasellamento” dell’attività di gestione di piattaforme di *social lending* nel quadro degli Istituti e dei servizi di pagamento sembra coprire una vasta gamma di esigenze di tutela del prestatore. Tuttavia, resta il fatto che l’intera normativa resa applicabile mediante tale “incasellamento” è incentrata sul servizio di pagamento e può pertanto rivelarsi carente rispetto ai bisogni del prestatore in quanto investitore. Per esempio, per quanto riguarda gli obblighi informativi e le modalità di attuazione dell’operazione, le informazioni e le tecniche che interessano il prestatore in quanto investitore sono ulteriori e diverse rispetto a quelle che lo interessano in quanto utilizzatore di servizi di pagamento (si pensi, tra l’altro, all’informazione sui rischi e alla diversificazione dei rischi sottostanti all’investimento). In secondo luogo, la normativa sugli Istituti e sui servizi di pagamento pone o potrebbe porre limiti operativi che per la tutela del prestatore del *social lending* potrebbe avere senso non porre. Si pensi ai limiti alle “Attività esercitabili” e, in particolare, alla concessione di finanziamenti, posti dalle “Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica”, emanate con regolamento della Banca d’Italia del 17 maggio 2016 (cfr. Cap. IV, Sez. I, di tali Disposizioni): tali limiti potrebbero, infatti, ridurre inutilmente le possibilità dell’Istituto di pagamento di coprire con un proprio finanziamento in favore del debitore eventuali inadempimenti o insolvenze di quest’ultimo nel rapporto creditizio con il prestatore.

4.2. L’OPERAZIONE DI SOCIAL LENDING PER IL RICHIEDENTE

Per quanto concerne il conseguimento e la fruizione della prestazione creditizia, le norme di riferimento per soddisfare meglio le esigenze di tutela del soggetto che richiede un finanziamento tramite la piattaforma di *social lending* potrebbero essere quelle inerenti alla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti (artt. 115 e ss. TUB) e, ove il richiedente ottenga credito per ragioni estranee alla propria attività professionale, al credito al consumo (artt. 121 e ss. TUB) e, più in generale, alla tutela del consumatore. Anche su questo versante, cioè quello del richiedente, valgono le notazioni svolte riguardo alla disciplina applicabile al prestatore. Da un lato, l’“incasellamento” del *social lending* nel regime degli Istituti e dei servizi di pagamento rende senz’altro applicabili, direttamente o indirettamente, le norme a tutela del cliente che si sono in precedenza individuate. Dall’altro lato, la normativa applicabile ad Istituti e servizi di pagamento rimane incentrata sulle questioni inerenti al servizio di pagamento e può pertanto rivelarsi carente rispetto ai bisogni del richiedente in quanto debitore o potenziale debitore. Per esempio, per quanto riguarda gli obblighi informativi e le modalità di attuazione dell’operazione, le informazioni e le tecniche che interessano un soggetto in quanto richiedente del *social lending* sono ulteriori e diverse rispetto a quelle che lo interessano in quanto utilizzatore di servizi di pagamento (si pensi, tra l’altro, all’informazione sui tassi effettivi globali e sulle altre condizioni del prestito, ai costi del recesso e del rimborso anticipato, alla possibilità di opporre senza i limiti di cui all’art. 1248 c.c.

l'eccezione di compensazione anche in caso di cessione del credito, nonché all'esigenza di evitare politiche di risoluzione del contratto e recupero crediti eccessivamente aggressive).

La discrasia tra tutela apprestata ed effettive esigenze di tutela potrebbe manifestarsi anche nel fatto che, sebbene le norme del Codice di consumo, ove non derogate, siano applicabili ai servizi di pagamento e sebbene l'art. 43 cod.cons. rinvii alle norme del TUB applicabili al credito al consumo (Capi II e III del Titolo VI del TUB), l'applicazione diretta di queste ultime in favore del richiedente del *social lending* potrebbe risultare preclusa. Infatti, ai sensi dell'art. 121 TUB il "finanziatore", nella disciplina del credito al consumo, è "un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito"; al contrario, il finanziatore del *social lending* ha tipicamente caratteristiche diverse da queste. Al riguardo può essere utile precisare che l'ostacolo all'applicazione delle norme sul credito al consumo nel campo del *social lending* potrebbe risultare non superato anche qualora si riconoscesse che il rinvio dell'art. 114-undecies TUB (in materia di Istituti di pagamento) alle disposizioni "contenute [...] nel Titolo VI" riguarda effettivamente l'intero Titolo (Titolo VI: "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti"). Difatti, è vero che tale Titolo include anche le disposizioni sul credito al consumo, ma è altrettanto vero che il rinvio da parte dell'art. 114-undecies TUB vale solo nei limiti della compatibilità, e non è detto che le norme stabilite per i rapporti creditizi tra finanziatori professionali e consumatori siano compatibili con i rapporti creditizi "peer to peer", caratteristici del *social lending*.

4.3. L'ATTIVITA' DEL GESTORE DELLA PIATTAFORMA

Per quanto riguarda la gestione della piattaforma di *social lending*, in assenza di una normativa generale sulla gestione delle piattaforme, si potrebbe fare riferimento ad alcune delle norme stabilite dal Regolamento Consob n. 18592/2013 sulla "raccolta di capitali di rischio tramite portali on-line" (e successive modificazioni), adottato ai sensi degli artt. 50-quinquies e 100-ter TUF. Inutile dire che, per essere trasposte nel campo del *social lending*, tali norme devono essere depurate dai profili specificamente riguardanti il particolare fenomeno per il quale sono state emanate, costituito dall'*equity crowdfunding* e, segnatamente, dalla raccolta di capitale di rischio per le *start-up* innovative. Inoltre, i compiti che la normativa menzionata affida alla Consob potrebbero o dovrebbero verosimilmente spettare, nel *social lending*, alla Banca d'Italia.

Tra le norme a cui si potrebbe fare utilmente riferimento si pensi a quelle dell'art. 13 (*Obblighi del gestore*) Regolamento Consob n. 18592/2013 per le quali "Il gestore opera con diligenza, correttezza e trasparenza evitando che gli eventuali conflitti di interesse che potrebbero insorgere nello svolgimento dell'attività di gestione di portali incidano negativamente sugli interessi degli investitori [...] e assicurando la parità di trattamento dei destinatari delle offerte che si trovino in identiche condizioni"; "il gestore rende disponibili agli investitori, in maniera dettagliata, corretta, chiara, non fuorviante e senza omissioni, tutte le informazioni riguardanti l'offerta è [...] affinché gli stessi possano ragionevolmente e compiutamente comprendere la natura dell'investimento [...]"; "il gestore non diffonde notizie che siano non coerenti con le informazioni pubblicate sul portale[...]" ; "Il gestore assicura che le informazioni fornite tramite il portale siano aggiornate, accessibili [...]". Si pensi, ancora, ad alcune delle regole sulla "Informazioni relative alla gestione del portale" di cui all'art. 14; sugli "Obblighi relativi alla gestione degli ordini di adesione degli investitori" di cui all'art. 17 e sugli "Obblighi di tutela degli investitori connessi ai rischi operativi" di cui all'art. 18.

Per i servizi di pagamento obblighi di trasparenza e correttezza sono già imposti dall'art. 126-*quater* ss. TUB e dalla Sezione VI del citato regolamento della Banca d'Italia 29 luglio 2009 e successive modificazioni. Tuttavia, anche sul

versante dell'attività del gestore della piattaforma di *social lending* emerge la necessità di una regolamentazione che non sia limitata al servizio di pagamento e si focalizzi invece sulle questioni tipiche del *social lending* e dell'attività di gestione della piattaforma, che si sono sopra parzialmente delineate: un'attività nel contesto della quale si incrociano istanze di tutela per certi versi contrapposte (quelle dei prestatori e quelle dei richiedenti) e la "piattaforma" diviene, in sostanza, un elemento centrale della "fattispecie", che potrebbe anche essere regolato, almeno per gli aspetti generali, mediante principi di carattere trasversale da individuare, applicabili alla gestione delle piattaforme per lo svolgimento di attività della "*sharing economy*" e adattabili di volta in volta a seconda del fenomeno da regolare.

In ogni caso, considerate le caratteristiche del *social lending*, occorre riconoscere che, nell'ambito di questo peculiare fenomeno, al gestore della piattaforma non spettano meri compiti tecnico-materiali, ma una delicata attività di intermediazione tra le esigenze dei prestatori per un'efficace tutela dell'investimento e quelle dei richiedenti per un trattamento "*fair*" della propria posizione.

Le esigenze di regolamentazione che si sono prospettate potranno essere soddisfatte (i) tramite interventi legislativi o (ii) tramite provvedimenti o prassi applicative dell'Autorità di vigilanza, che potrebbe estendere i propri poteri regolamentari e di controllo ai profili propri del credito "*peer to peer*", o, ancora, (iii) seppure con qualche difficoltà e in maniera meno organica, mediante idonee soluzioni interpretative. Quel che è certo è che il fenomeno "*social lending*" reclama una regolamentazione che ne consideri i connotati tipici ed "essenziali".

Il ruolo dell’Autorità nel fenomeno del “social lending”

(Francesco Della Rocca)

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. QUADRO NORMATIVO ITALIANO APPLICABILE AL FENOMENO DEL “SOCIAL LENDING” E IN PARTICOLARE ALL’IMPRESA DI “PEER TO PEER LENDING”. – 3. FUNZIONE E POTERI DI BANCA D’ITALIA NELL’ATTUALE QUADRO NORMATIVO. – 4. POSSIBILI SCENARI DI TUTELA: UN NUOVO RUOLO DI BANCA D’ITALIA NELLA TUTELA DEI SOGGETTI COINVOLTI O UN RITORNO ALLE “SOLE” REGOLE E LIMITI DETTATI DAL CODICE CIVILE PER L’AUTONOMIA PRIVATA?

1. PREMESSA

Il difficile quadro economico dell’ultimo decennio ha portato alla carenza di liquidità offerta dal sistema bancario e, quindi, la conseguente diminuzione del credito, concesso a imprese e a consumatori, ha favorito la creazione di nuove forme di intermediazione che operassero al di fuori del sistema bancario tradizionale.

Molti operatori, specialmente nei Paesi anglosassoni, sfruttando anche le opportunità derivanti dalle nuove tecnologie *hi-tech*, hanno ideato delle piattaforme online attraverso le quali è possibile mettere in contatto soggetti richiedenti prestiti di denaro con soggetti disposti a concederli, rimanendo al di fuori degli Istituti di Credito.

Questo fenomeno è chiamato *peer to peer lending* o “social lending” ed è classificato da molti, forse impropriamente, come *species* del *genus* “crowdfunding”.

In breve, l’impresa di “*peer to peer lending*” svolge la prestazione di collegamento nella formazione del contratto tra le due parti e nella successiva esecuzione di tutte le altre operazioni di pagamento necessarie all’esecuzione del contratto.

Infatti, nella fase iniziale, attraverso *web*, l’impresa di *peer to peer lending* raccoglie le disponibilità dei cosiddetti prestatori e le domande dei richiedenti, provvedendo ad assegnare a quest’ultimi un *rating* in base al livello di affidabilità in termini di solvibilità finanziaria, a seguito della documentazione fornita. Ovviamente più basso sarà il rating, maggiore sarà il tasso d’interesse offerto al prestatore, il quale potrà scegliere, in base alle sue aspettative, la categoria dei soggetti disposto a finanziare.

Una volta fatto ciò, e scelto anche l’importo da erogare, l’erogazione del prestito avverrà attraverso la piattaforma *online*, procedendo l’impresa al trasferimento dei fondi dal conto di pagamento del mutuante presso il rispettivo conto di pagamento del mutuatario.

Inoltre, le piattaforme più avanzate offrono anche altri servizi all’utente nella fase fisiologica dell’esecuzione del contratto e nell’eventuale fase patologica come, ad esempio, un fondo comune, accessibile in caso di insolvenza del debitore.

Dalle esperienze straniere possiamo facilmente constatare che questo fenomeno, nato principalmente per la tipologia del credito al consumo (“*peer to peer consumer lending*”), risulta essere un utile strumento di finanziamento anche per le aziende (“*peer to peer business lending*”).

Le stime di *social lending* a livello mondiale sono davvero interessanti, avendo superato i \$150 miliardi, e, dagli ultimi dati, l’impresa di *peer to peer lending* inizia ad essere una realtà anche in Europa e in Italia.

2. QUADRO NORMATIVO ITALIANO APPLICABILE AL FENOMENO DEL “SOCIAL LENDING” E IN PARTICOLARE ALL’IMPRESA DI “PEER TO PEER LENDING”

Le prime forme del fenomeno in Italia si sono avute relativamente presto rispetto al fenomeno mondiale, infatti, già nel 2009, due operatori di *social lending* erano presenti nel nostro paese. In quegli anni, in assenza di una disciplina di riferimento, dette imprese operarono, per un breve periodo, regolarmente iscritte all’albo generale degli intermediari finanziari, fin quando, giustamente, Banca d’Italia bloccò le attività con la pubblicazione di un provvedimento di sospensione.

L’Istituto di Vigilanza argomentò la violazione, da parte dell’impresa di *peer to peer lending*, delle norme del Testo Unico Bancario (TUB) in materia di raccolta del risparmio presso il pubblico, sostenendo che gli operatori di *peer to peer lending*, una volta ricevute le somme dagli investitori, non avrebbero provveduto alla collocazione di tali somme in appositi conti separati da quelli della società stessa, acquistandone in tal modo la proprietà e titolarità e ponendosi, perciò, nelle stesse condizioni di un Istituto di Credito nei confronti di un comune depositante.

Nello specifico, le società di *social lending* avrebbero violato l’art.10 del TUB, che riserva l’esercizio dell’attività bancaria in via esclusiva alle Banche, nonché l’art.11, sempre del TUB, in cui viene definita l’attività di raccolta, che è coperta da espressa riserva di legge ed è esclusa dall’ambito di operatività degli intermediari finanziari, iscritti nell’albo di cui all’art. 106 del TUB.

Così le due imprese operanti furono cancellate dall’elenco generale degli intermediari finanziari ex art. 106 del TUB e di fatto fu bloccato lo sviluppo di questo fenomeno, non essendo stato possibile trovare forme lecite nell’ordinamento entro le quali fare rientrare gli operatori di *peer to peer lending*.

Il recepimento nel nostro ordinamento della Direttiva n.2007/64/EC Payment Service Directive(PSD), avvenuto mediante il d.lgs. n.11 del 2010, ha introdotto nel nostro ordinamento fattispecie normative nuove entro le quali è stato possibile collocare le imprese di *social lending* e permettere a quest’ultime di operare nella legalità.

In breve, lo scopo della Direttiva è stato quello di armonizzare le pratiche relative ai servizi di pagamento all’interno dei Paesi Membri dell’Unione europea al fine di permettere una maggiore rapidità nell’esecuzione dei pagamenti transfrontalieri.

L’introduzione di queste regole è risultata essere propedeutica per la graduale implementazione di una Single Euro Payments Area (SEPA)entro cui trasferire somme di denaro alle medesime condizioni di base, garantendo in questo modo maggiore trasparenza e concorrenzialità in favore dei consumatori europei.

In ragione della portata innovatrice dei principi in essa contenuti, la Direttiva ha, quindi, spinto la creazione, nelle rispettive legislazioni di ciascun Paese, di una nuova categoria di operatori, anche provenienti da settori non finanziari, e specializzati nell’esecuzione di determinati pagamenti sotto forma elettronica.

Il Decreto Legislativo n. 11 del 2010, recependo i principi sopra esposti dettati dalla Direttiva, ha modificato disposizioni di legge già esistenti e ha introdotto nuove previsioni normative.

Su questo secondo punto il Decreto, precisamente all’art. 33, ha disposto la formulazione, all’interno del TUB, di un

Titolo inedito, *V-ter*, collocato nella cornice normativa regolata dal Titolo V e relativa ai soggetti operanti nel settore finanziario.

Il Titolo *V-ter* risponde proprio all'esigenza di disciplinare l'accesso al mercato dei nuovi prestatori di servizi di pagamento.

Per prestazione di servizio di pagamento, nozione rinvenibile all'art. 1, comma 1, lettera b) del Decreto, viene intesa l'attività che renda possibile il deposito di contante su un conto di pagamento, nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento (rimesse di denaro, incasso e trasferimento fondi), l'esecuzione di ordini di pagamento e l'emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento.

Il Decreto quindi ha provveduto, attraverso il nuovo Titolo *V-ter* del TUB, a disciplinare anche l'unico soggetto che ancora non godeva di inquadramento giuridico nel nostro ordinamento.

Così, sfruttando la nuova normativa, le sopra elencate operazioni di trasferimento di denaro, che devono avvenire in esecuzione del contratto di prestito tra i due soggetti attraverso la piattaforma, possono farsi attraverso un conto di pagamento, vale a dire un conto di pagamento intestato a nome di uno o più utenti utilizzato per l'esecuzione delle operazioni di trasmissione dei fondi, configurando, quindi, l'impresa di *social lending* come un Istituto di Pagamento.

Pertanto, sulla base di questi nuovi presupposti normativi, si è potuto autorizzare l'operatività di soggetti esercenti attività di *peer-to-peer lending*, riconducendoli alla disciplina degli Istituti di Pagamento e, più nello specifico, a quanto previsto dal comma 4 dell'art. 114-*novies* del TUB, senza violare alcuna norma imperativa.

Oggi, infatti, esistono operatori di *social lending* autorizzati direttamente da Banca d'Italia.

Questo per quanto riguarda l'inquadramento giuridico dell'operatore che, attraverso la creazione della piattaforma, fornisce il servizio, mentre la fonte del rapporto obbligatorio tra il prestatore e il richiedente è, per modo di dire, un semplice contratto di mutuo tra privati, regolato dagli artt.1813 e ss. c.c.

Infatti, come si dirà in seguito, i particolari interessi in gioco potrebbero portare a dei correttivi alla disciplina generale del contratto, conosciuti all'interprete, essendo già previsti per fenomeni analoghi in codici di settore.

È, quindi, possibile configurare la conclusione di un prestito attraverso piattaforme di *social lending*, come la formulazione di una fattispecie contrattuale complessa, composta da un contratto di mutuo tra gli utenti della piattaforma online ed un contratto di servizi di pagamento, che l'impresa stipula con entrambi i partecipanti all'operazione di finanziamento.

3. FUNZIONE E POTERI DI BANCA D'ITALIA NELL'ATTUALE QUADRO NORMATIVO

Attualmente l'Autorità si è limitata a controllare se effettivamente questi operatori potessero svolgere la propria attività, senza violare normative dettate dal legislatore.

In particolare si ci è dovuti limitare a una verifica formale volta ad assicurare che le imprese di *peer to peer lending*, classificate come Istituti di Pagamento, non svolgessero attività bancaria, attività di raccolta in senso stretto.

Si è ritenuto che fosse sufficiente a collocare l'impresa di *social lending* fuori dal perimetro dell'attività bancaria il solo meccanismo offerto dal conto di pagamento.

Infatti, l'analisi si è basata sulle differenze tra il conto di pagamento e il conto corrente.

In particolare l'elemento su cui ruota attorno tutta la disciplina del contratto di conto corrente bancario è il trasferimen-

to della proprietà, che avviene nel momento in cui il depositante trasferisce i fondi sul conto corrente aperto presso l'Istituto di Credito, quindi la banca risulta essere proprietaria delle somme di denaro, potendone peraltro disporre ai fini della concessione di prestiti ai clienti, privati o imprese, dell'ente creditizio.

Al contrario, la disciplina del conto di pagamento muove da una premessa radicalmente opposta. Pur essendo, infatti, al pari del conto corrente, un conto intestato a nome di uno o più utenti di servizi di pagamento, che è utilizzato per l'esecuzione delle operazioni di pagamento, non può essere utilizzato per la gestione del risparmio del titolare e tanto meno per concedere credito alla clientela.

La ragione per la quale l'Istituto di Pagamento non è autorizzato a svolgere servizi di gestione del risparmio o concessione di credito alla clientela risiede nel fatto che i crediti depositati nel conto di pagamento rimangono nella piena disponibilità dei clienti, senza che la proprietà e, quindi, la disponibilità passi mai nelle mani dell'Istituto di Pagamento.

A sostegno e in aggiunta di questo ragionamento è intervenuto il comma di nuova introduzione, comma 2-ter, dell'art. 11 del TUB, il quale espressamente dichiara che la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento, utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento, non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico.

Anche se una analisi ancorata al dato positivo porta indubbiamente ad una tale interpretazione, non si può trascurare che il fenomeno in esame presenta molti aspetti più vicini al concetto di attività bancaria, o, comunque, a quello di raccolta del risparmio tra il pubblico, che a quello di Istituto di Pagamento tradizionale.

Infatti, l'impresa di *social lending* assume un ruolo centrale nella formazione della volontà contrattuale dei soggetti coinvolti, anche attraverso la valutazione della solvibilità di quest'ultimi e la conseguenziale rappresentazione agli utenti.

In una analisi più attenta del dato positivo sicuramente non è da trascurare la parola "esclusivamente", presente al comma 2-ter sopramenzionato, essendo possibile interpretare la presenza di questo avverbio come la volontà del legislatore di limitare la norma alla sola fattispecie tipica dei servizi di pagamento, escludendo, pertanto, un utilizzo del conto di pagamento a fini diversi da quelli tradizionali.

Ne consegue che un'analisi basata su criteri sostanziali porta ad assimilare l'impresa di *social lending* a un soggetto che svolge attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, o comunque ad un intermediario finanziario, piuttosto che a un Istituto di Pagamento.

Impensabile, per chi conosce ed adopera questi servizi, equiparare, in quanto a funzioni ed utilità per l'utente, un classico Istituto di Pagamento come Western Union a smartika.it, una delle più famose piattaforme di *peer to peer lending*.

Infine, una Autorità attenta non può ignorare, come accennato in precedenza, che il fenomeno coinvolge interessi in difesa dei quali il nostro ordinamento è già intervenuto. Il riferimento è senza dubbio all'articolo della Costituzione riguardante la tutela del risparmio o alle norme dettate per la commercializzazione di prodotti finanziari, oggi più che mai sotto accusa.

Difficile sarà, anche se detto compito potrebbe essere anche al di fuori del ruolo dell'Autorità, capire se e in che misura possano incidere, nel caso in esame, la disciplina dettata per i contratti conclusi attraverso internet o quella riguardante gli obblighi informativi o ancora quella più generale dettata dal Codice del consumo, in tutela dei consumatori.

Si solo precisa, non essendo questa la sede idonea per sviluppare simili considerazioni, che la qualifica di consumatore in questo rapporto trilaterale, come sopra definito, l'ha sicuramente il richiedente, ma anche il prestatore, agendo quest'ultimo in una veste forse ancora più delicata, quale quella di risparmiatore, con tutte le conseguenze che derivano da tali considerazioni.

L'unico soggetto professionale coinvolto è il gestore della piattaforma, il quale in realtà è anche colui che corre meno rischi.

Ponendo lo sguardo oltre i confini nazionali, si può notare come lo stesso problema sia stato affrontato dall’Autorità degli altri Paesi, specialmente nel Regno Unito, dove una regolamentazione *ad hoc* sta permettendo un sano sviluppo del fenomeno.

Inoltre, sono certamente da prendere in considerazione la comunicazione del 27 maggio 2014 della Commissione Europea, che ha sottolineato l’utilità dello strumento per lo sviluppo dell’economia, e i dubbi formulati in un parere indirizzato al Parlamento Europeo da parte dell’European Banking Authority (EBA) insieme con la European Securities and Market Authority (ESMA), nel febbraio 2015.

Le Autorità europee, anche se non hanno ritenuto necessaria, per il momento, uno specifico intervento regolamentare europeo, hanno raccomandato un intervento agli Stati membri dell’Unione europea per chiarire le normative interne applicabili al *social lending*, con il compito di individuare condizioni e limiti per svolgere la suddetta attività.

Detto compito, anche alla luce di quanto sopra esposto, non può essere svolto correttamente se ci si limita alle superficiali analisi e alle altrettanto superficiali indicazioni fornite, nel novembre 2015, in un rapporto di Banca d’Italia nella Sezione IX, rinominata *social lending*.

4. POSSIBILI SCENARI DI TUTELA: UN NUOVO RUOLO DI BANCA D’ITALIA NELLA TUTELA DEI SOGGETTI COINVOLTI O UN RITORNO ALLE “SOLE” REGOLE E LIMITI DETTATI DAL CODICE CIVILE PER L’AUTONOMIA PRIVATA?

L’evoluzione sperata di questo strumento di finanziamento, per le considerazioni fatte sopra, dovrà portare certamente l’Autorità *in primis* e il giurista *in secundis* ad intraprendere un percorso che possa conciliare la tutela degli importanti interessi dei soggetti coinvolti con le esigenze di una disciplina chiara, che favorisca lo sviluppo delle imprese di *peer to peer lending*.

Sicuramente è da accogliere positivamente il fatto che nel nostro ordinamento abbia trovato posto uno strumento simile, linfa per un nuovo credito, fautore di un ritorno ad una finanza reale e anche a qualche tasso d’interesse più interessante, ma, senza nulla togliere all’inventiva giuridica, che ha pensato di far rientrare il *social lending* nella disciplina dettata per gli Istituti di Pagamento, un’attenta analisi ha portato a trovare una *ratio* completamente diversa tra un Istituto di Pagamento classico e un operatore di *social lending*.

L’Autorità è chiamata, quindi, a ripensare il suo ruolo e la regolamentazione del fenomeno di *social lending*, avendole l’ordinamento attribuito il compito di regolamentare la materia di raccolta di soggetti diversi dalle Banche, stante nel fenomeno in esame l’innegabile coinvolgimento di un numero indeterminato di risparmiatori, tale da giustificare l’applicazione delle disposizioni e la *ratio* sottesa alla disciplina della raccolta del risparmio, da parte di soggetti diversi dalle banche, oggi più prima, avendo i gestori delle piattaforme iniziato a coinvolgere, in qualità di finanziatori, anche i cosiddetti retail.

In assenza di detta regolamentazione, l’utente coinvolto, sia esso risparmiatore sia esso richiedente, a tutela delle sue ragioni, dovrà ricorrere alle “sole” regole dettate dal Codice Civile, soprattutto non essendo chiara l’applicazione delle norme dettate in presenza della categoria di contraente “debole”, nelle vicende contrattuali riguardanti il fenomeno, essendo ipotizzabile, nel caso di specie, un contratto tra due categorie entrambe “deboli” e quindi entrambe protette nel nostro ordinamento. .

In particolare, il ritorno improvviso alla centralità della disciplina generale del contratto riconduce ai limiti dettati circa l’autonomia negoziale, o alla valutazione della meritevolezza degli interessi delle parti, ai sensi dell’art. 1322 c.c., strumenti ai quali, però, un attento legislatore, già in passato, ha voluto affiancare, spinto anche da istanze europee, regole

più specifiche, ritenute più adatte quando sono in gioco determinati interessi.

In assenza di una normativa *ad hoc*, ipotizzando anche una tutela degli utenti nei confronti dell'operatore di *social lending*, si può ricorrere ai rimedi pensati dalla dottrina tradizionale per i contratti collegati.

La vera sfida, però, rimane quella di trovare una regolamentazione che bilanci le tutele effettivamente richieste dal consumatore, o risparmiatore che sia, e la voglia di quest'ultimi di trovare nuove forme di finanziamento e/odi investimento improntate all'economicità, al risparmio o al maggiore guadagno, rispetto alle condizioni offerte dagli strumenti tradizionali, che rende loro disposti anche a rinunciare a qualche tutela.

Dai *bitcoins* agli *smart contracts*: la tecnologia *Blockchain*

(Alfonso Ingenito)

SOMMARIO: 1. DAI *BITCOINS* AGLI *SMART CONTRACTS*. – 2. LA *BLOCKCHAIN*: IL FUNZIONAMENTO E LE CARATTERISTICHE DELLA NUOVA TECNOLOGIA. – 3. GLI (INDEFINITI) SETTORI DI POSSIBILE IMPIEGO DELLA *BLOCKCHAIN*: DA QUELLO BANCARIO E FINANZIARIO, ALLE NUOVE FRONTIERE DEI *SOCIAL NETWORKS*.

1. DAI *BITCOINS* AGLI *SMART CONTRACTS*

Vera e propria “valvola di sfogo onnipresente e infinitamente sfaccettata dell’energia e dell’espressività umana”, internet è stato a ben ragione definito come “una fra le poche invenzioni dell’uomo che lui stesso non capisce fino in fondo”, nonché come “il più grande esperimento di anarchia della storia” (E. SCHMIDT, J. COHEN, *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*, Rizzoli Etas, 2013, 1).

Tra le più recenti manifestazioni della creatività collettiva che il *web* continuamente alimenta e che si impongono di fatto, parallelamente alla loro diffusione, alla società ed alle istituzioni, devono essere oggi annoverati i *bitcoins* e gli *smart contracts*.

I *bitcoins* (o *BTC*) fanno il proprio esordio in Internet agli inizi del 2009, a seguito della pubblicazione *online* del saggio intitolato “*A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, a firma dell’ormai celebre Satoshi Nakamoto, pseudonimo dietro cui si cela l’autore (o, probabilmente, gli autori) di tale nuovo fenomeno (il saggio è disponibile al seguente link: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>).

Inquadrabili nel più vasto *genus* delle criptovalute, i *bitcoins* nascono per rispondere alla medesima, fondamentale esigenza sottesa a queste ultime, ovvero permettere in modo rapido ed anonimo il trasferimento sul *web* di unità di valore economico (a non voler utilizzare il termine “monete virtuali”) quale controprestazione (per non dire “pagamento”) di beni o servizi essenzialmente digitali.

Dal 2009 ad oggi, i *bitcoins* hanno avuto una espansione ed una risonanza a livello globale molto maggiore delle criptovalute che li hanno preceduti (tra le quali, la più nota è forse il *Linden Dollar*, moneta virtuale dei primi anni 2000 di *Second Life*).

Basti pensare che il 5 ottobre 2009, data di prima pubblicazione del tasso di cambio tra *bitcoins* e dollari statunitensi, il corrispondente rapporto è di appena 1 \$ a 1,309.03 *BTC* (cfr. http://it.bitcoinwiki.org/Storia_di_Bitcoin), mentre invece nel 2016 ciascun *bitcoin* vale più di cinquecento dollari, e tutti i *bitcoins* in circolazione ammontano a quasi 6 miliardi di dollari.

Vero è che in tale processo di continua diffusione non sono mancate alcune battute d’arresto, dovute, tra l’altro, alla diffidenza (i) verso l’anonimato tendenzialmente assoluto degli scambi in *BTC* e, conseguentemente, (ii) verso i possibili utilizzi illegittimi degli stessi, come ad esempio nel caso di acquisti illeciti da siti *web* occultati nella c.d. *dark net* (cfr. E. FLORINDI, *Deep web e bitcoin: Vizi privati e pubbliche virtù della navigazione in rete*, Imprimatur editore, 2016, *passim*).

Altrettanto vero è, tuttavia, che ciò non ha impedito ai *bitcoins* di tracciare “una nuova strada digitale alla necessità di una *real time virtual currency* alternativa globale”, come dimostra la circostanza che le transazioni aventi ad oggetto

tale criptovaluta hanno superato quelle di “Wester Union, il primo *player* mondiale di rimesse internazionali”, avvicinandosi addirittura a quelle effettuate da PayPal (R. FERRARI, *L'era del fintech*, Franco Angeli, 2016, Milano, 48).

Il fenomeno è divenuto talmente dirompente da reclamare una presa di posizione anche da parte delle istituzioni europee.

Queste ultime, se per un verso, non sono giunte a riconoscere apertamente alla criptovaluta in esame dignità di vera e propria “*moneta elettronica*”, per come definita dall’art. 2 della Direttiva 2009/110/CE sugli istituti di moneta elettronica (c.d. EMD2), attuata in Italia con il d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45, o di “*strumento di pagamento*” ai sensi della la Direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento (c.d. PSD), recepita in Italia con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, per altro verso non hanno potuto, tuttavia, esimersi dal rivolgervi accurate ricerche.

Così è per la Banca Centrale Europea, che vi ha dedicato due studi, il primo, dell’ottobre del 2012, intitolato *Virtual currency schemes*, il secondo, del febbraio 2015, dal titolo “*Virtual currency schemes; a further analysis.*” Anche l’Autorità Bancaria Europea si è espressa al riguardo, con il documento EBA/Op/2014/08, *Opinion on “virtual currencies”*, del 4 luglio 2014.

Inoltre, attesa la mole crescente di transazioni in *bitcoins*, i relativi riflessi tributari sono stati oggetto di una recente pronuncia della Corte di giustizia europea del 22 ottobre 2015, nella causa C-264/14, *Skatteverket*, con cui i giudici del Lussemburgo, nello stabilire l’esenzione da IVA delle operazioni in *bitcoins*, hanno finito per attribuire implicitamente a questi ultimi il rango di moneta virtuale.

In ambito nazionale, la Banca d’Italia ha pubblicato, il 30 gennaio 2015, una “*Avvertenza sull’utilizzo delle cosiddette “valute virtuali”*” e da ultimo, le implicazioni fiscali dei *bitcoins* sono state analizzate anche dalla Agenzia delle Entrate italiana, a seguito di interpello ai sensi dell’art. 11, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (cfr. la Risoluzione n. 72 /E del 2 settembre 2016).

Se, come sinteticamente testimoniato da tali brevi cenni, non può dubitarsi dell’ampio successo dei *bitcoins*, altrettanto certo è che ciò non è dovuto (solo) alla criptovaluta in sé, ma piuttosto alla nuova tecnologia digitale che ne rappresenta il vero e proprio “motore”.

Si tratta della *Blockchain*, la quale consente che tutte le transazioni in *BTC* avvengano, al contempo, in modo rapido, anonimo e sicuro.

Sicché, mentre sui *bitcoins* le opinioni sono ancora contrastanti, e divise tra coloro che ne esaltano le potenzialità in termini di facile mobilitazione di ricchezza a livello planetario, e coloro che, all’opposto, ne temono altrettanto agevoli utilizzi illeciti, la *Blockchain* appare, invece, riscuotere un consenso sempre più unanime via via che se ne diffonde ed approfondisce la comprensione.

Ciò è tanto più vero sol che si pensi che, sfruttando (ed a volte implementando) la medesima tecnologia *Blockchain*, ai *bitcoins* hanno fatto seguito numerose altre criptovalute (ancorché poco conosciute), le quali attualmente si contano in un numero superiore a settecento (è possibile consultarne l’elenco in costante aggiornamento al seguente link: <http://coinmarketcap.com/all/views/all/>).

L’altro fenomeno di cui si è fatto cenno all’inizio, ugualmente oggetto di crescente attenzione, è rappresentato dagli *smart contracts*.

Il termine “*smart contract*”, al pari del progetto concettuale in essi racchiuso, risale a due saggi di Nick Szabo, entrambi del 1997, di cui il primo è *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, (disponibile al seguente link: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469> 33) ed il secondo è *The Idea of Smart Contracts* (disponibile al seguente link: <http://szabo.best.vwh.net/idea.html>).

L’obiettivo di fondo è quello di velocizzare le operazioni negoziali e di azzerare o, quantomeno, ridurre gli oneri derivan-

ti dall'insorgere di possibili controversie: (i) traducendo le clausole contrattuali in linguaggio informatico, in modo tale da renderle intelleggibili da appositi *software*; (ii) ed affidando interamente a questi ultimi, in modo automatico, la fase di esecuzione degli accordi, al verificarsi di eventi o condizioni stabiliti in precedenza.

Più in particolare, ogni *smart contract* presuppone: (i) la trasposizione delle disposizioni negoziali in protocolli intelleggibili da programmi informatici; (ii) la verifica da parte di questi ultimi, tramite la ricezione di *inputs*, delle condizioni che innescano le dinamiche contrattuali predeterminate; (iii) infine, la loro concreta attuazione senza alcun intervento umano.

Nonostante tutto ciò appaia sufficientemente chiaro, è tuttavia difficile fornire una definizione precisa di *smart contract* trattandosi, come è stato a ben ragione osservato, di “un modello ancora da definire nei dettagli tecnici e giuridici” (M.L. PERUGINI, P. DAL CHECCO, *Introduzione agli Smart Contract*, reperibile al seguente indirizzo web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729545).

Altrettanto problematico è tentarne un possibile inquadramento a livello di sistema. Ed infatti, secondando le migliori classificazioni operate dalla dottrina, gli *smart contracts* possono probabilmente farsi rientrare nel novero dei contratti digitali e, più nello specifico, in quello dei contratti cibernetici, i quali si connotano per l'impiego di particolari *software agents* (su cui, per tutti, cfr. G.SARTOR, *Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*, in *Dir. inf.*, 2003, 55 ss.; G.SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del cyberdiritto?*, in *Contr. impr.*, 2002, 466 ss.) che consentono una contrattazione automatizzata: in tal caso, i *software* possono anche non limitarsi alla mera esecuzione di ordini, giungendo ad eseguire decisioni (anche a rilevanza negoziale) in via autonoma, sia pur nell'ambito predefinito di una apposita programmazione secondo il protocollo “*if-then*”.

Proprio in ragione del differente grado di autodeterminazione che gli *smart contracts* riescono a raggiungere nella esecuzione delle transazioni, deve rilevarsi che il novero dei fenomeni che la categoria è idonea a ricomprendere risulta essere assai ampio, sfumando così la distinzione tra *smart contracts* e contratti digitali automatizzati. È stato, infatti, osservato che, da un punto di vista giuridico, “*it is hard to see the difference between automated e-contracts and smart contracts*”, dal momento che tanto i primi, quanto i secondi “*use automated arrangements and both can be seen operating aside legal contracts*” (M. KOLVART, M. POOLA, A. RULL, *Smart Contracts*, in *The Future of Law and eTechnologies*, a cura di T. Kerikmäe e A. Rull, Springer, 2016, 136).

Sulla base di tale ampio approccio definitorio, deve rilevarsi che gli *smart contracts* non possono essere considerati come un fenomeno recente. Al contrario, nonostante si tenda tuttora a non riconoscerli come tali, essi sono in realtà diffusi sul *web* già da tempo.

È stato osservato che “la logica degli *smart contracts* è così banale da essere di fatto già applicata in molti ambiti della nostra vita quotidiana”, potendosi pensare “anche solo agli erogatori automatizzati di bibite e merende: una volta selezionato il prodotto ed inserita la quantità di monete sufficiente, la macchina eroga il prodotto richiesto” (M. MANENTE, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato*, 2016, 217).

A non voler giungere a tanto, sono tuttavia suscettibili di essere annoverati nella categoria, ad esempio: (i) i molteplici sistemi di *Digital Rights Management* (DRM), i quali consentono di “definire, gestire, tutelare e accompagnare le regole (in gergo: “diritti”) di accesso e di utilizzo su contenuti digitali” a cui “ciascun soggetto della catena di produzione e distribuzione del contenuto digitale deve attenersi per avere accesso e per ottenere determinate forme di fruizione del contenuto stesso” (R. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Cedam, Padova, 2004, 1 ss.); (ii) gli algoritmi su cui si basano le transazioni sui mercati di borsa, ove la negoziazione di strumenti finanziari è affidata al c.d. *high frequency trading* (HTF), che consente di eseguire un numero elevatissimo di operazioni in tempi tanto rapidi, da essere computati in millisecondi; (iii) i *software* impiegati sulle piattaforme di *e-commerce* (come, ad esempio, eBay o Amazon) al fine di gestire le aste o gli acquisti *online*, garantendo il rispetto delle clausole contrattuali previste dalla piattaforma da parte degli acquirenti e dei venditori.

Se tutto ciò è vero, è però legittimo chiedersi anche il motivo per cui solo di recente gli *smart contracts* sono saliti alla ribalta dell'attenzione del mercato e delle istituzioni.

La risposta a tale quesito va, ancora una volta, rinvenuta nella *Blockchain*, che rappresenta, allo stato attuale, la migliore tecnologia in termini di costi ed efficienza che consente il raggiungimento degli obiettivi di piena automatizzazione nella esecuzione degli *smart contracts*.

Ed infatti, se la *Blockchain* nasce sostanzialmente con i *bitcoins*, deve osservarsi che anche le transazioni aventi ad oggetto tale criptovaluta possono rientrare nel novero degli *smart contracts*, ancorché in tali casi l'operazione da realizzare sia molto semplice, dal momento che consiste nel mero trasferimento di singole unità di valuta.

Allo stesso modo, la *Blockchain* è in grado di "gestire" anche operazioni negoziali più complesse, ponendo automaticamente in esecuzione le clausole contrattuali opportunamente tradotte in codice informatico, al verificarsi di eventi predeterminati. Ciò, in modo del tutto trasparente ed indipendente dalla interazione e dal controllo del fattore umano e, per ciò che probabilmente più conta, senza la necessità dell'intervento di terze parti garanti estranee agli originari contraenti.

2. LA BLOCKCHAIN: IL FUNZIONAMENTO E LE CARATTERISTICHE DELLA NUOVA TECNOLOGIA

I brevi cenni che precedono sono sufficienti a rendere intuibili sia la versatilità, sia soprattutto le innovative potenzialità della *Blockchain*, la quale, nata con i *bitcoins*, è attualmente in una fase un rapido ed incessante sviluppo anche indipendentemente da essi, tanto da essere oggetto non solo di analisi in un recente studio varato dalla Commissione europea (COMMISSIONE EUROPEA, *Blockchain application & services. Case study 68, Business Innovation Observatory*, Aprile 2016), ma anche di costante monitoraggio da parte della Autorità Bancaria Europea (cfr. AUTORITÀ BANCARIA EUROPEA, *EBA Consumer Trends. Report 2016*, 21 giugno 2016, disponibile al seguente link: <https://www.eba.europa.eu/-documents/10180/1360107/Consumer+Trends+Report+2016.pdf>), giungendo finanche ad impadronirsi della copertina dell'*ECONOMIST* dell'ottobre del 2015 (cfr. il seguente link: <http://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>).

Non può, dunque, stupire che sia in atto una sperimentazione di molteplici modelli e varianti di tale strumento digitale, allo scopo di adattarlo alle differenti finalità cui esso è astrattamente idoneo a prestarsi. Ed infatti, si discorre già di *Blockchain 2.0*, essendosi eloquentemente osservato non solo che la "*blockchain industry*" è "*an area of prodigious activity as of the fall of 2014*", ma anche che "*the Blockchain 2.0 spaces in development*", aggiungendosi che "*there are many different categories, distinctions, and understanding of it, and standard classifications and definitions are still emerging*" (M. SWAN, *Blockchain: Blueprint for a New Economy*, O'Reilly Media, Inc, 2015, 9 ss.).

Nel prosieguo, tuttavia, è opportuno fare tendenzialmente riferimento alla tecnologia più risalente e, per certi versi, "collaudata", posta alla base dei *bitcoins*.

Così intesa, la *Blockchain*, in via di prima approssimazione, può essere assimilata ad un *network peer-to-peer* di nuova generazione, tendenzialmente *open source*, che si espande continuamente al semplice ingresso di nuovi utenti.

Essa è anche definita come una *distributed ledger technology*, ovvero un "registro condiviso pubblicamente e posseduto dagli stessi utilizzatori, che assumono tra loro un ruolo paritario", il quale è "in grado di registrare ed archiviare in modo sicuro tutte le transazioni che avvengono al suo interno e di impedirne la successiva alterazione" (M. MANENTE, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato*, 2016, 211).

Tutto ciò, val bene evidenziare subito, avviene in modo completamente autonomo ed autosufficiente, senza cioè alcu-

na necessità che autorità centralizzate e/o soggetti terzi effettuino un controllo in funzione di garanti tanto dell'accesso allo strumento, quanto della corretta esecuzione delle transazioni in esso registrate.

Sulla scorta di tali caratteri generali, una sintetica descrizione del funzionamento della *Blockchain* può essere resa analizzando le soluzioni tecniche che essa adotta al fine di porre rimedio ai principali problemi che derivano dalla sua struttura (autosufficiente, decentrata e pubblica), i quali sono essenzialmente relativi: (i) alla identificazione univoca (ancorché tendenzialmente anonima) dei soggetti che effettuano le transazioni; (ii) alla eliminazione del rischio che gli utenti compiano indebitamente più volte operazioni aventi il medesimo oggetto digitale (ad esempio, trasferiscano due volte la stessa quantità di BTC); (iii) infine alla sicurezza delle transazioni, in assenza, anche per quanto detto, di “*Third Trusted Parties*” che sovrintendano allo svolgimento delle stesse.

Come è dato evincere già dal suo significato letterale, la *Blockchain*, non diversamente dalle reti P2P, si basa su di una architettura paritaria articolata secondo una “catena” di “blocchi” (o nodi). Ogni utente della stessa conserva sui propri dispositivi *hardware* una copia informatica dell'intero registro.

Il primo blocco della catena è noto come “*Genesisblock*”. Ad esempio, nel caso dei *bitcoins*, la creazione di tale nodo originario è avvenuta nel 2009, ed è attribuita, per quanto già detto, a Satoshi Nakamoto.

Ciascun blocco può essere paragonato ad una sorta di libro mastro digitale, sul quale possono essere annotati e conservati tutti i dati suscettibili di essere tradotti in codici informatici, siano essi transazioni relative a criptovalute, come nel caso dei *bitcoins*, o anche clausole contrattuali, come già visto a proposito degli *smart contracts*.

Da tali osservazioni è possibile dedurre che la *Blockchain* presuppone due differenti (ancorché succedanee) tipologie di registrazioni, di cui: (i) la prima è relativa alle transazioni atomisticamente considerate, che contengono i veri e propri dati informatici; (ii) e la seconda attiene, invece, alla creazione dei singoli blocchi in cui le stesse transazioni sono di volta in volta archiviate.

Con la prima gamma di registrazioni (anche note come “*proof of stake*”), la tecnologia in esame risolve i problemi relativi alla identificazione univoca (quand'anche anonima) degli utenti, nel momento in cui assegna a ciascuno di essi una firma digitale rappresentata da un codice alfanumerico, da utilizzare come marcatura di ogni singola operazione. Per ciò che concerne i *bitcoins*, si è precisato che l'“utente (...) al fine di garantire che sia l'unico soggetto legittimato ad utilizzare il proprio portafoglio, genera una firma digitale (a crittografia asimmetrica) e per trasferire il denaro crea un messaggio con cui dichiara l'importo che intende trasferire inserendovi la chiave pubblica della firma digitale del destinatario”; inoltre, il “messaggio così composto viene (...) sottoscritto dal mittente con la propria chiave privata”, in modo tale da garantire sia “la provenienza del messaggio dal mittente”, sia la “quantità di denaro che intende trasferire”, sia, infine, “l'identità del destinatario” (M. NICOTRA, *Blockchain, come cambiare il sistema per la rivoluzione finanziaria*, disponibile al seguente link [http://www.agendadigitale.eu/infrastrutture/blcokchain-come-cambiare-il-sistema-per-la-rivoluzione finanziaria_2112.htm](http://www.agendadigitale.eu/infrastrutture/blcokchain-come-cambiare-il-sistema-per-la-rivoluzione-finanziaria_2112.htm)).

Ciò, tuttavia, non è ancora sufficiente.

Ed infatti, il definitivo perfezionamento delle transazioni presuppone anche che le stesse siano oggetto della seconda gamma di registrazioni di cui si è detto, la quale, con l'aggiunta di una apposita marca temporale (c.d. “*timestamp*”), avviene a seguito della creazione di nuovi blocchi della catena, i quali a propria volta sono duplicati nel *database* di tutti gli altri nodi della rete (oltre che sul *personal computer* di ciascun partecipante alla *Blockchain*) e resi così irreversibili ed immodificabili.

Si evita in tal modo il rischio che gli utenti effettuino più di una volta una transazione avente il medesimo contenuto digitale.

Più nel dettaglio, l'aggiunta di ciascun nuovo blocco avviene a seguito di un procedimento matematico che trasforma una quantità di dati (anche grande) in una snella stringa digitale: si tratta del c.d. “*hash*” che diviene conseguentemen-

te il sigillo informatico identificativo di ogni blocco. Questa è la ragione per cui i blocchi successivi al primo sono posti in rigoroso ordine non soltanto lineare, ma anche cronologico; ciascuno di essi, pur essendo del tutto indipendente, è connesso al precedente e ne assimila di volta in volta l'impronta informatica, in modo tale da consolidare l'intera catena ad ogni nodo.

Ed ancora. La generazione dei nuovi blocchi (c.d. *mining*) avviene all'esito di una operazione complessa che ha ad oggetto la soluzione di sofisticati algoritmi (c.d. *proof of work*), che richiede, quindi, ingenti mezzi di calcolo elettronico e conseguenti costi (in termini sia di *hardware*, sia di consumi elettrici) e che viene solitamente ricompensata da un vantaggio economico (nel caso dei *bitcoins*, ad esempio, la generazione di ogni nuovo blocco è remunerata con l'attribuzione di alcuni *BTC*). Peraltro, la difficoltà della *proof of work* (attualmente contenuta in un tempo medio di circa dieci minuti) viene automaticamente incrementata dalla *Blockchain* all'aumentare del numero dei *miners*, o della potenza di calcolo impiegata da ciascuno di essi, allo scopo di evitare sabotaggi, manomissioni o "scalate di potere" del sistema da parte di utenti isolati.

Ogni nuovo blocco, per essere aggiunto in senso lineare e cronologico alla catena, ed essere al contempo accettato dagli altri nodi della rete, deve quindi tenere una traccia endogena del corretto superamento sia una *proof of stake*, sia una *proof of work*.

Sicché, nel caso in cui un blocco venisse trasformato, o (più plausibilmente) se ne tentasse anche solo una modifica, ciò ne comporterebbe la invalidità, unitamente a tutti i blocchi ad esso successivi, con conseguente soppressione della catena di nodi irregolare che con esso si è propagata.

Questo perché l'integrità della *Blockchain* è costantemente verificata ad ogni *proof of work*, rendendo dunque remota l'ipotesi che una diramazione sabotata o manomessa della stessa possa perdurare su qualche nodo per un tempo superiore a quello della generazione del blocco successivo, ovvero per quanto detto, per più di dieci minuti, in media.

Peraltro, una copia dell'intera *Blockchain* è sempre presente su ogni nodo della rete (oltre che sul Personal computer o altro *device* di ciascun partecipante alla *Blockchain*), garantendone in questa maniera la sopravvivenza anche nel caso di una ipotetica "distruzione" di un elevato numero di blocchi.

Risulta, quindi, risolto anche l'ultimo dei problemi elencati, relativo alla sicurezza delle transazioni, in assenza di enti centralizzati che ne sovrintendano allo svolgimento.

Si spiegano così agevolmente le caratteristiche comunemente attribuite alla *Blochchain*, riassumibili in termini di: (i) intrinseca affidabilità; (ii) costante trasparenza; (iii) imm modificabilità e (iv) pressoché assoluta resilienza.

Altrettanto evidenti sono le ragioni per cui la tecnologia in esame rende totalmente superflua la presenza di enti, soggetti o autorità che (i) gestiscano la tenuta del registro e che (ii) effettuino una attività di vigilanza e controllo sulla rete e sui dati, i quali sono invece "blindati" in essa in modo del tutto endogeno.

3. GLI (INDEFINITI) SETTORI DI POSSIBILE IMPIEGO DELLA *BLOCKCHAIN*: DA QUELLO BANCARIO E FINANZIARIO, ALLE NUOVE FRONTIERE DEI *SOCIAL NETWORKS*

Anche alla luce di quanto detto, una delle caratteristiche essenziali della *Blockchain* è quella di permettere la permanente memorizzazione nel proprio database distribuito di ogni informazione, dato o *input* suscettibile di essere tradotto in stringhe digitali.

Va da sé, che tale versatilità di impiego dischiude alla tecnologia orizzonti applicativi talmente vasti da risultare attualmente non definibili e forse neanche immaginabili.

Facile è, invece, intuire come il settore d'elezione della *Blockchain* sia quello bancario e finanziario. Ciò, non soltanto perché la tecnologia è (anche dal punto di vista "storico" ed evolutivo) intimamente connessa ai *bitcoins*, ovvero alla più nota e diffusa delle criptovalute di cui si è detto, ma anche perché i pagamenti ("cuore", nonché "spina dorsale" del "banking" per R. FERRARI, *L'era del Fintech*, 35) rappresentano la tipologia di transazioni strutturalmente più semplice e al contempo più diffusa al mondo.

L'adozione della *Blockchain* appare idonea a determinare profondissime trasformazioni in ambito bancario, permettendo, tra l'altro: una più semplice ed immediata accessibilità ai servizi; una maggiore trasparenza, sicurezza e privacy delle transazioni; una velocizzazione nella esecuzione delle operazioni sia tra istituti di credito, sia tra questi ultimi ed i clienti (un elenco più dettagliato di tali benefici, è riportato da OLIVER WYMAN, *Blockchain in Capital Markets*, disponibile al seguente link: <http://www.oliverwyman.com/content/dam/oliver-wyman/global/en/2016/feb/BlockChain-In-Capital-Markets.pdf>; e da DELOITTE, *Blockchain Enigma. Paradox. Opportunity*, disponibile al seguente link: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/Innovation/deloitte-uk-blockchain-fullreport.pdf>).

Non da ultimo, la nuova tecnologia comporterebbe una sensibile riduzione dei costi operativi, essendosi calcolato che la "*distributed ledger technology could reduce banks' infrastructure costs attributable to cross-border payments, securities trading and regulatory compliance by between \$15-20 billion per annum by 2022*" (SANTANDER, *The Fintech 2.0 Paper: rebooting financial services*, 15, disponibile al seguente link: <http://santanderinnovations.com/wp-content/uploads/2015/06/The-Fintech-2-0-Paper.pdf>).

Si spiega, in tal modo, la ragione per cui oltre cinquanta istituti bancari e finanziari (tra cui anche alcuni *Big players* come Goldman Sachs, Citigroup, Morgan Stanley, Bank of America ed Unicredit) hanno dato vita ad un consorzio affidato alla guida di "R3", ente con sede a New York, Londra e San Francisco, il quale ha come obiettivo istituzionale la progettazione e la divulgazione di "*advanced distributed ledger technologies to the global financial markets*", al fine di "*empowering the next generation of global financial services technology*" (informazioni disponibili al seguente link: <https://r3cev.com/>).

Per dare una idea ancor più precisa della poliedricità del fenomeno, può aggiungersi che recentemente, ai membri del consorzio R3 si è unita anche Microsoft, allo scopo di implementare con le infrastrutture basate sul *Cloud*, la *distributed ledger technology*, trasformando quest'ultima in una vera e propria "*Blockchain as a Service*" o BAAS (<https://azure.microsoft.com/en-us/solutions/blockchain/>).

Le medesime potenzialità della *Blockchain* sono destinate a pervadere anche il settore dei mercati finanziari, innovando a tal punto le negoziazioni in strumenti finanziari e valori mobiliari, da imporsi nelle dinamiche evolutive del *Fin Tech*, ovvero del "nuovo mondo della finanza (...) basato sul *software* e sul relativo abbattimento delle barriere di entrata nel mercato", come lascia, ad esempio, presagire già la circostanza che nel "novembre 2015, Nasdaq ha lanciato Linq, il proprio progetto di *Blockchain* privata, finalizzata alla gestione delle azioni nel proprio Nasdaq Private Market, dedicato all'acquisto e allo scambio di partecipazioni azionarie in aziende non quotate pubblicamente" (R. FERRARI, *L'era del Fintech*, 37 e 106).

Ovviamente, le possibili applicazioni della *tecnologia* non si esauriscono affatto all'area bancaria e finanziaria.

Si è già accennato agli *smart contracts*, ove gli sviluppi della *Blockchain* sono talmente fitti, da risultare quasi imprevedibili. Ancor di più, sol che si pensi alla verosimile implementazione di tale tecnologia con quella ulteriore rappresentata dall'*Internet of things* (IoT), la quale consente l'apertura del *web* anche agli "oggetti", che vengono individuati in modo univoco a seguito della attribuzione di una sorta di "identità elettronica".

Tale obiettivo è attualmente allo studio di una *partnership* tra IBM e Samsung nell'ambito del progetto c.d. "*ADEPT*". Il fine è quello di realizzare una rete distribuita e decentrata di dispositivi interconnessi, che può divenire "*a truly revolutionary approach to transaction processing among devices*", come è dato leggere nel report di IBM, *Empowering the edge*, ove si riporta anche l'eloquente esempio secondo cui ciascun dispositivo, una volta realizzato, può essere

“registered by the manufacturer into a universal blockchain representing its beginning of life”. Successivamente alla commercializzazione del prodotto, “a dealer or end customer can register it to a regional blockchain (a community, city or state)”. A seguito di tale ulteriore “registrazione”, “the product remains a unique entity within the blockchain throughout its life”, con l’ulteriore conseguenza che la *Blockchain* è trasformata in una sorta di registro fiduciario e permanente del dispositivo, “maintaining product information, history, product revisions, warranty details and end-of-life”. In tal modo, uno “smart device”, in via del tutto automatica ed indipendente, potrebbe essere in grado di “detect a component failure, check warranty status on the blockchain, place a service order with a contracted service provider and have the service provider independently verify the warranty claim – again from the blockchain” (<http://www-935.ibm.com/services/multimedia/GBE03662USEN.pdf>).

Ad ulteriore testimonianza della estrema versatilità della *distributed ledger technology*, può aggiungersi che una logica non dissimile dagli *smart devices* di cui si è appena detto è alla base del meccanismo ideato per tracciare la filiera dei prodotti ittici, dal momento della pesca, a quello della vendita ai consumatori finali, garantendone la provenienza e la qualità, contrastando al contempo fenomeni di pesca abusiva (cfr., ad esempio, il seguente link <https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/sep/07/blockchain-fish-slavery-free-seafood-sustainable-technology>).

Risulta, dunque, chiaro che la *Blockchain* può estendersi a tutti gli ambiti economici, politici e sociali in cui sussista una interazione tra soggetti che necessitano di effettuare reciproci scambi, consentendo di dislocare su di essa in modo sicuro, trasparente, indelebile e non modificabile qualsiasi dato digitale attualmente presente su *server* centralizzati, sia privati che pubblici.

I settori di potenziale interesse, oltre quelli di cui si è già detto, possono essere i più disparati, da quello della pubblica amministrazione a quello della sanità, da quello dell’energia, a quello dei pubblici registri, oltre a tutti gli ambiti già definibili come “smart” (gli “*Smart transport*”; gli “*Smart buildings*”; la “*Smart health*”; la “*Smart education*”; gli “*Smart materials*”; le “*Smart technologies*”; le “*Smart grids (smart meters, smart energy)*”, ivi comprese le “*Smart cities*”), essendosi osservato che “*The internet of Everything needs a ledger of everything*” (D. TAPSCOTT, A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*, New York, Penguin Random House LLC, 2016).

Non poteva, ovviamente, restare escluso il campo dei *social networks*. L’implementazione di questi ultimi con la *Blockchain* è alla base del progetto “*Synereo*”, il quale intende assicurare a tutti gli utenti la piena proprietà ed il totale controllo dei propri dati e contenuti digitali (cfr. il seguente link: <https://www.synereo.com/>).

Benché si sia ancora agli albori dello sviluppo dei sistemi basati sulla *Blockchain*, è tuttavia chiaro che essa è potenzialmente idonea a provocare una vera e propria rivoluzione dei modelli di business (virtuali o reali che siano) in termini, quantomeno, di: (i) disintermediazione; (ii) velocizzazione delle transazioni; (iii) trasparenza e sicurezza della *privacy*; (iv) generalizzata riduzione di costi ed oneri.

L’impatto della nuova tecnologia è talmente rilevante, da sfidare persino l’importante processo di “*platformization*” attualmente in atto, sostituendosi agli enti centralizzati, ai “*Content providers*” ed ai “*Platform providers*”, e sottraendo a questi ultimi ogni funzione in termini di aggregazione e di intermediazione, ponendo in diretto contatto i singoli utenti della rete, sulla base di relazioni telematiche *1to1* tutte da esplorare.

Spetta alle istituzioni sia europee, sia nazionali creare un contesto normativo adeguato e favorevole alla nuova tecnologia, provvedendo affinché i suoi vantaggi possano riverberarsi anche a beneficio degli utenti e dei consumatori, come auspicato anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 2016 sulle valute virtuali.

Assicurazioni e reti di servizi sociali: profili di vigilanza

(Andrea Luberti)

Con l'espressione *social network services (s.n.s.)* o *reti di servizi sociali*, nel mondo tecnologico sono comunemente indicati i *servizi* telematici *web2.0* (fruibili tramite *personal computer* o, ultimamente, tramite *smartphone*) che assumono quale finalità quella di creare gratuitamente relazioni (o, per l'appunto, *reti*) tra utenti e gruppi di utenti (indicabili in modo impersonale come *account* o *profili*) che acconsentano a tale condivisione (da cui l'elemento della *socialità*).

I *s.n.s.* sono quindi un genere della più ampia specie di imprese *Over the top (o.t.t.)* ovvero, con un'espressione anglosassone particolarmente icastica, collocate "oltre la sommità", operanti non nella realtà reale e tangibile, ma esclusivamente in quella virtuale e telematica.

Elemento comune e fondamentale è allora, nei *s.n.s.*, proprio la *condivisione*, che differenzia tali strumenti non solo dai *media* tradizionali (stampa, cinematografia ed editoria radiotelevisiva) in cui la comunicazione è, sostanzialmente, unilaterale (da editore a fruitore) ma anche dalla *internet* dei primordi in cui la possibilità di interazione è bilaterale e limitata al rapporto tra titolare del sito e utente. La fondamentale ragion d'essere dei *s.n.s.* è, invece, la particolare facilità di accedere a informazioni e di divulgarle, con la conseguente eliminazione della distinzione netta tra editore e fruitore.

La già larghissima diffusione dei *s.n.s.* è stata amplificata dalla comparsa, sul mercato tecnologico, degli *smartphones* di ultima generazione, vale a dire di telefoni cellulari particolarmente avanzati e facilmente utilizzabili anche tramite l'installazione di *applicazioni* che agevolano, secondo uno schema sostanzialmente predefinito, l'interazione tra utente e servizio (*ubiquitous connectivity* propria del più recente *web3.0*).

Nel caso dei *s.n.s.*, in realtà, occorre distinguere tra i contenuti ivi messi a disposizione dai *profili personali* interconnessi tra loro (che, in effetti, sono contraddistinti da una relazione reticolare) rispetto a quelli, accessori, predisposti dal titolare del *s.n.s.* (anche su sollecitazione remunerata di imprese, sovente presenti anch'esse come *profili*).

Questi ultimi, al contrario, sono attribuiti alla esclusiva discrezionalità del titolare e possono essere adeguatamente indirizzati in base alla conoscenza che questi possiede delle caratteristiche degli utenti, soprattutto in grado ai contenuti che costoro condividono, ma anche (e più di recente) grazie al più generale accesso a dati (quali, ad esempio, la localizzazione) contenuti nel dispositivo utilizzato.

Un *s.n.s.* può allora essere idealmente rappresentato come un gigantesco (anzi, globale) spazio pubblico, in cui taluni *profili* interagiscono per finalità meramente sociali, altri per finalità di lucro e, gli uni e gli altri, per intrecciare relazioni che possono sfociare nell'instaurazione di rapporti commerciali, senza una netta e precostituita distinzione tra produttori e consumatori.

Nel mercato finanziario, è allora evidente che i *s.n.s.* possono essere strumenti che, per la descritta facilità di instaurare relazioni sociali, risultano particolarmente interessanti sia per le imprese e gli intermediari del settore che intendano offrire prodotti finanziari, che per i risparmiatori che intendano utilizzare le proprie disponibilità economiche con finalità di investimento.

In tal modo si spiega la recente crescita della c.d. *tecnofinanza* o *financial technology (FinTech)*, che interessa, con tutta

evidenza, anche il settore assicurativo (*InsTech*) e quello, affine, della previdenza complementare.

L'utilizzazione delle tecnologie non è più, infatti, limitata alla *digitalizzazione* di attività comunque proprie dell'attività assicurativa (si pensi alla ormai risalente stipulazione di contratti per mezzo telematico o alla più recente *dematerializzazione* delle certificazioni assicurative ex art. 31 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27) ma determina anche una profonda innovazione nei contenuti.

Innanzitutto, gli elementi descritti possono amplificare le attività economiche perseguibili anche da privati e famiglie ricorrendo alla *condivisione* (remunerata) di prodotti o servizi anziché all'instaurazione di rapporti sinallagmatici con professionisti (c.d. *sharing economy*).

In tal caso, l'influenza sul mercato deriva dalla possibile operatività di imprese (o, più frequentemente, intermediari) che offrono soluzioni complessivamente indirizzate alla gestione di tali attività, anche mediante prodotti assicurativi dedicati a eliminarne i rischi.

Ovviamente, nel nostro ordinamento l'ammissibilità di tali coperture risulterà sempre condizionata al rispetto della suddivisione in rami proposta dall'art. 2 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (codice delle assicurazioni private) e del regime autorizzatorio per gli operatori.

In secondo luogo, è agevolmente intellegibile come la condivisione di contenuti afferenti a specifici interessi e il possesso di determinati dati possa costituire strumento agevolmente utilizzabile dagli operatori per l'offerta di prodotti ritenuti appropriati.

Forme di profilazione più elaborata potranno, in un non remoto futuro, pervenire dalla connessione *online* di dispositivi come i rilevatori di movimento di persone e veicoli, non solo in un'ottica di prevenzione delle frodi (art. 132, comma 1, del codice delle assicurazioni private) ma anche di personalizzazione delle offerte, con i conseguenti problemi di trattamento dei dati personali.

Analoghe considerazioni possono valere dal lato della domanda, visto che la condivisione delle offerte ricevute potrà facilitare il reperimento sul mercato dell'offerta assicurativa ritenuta più adeguata da parte del potenziale assicurato, sino ad arrivare a una vera e propria *condivisione dei rischi* secondo lo schema della *mutualità*.

Infatti, la pubblicità del *profilo* dell'impresa consente un notevole arricchimento del semplice messaggio pubblicitario, che è, invece, integrato da una serie di informazioni dettagliate, comunicate anche su richiesta degli utenti.

Se, da un punto di vista economico, non può che darsi una valenza apprezzabile alla diffusione di tali strumenti, spetta alla regolazione evitare i potenziali pregiudizi nei confronti degli interessati, derivanti soprattutto dal dato che, come si è visto, l'elemento della *condivisione* continua a essere solo apparente.

Infatti, le possibilità di influire sul *medium* telematico non risultano mai paritetiche tra imprese e consumatori, ma rischiano di riprodurre e, anzi, amplificare, l'asimmetria informativa di base.

Il tema della disciplina di vigilanza relativa ai *s.n.s.* si inserisce allora nella più ampia tematica della tutela dell'assicurato nella stipulazione (anche telematica) di contratti assicurativi.

Tuttavia, le problematiche sottese a tali fenomeni risultano amplificate dalla frequente difficoltà di ricondurre i soggetti coinvolti, in modo univoco, all'interno delle consuete categorie giuridiche ed economiche.

La diffusione di canali alternativi di distribuzione, innanzitutto, amplifica il numero degli operatori, avvantaggiando rispetto a quelli tradizionali i soggetti maggiormente operativi *online*. È il caso degli intermediari iscritti nella sezione D del Registro unico degli intermediari di assicurazione (r.u.i.- articolo 106 del codice delle assicurazioni private), vale a dire banche e intermediari finanziari.

Tuttavia, tale fenomeno potrebbe paradossalmente determinare una diminuzione dell'offerta, vista la necessità dettata

dai sistemi tecnologici utilizzati di semplificare e standardizzare le garanzie proposte.

L'ampia facilità di accesso a prodotti assicurativi innovativi presenta, inoltre, rilevanti spunti di tutela nel settore r.c. auto, sottoposto a un regime di assicurazione obbligatoria. L'obbligo di assicurazione, in effetti, può essere assolto (articolo 130, comma 1, del codice delle assicurazioni private) con la stipulazione di un contratto intercorrente non solo con un'impresa avente sede legale in Italia, ma anche con imprese dell'Unione europea (operanti in regime di libertà di stabilimento o di libera prestazione di servizi), ovvero ancora con imprese extraeuropee autorizzate all'attività assicurativa.

In questi casi, l'ampia (in realtà globale) operatività dei *s.n.s.* confligge necessariamente con l'ambito territoriale, in realtà giuridicamente limitato, delle imprese e degli intermediari legittimati ad agire in settori altamente regolamentati.

Sorge allora il problema di garantire che il prodotto stipulato dal soggetto interessato rientri tra quelli che consentono di ritenere correttamente adempiuto l'obbligo assicurativo, come dimostrato dall'elevato numero di interventi di segnalazione e denuncia compiuti dall'autorità di vigilanza del settore (l'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni - IVASS).

Ulteriore esemplificazione di tali problematiche è la presenza dei cc.dd. *siti (o profili) comparativi*, vale a dire di imprese che si presentano sul mercato offrendo la possibilità di comparazione tra le tariffe relative a una serie di prodotti assicurativi (r.c. auto o di altra natura).

Pur se iscritti nell'elenco abilitativo, sotto un profilo economico i *comparatori*, in realtà, non sono qualificabili come intermediari, atteso che anche per essi, in realtà, l'elemento più rilevante è rappresentato dalla *condivisione*.

Infatti, da un lato, l'offerta dagli stessi curata si estende a prodotti di varia tipologia tra quelli desiderati dagli utenti (prestiti personali, mutui, rapporti di utenza televisiva o telefonica).

Dall'altro, di norma, il numero delle *condivisioni* dei preventivi è superiore in misura esponenziale a quello dei contratti stipulati per proprio tramite.

Infine, oltre che come strumento di preventivazione e intermediazione, i siti in esame operano anche quale (mero) mezzo di sponsorizzazione e pubblicità da parte delle imprese.

Si deve allora ritenere che elemento essenziale della attività dei *comparatori* non sia l'offerta di contratti assicurativi *in se*, quanto la *condivisione* (anche in questo caso bilaterale) di informazioni.

Essa potrà portare al conseguimento di un profitto derivante dalla sola attività di sponsorizzazione da parte di imprese *partner*, ma anche (in un successivo momento) alla remunerazione di specifici rapporti contrattuali, cui il sito di comparazione indirizzi il consumatore.

Tale ultima possibilità di remunerazione, tuttavia, sussisterà sempre che l'impresa prescelta dal consumatore risulti tra quelle stesse che abbiano stipulato specifici accordi con il sito (o profilo).

Evidente è allora la difficoltà di inquadrare correttamente i *comparatori* nella categoria degli agenti oppure in quella dei *brokers*: se manca, rispetto ai primi, il requisito di operare per conto di specifiche imprese, rispetto all'attività di mediazione difetta la sostanziale imparzialità.

Infatti, il servizio di *comparazione* che viene offerto non è svolto esclusivamente nell'interesse dell'assicurato, ma ha l'obiettivo di presentare un determinato prodotto assicurativo come il più conveniente, e di consentirne in un momento successivo l'acquisizione.

Il *comparatore* rientra appieno nel modello economico dei "mercati a più versanti" (PRETA - PENG, *Digital economy e web 3.0*, in *Smart cities e diritti dell'innovazione*, Quaderno di *Giurisprudenza commerciale* a cura di OLIVIERI - FALCE, 96) proprio dell'economia digitale, vale a dire nella possibilità di agire sia nell'offerta di servizi che nel mercato pubblicitario.

All'esito di una *Indagine sui siti comparativi nel mercato assicurativo italiano* l'IVASS ha adottato un intervento di vigilanza con il quale ha indicato ai comparatori l'obbligo di una maggiore trasparenza (provvedimenti efficaci a far data dal 31 gennaio 2015).

Anche la facilità di stipulazione consentita dai *s.n.s.* continua a porre problemi in relazione ai prodotti a servizi di natura diversa che contengano protezioni assicurative, spesso acquisite in modo non sempre consapevole. Si pensi al settore del turismo, sempre più oggetto di applicazioni che consentono l'instaurazione, pressoché in tempo reale, di rapporti contrattuali unitamente, ad esempio, a garanzie per l'annullamento del viaggio (ma analoghe considerazioni possono essere effettuate in relazione a rapporti di utenza ancora più delicati).

Nel corso del 2016 l'IVASS ha, in particolare, prodotto una *Indagine sulle polizze abbinate ai servizi dell'energia e dell'acqua* e una *Indagine sui costi delle polizze abbinate a finanziamenti*.

Tale problematica risulta parzialmente sovrapponibile a quelle, sopra descritte, inerenti all'ampliamento dei canali di distribuzione, atteso che elemento comune delle tematiche esposte è la variata offerta di servizi che non sempre si risolve in un adeguato utilizzo dei nuovi strumenti di *condivisione*.

Le recenti forme di *e-business* finanziario e il ruolo della Consob

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. – 2. L'EVOLUZIONE DEL MERCATO E LE NUOVE PROBLEMATICHE CONNESSE. – 3. L'AVVENTO DELLO *SHADOW FINANCE SYSTEM*. – 4. CONCLUSIONI.

1. INTRODUZIONE

Il fenomeno di internet – o, in senso più ampio, della *Information and Communication Technology* – rappresenta una realtà in incessante crescita, fonte di straordinarie modificazioni nei più disparati settori della vita umana. In tale processo dinamico, un posto di rilievo assoluto spetta certamente al c.d. *e-business* finanziario, il cui vantaggio, nei confronti di qualsiasi altra attività commerciale in rete, dipende non solo dall'intangibilità dell'oggetto delle prestazioni, ma anche dall'informatizzazione di base e dai sistemi di interconnessione che già caratterizzano il settore dell'intermediazione.

Numerose sono le conseguenze dipese dalla messa in opera della negoziazione di servizi di intermediazione *online*. Nel richiamare brevemente le più significative, la mente corre, anzitutto, all'apertura al vasto pubblico degli investitori e dei risparmiatori della possibilità di operare direttamente in rete e di acquisire in via autonoma informazioni, valutazioni e consulenze: ciò che comporta un ruolo propulsore per una rinnovata riflessione sugli assetti della vigente disciplina normativa. Vi è, poi, la nascita di conseguenti (e, si direbbe, giustificati) timori dovuti alla maggiore volatilità del prezzo dei titoli impressa dai cc.dd. *day traders*, con le connesse maggiori opportunità di manipolazione degli scambi e di trasmissione al mercato di segnali errati. A ciò, vanno a contrapporsi gli effetti benefici per la funzionalità dei mercati stessi, il cui ampliamento dell'operatività – dovuto all'afflusso di eterogenee categorie di investitori, con diversi orizzonti temporali di investimento e con domande differenziate – ha teso (e tende) ad aumentarne la potenziale liquidità e a consentire un avvicinamento del prezzo dei titoli al loro corretto valore.

Quindi, l'avvento del *trading on-line* e la conseguente transizione verso la contrattazione telematica hanno condotto a rilevanti mutamenti, che si riflettono sia sul rapporto tra operatori e clienti – con la più accesa competizione fra i primi al fine di potenziare la diffusione dei loro servizi e prodotti e una riduzione dei costi per i secondi in termini di commissioni – sia sul funzionamento dei mercati, in virtù proprio di quell'abbattimento delle barriere geografiche, cui è conseguita la sempre maggiore tendenza verso sistemi che fossero non solo internazionalmente integrati, ma anche rapidi nella velocità di esecuzione delle operazioni e degli orari di contrattazione.

In questa situazione, già per sé critica, si sono aggiunti altri fattori: l'affermarsi di nuovi intermediari, non banche o SIM e non soggetti alla relativa disciplina prudenziale, che tuttavia come banche e SIM si sono comportati (*hedge funds*); il proliferare di titoli strutturati, tanto complessi da risultare comprensibili (da consentire il c.d. *look through*) solo agli organizzatori delle cartolarizzazioni e alle agenzie di *rating* chiamate a esprimere un *solicited rating* e affette da un istituzionale conflitto di interessi, essendo incaricate e remunerate dall'emittente stesso; l'espandersi di luoghi di scambio diversi dai mercati regolamentati, con tutte le oscurità derivanti dalla mancanza di notizie su prezzi e quantità delle

transazioni. In buona sostanza, come si è efficacemente notato, un pericoloso *cocktail* di *shadow finance* (ma occorrerebbe aggiungere anche *banking*) *system*, di *toxic assets*, di *dark pools*.

A tal riguardo, occorre segnalare, sin da ora, l'attuale complessità delle fonti del diritto che si occupano della materia in esame, siano esse di matrice europea (si veda, tra le più recenti, la Direttiva 2014/65/UE, c.d. "MiFID II") come di matrice nazionale (primo fra tutti il d.lgs. n. 58/1998, c.d. "TUF"). In virtù di ciò, rivestono un ruolo fondamentale gli interventi interpretativi della giurisprudenza, ma prima ancora dell'autorità deputata alla regolamentazione del mercato mobiliare, ovverosia la Consob, vertendo proprio su tale ultimo ambito l'attenzione del presente scritto.

Sul versante normativo, è noto che il sistema di tutela dell'investitore delineato dai testi legislativi di settore si incentra su una pluralità di linee di intervento. Richiamando le più significative, si segnala come venga ribadita, anzitutto, la tendenza a considerare la forma scritta con la consegna del documento contrattuale – in una con la fissazione di un contenuto minimo necessario – un mezzo non rinunciabile di assicurazione al cliente di una completa informazione su quanto stipulato e dell'impossibilità che esistano fonti diverse dal contratto da cui possano derivare obblighi a carico dell'investitore. Si è ritenuto necessario, poi, prevedere un rigoroso standard informativo preventivo sulle caratteristiche e sul grado di rischio dell'operazione che l'investitore si accinge a compiere, nonché l'obbligo per l'intermediario di assumere dall'investitore le informazioni necessarie al fine di essere in grado di esercitare in modo consapevole il dovere generale di comportarsi con correttezza, diligenza e trasparenza, nell'interesse dei clienti; dovere, peraltro, che può implicare anche il rifiuto o il tentativo di sconsigliare l'investitore dal compiere operazioni non adeguate al suo profilo.

È intuitivo quindi comprendere come la prestazione di servizi di investimento *online* si intrecci con tutti gli indicati profili di tutela degli investitori. Agevole è anche considerare che la tecnica di investimento che si realizza con il *trading online* è suscettibile di amplificare alcune situazioni di rischio per l'investitore: l'allettante rapidità con cui si può operare via *internet*, per un verso sollecita un aumento delle transazioni finanziarie (con i conseguenti maggiori oneri per commissioni), per altro verso può indurre la clientela a muoversi verso forme di operatività c.d. "*intraday*", le quali presentano rischi specifici e la cui efficienza dipende largamente anche dall'efficienza tecnica del sistema telematico apprestato dall'intermediario. Non trascurabili sono poi le problematiche inerenti all'aspettativa degli investitori sull'immediatezza dell'operazione e così sulle condizioni economiche alle quali viene stipulato l'ordine impartito, né le riflessioni – che pur possono apparire viziate da facile psicologismo – sulla maggior propensione al rischio che lo strumento telematico per la sua facilità di accesso e la sua componente (se così può dirsi) "ludica" può indurre nell'investitore.

La natura tipicamente trasversale dei problemi richiamati ne impedisce, in tale sede, una trattazione completa e approfondita: il rischio è di cadere in un asettico richiamo dell'intera disciplina dei servizi d'investimento e di porla esclusivamente in relazione al momento in cui questi vengono esercitati via *internet*. È certamente preferibile, invece, un approccio al tema che si soffermi sull'attualità e sui dati concreti. Ciò, non solo può consentire una maggiore sollecitazione dell'interesse dell'interprete, ma può anche (se non soprattutto) fornire la misura del reale impegno che la Consob sta oggi fornendo nella materia in esame.

2. L'EVOLUZIONE DEL MERCATO E LE NUOVE PROBLEMATICHE CONNESSE

L'evoluzione tecnologica delle modalità di contrattazione dei titoli e il proliferare di piattaforme alternative ha reso necessario estendere l'analisi tradizionale della materia anche a nuove prospettive con cui l'organo pubblico di vigilanza è tenuto a confrontarsi.

È, infatti, da evidenziare come per la Consob sia sempre più difficoltoso monitorare gli scambi aventi a oggetto strumenti finanziari, in quanto, mentre un tempo questi avvenivano in un'unica sede di negoziazione, oggi circa il 30-40% di essi è negoziato su piattaforme alternative (*Multilateral Trading Facilities* o internalizzatori sistematici).

Il contesto si è fatto anche più difficile per la vigilanza della Consob, non solo dal punto di vista dei mercati, ma anche da quello delle informazioni, poiché oggi si sono diffusi canali informativi che fino a qualche anno fa non erano neppure pensabili. Ne è certamente un esempio la consulenza finanziaria *online*, che è stata oggetto di uno straordinario incremento sulla rete: sempre più numerosi sono i *newsgroups*, le *chat-lines* e i siti *web* dedicati al tema della finanza e non di rado incentrati sulla divulgazione dei cc.dd. “*rumors*”. Né si trascurino i supporti informativi (presentati come analisi, commenti, *reports* o valutazioni) solitamente offerti alla clientela dagli intermediari *online*, che nella integrazione e aggregazione dei servizi vedono un punto qualificante del sistema concorrenziale. È in dubbio che una siffatta proliferazione di informazioni e consigli reca con sé un potenziale effetto moltiplicatore del reato di sfruttamento in borsa di informazioni privilegiate: non può escludersi che possano commettersi diversi abusi di mercato da parte di abituali frequentatori di *chat line* o di forum finanziari, i quali oggi registrano un consistente seguito di investitori le cui scelte di investimento o disinvestimento vengono orientate proprio da informazioni non veritiere circolate su detti canali di comunicazione.

Di fronte a tutto questo la Consob ha optato per un intervento da subito proattivo, posto in essere attraverso numerose comunicazioni che risalgono fin dalla seconda metà degli anni '90: sono del 1996 le prime comunicazioni Consob relative all'uso di internet a scopi pubblicitari (com. DAL/RM/96998280 del 9 settembre 1996), come mezzo per la diffusione di prospetti informativi (com. DIS/RM/96005769 del 14 giugno 1996) e per la prestazione di servizi di informativa finanziaria (in *Consob Informa*, n. 18, 5 maggio 1997, p. 2). Del luglio 1998, invece, è la comunicazione Consob sull'ammissibilità dell'uso di *internet* per la ricezione di ordini nella prestazione del servizio di negoziazione (com. DI/98063298 del 30 luglio 1998). Ma è solo con la comunicazione del 7 luglio 1999 che la Consob affronta in sede extraregolamentare le problematiche connesse all'utilizzo di *internet* come mezzo per la promozione e il collocamento a distanza di prodotti finanziari e servizi di investimento.

Con riguardo ai tempi più recenti, degna di nota è anzitutto la comunicazione del 28 marzo 2006 (com. DME/6027054), con cui la Consob ha fornito indicazioni sulle informazioni al pubblico per eventi e circostanze rilevanti e sugli adempimenti per la prevenzione degli abusi di mercato, raccogliendo e coordinando, per la prima volta in un unico documento, le interpretazioni concernenti le norme introdotte fino a quel tempo sulla materia. In particolare, la comunicazione invita gli emittenti a rispettare diligentemente, tra gli altri, i seguenti principi: (i) riportare i dati e le notizie nelle pagine *web* secondo adeguati criteri redazionali, che tengano conto della funzione di informazione della comunicazione finanziaria agli investitori, evitando, in particolare, di perseguire finalità promozionali; (ii) diffondere, nel più breve tempo possibile, un testo di rettifica in cui siano evidenziate le correzioni apportate, nel caso di errori contenuti nell'informazione pubblicata sul sito; (iii) citare sempre la fonte dell'informazione in occasione della pubblicazione di dati e notizie elaborati da terzi; (iv) effettuare eventuali rinvii ad altri siti sulla base di principi di correttezza e neutralità e in modo tale da consentire all'utente di rendersi conto agevolmente in quale altro sito si sia posizionato; (v) indicare la fonte nonché l'ora effettiva della rilevazione dei dati sulle quotazioni e sui volumi scambiati degli strumenti finanziari eventualmente riportati. Quale ultimo criterio, poi, viene richiesto di osservare la massima prudenza negli interventi nei siti di informazione finanziaria, ovvero nei forum di discussione, al fine di non alterare la parità informativa.

In tema di abusi di mercato, invece, si segnalano due tra le comunicazioni più rilevanti a firma della Consob, ovverosia quella del 29 novembre 2005 (com. DME/5078692) e quella del 30 aprile 2010 (com. DME/10039224). Sinteticamente, con la prima l'Autorità ha riprodotto gli esempi di manipolazione del mercato e di operazioni sospette indicati dal *Committee of European Securities Regulators* (CESR) nel documento “*Market Abuse Directive. Level 3 – First set of Cesr guidance and information on the common operation of the Directive*”. Tra gli esempi di manipolazione del mercato descritti, particolare attenzione è data al comportamento denominato “*placing orders with no intention of executing them*” (inserimenti di ordini nel mercato senza l'intenzione di eseguirli), indicativamente riconducibile alla fattispecie di cui all'articolo 187-ter, comma 3, lett. a), del TUF, cc.dd. “*false/misleading transactions*” (operazioni false o fuorvianti). Con la seconda, ovverosia quella del 2010, da intendersi quale completamento di quella del 2005, la Consob ha provveduto invece alla regolazione del fenomeno di immissione e successiva cancellazione di ordini, volgendo particolare

attenzione all'aspetto del coinvolgimento dello strumento telematico.

Essendo questo il quadro generale degli interventi operati dalla Consob, viene da chiedersi – in virtù di tutte le nuove e complesse forme di intermediazione e di consulenza finanziaria *online*, sopra brevemente richiamate, frutto della continua evoluzione che caratterizza la materia in esame – se quanto deliberato dall'Autorità possa dirsi a tutt'oggi attuale o, comunque, soddisfacente, soprattutto con riguardo al versante della tutela dell'investitore.

La risposta, purtroppo, non può che essere negativa. Ne sono la prova i recenti *default* del mercato e degli investitori in esso operanti.

È necessario allora prendere atto di come *internet* si sia oramai affermato come strumento d'elezione per la comunicazione fra investitori, emittenti e intermediari, in origine proprio con il sistema del *trading online*, che inizialmente coinvolgeva solo gli investitori istituzionali e via via ha conquistato anche gli investitori al dettaglio. Una siffatta considerazione dovrebbe essere il dato di partenza per l'impostazione di una idonea disciplina di tutela degli investitori. Per contro, come si è avuto modo di osservare, di ciò non vi è traccia nei documenti prodotti negli ultimi anni dalla Consob, nonostante occorra riconoscere che gli sforzi da quest'ultima profusi siano da ritenersi comunque apprezzabili, ma non ancora sufficienti. Il problema di fondo è che, in virtù della vertiginosa evoluzione delle tecniche di comunicazione a mezzo telematico, sarebbe auspicabile da parte dell'Autorità una maggiore attenzione a quello che è il dato dell'attualità e della concreta impostazione dello scambio di informazioni tra gli operatori del mercato, così da consentirle la predisposizione di idonei sistemi di tutela. Proprio la vigilanza sulle informazioni scambiate assume in tale ottica un ruolo predominante. Quest'ultime, infatti, sono oggi in grado di soddisfare i più diversi obiettivi, acquistano in ampiezza e le opinioni sugli investimenti finanziari sono diventate accessibili a tutto il pubblico. La fruizione delle informazioni avviene attraverso i siti di discussione (*chat rooms* e *mailing list*) e simili meccanismi, indicati in senso lato come *internet discussion site* (IDS), che riescono a percepire le diverse esigenze informative, espresse nelle nicchie di mercato. Da qui si può comprendere la reale portata degli IDS, utilizzati come luoghi virtuali in cui gli utenti si scambiano notizie, informazioni ed esperienze relative agli investimenti e alle società, per ottenere dati utili nel breve periodo, accrescendo (o, comunque, auspicando di accrescere) la propria cultura finanziaria. I temi di discussione sono i più svariati, ma i più frequenti riguardano la scelta di investimento migliore: si percepisce un evidente bisogno del parere di altri *trader* e dei consigli per reperire rapidamente testi di approfondimento e materiali informativi e formativi su argomenti finanziari. In sostanza, i forum finanziari sono strumenti veloci per ottenere elementi derivanti dalle esperienze di altri utenti in merito agli investimenti. Possono essere organizzati in diversi modi: si può trattare di veri forum di *trading*, la cui finalità è l'acquisto e la vendita di prodotti finanziari; oppure forum organizzati da siti specifici che offrono un servizio di confronto tra partecipanti e dove i temi sono scelti dal gestore del sito; oppure siti liberi, in cui ogni utente può aprire categorie di argomenti oggetto di discussione.

Ciò che andrebbe tenuto in debita considerazione in un'ottica di tutela dell'investitore è – oltre a quanto sopra richiamato – quell'aspetto che può indicarsi come l'elemento comune e caratteristico di ogni forum, ovvero la frequente incertezza della fonte e del contenuto espresso: i siti includono troppo spesso apposite avvertenze e *disclaimer* per declinare qualsiasi responsabilità in merito alle informazioni. Nonostante ciò, molti (anzi, sarebbe più corretto dire troppi) investitori al dettaglio preferiscono prendere come riferimento per le proprie scelte i forum di discussione, rispetto ad esempio all'informativa economico-finanziaria che la società diffonde sul proprio sito. Il motivo risiede spesso nella complessità e difficoltà di lettura che gli stessi impongono: non è più un problema di disponibilità dei dati ufficiali, o di accesso e fruibilità dei dati, quanto una scelta di semplificazione e di affidabilità. Spesso, infatti, gli utenti ritengono molto più affidabile il giudizio di un altro utente rispetto all'informativa diffusa dalla società, manipolata non di rado in modo da non riflettere fedelmente la situazione aziendale. La difficoltà non è creata solo dalle scarse competenze tecniche nella lettura dei documenti ufficiali: esiste, allora, una reale diffidenza nelle informazioni pubblicate dalla società, in quanto frutto di possibili valutazioni di convenienza e interessi. Il punto di forza del forum è proprio la sua caratteristica di contenere, generalmente, informazioni sulle società che non derivano direttamente dall'azienda, ma che sono espresse da altri utenti, altri *trader*. È la saggezza che deriva dall'estensione del pubblico dei partecipanti. In questa

direzione, ovviamente, si stanno muovendo ultimamente anche le società, che tengono sempre più in considerazione le informazioni di *feedback* provenienti dai forum per indirizzare la propria strategia comunicativa, e forse anche quella generale come indicazione di indirizzo.

3. L'AVVENTO DELLO *SHADOW FINANCE SYSTEM*

A quanto sopra si aggiunge, quasi a voler complicare ulteriormente la posizione degli investitori, il recente avvento dello *shadow finance system*. Con tale espressione si fa riferimento a quella specifica forma di intermediazione basata su una varietà di veicoli di investimento con elevata leva finanziaria, di *conduits* e di altre strutture al di fuori del sistema finanziario regolamentato. Caratteristica di questi veicoli è il loro finanziare l'attività attraverso il ricorso alla leva finanziaria (indebitamento), raccogliendo risorse sul mercato per il tramite dell'emissione di *commercial paper* (ed altri strumenti finanziari) e a fronte non solo di un collaterale di dubbia liquidità, ma anche di un non sempre corretto meccanismo di stima, gestione e trasferimento del rischio. Leva finanziaria e rischio liquidità a comporre, dunque, un *mix* ad alto potenziale di rischio.

In particolare, i rischi insiti nella struttura dello *shadow finance system* sono molti e a loro volta amplificati dall'assenza di regolazione a presidio. Per evitare problemi d'interpretazione è necessario specificare che con assenza di regolazione non si intende l'esercizio di una fattispecie illecita; fare questo tipo di intermediazione rappresenta per davvero una forma alternativa, tuttavia i soggetti coinvolti non devono sottostare a obblighi normativi previsti per l'esercizio dell'attività tradizionale finanziaria.

Sono molti i punti critici di questa metodologia di intermediazione, di seguito si cercherà di esplodere i più significativi. Un elemento di rischiosità va sicuramente ricercato nell'elevato ricorso alla leva finanziaria. Creare debito su debito rischia l'impossibilità di remunerarlo, senza contare poi che il *rating* espresso sugli strumenti molto probabilmente non rispecchia a pieno la solvibilità degli stessi. Inoltre, in quanto strumenti derivati, presenteranno per loro natura criticità e complessità tali da rendere il rischio un elemento rilevante. Altro aspetto è la sistematicità del fenomeno: la necessaria interconnessione con il sistema bancario, le relazioni tra i vari intermediari e quindi la conseguente interazione con l'economia reale, rappresentano un filo conduttore perfetto per il sorgere di crisi sistemiche. Ciononostante, le maggiori criticità risiedono nella mancata effettiva valutazione del rischio; quest'ultima sarà figlia di una mera percezione del rischio non legata ad alcuna analisi fondamentale del rischio stesso. Nel *risk management* il rischio è tutto ciò che è inatteso, ma qui il problema è rappresentato dall'impossibilità di comprenderne verosimilmente il livello. Le tecniche utilizzate, che a prima vista potrebbero essere lette come modalità idonee alla polverizzazione del rischio, a un osservatore più attento rivelano una capacità di incrementare il rischio in maniera esponenziale, rendendone difficile la mappatura oltre che impossibile risalirne all'origine. Si riscontra pertanto che il valore del titolo emesso non risulta legato alla garanzia né tantomeno all'*asset* ceduto dall'*originator* al *conduit*. Il ricorso all'intermediazione c.d. *multi-level* (a stadi) non consente inoltre al mercato di svolgere quella funzione di *price discovery* che ne giustifica in qualche modo l'esistenza; ciò a svantaggio degli investitori finali che pertanto non saranno in grado di valutare la rischiosità del loro investimento, con una remunerazione che non sarà evidentemente idonea alla reale copertura del rischio assunto. E se a tutto ciò si aggiunge che a fronte dell'esercizio di tale attività non c'è alcuna regolazione che impone ai soggetti coinvolti adeguati livelli di patrimonio e determinati *standard* di solvibilità, ecco che siamo di fronte ad un'architettura finanziaria non prudente, poco trasparente e in quanto tale potenzialmente nociva al sistema finanziario e alla regola aurea della tutela dell'investitore.

Se è vero che a oggi non esistono misure *ad hoc* idonee a rendere il sistema alternativo più sicuro e trasparente, dall'altro è innegabile che sia a livello internazionale che in ambito più circoscritto come quello europeo non mancano discussioni sulla tematica, volte soprattutto a evitare che qualora la bolla *shadow* dovesse scoppiare, non generi effetti

deleterii come quelli sperimentati durante la recente crisi finanziaria. Inoltre, non va assolutamente trascurato che se si dovesse verificare quello che nessuno (o quasi) si augura, allo stato attuale gli effetti sarebbero forse ancora più gravi.

A livello internazionale, la madre degli interventi normativi più recenti, dalla quale hanno tratto ispirazione i legislatori europei, è la c.d. riforma di *Wall Street* (del 21 luglio 2010), nota come il *Dodd-Frank Act (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)*. Scendendo di livello, si segnala come anche in Europa non siano mancati i primi interventi, seppur da considerare accessori rispetto alla lotta contro l'effetto *shadow* o meglio contro i suoi rischi (la Direttiva 2011/61/UE, c.d. "AIFMD", è una di questi); tuttavia, si sta lavorando affinché possano essere individuate regole specifiche in grado di salvaguardare la stabilità finanziaria, con l'obiettivo primario di colmare il *gap* normativo. A tal proposito il 19 marzo 2012 la Commissione Europea ha pubblicato un *Green Paper* (strumento utilizzato dalla Commissione per mettere in consultazione tematiche ritenute fondamentali per l'economia) il cui *core* è proprio il fenomeno *shadow*, e rispetto al quale si richiede l'intervento degli operatori per vagliare le soluzioni che potrebbero risultare più idonee. La Commissione nella sostanza individua, tra le altre, tre sfide principali: (i) identificare e monitorare le principali entità *shadow* e le rispondenti attività; (ii) determinare un approccio per la supervisione di tali entità; (iii) estendere lo scopo e la natura della regolazione prudenziale. Tali sfide rappresentano il possibile presidio ai rischi insiti nel fenomeno. In realtà, la vera grande sfida in Europa riguarda l'implementazione di un mercato unico europeo (*Capital Market Union*) alla stregua di ciò che è avvenuto per il sistema bancario con il "Meccanismo di Vigilanza Unico", e i cui lavori hanno preso il via nel novembre 2014 con la pubblicazione di un *Investment Plan* a cura della Commissione europea, nella persona del presidente in carica Jean-Claude Juncker (*Juncker Commission*). Viene posto l'accento soprattutto sulla volontà di colmare il *gap* normativo che sembra essere, a giusta ragione, l'elemento chiave per la lotta alle criticità del sistema *shadow*, anche perché il suo presidio consentirebbe l'evoluzione "manovrata" di tale sistema verso i suoi benefici.

4. CONCLUSIONI

Da questa rapida rassegna dei principali problemi di adattamento della normativa vigente alle recenti forme di *e-business* finanziario può trarsi, da un lato, la consapevolezza che l'interprete è di fronte a una prevedibile continua sfida fra evoluzione tecnologica nelle tecniche di negoziazione finanziaria e tendenziale rigidità della disciplina legale; dall'altro lato, che la crescente complessità del settore dell'intermediazione finanziaria, dovuta anche alla descritta innovazione dei sistemi informatici, confermerà quel ruolo centrale che nelle fonti del diritto ha assunto l'attività normativa atipica degli organi di vigilanza, neppure riconducibile al modello regolamentare, bensì affidata alle comunicazioni e alle risposte ai quesiti. Il legislatore, dunque, è inevitabilmente destinato a fissare i principi generali sui quali il flessibile adattamento della normativa secondaria e del dialogo fra autorità di controllo e mercato deve svolgersi. E, nella materia in esame, il principio non può che essere quello per cui il fascino di queste nuove ed evolute forme di *e-business* finanziario, unito al timore di porre dei limiti a una delle più stimolanti evoluzioni del progresso tecnologico applicate ai rapporti economici, non devono far arretrare di un passo il grado di tutela dell'investitore: l'*e-business*, in tutte le sue numerose sfaccettature, non è altro che un mezzo, per quanto suggestivo, con il quale l'utente effettua le sue scelte di investimento; ciononostante, è il mezzo che deve trovare il modo di rendersi compatibile e di convivere con le regole poste dall'ordinamento, non sono di certo le regole a doversi adattare al mezzo.

AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA, IL GAS E IL SISTEMA IDRICO

(Maria Chiara Sole Antonio Affinito - Cristiana Lauri)

Le *Smart Grid* nel nuovo paradigma di mercato

(Maria Chiara Sole)

SOMMARIO: 1. LA REGOLAMENTAZIONE DELLE *SMART GRID*: STATO DELL'ARTE E NUOVE EVOLUZIONI. – 2. DA UN SISTEMA PIRAMIDALE AD UN SISTEMA A RETE: QUALI EFFETTI SUI CONSUMATORI? – 3. IL COINVOLGIMENTO DEI CONSUMATORI E LE IMPLICAZIONI SOCIALI DELLE *SMART GRID*.

1. LA REGOLAMENTAZIONE DELLE *SMART GRID*: STATO DELL'ARTE E NUOVE EVOLUZIONI

“Efficienza energetica” e “sostenibilità” sono oggi parole chiave nel dibattito internazionale, a sostegno di un processo che determini il miglioramento delle condizioni di vita di tutti e garantisca parità di accesso alle risorse disponibili.

Negli ultimi anni il tema dell'efficienza energetica ha via via acquisito maggiore importanza, sulla scia di un contesto economico e sociale che ne ha favorito la crescita. In particolare, già all'inizio degli anni Duemila, l'Unione europea ha richiamato l'attenzione sui cambiamenti del clima, sull'importanza di ridurre le emissioni di gas serra e sulla necessità di promuovere politiche energetiche strettamente collegate a questi temi. In più occasioni è stato sottolineato come, per raggiungere tale scopo, fosse necessario un impegno globale, dato che la problematica investe l'intero pianeta. Le tematiche del cambiamento del clima, del rispetto dell'ambiente e dell'energia sostenibile risultano essere pertanto molto attuali. In particolare, il nuovo scenario socio-economico ha fatto sì che aumentasse l'interesse per le politiche di efficienza energetica a livello globale.

Secondo il quadro comunitario energia - clima, gli obiettivi inizialmente prefissati per il 2020 (ossia riduzione del 20% delle emissioni gas serra rispetto ai livelli del 1990, 20% di fabbisogno energetico ricavato da fonti rinnovabili e miglioramento dell'efficienza energetica del 20%) sono stati ulteriormente rafforzati, prevedendo, per il 2030, la riduzione delle emissioni di gas serra del 40%, lo sviluppo delle energie rinnovabili fino ad arrivare al 27% ed il miglioramento del tasso di efficienza energetica del 27%. Obiettivi che per essere raggiunti richiedono la revisione di tutte le disposizioni in materia di energie rinnovabili, efficienza energetica, parametri di performance, nonché ricerca ed innovazione. Infatti, il SET (Strategic Energy Technology) Plan europeo ha riportato l'innovazione tecnologica al centro delle strategie per ridurre le emissioni e accelerare lo sviluppo delle *low carbon technologies*, dando quindi molta importanza alle politiche di Smart Energy. La Commissione Europea promuove infatti una visione d'insieme per cui le politiche energetiche (sicurezza, mercato interno, efficienza, rinnovabili, decarbonizzazione e R&S), si integrano con quelle di agenda digitale, di tutela della *privacy* e di sicurezza informatica. Affinché l'energia venga digitalizzata, è necessario assicurare la solidità delle reti elettriche attraverso le nuove tecnologie, integrare le politiche per l'efficienza con le applicazioni informatiche e promuovere un piano industriale che investa nell'ICT energetica. Ad oggi, a livello europeo quasi 45 milioni di contatori intelligenti sono stati installati in tre Stati membri (Finlandia, Italia e Svezia) e rappresentano il 23% delle installazioni previste nell'UE entro il 2020 (Commissione UE, Analisi comparativa dell'introduzione dei sistemi di misurazione intelligenti nell'UE-27). È, inoltre, previsto da parte degli Stati membri un investimento di circa 45 miliardi

di euro per l'installazione entro il 2020 di quasi 200 milioni di contatori per l'elettricità (circa il 72% dei consumatori) e 45 milioni di contatori per il gas (circa il 40% dei consumatori). Secondo stime del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) l'indice di penetrazione atteso per l'elettricità supera a livello nazionale l'obiettivo dell'80% fissato dal Terzo Pacchetto energia, ma a livello di UE non raggiunge lo stesso risultato.

Sul piano nazionale è importante citare l'iniziativa del MISE che, nel 2015, ha messo in campo la Task Force per le Smart City, al fine di attuare una politica industriale volta a risolvere i problemi legati all'implementazione delle politiche a livello territoriale. Secondo quanto si legge dall'Atto di Indirizzo MISE del 25 febbraio 2016, che delinea il Programma di Politica Industriale sulle *Smart Cities*, tre sono le priorità individuate dal Ministero:

1. Promuovere mediante le Smart City competitività, crescita, occupazione, sviluppo sostenibile;
2. Rendere l'Italia un paese attrattivo per la sperimentazione dei più evoluti modelli di Smart City;
3. Accrescere la sinergia tra risorse finanziarie e migliorare il quadro normativo-regolamentare per le Smart City.

2. DA UN SISTEMA PIRAMIDALE AD UN SISTEMA A RETE: QUALI EFFETTI SUI CONSUMATORI?

Il nuovo contesto economico e soprattutto l'innovazione tecnologica stanno quindi spingendo verso un nuovo paradigma, basato su un sistema a rete— e non più piramidale — in cui il privato è chiamato ad una sorta di auto-regolazione. Tale processo sta investendo numerosi settori ma in quello energetico si traduce in un coinvolgimento del consumatore che va di pari passo con l'innovazione tecnologica e la conoscenza. In questa nuova prospettiva i consumatori sono chiamati ad assumere un ruolo attivo, non sono più *consumers* ma *prosumers* (ossia *producers-consumers*).

Tuttavia, va sottolineato che, a fronte di questa esigenza, l'attuale rete energetica è risultata inadeguata, non rispondendo alle sopravvenute necessità legate all'aumento della domanda di energia della società digitale e dell'utilizzo di risorse rinnovabili. La rete tradizionale è, infatti, caratterizzata da un sistema unidirezionale dove il bilanciamento tra domanda e offerta viene garantito da aggiustamenti dal lato dell'offerta. Le *smart grid* e le nuove tecnologie sono invece basate sulle applicazioni di *demand-side management*.

L'ammodernamento della rete, quindi, ha messo in luce una necessità di più ampio respiro, che non si limita a rendere possibile lo scambio di informazioni in entrambe le direzioni, ma che spinge a rinnovare l'intera struttura di mercato e a sviluppare nuovi servizi e processi sociali.

In questo modo i sistemi decentralizzati, le nuove tecnologie e le reti *smart* permetteranno di integrare il consumo e la produzione di energia in reti che funzionino più come ecosistemi che mercati.

Il concetto di *smart grid* deve, quindi, essere inteso in senso ampio, ossia come un'interazione intelligente che riguarda sia la fase di produzione, che quella di consumo ed immagazzinamento di corrente, tenendo pertanto in considerazione i nuovi attori e i loro ruoli futuri. Si inserisce, quindi, a sua volta in un contesto di *smart energy* di cui fanno parte anche gli *smart meter* (strumenti di misurazione intelligenti per la misurazione della corrente prodotta e consumata), lo *smart market* (che deve sostenere l'implementazione della svolta energetica garantendo l'interazione tra produzione, consumo e immagazzinamento) e l'informazione e comunicazione (intese come nuove infrastrutture per le comunicazioni).

Non si possono comunque tralasciare le numerose problematiche ancora insolte, che investono il campo tecnologico, sociale, finanziario ed ambientale. È, pertanto, evidente che il successo delle *smart grid* dipenderà dal funzionamento del complesso del sistema energetico, inteso come organizzazione socio-economica piuttosto che semplicemente come singola tecnologia. Ed è proprio l'aspetto sociale delle *smart grid* che si vuole approfondire in questa sede. Numerosi studi hanno, infatti, riconosciuto nell'inclusione del consumatore e delle diverse comunità, intese come gruppi

sociali, elementi fondamentali per lo sviluppo delle reti intelligenti.

È in primo luogo necessario rendere i consumatori consapevoli del loro nuovo ruolo nel sistema di energia elettrica. A tal fine è necessario che i *policy makers* e le aziende che producono energia mettano in campo politiche che vadano tutte nella direzione di avvicinare i consumatori ai nuovi servizi, per garantire una migliore performance energetica. Studi recenti hanno, infatti, rilevato una certa apertura dei consumatori nei confronti delle *smart grid* ma l'ostacolo più grande resta garantire una corretta informazione perché, data la complessità della materia, sono ancora numerosi i dubbi degli utenti. Tale realtà non è sfuggita alla Commissione Europea la cui Task Force, appositamente creata e dedicata alla tematica, ha affermato: *“Il coinvolgimento e l'educazione del consumatore sono elementi centrali nel processo di trasformazione del mercato energetico. Al fine di raggiungere i più ampi obiettivi di efficienza energetica e di sicurezza dell'approvvigionamento sarà necessario un cambio sostanziale nella natura dei consumi energetici da parte dei consumatori”*. Tale cambiamento deve essere incoraggiato dalla giusta scelta di regole e incentivi che ad oggi non sono stati ancora sufficienti a coinvolgere il consumatore. Sono, quindi, fondamentali politiche, a partire da quelle dell'UE, in cui viene data centralità al consumatore. A tal fine, capire quali siano i suoi comportamenti e le sue esigenze diventa un elemento centrale per lo sviluppo delle politiche energetiche efficaci ed efficienti.

3. IL COINVOLGIMENTO DEI CONSUMATORI E LE IMPLICAZIONI SOCIALI DELLE SMART GRID

Finora abbiamo visto come il contesto socio-economico e la promozione dell'ottimizzazione delle risorse abbiano portato alla necessità di riorganizzare l'intera filiera del sistema energetico, investendo le scelte sia del legislatore che delle imprese e dei consumatori-produttori. Vengono così ripensati anche la pianificazione e la gestione urbanistica della città (considerato che circa il 70% dell'energia è consumata in contesti urbani), il coordinamento tra soggetti pubblici e privati dell'energia e l'integrazione delle politiche per l'efficienza con le applicazioni ICT. Lo sviluppo delle *smart cities*, unitamente alle tecnologie abilitanti quali *smart grid* e infrastrutture digitali, assumono una priorità importante per il paese e richiedono progetti che rispondano alle diverse esigenze del territorio.

La dimensione *social* delle *smart grid*, che in altri termini è rappresentata dal coinvolgimento del consumatore, diventa quindi centrale per il successo della rete intelligente. Un primo elemento trainante verso questa nuova realtà è rappresentato dalle azioni dei consumatori, che devono favorire lo sviluppo delle nuove reti, altrimenti potrebbero comprometterne il potenziale guadagno energetico. Per questo motivo, oltre al bisogno di progresso tecnico e tecnologico, i nuovi servizi dipenderanno anche – se non soprattutto – da processi di tipo sociale, in grado di coinvolgere i consumatori e le comunità. Ecco perché l'attenzione dei ricercatori si è spostata proprio sull'approfondimento di tali argomenti e, non a caso, anche i progetti messi in campo dalla Comunità Europea si sono concentrati sullo sviluppo delle *smart grid* in relazione ai consumatori e alla loro influenza sulla società. Le *smart grid*, infatti, integrando diversi elementi, come energia, informazione e *social network*, sono viste come elemento focale per il successo delle energie rinnovabili a livello della comunità.

Fino ad oggi gli studi di *consumer behaviour* si sono concentrati sul consumatore inteso come soggetto passivo. La sfida odierna è, invece, quella di capire il ruolo attivo del consumatore e la sua partecipazione nel funzionamento delle *smart grid*. L'insieme di consumatori, agricoltori e cooperative energetiche costituiscono le comunità – intese come “comunità delle rete elettrica” – che si basano principalmente sulla capacità di produrre ed immagazzinare energia. Capire cosa influenza i consumatori rappresenta il primo passo verso la loro segmentazione sulla base di fattori non tradizionali, come attitudini e motivazioni legate all'uso dell'energia. Attitudini e motivazioni giocano un ruolo cruciale per poter influenzare le scelte dei consumatori e sono infatti spesso utilizzate da fornitori di energia per spingere gli stessi ad avvicinarsi ai progetti innovativi.

Secondo alcuni studi, l'insieme di politiche volte a promuovere l'autonomia delle comunità e supportarle nell'utilizzo di risorse rinnovabili, può giocare un ruolo centrale per il successo delle *smart grid*. A questo scopo è importante creare un clima di fiducia tra le persone locali e i soggetti che si incaricano di portare avanti il progetto. Fare parte di una comunità, infatti, può essere un elemento importante per i consumatori che si sentirebbero sostenuti dagli altri membri e potrebbero confrontare consumi e dati con il resto della comunità (alcuni progetti hanno studiato proprio questi aspetti valutandone il livello di soddisfazione). A sostegno di questa tesi vi sono poi alcuni esempi di progetti di *social marketing* che hanno avuto un importante impatto sulla routine delle comunità e hanno spinto verso comportamenti a favore dell'ambiente e della società (su un totale di 459 progetti sulle *smart grid*, 148 hanno avuto ad oggetto i consumatori, prevalentemente negli stati membri EU15).

Tra i fattori motivazionali più importanti vi sono quelli legati all'ambiente, al risparmio sulla bolletta elettrica ed ad un clima di maggiore fiducia.

Numerose ricerche hanno dimostrato che l'ambiente è l'elemento tenuto in considerazione dal 70% degli intervistati. Esso è immediatamente seguito dal risparmio sulla bolletta elettrica. La problematica legata a questo aspetto risiede però nel fatto che non è sempre detto che un comportamento favorevole verso le *smart grid* possa poi effettivamente tradursi in un risparmio economico. Spingere su questo elemento, pertanto, potrebbe essere controproducente se il consumatore alla fine ne risultasse deluso o frustrato, rischiando di invertire un processo di coinvolgimento/fiducia già innestato.

Infine, un clima di maggiore fiducia si traduce nella capacità del consumatore di avere più controllo sull'energia utilizzata (in tal caso il segmento di consumatori interessato è in particolare quello di individui portati per la tecnologia) e di poter essere rassicurato dall'uso generalizzato dei nuovi dispositivi dalla restante parte della comunità. Vari studi hanno dimostrato come, con diversi strumenti a seconda del segmento di mercato da raggiungere, è possibile coinvolgere e modificare alcuni comportamenti dei consumatori e che tutto ciò avviene più facilmente quando gli stessi si sentono parte di una comunità e possono condividere usi, costumi e stili di vita.

Alla luce di quanto esposto è, quindi, evidente che affinché la *social economy* investa pienamente anche il settore energetico sarà necessario tenere in considerazione punti di vista sociali e culturali. Più del 40% dei consumi di energia elettrica, infatti, è da ricondurre ai diversi stili di vita. Tra i vari aspetti da tenere in considerazione vi sono quelli legati al lavoro, alla mobilità interna, all'età, alla *privacy*, alla sicurezza e alla vulnerabilità dei consumatori.

Non va sottovalutato che influenzare le abitudini già consolidate dei consumatori non è semplice e lo è ancora meno quando tali comportamenti sono connessi all'energia che consumano. Al fine, quindi, di incoraggiare un ruolo attivo dei consumatori sarà necessario capire le loro esigenze, spingerli a cambiare i propri comportamenti e poi a mantenerli nel tempo. Allo stesso modo è importante proteggere il consumatore da qualsivoglia rischio possa emergere.

Questo processo potrà avvenire in maniera corretta solo se si terrà in considerazione che il consumo di energia è ormai un processo sociale e collettivo piuttosto che individuale.

Superamento delle tutele di prezzo e *collective switching*: la Tutela Simile

(Antonio Affinito)

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. – 2. ALCUNE ESPERIENZE EUROPEE – 3. LA TUTELA SIMILE: I SOGGETTI COINVOLTI – 4. LE MODALITÀ DI ACCESSO ALLA TUTELA SIMILE: IL SITO CENTRALE. – 5. CONDIZIONI CONTRATTUALI NELLA TUTELA SIMILE: UN ESEMPIO DI TUTELE CRESCENTI – 6. CONCLUSIONI.

1. INTRODUZIONE

Il servizio di Maggior tutela, le cui modalità di erogazione sono definite dall’Autorità per l’energia elettrica il gas e il sistema idrico (d’ora in avanti AEEGSI o Autorità) è stato istituito dalla legge 3 agosto 2007, n. 125, in attuazione delle disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell’energia, ed è finalizzato ad accompagnare la completa apertura del mercato della vendita al dettaglio.

Tale servizio è organizzato in modo da offrire ai clienti finali che vi accedono (a) l’assicurazione della continuità del servizio, (b) una tutela di prezzo di fornitura che viene definito sulla base dei costi effettivi di un portafoglio di contratti di mercato gestito da Acquirente unico e con l’obiettivo di assicurarne la proporzionalità, come sancito dalla Corte di giustizia europea.

La conformità del servizio di maggior tutela alle norme comunitarie (in particolare alle disposizioni in tema di servizio universale e al diritto del cliente di ottenere una fornitura a prezzi ragionevoli ex articolo 3, comma 2, e considerandi n. 42 e 45 della Direttiva 2009/72/CE) è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia, che ha qualificato, tuttavia, come temporanea la funzione relativa alla tutela di prezzo, in quanto destinata a scomparire non appena le condizioni del mercato stesso lo rendano possibile.

La stessa Corte, inoltre, ha chiarito la portata del principio di proporzionalità cui devono conformarsi le discipline nazionali dei servizi di tutela, rispetto alle concrete ed effettive esigenze dei soggetti coinvolti.

Considerato tale orientamento comunitario, l’Autorità, come indicato nel Quadro strategico 2015-2018, ha ritenuto importante e prioritario rivedere gli attuali meccanismi di mercato per la tutela di prezzo dei clienti finali, in prospettiva di un loro graduale assorbimento, anche al fine di imprimere un’accelerazione alla capacitazione dei clienti di piccola dimensione e per consentire la maturazione di un mercato retail di massa.

Con la deliberazione 271/2015/R/com, quindi, l’AEEGSI ha avviato un percorso di riforma delle tutele di prezzo.

Contemporaneamente, a livello parlamentare, ha preso avvio la discussione del d.d.l. Concorrenza, le cui previsioni, così come attualmente formulate, prospettano, tra l’altro, la completa rimozione della tutela di prezzo per tutti i clienti finali di energia elettrica nel corso del 2018.

L’intervento dell’AEEGSI, comunque, non è rivolto semplicemente a rimuovere la tutela di prezzo dei clienti finali nel periodo antecedente la scomparsa del servizio di (Maggior Tutela, ma si pone l’obiettivo di rendere tale tutela proporzionata alle effettive dinamiche evolutive del mercato, anche in coerenza con quanto affermato dal Giudice europeo in tema di temporaneità e proporzionalità delle tutele.

L'Autorità, infatti, intende riformare il servizio di Maggior tutela, rendendolo più coerente con il ruolo di servizio universale che esso sarà destinato ad assumere.

Con l'affermarsi del mercato libero come modalità normale di fornitura, quindi, ci si attende che in prospettiva restino forniti nel servizio universale i clienti che, stante le loro caratteristiche, non siano in grado di trovare un fornitore nel mercato libero, oltre a quelli che si ritrovano senza un venditore per cause indipendenti dalla loro volontà, ad esempio il fallimento di quest'ultimo.

Il procedimento di riforma dei vigenti meccanismi di mercato per la tutela di prezzo nel settore dell'energia elettrica, si è concluso con la Deliberazione 7 luglio 2016 369/2016/r/EEL che ha contestualmente istituito la Tutela Simile al mercato libero.

L'introduzione del servizio di maggior tutela riformato e la previsione della Tutela Simile costituiscono due momenti inscindibili di una riforma unitaria che, da un lato, adegua la regolazione del servizio di maggior tutela al fine di renderlo più coerente col ruolo di servizio universale (che è destinato ad assumere, non solo rispetto alle modifiche prefigurate dal d.d.l. Concorrenza, ma anche rispetto all'effettiva apertura del mercato e alla maturità della clientela finale e dall'altro lato, permette una tutela di prezzo mediante forme alternative che operano sulla base di meccanismi di mercato potenziati.

La riforma è già stata inquadrata dall'Autorità nell'obiettivo strategico "Aumento della concorrenza nel mercato", a sua volta parte della linea strategica "Più concorrenza nei mercati retail, anche grazie ad una domanda più consapevole ed attiva".

Per rendersi conto dell'impatto della riforma sulla concorrenza del mercato *retail*, pare opportuno segnalare alcuni dati statistici.

Nel 2014, in Italia, sono stati serviti 29,6 milioni di punti di prelievo domestici. Il 71% di questi sono stati serviti nel mercato di Maggior tutela. Nello stesso periodo, la quota di punti serviti nel mercato libero è cresciuta del 4%.

Complessivamente, quindi, nel 2014 per i clienti di piccola dimensione si registra, da un lato, una crescita del segmento di mercato libero ma si conferma, dall'altro, il servizio di Maggior tutela quale modalità attualmente prevalente di approvvigionamento dell'energia elettrica.

Nel periodo di osservazione, il numero degli operatori attivi nel mercato risulta in crescita, registrando 279 gruppi societari operanti nella vendita di energia elettrica, contro i 260 del 2013. L'operatore di maggiori dimensioni detiene, nel mercato libero, una quota estremamente significativa del 50% del segmento domestico.

Nel 2014, il 4,3% dei clienti domestici risulta aver abbandonato la Maggior tutela. Di questi, il 63% ha scelto il fornitore collegato al distributore come fornitore del mercato libero (erano il 60% nel 2013). Ciò pare confermare, con riferimento ai clienti domestici l'esistenza di un vantaggio per i fornitori storici.

Tali dati, quindi, ben evidenziano le condizioni concorrenziali che potrebbero prevalere qualora i clienti che lasceranno il servizio di Maggior tutela in futuro si distribuissero tra i fornitori concorrenti mantenendo le attuali quote del mercato libero: gli operatori che già servono clienti in Maggior tutela sembrano godere di un vantaggio nell'attrarre i clienti nel mercato libero.

Come efficacemente affermato anche dall'Autorità, pertanto, nella transizione al mercato liberalizzato, occorre evitare massicci spostamenti di ricchezza dai clienti finali ai venditori del mercato libero, causati da un repentina rimozione dei sistemi di tutela.

Quest'ultima situazione, infatti, potrebbe consentire ai venditori esistenti di innalzare i prezzi privando contemporaneamente i clienti finali di una possibile reazione a causa dell'elevata concentrazione dell'offerta, o per la mancanza di consapevolezza dei clienti circa i benefici di prezzo ottenibili attraverso il cambio di venditore.

Nel processo di completa liberalizzazione, quindi, assume assoluta rilevanza il ruolo dei clienti: solo un cliente ben informato e che ha fiducia nel mercato può essere un valido e attivo operatore dello stesso.

Ad un necessario arretramento sul terreno della tutela del prezzo, quindi, deve corrispondere un maggiore sostegno per il consumatore, finalizzato, anche tramite tutele crescenti, a superare il gap negoziale e informativo tra cliente e venditore.

È in quest'ottica, che, nel proseguo, si analizzerà il ruolo dell'Autorità nell'operazione di superamento delle tutele di prezzo e di correlato *switching*, nonché la rilevanza, sulla questione, della predisposizione del sito centrale della tutela simile.

2. ALCUNE ESPERIENZE EUROPEE

Il tema del superamento delle tutele di prezzo e della regolamentazione del correlato *switching*, è stato affrontato anche da alcuni dei più importanti paesi europei, con differenti soluzioni operative.

I consumatori danesi, per esempio, a seguito del processo di liberalizzazione, dal 2003 sono liberi di cambiare fornitore. Fino al 2014, tuttavia, era regolato un sistema di fornitura di *default (supply obligation)* che, per alcuni clienti, prevedeva prezzi determinati *ex ante* dal fornitore e notificati al regolatore (DERA) che ne verificava l'allineamento con il prezzo di mercato.

Tale regolamentazione ha prodotto risultati deludenti sul piano della liberalizzazione del mercato elettrico, attestandosi i tassi di *switching* dei piccoli consumatori, per il periodo 2006-2013, in media al 3%.

Tale sistema di fornitura è stato quindi superato tramite il rilascio della licenza per erogare il nuovo servizio di *default (supply obligation product)*, attraverso aste al ribasso, che selezionano un solo vincitore per area geografica, scelto in base al *mark-up* offerto sul prezzo all'ingrosso, a copertura dei propri costi e margini.

L'accesso dei clienti, a tale nuovo prodotto, è di tipo volontario e sono stati previsti in capo ai fornitori specifici obblighi informativi nei confronti dei clienti circa la possibilità di effettuare lo *switching* verso offerte di mercato.

I clienti passivi, che non aderiscono al nuovo servizio, possono continuare a servirsi dal vecchio fornitore di *default*, che fino a settembre 2014, era obbligato a fornire il servizio alle condizioni di un prodotto base (*standard product*), il cui prezzo e le cui condizioni contrattuali erano in linea con quelle del sistema previgente, e che da ottobre 2014 ha trasferito automaticamente tutti i clienti ad un'offerta di mercato libero.

È comunque previsto un servizio di ultima istanza per i clienti domestici, che potrà essere offerto da tutti i fornitori. Il servizio sarà offerto ad un prezzo indicizzato al prezzo spot, con un piccolo *mark-up* fissato dal regolatore e sarà fornito per tre mesi, con obbligo di permanenza minima di un mese. Per assicurare che tutti i clienti trovino un fornitore è stato, infine, introdotto il divieto di rifiuto di un cliente che presenti richiesta per l'acquisto di un prodotto che il fornitore offre sul mercato.

In Francia, invece, mentre per i clienti di maggiori dimensioni la fornitura del servizio di *default* elettrico a prezzi pre-fissati è attualmente in corso di superamento, non sono ancora state definite misure per il superamento del servizio di *default* prestato ai clienti domestici e non domestici di minori dimensioni.

In particolare, a fine 2014 risulta ancora servito alle condizioni di *default* il 90% dei clienti domestici (pari al 93% dei consumi) e l'86% dei clienti non domestici (pari al 57% dei consumi).

In Germania non è prevista la regolazione del prezzo. I fornitori storici, corrispondenti agli ex monopolisti regionali, possono applicare condizioni di default non regolate, ma rese pubbliche in via obbligatoria dagli stessi fornitori ai clienti rimasti inattivi, o, in alternativa, possono offrire, tariffe di mercato libero denominate “contratti speciali”.

In ogni caso, il cliente finale può decidere di ricorrere ad un altro fornitore di mercato libero. Di norma la fornitura di *default* risulta meno conveniente di un contratto speciale che a sua volta è di norma più costoso delle offerte del mercato libero, sebbene le differenze siano generalmente molto ridotte. Il tasso di *switching* per i clienti con bassi consumi (inferiori a 10 MWh/anno) è dell'ordine del 7% nel 2013.

Anche la Gran Bretagna, tra i primi paesi a intraprendere un percorso di liberalizzazione del settore energetico e di superamento dei servizi di tutela, a partire dal 2013, ha attuato una riforma del segmento *retail*, volta ad accrescere la partecipazione del cliente e la competitività.

Ciò che interessa ai fini della presente trattazione, è il meccanismo del c.d. *collective switching* la negoziazione, cioè, di condizioni di fornitura per la selezione di uno o più fornitori da parte di un gruppo di clienti, per il tramite di uno o più soggetti intermediari.

Lo schema tipico del *collective switching* prevede che un gruppo di clienti negozi le condizioni di fornitura e selezioni uno o più fornitori grazie all'intermediazione di un soggetto organizzatore, normalmente non operante nel settore energetico (es. istituzione locale), che tipicamente si avvale di un *service provider* con esperienza nel settore energetico il quale negozia le condizioni di approvvigionamento con una molteplicità di fornitori, gestisce il processo di adesione dei consumatori e quello di cambio di fornitore.

La negoziazione avviene generalmente tramite asta al ribasso, per cui il fornitore che offre il prezzo più basso ottiene la possibilità di fornire l'intero gruppo di clienti coinvolti nell'iniziativa o una parte di questo (se sono previsti tetti al numero dei clienti assorbibili, o questi sono proposti dagli stessi fornitori). I clienti che partecipano al *collective switching* non assumono alcun obbligo al momento della manifestazione di interesse all'iniziativa, che generalmente avviene nella forma di registrazione, ma possono decidere di effettuare lo *switch* nel momento in cui ricevono un'offerta personalizzata da parte del soggetto organizzatore o del *service provider*.

Il fornitore paga una *fee* a favore dello *sponsor*, del *service provider*, o eventualmente ripartita tra entrambi, per ogni cliente che accetta l'offerta. I costi relativi alla *fee* sono già coperti dall'offerta presentata dal fornitore, in quanto inclusi nei suoi costi di marketing. In molti casi la *fee* è collegata al numero di clienti (*flat fee*).

Attualmente in Gran Bretagna il *collective switching* non è regolato in senso stretto, ma il Governo ha sviluppato linee guida rivolte sia agli *sponsor* (organizzatori dei gruppi di acquisto) sia ai clienti.

In assenza di regolazione specifica, lo sviluppo degli schemi di *collective switching* si fonda su aspetti reputazionali, in particolare sulla reputazione dello *sponsor* (che deriva dal suo ruolo sul territorio, dato che nella maggior parte dei casi è rappresentato da un'istituzione o associazione o organizzazione no-profit noti in ambito locale, regionale o nazionale) e del *service provider* (che può derivare dall'esperienza di questo operatore in attività simili o complementari nel settore dell'energia o in attività di tutela dei consumatori, in alcuni casi maturate in più di un contesto nazionale, o ancora dalla *partnership* con soggetti di consolidata esperienza) Tali aspetti reputazionali, dovrebbero garantire il cambio di fornitore senza problemi e con il conseguimento di risparmi effettivi.

3. LA TUTELA SIMILE: I SOGGETTI COINVOLTI

Con l'allegato A alla Deliberazione 7 luglio 2016 369/2016/r/EEL (da ora in poi anche Allegato), l'Autorità integra il servi-

zio di maggior tutela mediante l'introduzione della Tutela Simile ad una fornitura di Mercato Italiano Libero dell'Energia elettrica, o Tutela Simile, di cui al punto 1, lettera b), della medesima deliberazione.

Lo stesso allegato definisce la Tutela Simile come un ambiente di negoziazione sorvegliata che favorisce il passaggio al mercato libero quale modalità normale di approvvigionamento, garantendo un contatto tra clienti finali e fornitori ammessi.

La partecipazione a tale sistema di negoziazione è, per espressa previsione, volontaria e possibile dal 1 gennaio 2017 e sino al superamento del servizio di maggior tutela.

Scopo di tale ambiente di negoziazione è fornire ai clienti di minori dimensioni l'opportunità di accedere al mercato libero per l'approvvigionamento di energia elettrica in condizioni di elevata trasparenza e semplicità nonché in un contesto di fornitura vigilata dall'Autorità.

Questo obiettivo sarà ottenuto rendendo disponibile ai clienti una fornitura transitoria di energia elettrica da parte di venditori operanti nel mercato libero caratterizzata da elementi di tutela per il cliente per quanto attiene sia la struttura di prezzo (non i livelli) sia le condizioni contrattuali di fornitura.

Con il riferimento alla tutela di prezzo, la creazione di un sito centrale, in cui far incontrare domanda e offerta, è finalizzata ad eliminare le spese di intermediazione che necessariamente un rete commerciale cagiona, allo scopo di riversare tale risparmio a favore del cliente del servizio di Tutela Simile.

Tali elementi, quindi, avranno l'effetto di incentivare il cliente ad aderire volontariamente all'offerta, attraverso uno sconto rispetto al prezzo del servizio di Maggior tutela riformato.

I soggetti coinvolti in tale sistema di negoziazione sono l'amministratore della tutela simile, i fornitori, i clienti, i facilitatori.

Amministratore della tutela simile è ai sensi dell'art. 3 dell'Allegato la società Acquirente unico s.p.a. che provvede a redigere il regolamento, individua i fornitori ammessi e accredita i facilitatori, gestisce il Sito Centrale e monitora il rispetto dei requisiti dei fornitori ammessi.

In relazione a questi ultimi, l'art. 5 dell'allegato A della deliberazione 7 luglio 2016 369/2016/r/EEL precisa che possono richiedere l'ammissione a operare nell'ambito della Tutela Simile le società di vendita operanti sul mercato libero sia nel settore dell'energia elettrica sia nel settore del gas naturale, le quali soddisfino determinati requisiti.

Per quanto concerne i requisiti di solidità economico-finanziaria, i fornitori del servizio di Tutela Simile non possano trovarsi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, anche se in condizioni di continuità aziendale. Concorreranno alla valutazione della solidità economico-finanziaria anche (a) il fatto che il fornitore, o l'impresa della quale questi si avvale per la sottoscrizione del contratto per il servizio di dispacciamento con Terna, abbia versato per intero le garanzie richieste dalla medesima per l'accesso al servizio di dispacciamento e (b) la frequenza e la portata di eventuali pregressi ritardi di pagamento nei confronti di Terna o delle imprese distributrici.

Per quanto concerne i requisiti di onorabilità i componenti dei consigli di amministrazione della società e il/i rappresentanti legali della stessa non devono a) essere nelle condizioni di cui all'articolo 2382 c.c.; b) essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, salvi gli effetti della riammissione; c) essere interessati da precedenti condanne penali irrevocabili a pena detentiva per uno dei reati previsti dalla lettera d) dell'allegato A della deliberazione 7 luglio 2016 369/2016/r/EEL.

Infine, con riferimento ai requisiti di natura operativa, individuandosi gli stessi nella capacità delle società di approvvigionarsi, direttamente o indirettamente, sul mercato all'ingrosso, di gestire in modo corretto e puntuale i processi di fatturazione e di reclamo da parte dei clienti, si prevede che il fornitore debba servire alla data del 30 settembre 2016 nel mercato libero o nei rispettivi servizi di tutela almeno 50.000 punti di prelievo di clienti finali elettrici aventi diritto

al servizio di maggior tutela di energia elettrica ovvero almeno 100.000 punti di prelievo di clienti finali elettrici e/o punti di riconsegna di clienti finali del gas naturale aventi diritto ai relativi servizi di tutela ai sensi, rispettivamente, del TIV e del TIVG.

Tutti i requisiti devono essere conservati per tutto il periodo di erogazione della Tutela Simile da parte del fornitore ammesso, pena l'esclusione *ex nunc*.

Ciascun fornitore, nell'ambito della procedura di ammissione, ha la facoltà di comunicare il numero massimo di punti di prelievo che è disposto a servire nell'ambito della Tutela Simile. Il numero massimo di punti di prelievo che ciascun fornitore ammesso può servire è pari al minimo tra quanto comunicato e un livello soglia prefissato che è inizialmente fissato pari a 500.000 punti di prelievo e potrà essere rivisto al rialzo dall'Autorità.

Hanno diritto di partecipare alla Tutela Simile, per il periodo di operatività del Sito Centrale, i clienti finali appartenenti alle tipologie contrattuali di cui al comma 2.3, lettere a) e c) del TIV a condizione che a) siano serviti in maggior tutela; b) abbiano diritto al servizio di maggior tutela, limitatamente ai casi di richiesta di voltura o di attivazione di un punto di prelievo nuovo o precedentemente disattivato; c) non abbiano già concluso un precedente contratto di tutela simile, salvo eccezioni indicate al comma 6.5, lettera b), punto 3, dell'Allegato.

Si segnala che nell'introdurre un regime di protezione orientato ad accompagnare i clienti nel passaggio dal servizio di Maggior tutela riformato alle forniture di mercato, l'Autorità è impegnata a promuovere anche lo sviluppo dello *switching collettivo*, inteso come il passaggio coordinato e contestuale alla fornitura in Tutela Simile di gruppi di clienti, facilitato da un intermediario, che opera come aggregatore e delegato a negoziare le condizioni contrattuali migliori.

Per promuovere la partecipazione dei clienti finali alla Tutela Simile, quindi, l'Allegato prevede l'operatività di soggetti facilitatori, da individuarsi nelle associazioni dei consumatori riconosciute nell'ambito del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU), di cui al Codice del consumo, e nelle associazioni che alla data di cui al comma 13.5 lettera a), aderiscono al Protocollo di intesa tra l'Autorità e le organizzazioni di rappresentanza delle piccole e medie imprese in qualità di consumatori di energia elettrica e di gas naturale di cui alla deliberazione 549/2012/E/com che abbiano ottenuto il relativo accreditamento.

Tali facilitatori hanno la funzione di a) informare i clienti circa le caratteristiche e il funzionamento della Tutela Simile e le opzioni di approvvigionamento disponibili al termine del contratto; b) aiutare i clienti nella comprensione delle offerte di Tutela Simile e nella comparazione rispetto al servizio di maggior tutela; c) coadiuvare i clienti nell'accesso alla Tutela simile mediante il Sito Centrale e nell'eventuale conclusione *online* del contratto, che può essere effettuata anche direttamente dal facilitatore in nome e per conto del cliente finale, secondo le stesse modalità delineate per la generalità dei clienti.

I servizi del facilitatore sono gratuiti per i clienti finali e il primo è comunque obbligato ad informare il cliente sull'eventuale compenso a questi riconosciuto per la conclusione del contratto.

4. LE MODALITÀ DI ACCESSO ALLA TUTELA SIMILE: IL SITO CENTRALE

In relazione alle modalità di accesso alla negoziazione della Tutela Simile, l'Autorità, in fase di consultazione, aveva predisposto due schemi alternativi.

Il primo schema avente natura decentralizzata, era caratterizzato dall'eventuale contatto tra fornitori ammessi e clienti tramite canali di commercializzazione normalmente usati nel mercato libero. Detto schema, necessariamente, doveva prevedere specifici obblighi in capo ai fornitori ammessi al fine di assicurarne la correttezza comportamentale in occa-

sione del contatto commerciale con il cliente finale.

La seconda opzione, invece, era connotata da uno schema centralizzato, per cui l'accesso da parte del cliente finale può avvenire unicamente attraverso un sito internet appositamente predisposto dall'Amministratore (c.d. Sito Centrale).

Lo schema decentrato, si prestava a critiche, soprattutto per la circostanza che non avrebbe eliminato i costi di acquisizione, rendendo di fatto impossibile definire uno sconto rispetto al prezzo praticato nel mercato libero. Tale opzione decentrata, inoltre, avrebbe comportato criticità in relazione all'attività di acquisizione dei clienti, ai quali, una volta contattati, potrebbe non essere offerta la Tutela Simile, ma un'offerta del mercato libero.

A fronte di tali osservazioni, nella deliberazione 7 luglio 2016 369/2016/r/EEI l'AEEGSI ha optato per lo schema centralizzato, affidando la gestione del contatto tra fornitore e cliente ad un Sito Centrale.

Tale schema di gestione pare poter superare le criticità emerse con lo schema decentrato, ma richiede tempi di implementazione lunghi, oltre a comportare il rischio di escludere i clienti meno abituati all'utilizzo della rete.

La descritta soluzione, ha, in ogni caso il pregio di abbattere il costo di acquisizione del cliente finale, favorendo quindi la possibilità di competere per la determinazione del prezzo di Tutela Simile, oltre a rendere più semplice la verifica in ogni momento del numero di clienti serviti da ciascun fornitore.

Ciò considerato, ai fini dell'accesso alla Tutela Simile dal 1 gennaio 2017 sarà operativo un sito internet, gestito dall'amministratore, attraverso cui i clienti potranno acquisire informazioni generali e comparare le offerte dei venditori abilitati alla fornitura di Tutela Simile.

Per facilitare maggiormente la comparabilità delle offerte dei vari venditori, l'Allegato prevede che ciascun fornitore definisca e renda noto all'Amministratore del Sito un bonus *una tantum* da applicare ai clienti che accedono alla Tutela Simile.

Sempre con riferimento alle offerte, si segnala, inoltre, che, stante la fissazione di un numero massimo di clienti fornibili da ciascun fornitore, sul Sito saranno attive unicamente le offerte dei fornitori che non abbiano raggiunto tale numero massimo.

Il cliente che intende aderire ad un'offerta di Tutela Simile dovrà, attraverso il Sito stesso, manifestare il proprio interesse al fornitore prescelto al fine di ricevere la relativa documentazione informativa e contrattuale.

Il Sito mette quindi in contatto il cliente e il fornitore in tal modo individuato. La richiesta del cliente non è vincolante per quest'ultimo, né il fornitore ha alcun vincolo a contrarre.

Tale volontarietà della partecipazione alla Tutela Simile, riveste un ruolo essenziale nel processo di riforma, in quanto contribuisce al rafforzamento della capacitazione del cliente finale, nonché all'aumento della fiducia di quest'ultimo nel mercato.

Una volta che cliente finale e fornitore sono stati messi in contatto dal Sito, il contratto si conclude secondo le normali modalità previste dalla legge e nel rispetto del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali, approvato con deliberazione 8 luglio 2010, ARG/com 104/10, come successivamente modificato e integrato.

In particolare, ai sensi dell'art. 10 dell'Allegato, la conclusione del contratto di Tutela Simile avviene unicamente online attraverso una pagina *web* appositamente dedicata e predisposta dal fornitore ammesso e, pertanto, si configura come contratto a distanza. È vietata la conclusione di contratti di Tutela Simile mediante modalità diverse.

Le esigenze connesse alla gestione, da parte del Sito medesimo, del limite massimo di clienti fornibili da parte di ciascun fornitore, inoltre, finiscono per influenzare le modalità con cui si perfeziona il contratto di Tutela Simile.

Il limite di cui sopra, infatti, opera come una sorta di "capacità" massima (per ciascun fornitore abilitato) di offrire

prodotti di Tutela Simile, con la conseguenza che, nel momento in cui un cliente finale manifesta il proprio interesse per l'offerta di un fornitore, e viene quindi messo in contatto con quest'ultimo, il Sito deve considerare "prenotata" la corrispondente quota di "capacità" di offerta del servizio da parte del fornitore medesimo, fintanto che il relativo contratto non sarà concluso.

Per tale motivo, ottenuta la prenotazione, il cliente può, entro e non oltre i successivi quindici giorni, accedere alla pagina *web* del fornitore ammesso prescelto.

Se, per qualunque motivo, le parti decidono di non concludere il contratto, allora, la relativa capacità potrà essere messa nuovamente a disposizione dal Sito per altri clienti interessati.

Tale circostanza, impone che il Sito, in un termine congruo, sia informato della conclusione o meno del contratto di Tutela Simile.

Infatti, fintanto che il contatto tra il cliente finale e fornitore prosegue, e quindi la corrispondente "capacità" di offerta risulta "prenotata", altri clienti finali potenzialmente interessati a concludere il contratto con quel medesimo fornitore si trovano teoricamente esclusi: nel caso in cui a un fornitore manchi un solo contratto per raggiungere il limite di clienti servibili e un cliente manifesti l'interesse in tal senso non sarà possibile per altri clienti selezionare lo stesso fornitore, per l'intero periodo in cui perdura il contatto tra il primo cliente e il fornitore.

5. CONDIZIONI CONTRATTUALI NELLA TUTELA SIMILE: UN ESEMPIO DI TUTELE CRESCENTI

Con il rinnovamento delle tutele, connotato da una nuova forma di vigilanza proporzionata alle effettive dinamiche evolutive del mercato, in coerenza con il principio di proporzionalità affermato dalla giurisprudenza comunitaria, l'Autorità si propone di supportare il consumatore nelle parti negoziali più critiche, in cui il *gap* negoziale e informativo del cliente rispetto al venditore è maggiore.

Si tratta di un sostegno definito "a tutele crescenti", che l'Autorità cerca di perseguire nei diversi elementi contrattuali sia nel mercato libero sia nell'ambito della Tutela Simile.

Alcuni elementi contrattuali, diversi dal corrispettivo, infatti, molto spesso vengono imposti dal venditore, in virtù della debolezza negoziale e informativa del cliente-consumatore.

In queste ipotesi, l'Autorità predispone delle clausole contrattuali standard per consentire al consumatore di negoziare in posizione paritaria.

Alcune di queste clausole proposte d'ufficio, ad esempio quelle attinenti ai tempi di pagamento, possono essere modificate dal consumatore, in quanto lo stesso è oggetto di una tutela *soft*.

Altre condizioni contrattuali, particolarmente complesse, invece, pur essendo predisposte dall'Autorità, non potranno essere modificate durante la negoziazione.

In questi casi si parla di clausole rigide, non derogabili né dal venditore né dal cliente in quanto quest'ultimo è oggetto di quella che viene definita una tutela accresciuta.

Per tali motivi, l'Autorità prevede che la Tutela Simile abbia ad oggetto esclusivamente la fornitura di energia elettrica e che, pertanto, il contratto concluso in tale ambito non possa contenere servizi aggiuntivi.

Come detto in precedenza, infatti, la Tutela Simile costituisce un ambiente di negoziazione sorvegliata volta a promuovere la capacitazione di un cliente finale che, tendenzialmente, non è abituato a interagire nel libero mercato.

L'eventuale inserimento di condizioni variabili nelle offerte dei fornitori, quali servizi aggiuntivi oppure clausole contrattuali particolari, potrebbe rappresentare un elemento di eccessiva complessità per il cliente finale, che, invece, deve essere in condizioni di poter confrontare facilmente le diverse offerte.

In relazione alle clausole contrattuali, inoltre, l'Autorità ha definito condizioni standard applicate a tutti i clienti di Tutela Simile a prescindere dal fornitore.

Nel definire tali condizioni, si è cercato di renderle il più possibile vicine a quelle attualmente previste nel servizio di Maggior tutela, in un'ottica di favorire la semplicità e accrescere la fiducia del cliente finale.

Scopo delle condizioni standard è innanzitutto la comparabilità al 100% dell'offerta di fornitura per ciascun venditore che opera nel mercato di tutela Simile, allo scopo di rafforzare la concorrenza fondata esclusivamente sul prezzo.

Per tale motivo l'Allegato prevede l'obbligo per il fornitore di predisporre un contratto contenente tutte le condizioni specificate nell'appendice del medesimo provvedimento.

Quest'ultimo, inoltre, vieta variazioni unilaterali delle condizioni contrattuali nonché la conclusione di patti o l'introduzione, nei singoli contratti, di clausole particolari non contemplate nello schema di contratto. Eventuali clausole in contrasto con quelle indicate in Appendice o con la disciplina del provvedimento si considerano non apposte.

Eventuali lacune saranno colmate, infine, con l'applicazione delle disposizioni del Codice di Condotta Commerciale, la regolazione dell'Autorità per i venditori del mercato libero in materia di condizioni contrattuali, trasparenza dei documenti di fatturazione e qualità del servizio di vendita.

6. CONCLUSIONI

Il servizio di Maggior tutela, con le modalità di erogazione e condizioni definite dall'AEEGSI in attuazione della legge 3 agosto 2007, n. 125 è destinato ormai a cadere in virtù dell'interpretazione che la Corte di Giustizia fornisce delle disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia.

Se un sistema di tutela "maggior" poteva essere giustificato all'atto dell'apertura del mercato, infatti, una regolamentazione del prezzo fissato secondo dei criteri avulsi dal mercato stesso, è destinata a sparire in presenza di un consumatore-cliente, informato, capace anche di spuntare un prezzo minore secondo la regola della domanda e dell'offerta.

Consapevole di questo, l'Autorità, nell'ultimo periodo, ha proceduto a riformare il servizio di maggior Tutela, attribuendo a questo esclusivamente la funzione di servizio di ultima istanza, allo scopo di garantire a tutti una fornitura di energia.

Fuori dall'ipotesi di cui sopra, l'AEEGSI è impegnata a regolamentare l'operazione di c.d. *switching* di massa, intendendo per questo il passaggio di tutti i clienti serviti nel servizio di Maggior Tutela al mercato libero.

Una regolamentazione di tale passaggio è necessaria sia per questioni meramente operative che di tutela.

Un transito contemporaneo di tutti i clienti al mercato libero potrebbe, infatti, creare evidenti disagi alle reti commerciali dei fornitori, incapaci di supportare e sopportare la domanda di massa, o, al contrario, la situazione potrebbe andare a svantaggio dei clienti, nell'ipotesi in cui i fornitori, in vista di tale passaggio riuscissero a organizzarsi rinforzando la rete commerciale: in tale ultima ipotesi i clienti potrebbero subire l'aggressiva ingerenza dei venditori, alla ricerca di nuovi clienti prima non raggiungibili.

Tale situazione, è inutile sottolinearlo, si riverserebbe anche sul prezzo: i venditori, in vista dell'aumento della do-

manda sul libero mercato, potrebbero non essere incentivati a presentare la miglior offerta economica possibile o, in ogni caso, il rafforzamento della rete di vendita, comporterebbe l'aumento dei costi per il fornitore, con conseguente aumento complessivo dei prezzi.

È per tale motivo che l'Autorità ha regolamentato il sistema della Tutela Simile, sistema di negoziazione accessibile ai clienti fino ad oggi serviti nel servizio di Maggior Tutela.

Nella tutela Simile, tuttavia, l'intervento dell' AEEGSI non è finalizzato a dettare meramente una regola per la fissazione del prezzo. Quest'ultimo, in tale forma di tutela è fissato principalmente dagli stessi operatori accreditati, che, ricordiamo, operano anche sul mercato libero.

L'Autorità in questi casi si muove per garantire condizioni di concorrenza tra i fornitori e parità contrattuale tra le parti.

L'obiettivo di garantire un prezzo basso per i clienti che accedono alla tutela simile, viene perseguito dall'Autorità tramite la creazione di una piattaforma centralizzata in cui far incontrare i fornitori e i clienti, senza alcuna intermediazione. I fornitori, in questo modo, nella preparazione dell'offerta non devono contabilizzare il costo della rete di vendita.

Tale sforzo di gestione del Sito potrebbe però risultare inutile, nell'ipotesi in cui le offerte dei fornitori non fossero tra loro facilmente comparabili.

Per tale motivo, l'Autorità ha previsto che ciascun fornitore in modo chiaro renda pubblico lo sconto praticato sotto forma di *una tantum*, da contabilizzare già nella prima bolletta.

Per la stessa ragione, inoltre, l'AEEGSI ha individuato delle condizioni standard che tutti i fornitori devono inserire nelle proprie proposte contrattuali.

Così come regolata, la nuova Tutela Simile realizza, così, oltre ad una capacitazione accresciuta del cliente medio che comprende una facile struttura dei prezzi e le condizioni standard del contratto, una nuova forma di tutela del cliente-consumatore proporzionata alle mutate condizioni di mercato.

Canone RAI “in bolletta”

(Cristiana Lauri)

SOMMARIO: 1. BOLLETTA 2.0: FISIOLOGIA E PATOLOGIA DI UN NUOVO MODELLO. – 2. LE NOVITÀ PER GLI UTENTI NELLA LEGGE DI STABILITÀ 2016. – 3. ASPETTI REGOLATORI AL VAGLIO DI AEEGSI E AGCM. – 4. NATURA GIURIDICA DEL CANONE: RIPENSAMENTI NEL SISTEMA DELLA PLURALITÀ DELLE RETI. – 5. IL VALORE DEL POD. UN NUOVO STRUMENTO PER IL SOCIAL?

1. BOLLETTA 2.0: FISIOLOGIA E PATOLOGIA DI UN NUOVO MODELLO

Stare al passo con le modifiche legislative, è risaputo, è ormai cosa ben ardua. In occasione del Rapporto Consumerism 2015, venne illustrato il percorso di riscrittura dei documenti di fatturazione relativi ai consumi elettrici sotto la duplice veste formale – attraverso la semplificazione delle forme espositive in attuazione del progetto Bolletta 2.0 – e sostanziale – tramite la razionalizzazione dei contenuti avviata con la riforma delle tariffe elettriche. Si diede conto, tuttavia, di un risultato in divenire, di fatto destinato ad essere oggetto di ulteriori modifiche dopo pochissimo.

Con la segnalazione 18 giugno 2015, 292/2015/l/eel al Governo e al Parlamento, l’Autorità per l’energia elettrica il gas e il sistema idrico (d’ora in poi Autorità o Authority) ha segnato l’avanzamento del percorso per la riforma delle tariffe elettriche applicabili ai clienti domestici, in ottemperanza a quanto previsto dal decreto legislativo 4 luglio 2014, n. 102 – in materia di efficientamento energetico – e in particolare dall’art. 11 comma 3 il quale prevede, tra l’altro, che l’Autorità adatti le componenti tariffarie, al fine di superare la struttura progressiva rispetto ai consumi e che le adegui ai costi del relativo servizio, secondo criteri di gradualità.

Tale segnalazione evidenzia i benefici derivanti per il sistema dall’eliminazione della progressività delle tariffe di rete e dalle componenti tariffarie a copertura degli oneri generali di sistema. Gli obiettivi sono noti: maggiore correttezza nella segnalazione dei costi agli utenti, introduzione progressiva delle fonti rinnovabili e, in generale, maggior efficienza. Con il successivo provvedimento, la delibera 582/2015/R/EEL, ha preso avvio la riforma che coprirà gradualmente il periodo che va dal 1 gennaio 2016 fino al 1 gennaio 2018, momento in cui la stessa sarà pienamente operativa. Per l’anno 2016, allo scopo di tutelare i clienti in disagio economico, sono stati definiti criteri di aggiornamento delle compensazioni di spesa tali da controbilanciare completamente gli incrementi di spesa annua eventualmente derivanti dall’avvio della riforma tariffaria. L’auspicio è che tale riforma possa avere un impatto significativo sui consumatori in termini di innovazione e risparmio.

I progressi in corso recepiscono anche istanze sovranazionali. Nel 2015 la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione *New Deal* per i consumatori, che contiene gli esiti di un’ampia riflessione sui mercati al dettaglio condotta nel corso del 2014 anche per mezzo dello strumento della consultazione degli *stakeholders*. Tale documento analizza in chiave prospettica le problematiche dei mercati al dettaglio europei sotto tre profili: la capacitazione del consumatore, la “smartizzazione” dei consumi, nonché la gestione e la protezione dei dati di consumo.

Il *New Deal* per i consumatori è definito attraverso dieci obiettivi generali mirati a migliorare la trasparenza delle bollette, le procedure di *switching*, la promozione di una domanda più attiva, la gestione dei dati e la povertà energetica.

In definitiva, dunque, promuovendo bollette più trasparenti e *cost-reflective*— cioè il cui importo sia sempre più legato al costo effettivo per kWh e sempre meno distorto da altri fattori quali sussidi, progressività della tariffa, imposte — la riforma delle tariffe elettriche dovrebbe favorire una maggiore partecipazione dei consumatori al mercato, grazie ad una maggiore facilità nel ricondurre le voci di spesa ai consumi (su tali profili v. paragrafo di A. Affinito, in questo rapporto). Tale aspetto, inoltre, assume particolare importanza nell’ottica di conseguire una sempre maggiore apertura dei mercati stessi (su tali profili v. paragrafo di M.C. Sole, in questo rapporto).

A fronte di quello che è stato accolto come un passo in avanti in termini di semplificazione e di effettività hanno tuttavia fatto seguito alcune scelte in chiara controtendenza con la riforma in parola, relativamente alle quali sono sorti da più parti ragionevoli dubbi riguardo la loro funzionalità al raggiungimento di tali obiettivi e che, al contrario, sono stati visti come un ostacolo per il pieno raggiungimento degli stessi. Il riferimento è chiaramente all’inserimento del canone Rai in bolletta, misura che conduce ad attribuire alla bolletta elettrica funzioni di esazione e redistribuzione precedentemente non previste. Con la novella, infatti, vengono aggregate nello stesso documento somme da pagare afferenti a cause nonché a soggetti differenti. In particolare, con tale scelta il legislatore sembra appropriarsi dello strumento che abbiamo definito *sharing*, facendolo suo, in un terreno prima d’ora inesplorato.

L’inedita unione tra bolletta elettrica e canone RAI ha suscitato sin dai primi commenti un dibattito molto acceso nell’opinione pubblica, a causa della temuta confusione che la sovrapposizione di due strumenti così diversi potesse ingenerare nel pubblico dei consumatori utenti, ma non soltanto. Alle criticità che già caratterizzavano la disciplina della bolletta e quella del canone, si sono pertanto aggiunte ulteriori questioni che di seguito si illustreranno.

2. LE NOVITÀ PER GLI UTENTI NELLA LEGGE DI STABILITÀ 2016

La legge di stabilità 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208) contiene specifiche disposizioni in tema di canone di abbonamento alla televisione per uso privato, integrando l’articolo 1, del r.d. legge 21 febbraio 1938, n. 246, convertito nella legge 4 giugno 1938, n. 880.

Il riferimento è all’art. 1, comma 153 e seguenti, l. stab. La legge prevede che: la detenzione di un apparecchio si presume nel caso in cui esista un’utenza per la fornitura di energia elettrica nel luogo in cui un soggetto ha la sua residenza anagrafica e che in tale caso *“il pagamento del canone avviene in dieci rate mensili, addebitate sulle fatture emesse dalle imprese elettriche aventi scadenza del pagamento successiva alla scadenza delle rate. L’importo delle rate è oggetto di distinta indicazione nel contesto della fattura emessa dall’impresa elettrica e non è imponibile ai fini fiscali. Le somme riscosse sono riversate direttamente all’Erario mediante versamento unitario di cui all’articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e successive modificazioni. Le imprese elettriche devono effettuare il predetto riversamento entro il giorno 20 del mese successivo a quello di incasso e, comunque, l’intero canone deve essere riscosso e riversato entro il 20 dicembre. Sono in ogni caso esclusi obblighi di anticipazione da parte delle imprese elettriche”* (articolo 1, comma 153);

L’art. 1, comma 154, della legge aggiunge che *“con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da adottare entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definiti termini e modalità per il riversamento all’Erario, e per le conseguenze di eventuali ritardi, anche in forma di interessi moratori, dei canoni (di abbonamento alla televisione) incassati dalle aziende di vendita dell’energia elettrica, che a tal fine non sono considerate sostituti di imposta, eventualmente tramite un soggetto unico individuato dal medesimo decreto, per l’individuazione e comunicazione dei dati utili ai fini del controllo, per l’individuazione dei soggetti di cui al comma 156, nonché le misure tecniche che si rendano eventualmente necessarie per l’attuazione della presente norma”*.

Conseguentemente, con nota del 21 marzo 2016, il Ministro dello sviluppo economico ha trasmesso lo schema di decreto ministeriale, necessario completamento normativo, volto a dare attuazione alla nuova disciplina, laddove prevede che il pagamento del canone di abbonamento alla televisione per uso privato avvenga “con distinta voce” mediante addebito sulle fatture emesse dalle imprese elettriche ai titolari delle relative utenze ubicate nei luoghi ove i medesimi risiedono.

Il successivo Decreto 13 maggio 2016, n. 94 del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze contiene il Regolamento recante l'attuazione dell'art. 1, comma 154 della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (“Canone Rai in bolletta”), con disposizioni relative: alle definizioni utili ai fini dell'applicazione del decreto stesso (art. 1); alle procedure di allineamento delle banche dati dei soggetti coinvolti nella riscossione del canone, ovvero l'Acquirente Unico s.p.a e l'Agenzia delle entrate (art. 2); alle modalità di addebito del canone ed alle conseguenze di eventuali ritardi nel pagamento, anche in forma di interessi moratori (art. 3); ai termini e alle modalità per il riversamento all'Erario dei canoni incassati dalle aziende elettriche (art. 4); all'individuazione e alla comunicazione dei dati utili ai fini del controllo da parte dell'Agenzia delle entrate ed all'individuazione dei soggetti autorizzati allo scambio dei dati utili (art. 5); alle modalità di rimborso del canone nei confronti dei soggetti che abbiano erroneamente proceduto al pagamento (art. 6); alle ulteriori misure tecniche che si rendano eventualmente necessarie per l'avvio del nuovo sistema di pagamento (art. 7); agli aspetti relativi alla *privacy* e agli adempimenti in capo alle imprese elettriche (art. 8).

Il Regolamento reca, infine, nell'allegato 1, l'elenco delle reti elettriche non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale. Tale dato si rende necessario per evidenziare i soggetti che, in quanto residenti in località prive di collegamento con la rete di trasmissione nazionale, continueranno a corrispondere il canone attraverso un versamento unitario, ai sensi dell'art. 3, comma 7, all'uopo utilizzando i codici stabiliti dall'Agenzia delle Entrate.

A partire dal luglio 2016, quindi, il canone di abbonamento alla televisione per uso privato viene rateizzato nella bolletta elettrica.

Lo scopo politico che ha accompagnato la riforma consisteva nel “pagare di meno ma pagare tutti”. A tal fine, il canone è stato abbassato da 113,5 a 100 e punta a risollevare una situazione in cui il tasso di evasione è pari al 27 per cento e ammonta a circa 500 milioni di euro.

Quali sono dunque le novità per gli utenti in termini pratici? L'importo del canone viene addebitato per famiglia anagrafica, indipendentemente dal numero di televisori posseduti ed è suddiviso in 10 rate mensili, da gennaio a ottobre. Solo per il primo anno è previsto che la prima rata abbia un importo pari al totale delle rate mensili già scadute (nel mese di luglio 2016 i clienti hanno ricevuto una fattura recante un importo da pagare di euro 70, relativo ai mesi da gennaio a luglio 2016).

A pagare il canone, dunque, è ciascun cliente intestatario di un'utenza di energia elettrica nell'abitazione di residenza anagrafica (peraltro indipendentemente dall'esserne proprietario o semplicemente inquilino). Chi ha più case è tenuto a pagarlo una sola volta limitatamente alla residenza della famiglia anagrafica.

Restano ferme le previsioni relative al pagamento del c.d. canone speciale (ad esempio strutture ricettive con più televisori a disposizione dei clienti) o a casi particolari, come l'esonero per gli apparecchi utilizzati nell'ambito di attività commerciale (ad esempio nelle attività di rivendita e riparazione TV).

A fronte di tali modifiche le associazioni Altroconsumo e Codacons avevano impugnato il decreto attuativo del Ministero dello sviluppo economico con cui è stata riformata la modalità del pagamento nell'abbonamento, ritenendolo “*illegittimo, pieno di incongruenze con ulteriori rinvii a nuovi provvedimenti e a rischio di errori negli addebiti*”. Peraltro tale provvedimento era già stato riscritto in alcuni passaggi dopo la bocciatura del Consiglio di Stato in sede consultiva (su cui v. *infra*). Il TAR, tuttavia, respingendo le richieste “*ha ritenuto che il ricorso non presentasse profili di fondatezza in relazione alla questione di costituzionalità*” evidenziando che “*l'Avvocatura dello Stato ha dichiarato che l'Agenzia delle Entrate sta accettando tutte le dichiarazioni di non detenzione anche presentate entro il termine ultimo, anche se*

non redatte sul modulo predisposto, purché conformi nella sostanza alle indicazioni che il modulo prescrive”.

A mente della nuova disciplina, infatti, nei casi in cui non sia possibile l’addebito sulle fatture emesse dalle imprese elettriche e nei casi di esenzione è prevista la compilazione di una dichiarazione sostitutiva da parte del cliente. L’Agenzia delle entrate ha istituito i codici tributo TVRI (per il caso di rinnovo) e TVNA (nel caso in cui sia il primo anno di abbonamento) per il versamento tramite modello F24 del canone di abbonamento alla televisione per uso privato (ad esempio: gli abitanti delle isole servite da reti elettriche non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale, i contribuenti che detengono un televisore e che risiedono in una casa in affitto ma senza avere intestata la bolletta elettrica, il portinaio risiedente nella casa del condominio titolare dell’utenza elettrica in cui detiene un televisore).

Viene inoltre previsto che in caso in pagamenti non dovuti le imprese elettriche effettuino i relativi rimborsi mediante accredito sulla prima fattura utile oppure con altre modalità come ad esempio l’invio di assegno. Qualora il rimborso a mezzo dei fornitori non vada a buon fine verrà effettuato direttamente dall’Agenzia. Con il provvedimento n. 125604/16 l’Agenzia ha definito le *“modalità di presentazione dell’istanza di rimborso del canone per uso privato”* per quanti abbiano già pagato erroneamente il canone, non avvedendosi della trattenuta in bolletta da parte del fornitore di energia elettrica. Il documento vale sia come domanda di restituzione nel caso in cui il contribuente o un familiare abbia già pagato il canone sia come dichiarazione sostitutiva in caso di doppio canone, cioè di addebito su due utenze della stessa famiglia anagrafica – ad esempio prime e seconde case o intestate a membri differenti della stessa famiglia –. Il diritto al rimborso sussiste anche per i contribuenti over 75 con un reddito familiare complessivo non superiore a 6713,98 euro.

Un ultimo rilievo, di particolare interesse per la protezione dei consumatori attiene al trattamento dei dati. Infatti, i dati personali raccolti per la fornitura dell’energia elettrica sono utilizzati, in base alla tipologia di cliente domestico residente, anche ai fini dell’individuazione dell’intestatario del canone di abbonamento e del relativo addebito in bolletta che, in caso di cliente domestico residente con potenza impegnata fino a 3kW (tariffa D2 della spesa per il trasporto e la gestione del contatore), avverrà senza ulteriori verifiche sulla residenza.

Con riferimento a tali profili, merita segnalare che sullo schema di decreto ministeriale aveva espresso parere il Consiglio di Stato – sezione consultiva per gli Atti normativi – n. 615/2016 del 13 aprile 2016.

La Sezione aveva mosso le sue osservazioni sulla base del contenuto del Regolamento: la disciplina delle modalità di pagamento e di riscossione del canone di abbonamento alla televisione, con particolare riferimento alle norme del decreto volte all’allineamento delle banche dati dell’Acquirente Unico s.p.a. e dell’Agenzia delle entrate che opera sulla base del sistema informativo dell’Anagrafe tributaria nonché le procedure previste per lo scambio d’informazioni fra i suddetti enti (art. 2); alle norme con cui l’Acquirente Unico s.p.a. rende disponibili, con modalità approvate dall’Autorità e tramite il Sistema informativo integrato, le informazioni alle aziende elettriche incaricate della riscossione del tributo (art. 3); alle norme sul riversamento dei canoni (art. 4) e a quelle sull’individuazione e il trasferimento dei dati utili al controllo (art. 5).

In relazione a quanto precede, la Sezione ha sottolineato che l’effettiva operatività del sistema di riscossione e pagamento del canone di abbonamento alla televisione delineato dal regolamento – avendo riguardo ai riflessi che il medesimo avrà nei confronti della comunità degli utenti – dipenderà dalle intese e dal grado di coordinamento che si realizzeranno fra gli Enti coinvolti nel suddetto procedimento nonché dal completamento di alcuni programmi quali quello dell’Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR), previsto anche dal nuovo Codice dell’amministrazione digitale (CAD) che è stato predisposto dal Governo e di recente esaminato dalla Sezione.

Relativamente al profilo di tutela dei consumatori, il Consiglio di Stato ha rilevato l’opportunità di precisare nel Regolamento che il canone di abbonamento è dovuto solo a fronte del possesso di uno o più apparecchi televisivi in grado di ricevere il segnale digitale terrestre o satellitare direttamente o tramite *decoder*. Tale “elemento informativo”, infatti, viene ritenuto particolarmente utile per i cittadini sia in relazione agli obblighi contributivi che i medesimi devono

assolvere sia in riferimento all'autodichiarazione concernente il mancato possesso di apparecchi che gli stessi devono effettuare e alle conseguenze di carattere penale che possono derivare da una dichiarazione mendace, in base alle norme vigenti in materia.

Inoltre sotto un differente profilo la Sezione ha rilevato che il procedimento di addebito e riscossione del canone di abbonamento alla televisione presuppone uno scambio di dati e d'informazioni fra gli enti coinvolti nella succitata attività (Anagrafe tributaria, Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, l'Acquirente unico spa, il Ministero dell'interno, i Comuni e alcune società private), che necessariamente implica profili di rispetto e tutela della *privacy* (a seguito di tale impulso è stato redatto l'art. 8 del regolamento). Per inciso, sulla questione *privacy* si ricorda che al fine di limitare il fenomeno dell'evasione in passato la RAI si era già rivolta all'emittente televisiva Sky chiedendo di accedere alle informazioni sensibili dei suoi abbonati per verificare il pagamento del canone. In quell'occasione Sky aveva negato la disponibilità provocando una reazione da parte della RAI (la quale provvede a realizzare criptaggi dei programmi RAI sui decoder Sky, in contrasto con quanto stabilito dal TAR Lazio, 6320/2012 e CDS III 4336/2013 che in occasione del contenzioso sorto dalla vicenda aveva ribadito che l'azienda televisiva di servizio pubblico deve rispettare il principio di universalità, di neutralità tecnologica e di non discriminazione).

La Sezione evidenziava, infine, che non tutte le norme *ivi* previste risultassero formulate in maniera adeguatamente chiara, tenendo conto dell'ampia platea di utenti cui le medesime si rivolgono, lamentando l'assenza di forme adeguate di pubblicità rispetto all'elevato grado di diffusione raggiunto dal mezzo televisivo (in particolare, il riferimento era agli adempimenti previsti per la collettività degli utenti nell'ambito nel nuovo procedimento di riscossione del canone – come ad esempio la dichiarazione richiamata dall'art. 3 dello schema o la richiesta di rimborso di cui all'art. 6 – relativamente ai quali si invocava una diffusione più ampia, al fine di agevolare la conoscenza di tali adempimenti da parte della cittadinanza e, conseguentemente, una più efficace applicazione delle norme stesse).

3. ASPETTI REGOLATORI AL VAGLIO DI AEEGSI E AGCM

La portata dell'operazione di inserimento del canone in bolletta è percepibile anche avendo riguardo al coinvolgimento delle Autorità di regolazione, nello specifico AEEGSI e AGCM nonché di tutti gli operatori istituzionalmente interessati, dei rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze, dell'Agenzia delle Entrate, di Acquirente Unico s.p.a. e delle associazioni di categoria delle imprese elettriche e dei consumatori. Lo schema di decreto è stato corredato dall'analisi dell'impatto della regolamentazione (A.I.R.) e dall'analisi tecnico-normativa (A.T.N.).

I rilievi formulati si sono mossi su più fronti. Inizialmente l'AEEGSI è intervenuta con delibera dell'11 dicembre 2015, 610/2015/R/com. In particolare, ha approvato delle modifiche alle precedenti delibere riguardanti la "bolletta 2.0" prevedendo l'inserimento nella bolletta sintetica di una specifica voce denominata "Canone di abbonamento RAI" e una maggiore informazione ai clienti finali circa i mesi cui si riferiscono le rate addebitate in ciascuna bolletta. Accanto a ciò si specificava la necessità che tale voce relativa al canone fosse esente da IVA ed altre imposte, non facendo parte del contratto di fornitura.

Il 22 marzo 2016, con parere 121/2016/l/eel, l'AEEGSI si è espressa favorevolmente sullo schema di decreto previsto dall'art. 1, comma 154, della legge n. 208/15 (legge di stabilità 2016). Nel parere si evidenzia la necessità che il contributo forfetariamente previsto per l'attuazione del decreto sia destinato in parte anche all'Acquirente unico, limitatamente ai costi sostenuti per l'implementazione e la gestione del servizio idrico integrato, in considerazione dell'allineamento delle banche dati tra il Sistema Informativo Integrato (SII) gestito da Acquirente Unico S.p.a. e l'Anagrafe Tributaria dell'Agenzia delle entrate, anche al fine di individuare i soggetti destinatari del canone. Si raccomanda, inoltre, che lo schema di decreto chiarisca che l'addebito del canone avvenga contestualmente alle fatture di energia

elettrica per i clienti domestici e che tale schema preveda anche che sia l’Autorità a redigere e ad aggiornare l’elenco delle reti non interconnesse con la RTN. Infine, l’Autorità evidenzia l’opportunità di stabilire che le imprese di vendita e l’Acquirente unico rendano disponibili informazioni dettagliate e documentate circa i costi relativi alle attività derivanti dall’implementazione della disciplina stabilita dallo schema di decreto sul canone, garantendone, altresì, un’adeguata evidenza contabile.

Anche l’AGCM, il 28 ottobre 2015, ha reso parere favorevole all’inserimento del canone RAI in bolletta. Con tale atto l’Autorità si è espressa sia in merito alla Legge di stabilità 2016, sia allo schema recante “Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo”.

L’AGCM ha posto l’accento sul valore del legame tra la riscossione del canone di finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo e il pagamento del servizio di erogazione dell’elettricità, valutando positivamente l’intento di ridurre l’area di evasione dagli obblighi contributivi nonché di ridurre il canone individuale, purché la novella legislativa fosse accompagnata con adeguate garanzie informative nei confronti degli utenti finali. Si raccomandava a tal proposito che in ragione della complessità delle modalità di fatturazione dei servizi di erogazione dell’energia, l’introduzione del pagamento della canone all’interno della fattura energetica non compromettesse il grado di comprensione per il consumatore finale dei prezzi relativi ai propri consumi di fornitura elettrica, anche al fine di poter operare una comparazione tra i vari operatori energetici. Tale garanzia di trasparenza risulta ancor più rilevante in vista della conclusione del regime di maggior tutela per la fornitura di energia elettrica in corso di avvio (sul punto v. paragrafo di A. Affinito, in questo rapporto).

L’Autorità, inoltre, non tralasciava di contestualizzare tali interventi in una fase particolare: in prossimità della scadenza della concessione del servizio pubblico radiotelevisivo a RAI (il 6 maggio 2016, poi oggetto di successiva proroga) e della connessa imminente riforma del servizio pubblico radiotelevisivo (ai tempi d.d.l. n. 1880 Senato, ma su cui v. L. 28 dicembre 2015, n. 220) nonché dell’approvazione del nuovo Contratto di Servizio RAI.

Relativamente al finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia, l’Autorità ha ricordato che la RAI è un *“soggetto ibrido che coniuga obiettivi pubblicistici e commerciali con tipologie di finanziamento sia pubbliche sia rivolventi da attività commerciali”*, rilevando inoltre che tale sistema misto (diffuso nel panorama europeo) sia caratterizzato nel nostro paese da un peso relativo alle risorse derivanti dalla pubblicità per la RAI più elevato rispetto agli operatori degli altri paesi europei. Al fine di evitare distorsioni nel funzionamento dei mercati è pertanto necessario assicurare che tali risorse destinate al finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo non pregiudichino l’esistenza di una concorrenza effettiva nel mercato della raccolta pubblicitaria su mezzo televisivo, in Italia molto concentrata (evitando che le risorse pubbliche siano utilizzate per il finanziamento delle attività commerciali).

Per ovviare ai rischi prospettati la soluzione sta nella separazione tra attività di servizio pubblico e attività commerciali della RAI *“attraverso forme di separazione più incisive della separazione contabile”*.

Dello stesso avviso la Corte dei Conti che già aveva avuto modo di affermare che *“il modello della contabilità stessa, sicuramente valido per evidenziare finanziamenti pubblici superiori al costo complessivo sostenuto dalla concessionaria per lo svolgimento del servizio pubblico, non possa essere assunto quale strumento unico ed esclusivo per determinare la misura del canone radiotelevisivo; ciò in quanto alcuni valori in essa contenuti provengono da procedure basate sull’applicazione di parametri numerici e sull’ipotetica applicazione di vincoli normativi previsti per la generalità degli operatori di settore”*.

Tuttavia – come sottolineato dall’AGCM – l’effettiva separazione tra l’attività di servizio pubblico e quella commerciale non può prescindere da una definizione puntuale degli obblighi di servizio pubblico radiotelevisivo. Ciò in quanto è necessario evitare che un’eccessiva ampiezza dell’ambito del servizio pubblico radiotelevisivo comporti l’assoggettamento ad una disciplina particolare anche di quei servizi radiotelevisivi che non si identificano negli obiettivi di servizio pubblico e che possono essere svolti in regime di concorrenza.

4. NATURA GIURIDICA DEL CANONE: RIPENSAMENTI NEL SISTEMA DELLA PLURALITÀ DELLE RETI

La scelta di introdurre il canone RAI in bolletta ha riproposto un dibattito mai sopito sulla legittimità del canone RAI. La problematicità dipende, soprattutto, dall'inadeguatezza delle risposte offerte dall'ordinamento alla realtà delle mutate abitudini degli utenti, conseguenza dei profondi cambiamenti nell'offerta sul mercato delle emittenti.

La questione, dunque, non è nuova: è sufficiente una breve rassegna giurisprudenziale per rintracciare casi sul tema. Il classico esempio consiste nella doglianza del contribuente che sostiene di non dover pagare il canone per il fatto di non fruire del servizio, preferendo le emissioni di altri *broadcaster*, cui magari corrisponde altrettanti pagamenti, ben più onerosi del canone RAI. Il contenzioso si conclude ribadendo l'obbligo in capo al cittadino di corrispondere il canone.

Quali le ragioni a giustificare l'esistenza del canone? Innanzitutto è bene ricordare che la disciplina del Canone RAI è contenuta nel r.d.l. 246/1938. In particolare, l'art. 1 comma 1 dispone che *“Chiunque detenga uno o più apparecchi atti od adattabili alla ricezione delle radioaudizioni è obbligato al pagamento del canone di abbonamento, giusta le norme di cui al presente decreto”*. L'art. 10 dello stesso testo detta le condizioni e le procedure attraverso le quali chi non intenda o non possa più usufruire delle radioaudizioni può essere dispensato dal pagamento del canone. L'art. 25 disciplina la riscossione e il versamento dei canoni e delle relative soprattasse e pene pecuniarie.

Del canone si era occupato anche l'art. 15 della l. 14 aprile 1975, n. 103 poi abrogata e sostituita dall'art. 18 della l. 3 maggio 2004, n. 112 il quale ha confermato che il canone è destinato a finanziare il servizio radiotelevisivo pubblico. La configurazione giuridica del canone ha subito un capovolgimento negli anni.

In un primo momento il canone di abbonamento alle radioaudizioni e alla televisione era considerato come corrispettivo dovuto dagli utenti del servizio riservato allo Stato ed esercitato in regime di concessione. Ciò è agevolmente comprensibile considerando che in quel tempo vigeva un assetto monopolistico che rendeva univoca la corrispondenza tra possessore di apparecchio atto alla ricezione di trasmissioni e trasmittente pubblica. Tale tesi, c.d. della *“sinallagmaticità”*, fu presto abbandonata.

Un'inversione di rotta fu operata dalla Corte Costituzionale – poi seguita dal Legislatore – che attribuì al canone natura di prestazione tributaria, vale a dire di imposta per il possesso del televisore.

Ciò per due essenziali ragioni. Innanzitutto il progresso tecnologico consentì l'apertura del mercato di ricezione e trasmissione ad una pluralità di operatori diversi dall'emittente pubblica. In secondo luogo si fece leva sull'art. 15 comma 2 della l. 103/1975 secondo cui il canone è dovuto anche per la detenzione di apparecchi atti alla ricezione di programmi via cavo o provenienti dall'estero (Corte Cost. 535/1988).

Accanto a ciò – sottolinea la dottrina (Marcheselli, 2014) – vi era inoltre l'evidente volontà politica di mantenere pubblica la fonte di finanziamento del servizio; anche nel pluralismo delle reti, dunque, era necessario il mantenimento di una voce pubblica, finanziata dai contribuenti. Sul punto, infatti, già la Corte Costituzionale, con sentenza n. 284 del 26 giugno 2002, aveva ribadito che *“il collegamento dell'obbligo di pagare il canone alla semplice detenzione dell'apparecchio, atto o adattabile alla ricezione anche solo di trasmissioni via cavo o provenienti dall'estero (...), indipendentemente dalla possibilità e dalla volontà di fruire dei programmi della concessionaria del servizio pubblico, discende dalla natura di imposta impressa al canone, che esclude ogni nesso di necessaria corrispettività in concreto fra obbligo tributario e fruizione effettiva di servizio”* (poi ripresa anche da Corte Cass. 20 novembre 2007 n. 24010).

Il passaggio più delicato nella costruzione giurisprudenziale operata nel tempo dalla Corte risiede tuttavia nella giustificazione dell'esistenza del canone. Giustificazione che viene rintracciata nel principio di rilievo costituzionale (ex art.

53) di proporzionalità impositiva. Ciò equivale a dire che l'indice di capacità contributiva viene ravvisato nella mera detenzione di un apparecchio radiotelevisivo (C.Cost. ord. 219 e 499 del 1989). Tale ricostruzione è stata ampiamente criticata in dottrina. In particolare è apparsa priva di senso la relazione tra patrimonio e apparecchio televisivo. Il canone infatti non è parametrato al bene, essendo indipendente dal valore di quest'ultimo (modello, numero di apparecchi posseduti) e anzi, talora arriva persino a superare il valore del bene stesso.

Neppure varrebbe considerare il canone imposta sui consumi, essendone anche qui indipendente.

Qualcuno, infine, cogliendo una prospettiva paventata dalla Corte nei suoi *iter* argomentativi, ha proposto come giustificazione le supposte *"funzioni di polizia e amministrazione dell'etere di cui lo Stato è sovrano"*, spettanti al soggetto pubblico. In tal senso, è stato osservato che si dovrebbe tornare a propendere per una configurazione del canone come tassa dovuta dagli utenti per il servizio di vigilanza e amministrazione delle frequenze svolto dallo Stato, garantendo la fruizione dei programmi televisivi. Ricostruzione che incontra un ostacolo laddove si ricordi che il canone, per espressa previsione legislativa, finanzia la programmazione e non l'attività di vigilanza.

Dalle ricostruzioni illustrate sembrerebbero derivare alcuni margini di incostituzionalità.

Tuttavia anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sul punto affermando la piena legittimità del canone (decisione 33/04 del 31 marzo 2009). La Corte, infatti, richiamando la norma del r.d. ha ricordato che la tassa è dovuta per il solo fatto di possedere la televisione. Accanto a ciò, inoltre, evidenziava che l'ammontare del canone corrisponde ad un importo "ragionevole" e che non viene pagato a fronte della ricezione di un canale particolare, ma rappresenta un contributo a un servizio per la comunità.

Un tentativo di fornire chiarimenti sul punto si ebbe da parte dell'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 102/E del 19/03/2008 in sede di risposta ad un interpello. Tuttavia la predetta risoluzione non sortì, contrariamente a quanto ci si sarebbe potuti aspettare, l'auspicato effetto chiarificatorio, dal momento si giunse ad una soluzione non appagante, nei termini seguenti: *"la soluzione della problematica concernente l'assoggettamento al pagamento del canone RAI da parte di detentori di computer, monitor, modem, ipod, Mp3, videocellulare, videocitofono, videocamera, macchina fotografica, videoregistratore, riproduttore dvd, decoder così come elencati nel quesito in esame, è correlata e successiva alla individuazione degli apparecchi atti o adattabili alla ricezione delle trasmissioni televisive. Le Direzioni Regionali vigileranno affinché i principi enunciati nella presente risoluzione vengano applicati con uniformità"*.

Più recentemente uno sforzo ulteriore è giunto dalle sedi governative. In data 22 febbraio 2012 il Ministero dello Sviluppo Economico ha emanato una nota al fine di definire le apparecchiature rientranti nell'ambito di applicazione del regio decreto in seguito all'evoluzione tecnologica degli ultimi anni. Sulla base dei criteri esposti il Ministero ha stabilito che: *"Un apparecchio si intende "atto" a ricevere le radioaudizioni se e solo se include nativamente gli stadi di un radiorecettore completo: sintonizzatore radio (che operi nelle bande destinate al servizio di Radiodiffusione), decodificatore e trasduttori audio/video per i servizi radiotelevisivi, solo audio per i servizi radiofonici"*. Mentre *"un apparecchio si intende "adattabile" a ricevere le radioaudizioni se e solo se include almeno uno stadio sintonizzatore radio (che operi nelle bande destinate al servizio di Radiodiffusione), ma è privo del decodificatore o dei trasduttori audio/video, o di entrambi i dispositivi, che collegati esternamente al detto apparecchio realizzerebbero assieme ad esso un radiorecettore completo"*.

Per maggior chiarezza il Ministero ha predisposto anche una tabella esplicativa, dalla cui lettura emerge che la presenza del cd. sintonizzatore Radio/tv (nelle forme tecniche indicate dal Ministero) all'interno di un dispositivo rappresenta l'elemento essenziale al fine di far sorgere l'obbligo al pagamento del canone, e ciò a prescindere dalla tipologia di dispositivo (TV, radio, pc, etc).

Per quanto attiene alla posizione degli utenti, l'introduzione del canone in bolletta ha prestato il fianco a critiche in parte inconferenti con il perimetro delle questioni poste dalla nuova normativa. Il dibattito si è ampliato fino a ricomprendere: la programmazione RAI, la scelta dei conduttori, la retribuzione dei manager e dei conduttori, etc. Alla base

di questi argomenti vengono posti i seguenti quesiti: un servizio può essere imposto? Qualora fosse imposto, non dovrebbero cambiare le modalità attraverso cui si giunge all'offerta del prodotto finale (la programmazione radiotelevisiva)? Non sarebbe opportuno aprire maggiormente alla partecipazione degli *stakeholders* al fine di calibrare le risorse pubbliche investite nel servizio nazionale di radiotelevisione in ordine al raggiungimento di un maggior grado di soddisfazione da parte degli utenti? Accanto a ciò sono state ipotizzate anche soluzioni alternative per azzerare l'evasione del canone RAI arrivando fino a proporre di impedire la visione a chi non paga, criptando le trasmissioni e fornendo una *card* a coloro che pagano il canone al fine di rendere effettivo l'obbligo di pagare per quanti vogliono usufruire del servizio e di evitare senza oneri particolari il pagamento a chi non voglia. Ma realizzare ciò – e quindi impedire di fruire del servizio – non significherebbe modificare nel profondo il servizio pubblico reso da RAI?

5. IL VALORE DEL POD. UN NUOVO STRUMENTO PER IL SOCIAL?

Alla luce della ricostruzione svolta appare chiaro che il canone RAI nel nostro ordinamento si sostanzia in un'imposta legata al possesso di un determinato bene. La sua disciplina sembrerebbe dunque potersi assimilare ad altri tipi di imposta come ad esempio il bollo auto (divenuto da tassa di circolazione tassa di possesso), la IUC (imposta unica comunale), nella sua componente IMU (imposta municipale unica) o il bollo sulle attività finanziarie. Tali scelte legislative sembrano andare tutte nella stessa direzione, privilegiando una fiscalità c.d. "statica" basata sul possesso di determinati beni (facilmente individuabili) piuttosto che una fiscalità "dinamica" costituita dagli incrementi reddituali.

Il caso del canone RAI in bolletta appare emblematico di questa tendenza. Ciò è tanto più significativo in relazione allo strumento che viene utilizzato per veicolare tale imposta: la bolletta elettrica e dunque il POD (*point of delivery* e cioè punto di prelievo dell'elettricità).

Il POD è un codice che serve ad individuare con precisione l'utenza, ossia il punto geografico sul territorio in cui l'energia elettrica viene prelevata dall'utente. Ogni abitazione è collegata al sistema di distribuzione di energia elettrica locale tramite un determinato POD, considerato come il "codice fiscale" dell'utenza elettrica. Anche cambiando fornitore, infatti, il codice non varia, in quanto identifica una posizione geografica e non una relazione contrattuale con un fornitore.

Dalle novelle normative descritte il POD tuttavia parrebbe atteggiarsi a ben altro, divenendo strumento di riscossione di un'imposta. Sorge allora la convinzione che il POD stia assumendo un rilievo proprio, sia sul piano contrattuale che su quello fiscale.

Sul POD, ad esempio, si scarica anche il corrispettivo Cmor (v. AEEGSI Consumerism 2015), cioè il corrispettivo per morosità delle utenze di energia che viene eventualmente addebitato dal nuovo fornitore di energia al cliente finale a fronte di situazioni di morosità pregressa nei confronti del precedente fornitore di energia elettrica. Il Cmor origina da un inadempimento contrattuale nei confronti di un fornitore e attraverso il transito nella bolletta – e dunque grazie alla riconducibilità della propria posizione al POD – viene accreditato a titolo di indennizzo a favore del nuovo fornitore. Tale sistema indennitario assume chiaramente la funzione di tutelare il fornitore uscente che non può più utilizzare lo strumento della sospensione della fornitura, evitando da un lato che i fenomeni di c.d. "turismo energetico" alimentino le condotte di inadempimento senza adeguate tutele per i fornitori e dall'altro l'attivazione delle onerose vie del contenzioso.

Con l'inserimento del canone in bolletta si è stimato di risolvere il problema dell'evasione.

Una questione sorge spontanea: se il pagamento del canone attraverso lo strumento della bolletta fosse interpretato come soluzione vincente di un problema così radicato nel nostro Paese, potrebbe forse prefigurarsi che la novità sia "la

prima di una lunga serie”?

Il bollo auto, ad esempio, sopporta una evasione di circa il 12 per cento, seconda solo a quella del canone RAI. Anche in questo caso potrebbe essere risolutivo l’inserimento di tale voce in bolletta?

O ancora, la tassa patrimoniale. Sarebbe prospettabile una patrimoniale sulla bolletta energetica analogamente a quanto realizzato per i conti correnti bancari?

In definitiva, dunque, potrebbe giungersi ad immaginare una bolletta semplice e trasparente, contenente voci di costo ben delineate ed intellegibili per gli utenti, ma con una contropartita decisamente pesante e cioè l’inserimento nella stessa di voci del tutto estranee alla fatturazione dei consumi elettrici. Ciò equivarrebbe ad una trasfigurazione dello strumento della bolletta elettrica tradizionalmente inteso, fino a renderla un documento onnicomprensivo con rilievo contrattuale e fiscale: una appropriazione (forse maldestra) dello strumento *social* da parte del legislatore.

Come rilevato in apertura, la riforma della bolletta sembra essere oggetto di due forze contrapposte: semplificazione vs complicazione.

Tali scelte meritano tuttavia di essere riconsiderate all’interno del sistema dello stato di diritto e dell’ordinamento positivo, prestandosi a rappresentare forti intrusioni nei diritti fondamentali dei cittadini sotto vari e differenti profili, primi tra tutti la progressività della contribuzione, la *privacy* e in definitiva l’uguaglianza sostanziale.

Appare utile concludere con una certezza e con un dubbio.

La certezza è che i consumatori continueranno a lamentare una stretta sul sistema impositivo non proporzionale alla fruizione e al gradimento del servizio pubblico, percependo il canone – ora più che mai – come uno strumento autoritario e obsoleto. Più che semplificazione, agli occhi del consumatore accorto, la nuova bolletta potrebbe sembrare complicazione o peggio mistificazione.

Il dubbio è invece il seguente: uno strumento così capillare ed invasivo colpisce e sradica (forse) l’evasione, ma a quale prezzo? E soprattutto, a quali sviluppi ulteriori espone gli utenti? Questi gli interrogativi da riconsegnare alle autorità di regolazione.

AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI

(Aldo Corvino, Paolo Occhiuzzi)²

Il nuovo mercato dei trasporti tra servizio pubblico e piattaforme digitali

SOMMARIO: 1. L'EVOLUZIONE DEL SETTORE DEI TRASPORTI E PROFILI PROBLEMATICI. – 2. NUOVI MODELLI E SERVIZIO PUBBLICO: OPPORTUNITÀ E CRITICITÀ. – 3. LE REGOLE E L'ART. – 4. STRUMENTI DI TUTELA.

1. L'EVOLUZIONE DEL SETTORE DEI TRASPORTI E PROFILI PROBLEMATICI

L'instaurazione di una politica comune nel settore dei trasporti, accanto alle politiche relative al commercio e all'agricoltura, ha rappresentato per l'Unione europea uno strumento indispensabile per la realizzazione degli obiettivi comunitari, consistenti nell'attuazione di uno sviluppo armonioso delle attività economiche e di una espansione continua ed equilibrata. Il coordinamento delle politiche nazionali in tema di trasporti è stato, infatti, una tappa obbligata per la progressiva instaurazione del mercato comune e per l'affermazione in concreto del principio di libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Parimenti funzionale all'attuazione di tali principi è l'individuazione, sotto il profilo consumeristico, di un set minimo di regole applicabili a tutti i soggetti attivi nel settore dei trasporti, indipendentemente dalla modalità di trasporto, al fine di garantire al viaggiatore un livello di tutela adeguato, con riferimento all'informazione e ai rimedi (risarcitori e non solo) in caso di condotta del vettore che sia generativa di un danno.

L'obiettivo è stato perseguito attraverso una peculiare tecnica legislativa che ha percorso tre differenti strade. In un primo momento, infatti, il legislatore ha cercato di anticipare in ambito europeo il contenuto sostanziale di convenzioni internazionali sulla responsabilità del vettore, non ancora vigenti e non ancora ratificate da tutti gli Stati membri, estendendone il campo di applicazione ai trasporti nazionali.

Progressivamente, inoltre, sono state introdotte, a livello europeo regole più favorevoli per i passeggeri rispetto a quanto previsto dalle convenzioni internazionali, introducendo regole comuni in tutti gli Stati dell'Unione europea volte a rafforzare la tutela dei passeggeri. Da ultimo, infine, si è inteso regolare tutti gli aspetti che non trovano disciplina nelle convenzioni internazionali. Ciò, in quanto la tutela garantita al viaggiatore dalle convenzioni internazionali era principalmente indirizzata alle ipotesi di danni da morte e lesioni e di danni ai bagagli, ma non considerava altri diritti dei passeggeri quali, ad esempio, il diritto a ottenere informazioni e soprattutto i diritti a veder alleviati i disagi in caso di inadempimento o ritardato adempimento dei vettori. Risulta, infine, assente la previsione negli accordi internazionali di garanzie a tutela delle persone disabili o a mobilità ridotta.

Da qui l'intervento del legislatore europeo che, attraverso distinti regolamenti, ha cercato di colmare i vuoti lasciati dal diritto internazionale. Ad esempio, stante l'insuccesso della Convenzione di Ginevra del 1° marzo 1973 sul trasporto stradale di persone (c.d. CVR), con Reg. (UE) n. 181/2011 del 16 febbraio 2011 – che trova applicazione dal 1° marzo

2 I parr 1 e 3 sono di Paolo Occhiuzzi; i parr. 2 e 4 sono di Aldo Corvino.

2013 (art. 34) – è stata disciplinata in ambito comunitario la responsabilità del vettore stradale per decesso o lesioni dei passeggeri e danneggiamento del bagaglio (art. 7) nel trasporto effettuato mediante autobus rispondente a determinati presupposti fissati dallo stesso Regolamento (art. 2).

Al pari di quanto già previsto nel trasporto aereo, anche nel trasporto marittimo è stato introdotto, ad opera del Reg. (CE) n. 392/2009, l'obbligo per il vettore di erogare al passeggero o all'avente diritto un anticipo di pagamento nel caso di morte o lesioni personali causate da un incidente marittimo per far fronte alle esigenze economiche immediate (art. 6) e analoga disposizione è stata inserita nel Reg. (CE) n. 1371/2007 relativo al trasporto ferroviario (art. 13).

Tali regole, tuttavia, sono oggi solo parzialmente idonee a contribuire ad una efficace tutela del mercato. L'evoluzione digitale e l'applicazione di nuovi modelli di contrattazione e fruizione dei servizi hanno generato "nuove forme" di mobilità, basate sulla condivisione del mezzo di trasporto (si pensi ad operatori di piattaforme quali BlaBlaCar e Uber).

In questa prospettiva risulta dunque prioritario individuare nuove regole applicabili a *tutti i fornitori e fruitori* dei servizi di mobilità tramite canali digitali, per garantire al viaggiatore un livello di sicurezza adeguato nonché uno standard minimo di tutela, con riferimento all'informazione e ai rimedi (risarcitori e non solo) in caso di condotta del vettore che sia generativa di un danno.

L'esigenza di nuove coordinate normative di riferimento postula però l'analisi sul corretto inquadramento giuridico di detti servizi che astrattamente possono rientrare sia nell'alveo dei servizi della società dell'informazione che nell'ambito dei servizi di trasporto.

Un esempio può essere chiarificatore del problema classificatorio. Come ormai noto, l'applicazione sviluppata da Uber consente di richiedere un servizio di trasporto ad un autista, attraverso l'invio delle coordinate GPS dell'utente a un centralino che smista le richieste e manda in zona l'autista libero interessato alla corsa. Ciascun autista può discrezionalmente decidere di accettare o rifiutare la richiesta. Qualora l'autista accetti la richiesta, l'applicazione notifica al cliente l'avvenuta accettazione e fornisce le informazioni relative all'operatore del servizio di trasporto (nome e fotografia del conducente, numero di licenza e di targa, numero di telefono e la valutazione del suo servizio da parte degli utenti), nonché consente di visualizzare – in tempo reale – il percorso dell'autista in avvicinamento.

Sul versante dell'offerta, il rapporto che lega Uber e gli "autisti" è definito dai rappresentanti della società come un rapporto di servizio, non esclusivo. Ai conducenti NCC, selezionati da Uber a seguito di un colloquio e di una verifica del veicolo, viene fornito dalla società uno *smartphone* predisposto per la ricezione delle richieste degli utenti.

Gli autisti, inoltre, sottoscrivono una delega di "*money handling*" a favore di Uber, che provvede ad incassare direttamente i pagamenti dell'utenza con addebito sulla carta di credito, retrocedendo poi a ciascun autista la quota di spettanza per il servizio di trasporto reso e trattenendo una commissione per il proprio servizio di intermediazione.

Sul versante della domanda, l'utente si registra alla piattaforma tramite l'applicazione, comunicando i propri dati personali (nome, cognome, indirizzo *e-mail* e numero di telefono mobile) ed i dati relativi alla propria carta di credito. Una volta completata la procedura di registrazione, Uber fornisce all'utente un *account* personale, da esso accessibile mediante *password*.

Il servizio prestato presenta palesemente caratteristiche attinenti alla intermediazione e al trasporto. Ed è per tale motivo che sulla qualificazione giuridica e conseguente regolamentazione di tali servizi è ancora in corso una riflessione sul piano comunitario e nazionale.

Proprio sul tema, in data 16 luglio 2015 il Giudice Mercantile di Barcellona ha emesso un'ordinanza di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'ambito di una causa sollevata da un'associazione di tassisti di Barcellona contro la società Uber System Spain, con riguardo all'asserita attività di concorrenza sleale esercitata dal servizio Uberpop.

Le questioni pregiudiziali riguardano in estrema sintesi la natura dell'attività di intermediazione tra il proprietario di un veicolo e la persona che deve effettuare uno spostamento urbano, attività che viene svolta con fini di lucro e attraverso la gestione di mezzi informatici che consentono a tali persone di mettersi in contatto. In particolare, i quesiti vertono sulla natura giuridica del servizio Uberpop e specificatamente se detta attività debba essere considerata una mera attività di trasporto, un servizio elettronico di intermediazione o un servizio della società dell'informazione ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

Anche a livello nazionale, il tema è attualmente in discussione. Ciò è dimostrato dalla necessità avvertita dal Ministero dell'Interno di formulare al Consiglio di Stato una richiesta di parere consultivo in ordine all'applicabilità della legge 15 gennaio 1992, n. 21, *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea* (d'ora in avanti, Legge Quadro) alle nuove forme di organizzazione e gestione telematica del trasporto di persone mediante autoservizi. Peraltro, sul tema le diverse Amministrazioni competenti ed i giudici aditi hanno finora espresso posizioni differenziate.

Con parere del 25 novembre 2015, il Consiglio di Stato ha fornito qualche ulteriore spunto di riflessione senza giungere a conclusioni definitive. Più nel dettaglio, rispondendo al quesito posto dal sopra richiamato Dicastero, il Consiglio di Stato ritiene assolutamente legittime le operazioni contrattuali tra le piattaforme internet e i fruitori del servizio, auspicando un'apposita regolamentazione nell'interesse sia degli utenti finali, sia per il rispetto della sicurezza e dell'incolumità dei passeggeri. Secondo il Consiglio, infatti, non si possono applicare ai servizi offerti da queste nuove piattaforme le norme della legge quadro sull'autoservizio pubblico non di linea.

Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, infatti, la disciplina quadro del servizio pubblico di trasporto non di linea, di fronte alle nuove caratteristiche di mobilità che si sono affermate, *"...mostra i segni del tempo e dello sviluppo dell'innovazione tecnologica, per cui si pone il problema di verificare se(..) le nuove tipologie di trasporto di persone non di linea, siano ammesse"* e, ove ammissibili, se siano ad esse applicabili i principi della legge quadro sul servizio pubblico di trasporto, oppure se esse siano espressione della libertà contrattuale delle parti.

Nel parere reso, il Supremo giudice amministrativo ritiene che la legge quadro sarebbe applicabile *"solo qualora si ritenga che la complessa fattispecie descritta, integri una forma di trasporto pubblico non di linea perfettamente aderente alle fattispecie sanzionatorie descritte, sia dal Codice della strada, sia dalla legge quadro. Pur essendo innegabile una certa similitudine tra il servizio offerto attraverso l'utilizzo delle nuove applicazioni ed il servizio di noleggio con conducente, delle differenze non minimali le distinguono"*. In senso contrario a tale interpretazione militano diversi argomenti: a) non si crea alcun legame contrattuale diretto tra richiedente e prestatore del trasporto, dato che anche il pagamento è mediato dalla società che gestisce la piattaforma; b) il sistema informatico rappresenta la struttura portante dell'operatività dell'intero negozio giuridico che risulta atipico rispetto a quelli attualmente regolati; c) l'attività di geolocalizzazione, la necessità di pagamento in modo elettronico, la facoltà di differimento del pagamento attraverso l'utilizzo di strumenti elettronici, l'eventuale assistenza legale, non costituiscono aspetti accessori rispetto al servizio di trasporto, ma elementi costitutivi senza i quali non sarebbe possibile offrire un servizio con quelle peculiarità.

Infine, il Consiglio di Stato osserva che l'utente tipo di questo servizio è profondamente diverso da quello preso in considerazione dalla legge quadro, atteso che non si tratta di un soggetto indeterminato che chiede un mero servizio di trasporto ad un fornitore istituzionalizzato, ma di un soggetto assolutamente qualificato che ha socializzato i propri dati ed i propri bisogni di mobilità ad una società di servizi che si avvale della prestazione d'opera di determinati soggetti che non intrattengono rapporti contrattuali diretti con il fruitore del servizio.

Sulla scorta di quanto sopra, il Consiglio di Stato risponde al quesito posto dal Ministero degli Interni sulla legittimità dell'attività di dette piattaforme, sostenendo che non vi è dubbio che i contratti tra le piattaforme internet e i fruitori dei servizi siano leciti, ai sensi dell'art. 1322 c.c.; resta purtroppo da risolvere la questione dell'incolumità dei passeggeri e della sicurezza pubblica.

Pur tuttavia, ancorché le differenze strutturali e contrattuali siano palesi e possano ricondurre ad una qualificazione diversa sul piano privatistico-negoziale e di qualificazione del servizio prestato dalle piattaforme, rispetto a quella da ricondurre al carattere pubblicistico del trasporto con TAXI o NCC, esse non elidono la centralità della prestazione di trasporto su strada.

Sarebbe, ad avviso di chi scrive, tuttavia forzata una distinzione proposta tra “servizi di trasporto” da un lato, e “servizi della società dell’informazione” dall’altro, in quanto tale netta separazione non pare cogliere la complessità del fenomeno, perdendo di vista che, oltre alla componente di intermediazione *online*, chiaramente caratterizzante l’attività svolta da talune piattaforme, quello reso al consumatore finale, resta, in ultima analisi, un servizio di trasporto.

Vi sono ragioni, dunque, che militerebbero in favore di un’interpretazione orientata a sostenere che i servizi quali quelli prestati da Uber rientrino in una nuova categoria che potremmo definire quella dei cc.dd. “servizi misti”, che necessiterebbero di una regolazione, seppur minima.

Tale esigenza è avvertita anche per i diversi servizi di *car pooling*. Detti servizi trovano i propri (pochi) riferimenti normativi nell’art. 4, n. 1, della Direttiva n. 2010/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010 sul quadro generale per la diffusione dei sistemi di trasporto intelligenti nel settore del trasporto stradale e nelle interfacce con altri modi di trasporto. Tali sistemi di trasporto c.d. “intelligente” sono i sistemi in cui sono applicate tecnologie dell’informazione e della comunicazione nel settore del trasporto stradale, infrastrutture, veicoli e utenti compresi, e nella gestione del traffico e della modalità, nonché interfacce con altri modi di trasporto.

Tra gli ITS rientra il *car pooling*, i cui riferimenti normativi nazionali appaiono rintracciarsi nell’art. 4 del d.M. del MIPAAF del 27 marzo 1998 in materia di mobilità sostenibile nelle aree urbane, nell’art. 2, comma 7, del d.M. 3 agosto 2007 del MIPAAF e nel d.M. del 1° febbraio 2013 del MIT, che ha recepito la Direttiva citata. In generale, le caratteristiche principali del *car pooling* sono: l’assenza di scopo di lucro del conducente, la condivisione di un percorso in auto verso una destinazione comune, il carattere non obbligatorio e non professionale dell’attività, la possibile previsione di un rimborso spese proporzionale al tempo d’uso ed ai chilometri percorsi.

Indubbiamente i servizi di intermediazione per il *car pooling* non a fine di lucro e diretti al solo fine di condividere il medesimo tragitto in auto, ripartendo i costi, quale quello offerto dall’applicazione Letzgo (o anche – per esempio – dal sito web “Blablacar”, servizio di *car pooling* analogo a Letzgo) sono ampiamente previsti, se non addirittura promossi, dall’ordinamento europeo e nazionale, in quanto rispondono all’esigenza di ecosostenibilità e di economia condivisa, sostenuta anche dalla citata Direttiva europea e dagli interventi regolamentari nazionali.

Al di là della tassonomia, resta ferma la necessità di registrare un elemento fattuale: il trasporto non di linea (servizio pubblico e non) sta inesorabilmente mutando in forma e *ratio*. La sfida risiede, oggi, nel cogliere le opportunità di un’equilibrata integrazione tra *nuovi* e *vecchi* modelli di trasporto.

2. NUOVI MODELLI E SERVIZIO PUBBLICO: OPPORTUNITÀ E CRITICITÀ

Come è stato anticipato, da alcuni anni l’innovazione tecnologica sta modificando radicalmente il sistema economico. Nel settore dei trasporti, ed in particolare in quello del trasporto pubblico non di linea, notevolmente visibile è stata la trasformazione e particolarmente violenta la contrapposizione tra vecchi e nuovi modelli.

L’attuale disciplina prevede la possibilità di offrire due diversi servizi, da parte di due diverse categorie di soggetti: il servizio di taxi e quello di noleggio con conducente. Entrambi hanno una funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea, ed entrambi sono effettuati, a richiesta dei trasportati, in modo non continuativo o periodico,

su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta. Piuttosto chiari, sempre da un punto di vista normativo, sono anche i profili di differenziazione dei due servizi: i taxi devono stazionare in luogo pubblico e devono obbligatoriamente prestare il servizio con modalità e tariffe predeterminate amministrativamente; il servizio di noleggio con conducente, invece, non è sottoposto a tali vincoli, ma deve rivolgersi soltanto a chi lo richiede presso la rimessa.

Questa la disciplina, e dunque ciò che “deve essere” secondo il nostro ordinamento.

Spostandosi, però, dal punto di vista normativo a quello descrittivo, è evidente che ciò che in realtà avviene si discosta da quanto previsto.

L’innovazione tecnologica ha permesso l’emersione di nuovi modelli di svolgimento del servizio. Tra quelli di maggior successo se ne possono individuare tre: quelli utilizzati da Uber, nelle due varianti di Uber pop e Uber black, e quello di *car pooling*, utilizzato, ad esempio, da Blablacar.

Tali modelli sono spesso raggruppati indistintamente sotto l’etichetta “*sharing economy*”. Sembra, invece, che tra i fenomeni emergenti non possano essere trascurate importanti differenze, che rendono opportuna una tassonomia più articolata. Difatti, è possibile distinguere tra chi offre il servizio di trasporto: i) senza alcun corrispettivo ed al solo fine di dividere le spese (Blablacar); ii) a fronte di corrispettivo, ma non professionalmente (Uber pop); iii) a fronte di corrispettivo e professionalmente (Uber black).

L’innovazione tecnologica ha sviluppato incredibilmente i primi due modelli.

Difatti, se prima, a prescindere dalle previsioni normative, era possibile condividere un percorso con altri e dividerne le spese, così come era possibile prestare il servizio di trasporto a pagamento, anche occasionalmente, queste possibilità erano difficilmente attuabili in concreto poiché la condivisione di un percorso richiedeva un luogo dove incontrare persone che avevano in animo di effettuare lo stesso spostamento, e l’offerta di un servizio di trasporto richiedeva un luogo dove domanda ed offerta potevano incontrarsi, ma difficilmente chi offriva il servizio in modo occasionale poteva intercettare la relativa domanda.

Queste possibilità sono state facilitate incredibilmente dalla tecnologia: nel mercato sono comparsi nuovi soggetti (le cc.dd. piattaforme) che offrono uno spazio virtuale dove trasportatori e trasportati possono incontrarsi, e dove questi ultimi possono valutare i primi attraverso recensioni.

A questo punto è evidente che la tecnologia ha reso possibile diversi modelli di trasporto, che devono confrontarsi con la struttura del relativo mercato.

Lo scollamento tra la struttura del mercato e la realtà oggi esistente, come è già stato riferito nel precedente paragrafo, ha dato luogo a dubbi sulla qualificazione giuridica dei nuovi servizi e sulla possibile coesistenza di vecchi e nuovi modelli, nel contesto della regolamentazione attuale che impone obblighi esclusivamente ai soggetti tradizionalmente operanti nel mercato (taxi e NCC).

In Italia, proprio alla luce di queste valutazioni, il servizio Uber Pop è stato inibito da una decisione dell’autorità giudiziaria, chiamata a pronunciarsi su una richiesta di inibitoria per concorrenza sleale proposta nell’interesse di chi svolge il servizio taxi (società che gestiscono i servizi di radio taxi, alcuni singoli operatori del servizio taxi ed associazioni di categoria) nei confronti di Uber (cfr. Trib. Milano, 25 maggio 2015, in Corr. Giur. 2016, 356 ss.). In particolare, con ordinanza del 25 maggio 2015 il Tribunale di Milano ha inibito “l’utilizzazione sul territorio nazionale dell’app denominata Uber pop e comunque la prestazione di un servizio – comunque denominato e con qualsiasi mezzo promosso e diffuso – che organizzi, diffonda e promuova da parte di soggetti privi di autorizzazione amministrativa e/o di licenza un trasporto terzi dietro corrispettivo su richiesta del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta”. In sede di reclamo il provvedimento, per quanto qui interessa, è stato confermato.

In sintesi, tali provvedimenti i) hanno rilevato l’esistenza di una regolamentazione amministrativa dell’attività di servizio

di trasporto pubblico non di linea; ii) hanno ritenuto esistente un rapporto di concorrenza tra il servizio taxi e l'attività svolta da Uber; iii) hanno conseguentemente ritenuto rilevante, sul piano dell'illecito concorrenziale, l'attività svolta da Uber "in quanto, proprio perché l'applicazione informatica in questione ha di fatto consentito la nascita o comunque un improvviso ed esteso ampliamento di comportamenti non consentiti dalla legislazione nazionale, la sua predisposizione ed utilizzazione apporta un contributo essenziale e insostituibile allo sviluppo di condotte illecite, idonee ad incidere sul mercato in danno dei soggetti ricorrenti, e dalla quale le stesse resistenti traggono diretti benefici economici".

Il mercato dei trasporti è, dunque, in piena trasformazione e gli scenari aperti dall'innovazione tecnologica non possono però essere ignorati.

In particolare, tali scenari suggeriscono riflessioni su un piano generale, e riflessioni specificamente indirizzate al mercato dei trasporti.

Su un piano generale, le sollecitazioni offerte dall'evoluzione tecnologica, ed in particolare l'emersione di piattaforme *online* che facilitano l'incontro di domanda e offerta di servizi, si prestano ad essere diversamente valutate, e comunque pongono problemi diversi, per le tre tipologie di modelli che si è ritenuto di individuare.

I modelli di vera e propria condivisione sembrano fuori dal mercato. Si potrebbe ritenere che essi vadano favoriti, o quantomeno non ostacolati dall'ordinamento, forse anche in applicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 della Costituzione e, almeno per quanto riguarda il trasporto, per gli evidenti benefici che portano da un punto di vista ambientale.

I modelli secondo cui chiunque può offrire un servizio, a fronte di un corrispettivo, anche non professionalmente, stimolano riflessioni a proposito della trasformazione del lavoro, sempre più precario, ma impongono anche di considerare le opportunità, soprattutto in un momento di crisi economica.

I modelli che si limitano a facilitare l'incontro tra chi offre professionalmente beni o servizi e la relativa domanda presentano – in teoria – meno problemi, in quanto, come è stato anticipato, rappresentano i modelli meno condizionati dalla rivoluzione che l'innovazione tecnologica ha portato nel sistema economico. Da questo punto di vista, ciò che sembra importante è mantenere le stesse tutele assicurate a consumatori e utenti dai modelli tradizionali.

Per quanto riguarda più da vicino il servizio di trasporto pubblico non di linea, a tali considerazioni se ne aggiungono altre, che discendono dall'attuale conformazione dello specifico mercato. Qui il punto, a ben vedere, non sembra l'innovazione tecnologica in quanto tale e la modificazione che ha provocato nel sistema economico, ma – come è stato anticipato – la distanza tra quest'ultimo e l'attuale conformazione giuridica del relativo mercato. La modifica dei modelli di prestazione del servizio dovuta all'innovazione tecnologica potrebbe allora essere l'occasione per una rimediazione – questo sì il punto – della disciplina del servizio di trasporto pubblico non di linea.

In primo luogo, l'alternatività tra servizio di taxi e servizio di noleggio con conducente è messa in crisi dall'evoluzione concorrenziale dell'ordinamento e da alcune riflessioni secondo cui, anche e soprattutto in considerazione della centralità dell'attenzione all'ambiente, sarebbe irragionevole richiedere a chi svolge attività di noleggio con conducente di iniziare la corsa dalla rimessa ed ivi ritornare prima di iniziarne un'altra.

In secondo luogo, l'emersione di nuovi modelli di servizio di trasporto richiede che l'ordinamento si confronti con loro, e con le opportunità da questi offerte, ed a questo proposito, come anticipato, sembra necessario distinguere i diversi modelli.

Il modello Blablacar, e più in generale il modello che permette di condividere un tragitto dividendo le spese, sembra porsi fuori da ciò che può ritenersi mercato, trattandosi invece di vera e propria condivisione, e pertanto, così come i servizi che seguono questa impostazione in settori diversi, anche quelli che operano nel settore dei trasporti dovrebbero essere favoriti, o quantomeno non ostacolati. Tali caratteristiche andrebbero però verificate attentamente, in quanto la conclusione per la quale il modello Blablacar si basa sulla condivisione, mentre il modello Uber si basa sull'offerta

di prestazioni a fronte di corrispettivo, è stata messa in dubbio da entrambi i lati: da una parte Uber ha sostenuto che gli autisti recepiscono solo un rimborso spese (ma l'argomentazione non è stata condivisa dal Tribunale di Milano: cfr. Trib. Milano, 25 maggio 2015, cit.); dall'altra parte, Blablacar è stata accusata di fare concorrenza agli autobus pubblici (è avvenuto in Spagna, ma anche in questo caso l'argomento non è stato condiviso).

Il modello Uber, in entrambe le sue varianti, sembra, invece, collocarsi nel mercato, ed a tal proposito si discute innanzitutto sulla opportunità di consentire tale attività. I fautori del sì contano su argomenti di indubbia efficacia: più concorrenza, e dunque servizi migliori e prezzi inferiori. Dall'altro lato, però, vi sono argomenti da non sottovalutare, come quelli relativi alla tutela della sicurezza (che, come affermato nel provvedimento con cui è stato rigettato il reclamo di Uber dal tribunale di Milano, "è elemento prioritario rispetto a quello della libertà di iniziativa economica).

La complessità delle valutazioni emerge in tutta la sua evidenza dal fatto che le associazioni dei consumatori non sembrano tutte sulle stesse posizioni: alcune hanno segnalato Uber all'AGCM per pratiche commerciali scorrette, mentre nel procedimento cautelare proposto dalle associazioni dei tassisti contro Uber altre associazioni dei consumatori sono intervenute per sostenere proprio le ragioni di Uber.

Il modello Uber si presta a valutazioni complesse e molteplici, perché molteplici sono i punti di vista dai quali si può osservare il fenomeno. Tali punti di vista possono aggregarsi attorno alla questione di vertice relativa all'opportunità di aprire al mercato, ed eventualmente in che modo, i servizi di trasporto. In particolare, su tale questione generale, che richiede ovviamente una decisione politica, sembrano schematicamente individuabili diversi approcci.

Il primo è quello di non intervenire. In tal modo il servizio Uber pop continuerebbe ad essere vietato (*rectius*: inibito dal provvedimento del Tribunale di Milano), mentre il servizio Uber black continuerebbe ad operare, ma, a legislazione invariata, sarebbe soggetto alle regole esistenti che disciplinano il servizio di noleggio con conducente, e alle relative sanzioni in caso di violazioni (e, dunque, ad esempio, alla sanzione di cui all'art. 85, quarto comma, del codice della strada, nel caso in cui l'inizio e il termine del singolo servizio non avvenga presso la rimessa: così, Trib. Milano 6 luglio 2015, n. 8359).

Il secondo è quello di riformare la disciplina prevedendo la coesistenza tra i servizi tradizionali ed i nuovi. Tuttavia, limitarsi a prevedere tale coesistenza non sembra del tutto razionale, se si immagina di conservare i medesimi obblighi di servizio in capo ai tassisti (come, ad esempio, l'obbligo di prestazione del servizio, le tariffe predeterminate, e la gestione con turnazioni) nel caso in cui si consenta ad altri di svolgere tale servizio senza questi vincoli.

Terzo approccio, dalle tante varianti, è quello di riformare completamente la disciplina. In questo caso sarebbero possibili infinite ipotesi, che qui non è nemmeno il caso di provare ad elencare: basti pensare che potrebbe prendersi in considerazione l'eliminazione del servizio pubblico oppure il coinvolgimento delle piattaforme nella gestione degli obblighi di servizio pubblico.

3. LE REGOLE E L'ART

Alla luce delle considerazioni appena svolte nei precedenti paragrafi, pare utile domandarsi come e in quale misura può incidere l'attività dell'Autorità dei Trasporti (in seguito, anche solo "ART") nella regolazione dei nuovi servizi di condivisione.

Il quesito non è di facile soluzione e necessita di un approfondimento del quadro giuridico di riferimento.

Come già anticipato *supra*, in Italia, il contenuto ed i requisiti del trasporto mediante taxi e NCC sono regolati dalla già richiamata Legge Quadro. In particolare, il servizio NCC ed il servizio taxi appartengono entrambi alla categoria dei

servizi pubblici non di linea, ovvero quelli che provvedono al trasporto collettivo od individuale di persone, con funzione complementare e integrativa rispetto ai servizi pubblici di linea. Entrambi i tipi di servizi rispondono all'esigenza di trasporto individuale o di piccoli gruppi di persone in modo non continuativo o periodico e su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta. Le differenze tra le due categorie attengono: (a) al regime autorizzatorio; (b) al regime dei corrispettivi; (c) alle modalità di fruizione; (d) all'obbligatorietà del servizio taxi rispetto alla non obbligatorietà della prestazione del servizio di NCC.

Titolo per esercitare attività di taxi è la licenza, mentre per NCC è l'autorizzazione. Licenza e autorizzazione sono rilasciati dall'amministrazione comunale a seguito di pubblico concorso agli operatori che abbiano superato apposito esame di abilitazione professionale, i quali debbono poi iscriversi nel ruolo dei conducenti di veicoli o natanti adibiti ad autoservizi pubblici non di linea istituito presso le camere di commercio. Licenza ed autorizzazione sono riferite ad un singolo veicolo e non è ammesso il cumulo in capo allo stesso soggetto di più licenze taxi o di licenza taxi e autorizzazione NCC, mentre è ammesso il cumulo di autorizzazioni NCC.

Quanto alle modalità di fruizione, il servizio taxi *“si rivolge ad un'utenza indifferenziata, lo stazionamento avviene in luogo pubblico, le tariffe sono determinate amministrativamente dagli organi competenti, che stabiliscono anche le modalità di svolgimento del servizio, il prelevamento dell'utente ovvero l'inizio del servizio avvengono all'interno dell'area comunale”* di pertinenza. Il corrispettivo dovuto dall'utente è calcolato con tassametro omologato sulla base delle tariffe determinate in via amministrativa. L'attività di NCC *“si rivolge all'utenza specifica che avanza, presso la rimessa, apposita richiesta per una determinata prestazione a tempo e/o viaggio”*. La prestazione del servizio non è obbligatoria e il corrispettivo è concordato direttamente tra l'utente e il vettore, sebbene entro limiti minimi e massimi stabiliti sulla base di criteri dettati dal MIT.

Si deve infine osservare che la normativa italiana sanziona l'esercizio del servizio taxi o NCC da parte di soggetti che non ne siano espressamente autorizzati, secondo quanto previsto dalle specifiche previsioni del Codice della Strada (d.lgs. 285/1992).

Le competenze regolamentari in materia sono suddivise tra regioni ed enti locali, in particolare i Comuni. Spetta alle Regioni emanare norme volte a stabilire i criteri generali cui devono attenersi i Comuni nel redigere i regolamenti sull'esercizio del servizio taxi, nell'ambito dei principi fissati dalla Legge Quadro. La disciplina puntuale dell'attività di prestazione del servizio è, tuttavia, riservata ai Comuni, i quali stabiliscono il numero e la tipologia dei veicoli, i requisiti e le condizioni per il rilascio della licenza, le modalità di svolgimento del servizio, nonché i criteri per la determinazione delle tariffe. Presso le Regioni e i Comuni sono stabilite commissioni consultive che operano in riferimento all'esercizio del servizio e all'applicazione dei regolamenti, in cui è riconosciuto un *“ruolo adeguato”* ai rappresentanti delle organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale e alle associazioni di utenti.

Quanto più di diretta competenza dell'ART, si osserva che l'articolo 37 del decreto Salva Italia ha affidato all'Autorità di settore, il compito di *“monitorare e verificare la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità delle prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, allo scopo di garantire il diritto di mobilità degli utenti”* (articolo 37, comma 2, lett. m). Da ciò sembra potersi concludere che l'ART intervenga in tale ambito in modo indiretto, in ragione verosimilmente del carattere fortemente regolato dell'attività di taxi (per es. numero di licenze e tariffe) rispetto a quella svolta dagli operatori del servizio NCC, soggetti a semplice autorizzazione.

Non a caso, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), nella sua adunanza del 21 maggio 2015, ha adottato il noto *“Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità”*, nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di segnalazione di interventi legislativi correlati alla evoluzione del settore dei trasporti e, nello specifico, del trasporto pubblico non di linea.

Con tale atto, l'ART ha fornito prime indicazioni *“con l'obiettivo di promuovere la concorrenza e garantire adeguati livelli*

di qualità ed efficienza dei servizi di autotrasporto di persone non di linea”.

Le indicazioni fornite riguardano alcune proposte di modifica normativa relative alla legge quadro n. 21/92, anche alla luce del già discusso impiego delle piattaforme tecnologiche che svolgono attività di intermediazione tra domanda e offerta di mobilità, proponendo di inserire nella legge quadro n. 21/92 un nuovo articolo contenente la disciplina delle nuove forme di mobilità che si svolgono grazie ad applicazioni *web* che utilizzano piattaforme tecnologiche per l’interconnessione dei passeggeri e dei conducenti (i cc.dd. “servizi tecnologici per la mobilità” o anche STM).

In parziale conclusione, sembra potersi affermare che l’esistenza stessa del servizio pubblico operato dai taxi e vagliato in parte dall’ART non possa costituire un deterrente all’adozione di nuove forme di trasporto non di linea, che siano esse operate da intermediari o messe in opera per mezzo della condivisione. Come affermato dal Consiglio di Stato nel parere reso al Ministero dei Trasporti, l’assenza di normative speciali, infatti, mina alla base lo sviluppo stesso di tali fenomeni – con conseguenti effetti negativi sul mercato – ed obbliga l’interprete a ricondurre modelli attuali a categorie ormai desuete.

Tale circostanza, lungi dal suggerire una limitazione dei nuovi servizi proposti richiede, quindi, uno sforzo di adeguamento normativo-regolamentare del quale l’Autorità dei Trasporti può farsi utilmente portatrice verso Parlamento e Governo nella convinzione che l’utilizzo di questi strumenti, attraverso un più efficiente uso della capacità di offerta di servizi di mobilità, consente una maggiore facilità di fruizione del servizio di mobilità e una migliore copertura di una domanda spesso insoddisfatta, una conseguente riduzione dei costi per l’utenza, con un miglioramento delle condizioni di offerta del servizio di trasporto pubblico di linea e di circolazione del traffico privato.

In questo senso, non si vuole certo nascondere che l’ART ha già fatto qualcosa. L’Atto di segnalazione si è dimostrato efficace nella misura in cui è oggi in discussione in Parlamento il d.d.l. sullo *Sharing economy act*. Tutto ciò, però, è quanto necessario per riconoscere che la realtà delle cose è ormai lontana dai vecchi modelli.

La sfida per il futuro risiede nell’integrazione dei servizi (di linea e non) e la rivisitazione dell’idea di servizio pubblico. Quanto più l’ART saprà cogliere questa nuova prospettiva, tanto più potrà favorire, nell’ambito delle proprie funzioni, lo sviluppo dei nuovi servizi di mobilità.

4. STRUMENTI DI TUTELA

I nuovi modelli di organizzazione del servizio di trasporto si trovano ad operare in un mercato che, come si è più volte evidenziato, era stato progettato per un contesto diverso. A questo punto è opportuno verificare la reazione dell’ordinamento nei confronti di queste nuove forme di erogazione del servizio.

Sono molteplici i profili che meritano attenzione.

Dal punto di vista della tutela dei lavoratori, ad esempio, ci si deve chiedere se i *driver* siano qualificabili come lavoratori autonomi o come lavoratori subordinati. Questione evidentemente rilevante in quanto il modello economico di società come Uber sarebbe seriamente messo in crisi ove il rapporto tra questa ed i driver dovesse ricondursi al lavoro dipendente: in America è stata intentata una *class action* contro Uber dagli autisti che chiedevano il riconoscimento delle tutele previste per i dipendenti e Uber ha preferito chiudere la questione con una transazione.

Avvicinandoci così ai profili riguardanti più da vicino i rapporti di mercato, si pone poi il problema dei rapporti tra questi nuovi soggetti e quelli che operano tradizionalmente nel relativo mercato, al momento risolto dal provvedimento del Tribunale di Milano di cui si è detto nel secondo paragrafo (Trib. Milano, 25 maggio 2015, cit.).

Il problema centrale è, però, quello relativo alla tutela dei consumatori. Qui il discorso si può svolgere su più piani, in quanto sono diversi gli interessi coinvolti nel fenomeno.

Da un certo punto di vista, quello preferito dalle piattaforme, esse svolgono un'attività di *marketplace* facendo incontrare chi offre un servizio con la relativa domanda. Viene qui in rilievo la disciplina di cui alla Direttiva 2000/31/CE recepita in Italia dal d.lgs. 70/2003. Su questo piano si collocano diverse ipotesi di responsabilità, tra le quali, ad esempio, sembra rientrare quella relativa al mancato controllo del sistema dei *feedback*, e più in particolare, la mancata esclusione di un "trasportatore" in caso di recensioni negative.

Ma vi sono anche altri interessi coinvolti: i servizi in esame consentono, infatti, di immaginare bisogni di tutela relativi agli obblighi di informazione, alla responsabilità legata alla circolazione di veicoli, ed infine ai ritardi o alle generali inesattezze del servizio.

Quanto alla disciplina degli obblighi informativi, i contratti con gli utenti dovrebbero ricadere nell'ampio campo di applicazione dei novellati articoli 45-67 del codice del consumo, introdotti proprio alla luce della grande diffusione della contrattazione a distanza. Tuttavia, tale campo di applicazione soffre molteplici eccezioni, tra cui quella, prevista dall'art. 47, primo comma, lett. m) relativa ai "contratti di servizi di trasporto passeggeri". Secondo questa disposizione, però, a tali contratti sono comunque applicabili gli articoli 51.2, 62 e 65.

È significativo che tale esclusione è stata motivata (come si legge nel considerando 27 della Direttiva) dal fatto che il trasporto di passeggeri "è già soggetto ad altra legislazione dell'Unione oppure, nel caso dei trasporti pubblici e dei taxi, a normative a livello nazionale". Dunque, ove si ritenesse di qualificare i servizi in esame come servizi di trasporto potrebbe ipotizzarsi la loro esclusione dalla disciplina in esame. In ogni caso, però, l'art. 51.2, rinviando all'art. 49 lett. e) impone che sia comunicato al consumatore "il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo".

Le regole appena richiamate, tuttavia, non esauriscono gli addentellati normativi sui quali si basa la tutela del trasportato. Ad esse si affianca la disciplina di natura c.d. "orizzontale" e generale di derivazione comunitaria in materia di pratiche commerciali scorrette e clausole vessatorie. La correttezza della condotta degli operatori nei confronti della clientela è, infatti, assicurata anche dalla normativa in materia di pratiche commerciali scorrette in tutti quei casi (non previsti dalle norme settoriali) in cui il comportamento della piattaforma non risponda ai canoni di diligenza e di correttezza nel rapporto di consumo. Parimenti, trova applicazione la disciplina delle clausole vessatorie, e ai consumatori viene dunque assicurato un controllo dell'equilibrio negoziale esistente tra diritti ed obblighi delle parti.

Il tema della responsabilità è poi particolarmente rilevante, anche al di là della possibile responsabilità legata alla violazione degli obblighi di informazione. Difatti, il mercato in esame ha ad oggetto servizi di trasporto, e dunque la circolazione automobilistica, che, come è noto, è stato il campo di applicazione della responsabilità civile che ha sollecitato le più innovative riflessioni sull'istituto. Da questo punto di vista, il d.d.l. n. 3564, intitolato "*disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*" assegna diverse funzioni all'AGCM, tra le quali la possibilità di prevedere l'obbligo per i gestori di fornire o di richiedere agli utenti operatori la stipula di polizze assicurative per la copertura dei rischi tipici derivanti dalle attività di economia della condivisione (art. 3.4).

Quanto alla responsabilità contrattuale, il problema principale resta quello di qualificare i ruoli dei diversi soggetti coinvolti. La piattaforma è un imprenditore, controparte contrattuale di chi utilizza il servizio, e, dunque, responsabile, mentre il *driver* è un suo dipendente? Oppure, come vorrebbe Uber, e come vorrebbero tutte le piattaforme, queste svolgono esclusivamente la funzione di far incontrare domanda ed offerta, ed il servizio è offerto esclusivamente dai *driver*?

Dalla risoluzione di tale problema seguono importanti conclusioni in ordine, da un lato, e per quanto riguarda Uber,

alla qualificazione del rapporto tra driver e Uber, e dall'altro, alle responsabilità nei confronti degli utenti. A questo proposito ci si deve allora chiedere se è opportuno che all'attività delle piattaforme si applichi la disciplina dei trasporti. E probabilmente in questa valutazione potrebbe giocare un ruolo importante l'affidamento che altri ripongono sul fatto che sia Uber ad offrire il servizio.

Il problema relativo alla qualificazione del servizio in esame come servizio di trasporto è stato un punto importante nella vicenda processuale che ha avuto luogo dinanzi al tribunale di Milano. In particolare, con il reclamo avverso il provvedimento cautelare Uber lamentava proprio che tale provvedimento avesse qualificato la sua attività come attività di trasporto, ma in sede di reclamo il collegio puntualizzava che il primo provvedimento non aveva inteso assimilare l'attività di Uber a quella di un vettore, ma a quella del servizio di radiotaxi. Osservava inoltre il collegio che il comportamento di Uber pop era "indissolubilmente connesso all'attività dei singoli autisti".

Il punto, a ben vedere, pare essere proprio la connessione tra Uber e gli autisti: a prescindere dalla formalizzazione di tale rapporto l'attività compiuta da Uber è tale da far sorgere l'affidamento che il servizio sia riconducibile ad Uber.

Da questo punto di vista sembra interessante notare che è stata rimessa alla Corte di Giustizia la questione relativa all'applicabilità della disciplina della vendita di beni di consumo nel caso in cui un bene sia venduto da un privato ad un altro privato con l'intermediazione di un professionista (Corte Giustizia, causa C-149/15). In particolare, la questione pregiudiziale riguarda la possibilità di applicare tale disciplina anche al "professionista che funge da intermediario per un venditore non professionista, indipendentemente dal fatto che venga o meno remunerato per il suo intervento e che abbia o meno informato il potenziale acquirente del fatto che il venditore è un privato". La questione riguarda, appunto, la disciplina dei beni di consumo e dunque l'interpretazione da dare ad una disciplina esistente riguardante la vendita di beni. Dunque, un caso diverso, ma dal quale, tuttavia, sembrano potersi raccogliere alcuni spunti. Nelle conclusioni dell'avvocato generale, dopo la preliminare individuazione della nozione di intermediario, definito come "qualsiasi professionista il quale, nell'ambito di una vendita di un bene di consumo, interviene nei confronti del consumatore in nome e per conto del proprietario non professionista del bene venduto", si legge che la disciplina della vendita di beni di consumo non è applicabile se l'intermediario "intervenga manifestamente a tale titolo in una vendita al consumatore", mentre tale disciplina sarebbe applicabile se l'intermediario "dia l'impressione di agire in qualità di venditore".

Replicando lo stesso ragionamento (che però nelle conclusioni dell'avvocato generale è espressamente collegato alla disciplina dell'interpretazione della Direttiva riguardante la vendita di beni di consumo) a proposito del ruolo di Uber dovremmo concludere che Uber potrebbe considerarsi responsabile, ma per evitare tale responsabilità sarebbe sufficiente rendere manifesto il suo ruolo di intermediario. Difficile, però, sembrerebbe escludere la responsabilità in presenza di una mera dichiarazione in tal senso, anche perché è l'attività di Uber nel complesso a giustificare l'affidamento dei trasportati. Infine, un altro spunto è offerto dalle conclusioni dell'avvocato generale nella parte in cui si legge che "l'ignoranza, da parte del consumatore, quanto all'identità del venditore avrebbe un effetto ancora più pregiudizievole, poiché il consumatore ignorerebbe la propria situazione giuridica e i rimedi di cui dispone". Sembra questo un monito da tenere in considerazione a proposito dei nuovi modelli di svolgimento del servizio di trasporto.

PRIVACY E SISTEMA SOCIAL

(Susanna Sandulli, Angelica Saccoccio)

La cooperazione internazionale e le iniziative italiane

(Susanna Sandulli, Angelica Saccoccio)

SOMMARIO: 1. I RAPPORTI FRA EUROPA E STATI UNITI. LA DICHIARAZIONE DI INADEGUATEZZA DEL SAFE HARBOR E IL *PRIVACY SHIELD*. – 2. L'*INTERNET OF THINGS* E IL PRIVACY SWEEP 2016: OBIETTIVI DI TRASPARENZA, SICUREZZA E LIBERTÀ. IN PARTICOLARE LA DOMOTICA.

1. I RAPPORTI FRA EUROPA E STATI UNITI. LA DICHIARAZIONE DI INADEGUATEZZA DEL SAFE HARBOR E IL *PRIVACY SHIELD*

(Susanna Sandulli)

Una delle caratteristiche predominanti delle legislazioni è costituita dal fatto che esse sono, in prevalenza, tendenti ad inquadrare i mutamenti più importanti, intesi in un'ottica tecnologica, in modo non particolarmente innovativo; difatti, nessuna delle nuove normative fa riferimento all'importanza assunta dal contesto "*social*" e alle relative ripercussioni che si riverberano in termini di rapporti *buisness to consumer*.

Tutto ciò è espressione del fatto che, come sempre, la realtà s'impone prepotentemente e che le legislazioni non sono in grado di adeguarsi agli sviluppi del mondo digitale, caratterizzati dalla provvisorietà e dal dinamismo; proprio in ragione di tale fenomeno, che potremmo definire "anacronismo legislativo", è necessario ripercorrere brevemente l'*iter* concernente la politica di collaborazione internazionale in tema di adeguamento della normativa sulla *privacy* alle nuove tendenze tecnologiche e digitali.

La necessità di un dialogo costruttivo fra l'Europa e gli Stati Uniti al fine di garantire una protezione soddisfacente del diritto alla *privacy* si è sempre posta come una delle primarie esigenze nell'ambito dei rapporti internazionali; la suddetta necessità, negli ultimi anni, è aumentata in maniera esponenziale, innanzitutto in ragione dell'emergere dei cc.dd. *Big players*, la cui attività è svolta a livello transnazionale; ciò comporta che il possesso e l'elaborazione dei dati personali, che costituiscono un vero e proprio patrimonio economico, sono attività di esclusivo appannaggio di una cerchia ristretta di soggetti e ciò, ovviamente, provoca forti ripercussioni, sia sulla tutela dei consumatori che sulla concorrenza.

In secondo luogo, a causa dello sviluppo tecnologico caratterizzato dalle *app per smartphone*, dall'*Internet of Things*, dalla *sharing economy* e dai *social networks*, la circolazione dei dati personali si è ampliata in maniera estesa e repentina.

In particolare, si è potuto ravvisare un lento ma deciso passaggio da una condivisione materiale, utilitaristica e gratuita tipica della *sharing economy*, per la quale era sufficiente un'autoregolamentazione, ad una vera e propria condivisione sociale. Sei servizi e le tecnologie dell'economia della condivisione sembravano mettere fortemente a rischio la *privacy* degli utenti, il nuovo sistema che si sta andando a realizzare pare essere ancora più saturo di problematiche; difatti, la

condivisione *social* di fotografie, pensieri e informazioni riservate rischia di mettere fortemente in pericolo la *privacy* degli internauti e, considerando che molti di questi dati personali vengono trasportati anche oltre oceano, ove la disciplina e la tutela apprestata sono profondamente diverse, la questione diviene estremamente complessa.

Come previsto anche dal nuovo Regolamento sulla protezione dei dati personali, un ruolo fondamentale nell'ambito della collaborazione transnazionale è attribuito al principio di adeguatezza, ossia al fatto che il paese presso il quale i dati vengono trasferiti debba assicurare il medesimo livello di protezione garantito in ambito comunitario; proprio tale principio, tuttavia, costituisce uno dei punti di maggior scontro fra l'Europa e gli Stati Uniti, in quanto questi ultimi si ispirano al contrapposto principio di interoperabilità: negli USA, difatti, ciò che viene protetto in maniera preponderante è l'effettività del risarcimento del danno nel caso in cui vi sia stato un trattamento illecito dei dati, non attribuendo, dunque, particolare rilevanza al concetto di "diritto fondamentale", considerato una mera astrazione. Tale aspetto assume particolare rilevanza, in quanto molte imprese con cui gli internauti italiani interagiscono hanno sede negli USA e, pertanto, si pone un problema di applicazione legislativa.

Sebbene, dunque, risulti sempre più complesso elaborare una comune strategia a livello sovranazionale, gli Stati Uniti e l'Europa stipularono un accordo sulla tutela della *privacy*, il Safe Harbor (Porto sicuro); entrato in vigore il 26 luglio del 2000, esso conteneva un insieme di regole concernenti la protezione dei dati personali *online*, con particolare riferimento a quelli che venivano scambiati sulle piattaforme.

Tuttavia, il 6 ottobre del 2015, la Corte di Giustizia europea, nella causa C-362/14, ossia con la pronuncia denominata "sentenza Facebook" o "sentenza Schrems", annullò il predetto accordo, in quanto il sistema di protezione fu ritenuto insoddisfacente; difatti, essendo state escluse dall'applicazione della disciplina le imprese pubbliche, l'eventuale esigenza di osservanza della legge americana, di sicurezza nazionale o di pubblico interesse avrebbe prevalso sul regime contemplato dall'accordo, senza prevedere, inoltre, limiti alla deroga della normativa.

In ragione di tale pronuncia, l'Europa e gli Stati Uniti hanno dovuto iniziare a cooperare nuovamente al fine di ideare un quadro giuridico di carattere internazionale e, dunque, il 29 febbraio 2016 la Commissione europea ha presentato le sue proposte, riformulando le norme sulla protezione dei dati personali al fine di garantire un più efficiente assetto normativo.

Il nuovo accordo, denominato Privacy Shield, punta a garantire una piena protezione dei dati personali, tenendo conto degli ultimi sviluppi dell'era digitale che rendono il quadro generale di riferimento profondamente diverso da quello che aveva portato alla stesura del Safe Harbor e rappresenta, dunque, una tappa significativa del processo di aggiornamento normativo.

Il nuovo assetto protezionistico che si andrà così a realizzare, a differenza di quello precedente, si caratterizza per il fatto che le garanzie di tutela dovrebbero corrispondere pienamente a quelle adottate dall'Unione europea e, dal canto loro, gli Stati Uniti hanno affermato che le relative autorità s'impegheranno affinché il Privacy Shield sia interamente e costantemente rispettato senza intrusioni.

In prima battuta, dunque, il nuovo accordo sembrerebbe rispettare l'esigenza di creare un sistema regolamentare maggiormente protezionistico e in linea con gli standard europei, ma il parere del Gruppo di lavoro ex Articolo 29 sembra essere di diverso avviso; difatti, sebbene il Privacy Shield possa essere considerato come un miglioramento del Safe Harbor e, dunque, come un importante passo in avanti, il Working Party ha definito lo scudo "incoerente", incapace di garantire i cittadini dall'ingerenza nella propria vita privata da parte delle autorità pubbliche americane.

Innanzitutto, per quanto concerne i *social networks*, un breve accenno viene effettuato con riferimento all'attività di protezione dei minori e, in generale, molto superficialmente; dunque, viene tralasciato un aspetto che, essendo una delle massime espressioni del concetto di "*social*", come sopra detto, è fra quelli di maggior rilevanza.

In secondo luogo, il Gruppo di lavoro, dopo aver espresso le proprie perplessità in merito alla natura commerciale

dell'accordo, le cui definizioni sembrano non corrispondere a quelle sinora utilizzate dalle regolamentazioni comunitarie, si è soffermato sulle deroghe concesse alle autorità pubbliche per l'accesso ai dati personali, in quanto esse sembrano essere estremamente ampie.

Inoltre, e ciò probabilmente costituisce una delle note maggiormente dolenti, l'*Office of the Director of National Intelligence* americano ha paventato la possibilità che, per ragioni di sicurezza internazionale, i dati personali provenienti dall'Unione europea siano raccolti indistintamente e, pertanto, l'attività di vigilanza e controllo svolta dalle singole autorità nazionali potrebbe risultare insufficiente.

Infine, per quanto concerne la responsabilità degli *Internet Service Provider*, sembrerebbe che essa non possa essere considerata secondo i principi contenuti nell'accordo e, dunque, ci si chiede in che termini essa si ponga e quale possa essere il sistema di tutela da apprestare ai consumatori. Difatti, ad oggi, dare una puntuale definizione giuridica del rapporto intercorrente tra tali soggetti risulta estremamente difficile, in quanto le relazioni hanno assunto connotati sempre più peculiari, soprattutto in ragione della logica di auto-governo che sta prendendo il sopravvento; pertanto, una più dettagliata disciplina sugli obblighi degli *Internet Service Provider* sarebbe stata, indubbiamente, apprezzata.

È fondamentale sottolineare che il testo esaminato dal Gruppo di lavoro ex Articolo 29 non è quello finale e, quindi, prima di poter dare un parere definitivo sul nuovo accordo fra Bruxelles e Washington, occorrerà attendere i prossimi mesi. Tuttavia, alla luce delle conclusioni del Working Party, la prima impressione è che il Privacy Shield non riesca ancora a ideare un quadro regolamentare unitario a livello internazionale che tenga debitamente conto degli sviluppi tecnologici sopra citati e del fatto che la logica fondamentale della normativa dovrebbe essere non solo quella di tutela del mercato ma, soprattutto, dei consumatori; tuttavia, in ragione della futura entrata in vigore del Regolamento 2016/679/UE, il quale diverrà definitivamente applicabile il 25 maggio 2018, la disciplina comunitaria sulla tutela dei dati personali sarà fortemente modificata e, quindi, sarà necessario valutare l'impatto di tali mutamenti anche sul Privacy Shield.

2. L'INTERNET OF THINGS E IL "PRIVACY SWEEP 2016": OBIETTIVI DI TRASPARENZA, SICUREZZA E LIBERTÀ. IN PARTICOLARE LA DOMOTICA

(Angelica Saccoccio)

Il costante e continuo sviluppo della tecnologia influenza, in modo ormai preponderante, l'agire dell'uomo, provocando effetti rilevanti sulla sua autonomia e sulla sua *privacy*. In particolare, la repentina affermazione dell'acronimo IoT, dall'inglese "*Internet of Things*", neologismo riferito all'estensione della rete Internet al mondo degli oggetti, ha determinato la necessità di preoccuparsi della protezione dei dati in un contesto innovativo e in continua evoluzione.

Antonello Soro, Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali ha, infatti, affermato durante il suo discorso di presentazione della Relazione annuale 2015 del Garante per la protezione dei dati, che: "*Dalle forme più evolute di comunicazione in rete siamo passati al consumo collaborativo della sharing economy, all'Internet delle cose, ad ambienti connessi dove anche gli oggetti dialogano autonomamente tra loro. Il tema della protezione dei dati si intreccia con le nuove realtà che, come la domotica o le tecnologie indossabili, hanno amplificato a dismisura la capacità di raccogliere, archiviare e sfruttare informazioni.*"

L'obiettivo dell'Internet delle cose è, infatti, far sì che il mondo elettronico tracci una mappa di quello reale, dando un'identità elettronica alle cose e ai luoghi dell'ambiente fisico; esso rappresenta, quindi, una possibile evoluzione dell'uso della rete.

Gli oggetti (le “cose”) si rendono riconoscibili e acquisiscono intelligenza grazie al fatto di poter comunicare dati su loro stessi e accedere ad informazioni aggregate da parte di altri soggetti; per esempio, abbiamo sveglie in grado di suonare anticipatamente in caso di traffico o scarpe da ginnastica che trasmettono tempi, velocità e distanza per gareggiare in tempo reale con persone dall’altra parte del globo; ancora, contenitori delle medicine che avvisano i familiari nel caso in cui abbiamo dimenticato di prendere il farmaco.

Grazie al collegamento alla rete, tutti gli oggetti acquisiscono un ruolo attivo nel determinare cambiamenti ovvero miglioramenti nella vita quotidiana, soprattutto in termini di efficienza. Ad ogni modo, la complessità dell’ecosistema dell’IoT, caratterizzato non solo dall’enorme quantità di dati che possono essere raccolti dai diversi dispositivi che comunicano automaticamente tra di loro, ma anche dalla possibilità che gli stessi siano condivisi tra più soggetti – quali, ad esempio, i produttori di dispositivi, gli sviluppatori di *software*, i fornitori di capacità di calcolo, i *cloud providers*, gli analisti e altri terzi – comporta un’elevata probabilità che l’utente non abbia una sufficiente consapevolezza di quali dei suoi dati personali vengono trattati, in capo a chi sono le responsabilità del trattamento e per quali finalità avviene lo stesso. Pertanto, non bisogna sottovalutare l’impatto dell’IoT sulla *privacy* dei consumatori in un ambiente divenuto ormai *social*.

A tal proposito, il “Privacy Sweep 2016”, un’indagine a carattere internazionale, è stata quest’anno dedicata a verificare il rispetto della *privacy* nell’Internet delle cose, tenendo conto delle diversità e delle peculiarità che caratterizzano le singole discipline nazionali, sia a livello comunitario che sovranazionale. L’iniziativa è stata coordinata dalla *Global Privacy Enforcement Network* (GPEN), la rete internazionale nata per rafforzare la cooperazione tra le Autorità della *privacy* di diversi Paesi, ed ha preso in esame dispositivi molto diversi: dai contatori intelligenti ai termostati regolabili via *web*, dalle *smart car* agli orologi intelligenti che misurano il battito cardiaco e la pressione sanguigna, dal controllo a distanza degli ascensori ai frigoriferi che segnalano la scadenza degli alimenti. Oltre a quella italiana, altre 28 Autorità garanti della *privacy* di altrettanti Paesi del mondo hanno partecipato all’indagine; il Garante italiano ha deciso di concentrare la sua azione, in particolare, sulla domotica, al fine di verificare il grado di trasparenza nell’uso delle informazioni personali dei consumatori e il rispetto delle norme sulla protezione dei dati personali da parte delle aziende, anche multinazionali, operanti nel settore.

La domotica (termine composto dalle parole *domus*, dal latino “casa”, e robotica) è una scienza interdisciplinare che si occupa dello studio delle tecnologie atte a migliorare la qualità della vita nella casa e, più in generale, negli ambienti antropizzati. Essa svolge un ruolo fondamentale nel rendere “intelligenti” apparecchiature, impianti e sistemi e il suo obiettivo è la creazione della “casa intelligente”, offrendo possibilità quasi infinite di acquisizione dati, dal controllo remoto, centralizzato degli elettrodomestici, passando per la regolamentazione degli accessi all’abitazione attraverso *device*, fino alla videosorveglianza interna ed esterna.

I risvolti legati al trattamento dei dati personali sono, quindi, molteplici, anche perché connessi agli aspetti quotidiani e ricorrenti della vita nella propria abitazione. Prodotti di ogni tipo possono divenire oggetti intelligenti che, nel loro insieme, vanno a comporre, appunto, la “*casa intelligente*”; ad esempio, un frigorifero connesso ad una rete che ne permette la gestione del contenuto e delle *performance* può rivelare perlomeno le abitudini alimentari del proprietario ma, anche senza connessione diretta dell’elettrodomestico alla rete ed esclusivamente con la gestione dei consumi di energia, si possono ricavare informazioni relative alle abitudini alimentari; un insieme di dati personali la cui sola raccolta costituisce un trattamento.

Pertanto, obiettivo del Garante è stato valutare, nel corso dell’indagine, anche i possibili interventi da attuare nei confronti delle aziende i cui dispositivi e servizi violino le norme sulla protezione dei dati.

I risultati del lavoro svolto presentati nella seconda metà del mese di settembre hanno evidenziato, a livello globale, gravi carenze nella tutela della *privacy* degli utenti. In particolare, i risultati delle analisi condotte dal Garante italiano mostrano che il 20% delle imprese sottoposte allo studio non fornisce informazioni appropriate sulle modalità di conservazione dei dati; il 30% non garantisce ai clienti modalità di contatto semplici al fine di ottenere chiarimenti in

merito al rispetto della propria *privacy* e, infine, il 90% non fornisce agli utenti alcuna indicazione circa la possibilità di cancellare i propri dati dai dispositivi.

Tali risultati destano, dunque, numerose preoccupazioni; difatti, molte delle aziende operanti nel settore sono multinazionali in grado di raccogliere ed elaborare dati, spesso esportandoli in Paesi terzi, creando non poche difficoltà nell'individuazione della disciplina applicabile.

Indubbiamente, la domotica e la "*smart home*" rappresentano gli ambiti di applicazione più promettenti dell'*Internet of things*; infatti, l'evoluzione della tecnologia e la conseguente riduzione dei relativi costi hanno reso possibile implementare tali impianti anche in abitazioni di tipo residenziale. Secondo le stime di Assodomotica – un'associazione di soggetti pubblici e privati interessati alla massima divulgazione della cultura di integrazione delle tecnologie utilizzate nelle case – il mercato presenta un *trend* di crescita pari al 30%, che sarà ampiamente confermato nei prossimi anni, ovviamente non senza ripercussioni sul trattamento dei dati personali degli utenti. Come progresso tecnologico e disciplina per la protezione dei dati personali saranno coordinati in futuro, resta ancora un quesito pendente.

Novità legislative tra regole e principi

(Susanna Sandulli, Angelica Saccoccio)

SOMMARIO: 1. IL NUOVO PACCHETTO SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. RIFLESSIONI. – 2. L'ATTIVITÀ DI PROFILAZIONE E L'IDENTITÀ DIGITALE. – 3. LA DICHIARAZIONE DEI DIRITTI IN *INTERNET*.

1. IL NUOVO PACCHETTO EUROPEO SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. RIFLESSIONI

(Susanna Sandulli)

Negli ultimi anni il mondo digitale si sta caratterizzando per l'applicazione di un sistema imperniato sulla condivisione *social* di tutte le attività svolte da parte dell'utente nella rete; questo nuovo approccio, così fortemente innovativo, sfugge a una puntuale collocazione giuridica e, inoltre, tramite esso viene anche costantemente effettuata una cospicua raccolta di dati personali, senza che, spesso, l'utente sia effettivamente consapevole del riutilizzo degli stessi e delle relative ripercussioni.

Se il progresso tecnologico e digitale può apparire, in un certo qual senso, "straordinario", tuttavia, sono innegabili le problematiche che possono presentarsi; difatti, questo nuovo sistema, così fortemente improntato sulla logica *social*, sul concetto di disintermediazione e, se vogliamo azzardare, su una logica di auto-governo, sembra minare pericolosamente il sistema di protezione costruito con meticolosità dal legislatore nazionale e da quello comunitario. Anche perché, è opportuno rimarcare, i sistemi regolamentari dei diversi Stati assumono connotazioni e valenze peculiari spesso contrastanti e, dunque, risulta estremamente complesso creare una disciplina applicabile a livello internazionale.

Il quadro regolamentare presente sino ad ora se, da una parte, può essere valutato positivamente, in quanto ha posto un freno alle numerose pratiche dannose espletate nei confronti degli internauti, dall'altra, risulta abbastanza datato e poco in linea con le nuove esigenze del consumatore.

Difatti, la normativa contenuta nella Direttiva 95/46/CE, seppur abbia esplicitato appieno le sue potenzialità, era stata ideata in un momento storico in cui le tecnologie non avevano raggiunto l'odierno progresso e, pertanto, essa non riesce più a garantire al meglio la tutela del consumatore nel mondo digitale: tecniche come quelle del *cloud* o l'emergere dei *Big Data* non sono, ovviamente, contemplati nella disciplina della Direttiva e le modifiche e gli aggiornamenti della stessa si stanno, ormai, rilevando insufficienti.

Non devono, inoltre, essere tralasciate le ragioni di sicurezza che risultano profondamente mutate rispetto all'epoca in cui era stata concepita la Direttiva in questione: a seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, la rete è considerata come terreno fertile per lo sviluppo della criminalità terroristica e, quindi, necessitante di accortezze maggiori ma, al contempo, essa stessa può fungere da valido strumento di controllo e, quindi, di prevenzione del fenomeno.

Proprio per tali ragioni, a partire dal 2012, è stato elaborato un nuovo Pacchetto sulla protezione dei dati personali, contenente un Regolamento e una Direttiva, al fine di adeguare l'apparato normativo non solo al progresso tecnologico e alle nuove esigenze di protezione, ma anche all'obiettivo di creare una disciplina armonizzata in tutti gli Stati membri che risulti di immediata applicazione, senza che questi possano aumentare o diminuire il livello di tutela previsto

dall'apparato comunitario.

Il nuovo Regolamento, attraverso la previsione di obblighi specifici e puntuali per coloro che sono titolari e responsabili del trattamento dati e mediante la previsione di metodi idonei a garantire una tutela effettiva, mira a modernizzare la disciplina e i principi della Direttiva 95/46/CE, ponendosi in linea con l'obiettivo comunitario di creare un clima di maggior fiducia da parte degli utenti nei confronti del *web*.

In ragione della portata sociale della rete, uno degli aspetti che suscita maggior interesse concerne l'utilizzo dei social networks da parte degli utenti e il relativo sistema di protezione. Il considerando n.18 e l'art. 2, comma 2, lett. c) del Regolamento stabiliscono che *"il presente regolamento non si applica al trattamento di dati personali effettuato da una persona fisica nell'ambito di attività a carattere esclusivamente personale o domestico e quindi senza una connessione con un'attività commerciale o professionale. Le attività a carattere personale o domestico potrebbero comprendere la corrispondenza e gli indirizzari, o l'uso dei social network e attività online intraprese nel quadro di tali attività."*

A una prima lettura, dunque, sembrerebbe che il quadro normativo introdotto dal Regolamento non sia effettivamente applicabile nell'ambito delle attività svolte sui *social networks* e ciò, indubbiamente, costituirebbe una carenza di notevole spessore; in realtà, tale dubbio viene immediatamente fugato, in quanto il considerando n.18 si conclude stabilendo *"Tuttavia, il presente regolamento si applica ai titolari del trattamento o ai responsabili del trattamento che forniscono i mezzi per trattare dati personali nell'ambito di tali attività a carattere personale o domestico"*. Dunque, poiché il *social network* fornisce mezzi di comunicazione e, pertanto, si configura come titolare del trattamento dei dati, anche esso è soggetto all'applicazione del Regolamento; rimangono, invece, escluse, le attività svolte in forma privata da parte degli utenti.

Una delle novità più importanti introdotte dal Regolamento 2016/679/UE strettamente connessa alla navigazione sui *social networks* concerne la stigmatizzazione del diritto alla portabilità dei dati, vale a dire della possibilità per l'utente di ottenere una copia dei propri dati personali e di trasferirli ad un diverso titolare senza impedimenti e senza che ciò comporti la perdita o la modificazione degli stessi; ad esempio, nel caso di passaggio da un *provider* di posta elettronica ad un altro, si potranno mantenere inalterati sia i contatti personali che le *e-mail* salvate. Il collegamento con i social networks deriva dal fatto che i dati forniti dall'utente sono sottoposti alla procedura di rilascio mediante un consenso esplicito e saranno sottoposti a un trattamento automatizzato e, pertanto, anche in tale frangente sarà possibile far valere il principio della portabilità dei dati.

Un ulteriore elemento innovativo attiene all'introduzione del concetto di "pseudonimizzazione", ossia quel processo volto a mascherare l'identità di un soggetto, ma non a cancellarne tutti gli indicatori.

Lo scopo principale della suddetta tecnica è diminuire il rischio che il soggetto possa essere identificato; quindi, l'applicazione del predetto sistema, da una parte, aiuta il titolare e il responsabile del trattamento dei dati nello svolgimento della loro attività e, dall'altra, non impedisce l'introduzione di ulteriori misure per la protezione dei dati personali.

Una delle tecniche di maggior utilizzo in questo frangente è quella della crittografia, il cui livello di sicurezza può variare a seconda, per esempio, delle finalità o del tipo di dato; una delle *app* per *smartphone* più conosciute, WhatsApp, è stato uno dei propulsori di tale strumento: difatti, a partire dal 5 aprile 2016, i messaggi che gli utenti si scambiano attraverso la suddetta applicazione, nella versione più aggiornata, sono caratterizzati dall'impiego della crittografia end-to-end, la quale comporta che parti terze e lo stesso WhatsApp non potranno leggere, ascoltare o raccogliere le conversazioni private degli utenti.

Un ulteriore tratto saliente della nuova normativa riguarda l'importanza attribuita all'*accountability*, vale a dire la responsabilizzazione dei titolari del trattamento dei dati personali. Dopo una breve analisi del testo, difatti, possiamo constatare come l'attenzione del legislatore sia incentrata in un'ottica non di protezione dell'utente, bensì di doveri a carico dei responsabili del trattamento dei dati; se ciò potrebbe, a prima lettura, apparire irrilevante, in realtà è indice di un profondo mutamento di prospettiva al quale stiamo assistendo.

Se in una prima fase, infatti, il consumatore era considerato un soggetto meramente passivo, necessitante, dunque, di una tutela stringente, possiamo rilevare come egli, invece, venga ormai considerato un vero e proprio attore del mercato; se, però, l'atteggiamento costante, sia a livello nazionale che europeo, è stato quello di creare una disciplina protezionistica, in ragione dell'indubbia debolezza che continua a caratterizzare l'operato del consumatore, quest'ultimo, invece, ha radicalmente mutato le proprie abitudini e il settore della *privacy* ne costituisce una dimostrazione palese. Difatti, la creazione di questo nuovo mondo virtuale è testimonianza di come l'operato degli utenti sia sempre maggiormente improntato sulla necessità di condividere socialmente le proprie attività quotidiane e di come, in realtà, sia estremamente difficile e, probabilmente, superfluo distinguere il mondo reale da quello virtuale (vedi G. FINOCCHIARO, *La privacy inviolabile*, La Notizia).

L'aspetto della tutela rimediabile non viene menzionato nel nuovo Pacchetto e tale carenza è ravvisabile non solo nel Regolamento sulla protezione dei dati personali, ma anche nella Direttiva 2016/680/UE relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti; difatti, nonostante al considerando n. 3 sia stabilito che *“La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della raccolta e della condivisione di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia consente il trattamento di dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento di attività quali la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali”*, non sono prospettate soluzioni rimediali idonee, né dal punto di una tutela *ex ante* che *ex post*.

Dalla disciplina del Regolamento risulta evidente come il rimedio maggiormente utilizzato sino ad ora, ossia l'esercizio del diritto all'oblio, sia, da una parte, insufficiente in termini di danno morale e ripercussioni psicologiche, ma anche come esso non possa essere considerato alla stregua di un diritto assoluto; esempio di tale ultima limitazione è ravvisabile nel provvedimento n. 151 del 31 marzo 2016 emesso dal Garante per la protezione dei dati personali.

Il caso in questione riguardava la domanda avanzata da un ex terrorista il quale, tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80, ossia durante i cc.dd. anni di piombo, aveva commesso diversi reati di matrice terroristica per i quali era stato sottoposto a misure detentive e non.

Il soggetto in questione lamentava la presenza del suo nominativo in numerosi URL; egli, basandosi sul presupposto di non essere un personaggio pubblico, sosteneva che fosse intercorso un importante lasso di tempo dall'accadimento dei fatti e, a seguito del nuovo stile di vita intrapreso, riteneva che non sussistesse più l'interesse pubblico alla conoscenza degli stessi, ritenuti da lui fortemente pregiudizievoli.

Google si difese sostenendo che non vi fossero i presupposti per l'esercizio del diritto alla cancellazione, in ragione della gravità dei fatti commessi dal ricorrente; difatti, nonostante fossero trascorsi numerosi anni, il motore di ricerca fece perno sul prevalente interesse pubblico ad accedere a notizie relative ad eventi di particolare rilevanza storica e, a sostegno di tale argomentazione, il *provider* riportava le Linee guida rilasciate dal Gruppo di lavoro ex Articolo 29, le quali prevedono che il diritto all'oblio non sussista nei casi di reati più gravi, come quelli commessi dal ricorrente.

Inoltre, Google precisò che la visualizzazione del nome del ricorrente costituiva frutto di un algoritmo concernente i termini maggiormente “cliccati” in correlazione a una specifica ricerca, tanto che tale sistema è definito “completamente automatico”.

Il Garante per la protezione dei dati personali, seppur abbia tenuto debitamente conto del fattore tempo, ha stabilito che quanto sancito dalla Linee guida in merito alla gravità dei fatti risultava imprescindibile, in quanto il ricorrente si era reso protagonista di uno dei momenti storici più bui della nazione; pertanto, l'Autorità, ha dichiarato che il ricorrente non potesse beneficiare del diritto alla cancellazione.

Il nuovo Pacchetto sulla protezione dei dati personali così approvato non sembrerebbe, dunque, rispondere compiutamente all'esigenza di una protezione maggiormente adeguata ai più recenti sviluppi digitali e tecnologici e, per tale ragione, come sopra anticipato, il Gruppo di Lavoro ex Articolo 29, già da una prima analisi del testo normativo, ha

espresso le proprie perplessità.

A detta del Working Party, oltre ad una presunta mancanza di chiarezza dell'apparato regolamentare, sebbene la natura stessa del Regolamento implichi una sua immediata applicazione, in realtà, il testo così elaborato risulta poco chiaro e passibile di una pluralità di interpretazioni; infine, rispetto alla normativa precedente, si può notare come esso tenda a restringere il suo campo di applicazione, a volte ribaltando completamente quanto previsto dalla Direttiva 95/46/CE, altre operando una mera ripetizione della norma e ponendosi, dunque, in un rapporto di continuità con quest'ultima.

In conclusione, sebbene le intenzioni del legislatore comunitario siano state delle migliori e, in un'ottica di protezione dell'utente e di aggiornamento della normativa rispetto al progresso digitale, siano stati effettuati miglioramenti, un reale adeguamento della disciplina al nuovo sistema social non è stato ancora raggiunto e, pertanto, non è stato ideato un appropriato apparato di tutela. Ci si chiede, dunque, se l'avvicinamento a una logica di auto-governo non abbia, ormai, aperto la strada a un sistema che sfugge a un controllo regolamentare completo e, conseguentemente, se lo strumento del Regolamento non si configuri, ormai, insufficiente; forse, si dovrebbe propugnare l'adozione di Convenzioni internazionali che garantiscano, da parte di tutti gli Stati aderenti, un adeguamento effettivo non solo al quadro normativo-regolamentare, ma, soprattutto, all'assetto dei valori fondamentali e alle nuove esigenze dei consumatori.

2. L'ATTIVITÀ DI PROFILAZIONE E L'IDENTITÀ DIGITALE

(*Angelica Saccoccio*)

La profilazione rappresenta una tecnica di trattamento automatico, mediante algoritmi, di dati relativi a quantità numericamente anche molto elevate di persone al fine di attribuire a ciascuna di esse un profilo. Le fasi che costituiscono l'attività di profilazione sono la raccolta dati, l'elaborazione degli stessi e la suddivisione degli utenti in gruppi (*target*) in base a determinati parametri di ricerca; tale attività è tipica nel *marketing* mirato, ovvero di quella strategia adottata perlopiù dalle imprese per individuare diversi target da studiare nelle abitudini di consumo, negli stili di vita, nelle caratteristiche legate all'identità personale.

Lo sviluppo repentino della rete *Internet*, delle moderne tecnologie di comunicazione nonché delle piattaforme *social* ha reso necessaria la previsione di regole volte a tutelare la *privacy* degli utenti e, altresì, idonee a fornire indicazioni chiare in materia di protezione dati ai gestori dei principali siti *web*. La tecnologia di *Internet* (...) rende possibile attuare tecniche sempre più sofisticate di profilazione dell'utenza e, conseguentemente, riduce sensibilmente i costi di *targeting*; la capacità di accrescere il grado di personalizzazione dei messaggi pubblicitari indirizzati agli utenti è stata da sempre riconosciuta come una peculiarità di *Internet*, che costituisce un elemento di notevole differenziazione tra la pubblicità *online* e quella *offline* (...). Diversamente dai media tradizionali, la tecnologia specifica di *Internet* rende possibile assicurare il contatto tra l'utente e il messaggio pubblicitario, di conoscere il numero delle "impressioni", di misurare alcuni tipi di interazione con il messaggio pubblicitario, attraverso il monitoraggio dei *click* (Indagine conoscitiva sul settore dei servizi *internet* e sulla pubblicità *online* - Agcom - Allegato A alla Delibera n.10/14/CONS). In merito, con provvedimento dell'8 maggio 2014, n. 229, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 3 Giugno 2014 e intitolato "Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei *cookie*", il Garante per la protezione dei dati personali ha sancito che tutti i siti *web* sono tenuti a predisporre una "*cookie policy*" che informi l'utente sull'esistenza dei *cookie* e sul loro utilizzo.

Più nel dettaglio, i *cookie* sono brevi file testuali (lettere e/o numeri) che consentono al *server web* di memorizzare sul *client* (il *browser Internet* dell'utente) informazioni da riutilizzare durante la visita del sito *Internet* (*cookie* di sessione) o in seguito a distanza di giorni (*cookie* persistenti) (Altalex, 16 giugno 2015, Articolo di Camilla Monti). I *cookie* possono

essere distinti anche in *cookie* tecnici e *cookie* di profilazione; questi ultimi sono volti a creare profili relativi all'utente e possono essere utilizzati, tra l'altro, al fine di inviare messaggi pubblicitari in linea con le preferenze manifestate dallo stesso nell'ambito della navigazione in rete; in ragione della loro maggiore invasività nella sfera privata degli utenti, la normativa dispone che l'utente, oltre ad essere adeguatamente informato, debba, altresì, esprimere il proprio consenso all'utilizzo degli stessi.

Il Garante, inoltre, nel corso del 2015 con la pubblicazione delle Linee guida in materia di profilazione *online*, ha ribadito che gli operatori della rete dovranno fornire agli utenti informazioni chiare e complete, richiedere ed ottenere il consenso degli interessati, revocabile in ogni momento, e offrire concrete tutele anche a chi non dispone di uno specifico *account* per accedere ai servizi offerti. In merito al c.d. *fingerprinting*, ovvero l'informazione raccolta su un dispositivo di elaborazione remoto a scopo di identificazione, il Garante ha precisato che tale tecnica, qualora utilizzata per fini di profilazione, al pari dell'impiego dei *cookie*, è soggetta alle disposizioni contenute nell'art. 122 del Codice della *privacy*.

Tuttavia, il Garante sottolinea una differenza apprezzabile tra l'impiego dei *cookie* e del *fingerprinting*, in quanto, nel caso di utilizzo di *cookie*, l'utente ha, oltre alle tutele di tipo giuridico, la possibilità di rimuovere gli stessi poiché archiviati nel proprio dispositivo, mentre, nel caso di ricorso alla tecnica del *fingerprinting*, l'unico strumento a disposizione dell'utente è rivolgere una specifica richiesta al titolare, in quanto non risiede nel terminale dell'utente, ma nei sistemi del *provider* (in tal senso si veda Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione on line - 19 marzo 2015 - Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 103 del 6 maggio 2015). Risulta, pertanto, evidente che il trattamento dati per fini di profilazione deve essere accompagnato dal consenso dell'interessato, indipendentemente dalla tecnica di profilazione utilizzata.

Lo scorso luglio 2016, in seguito all'adozione da parte del Garante del Provvedimento prescrittivo nei confronti di Google Inc. sulla conformità al Codice dei trattamenti dei dati personali effettuati ai sensi della nuova *privacy policy* del 10 luglio 2014, il professionista in questione ha adottato una serie di misure volte ad adempiere agli impegni presi con l'Autorità. Difatti, Google ha implementato le misure idonee ad acquisire il consenso all'uso dei dati non solo per gli utenti autenticati, ma anche per gli utenti non autenticati, a consentire agli utenti di disattivare o sospendere la raccolta dei dati per la cronologia delle ricerche e delle localizzazioni, a rendere inaccessibili i dati dell'utente autenticato entro 24 ore dalla richiesta dell'interessato e a cancellarli entro 2 mesi o al massimo entro 6 mesi se i dati sono attivi su sistemi di *back up*. *"I miglioramenti adottati da Google sono il risultato dell'attività intrapresa dal Garante italiano per tutelare al meglio la privacy online degli italiani e di una modalità di confronto con Google che ci pare abbia portato buoni frutti"*, ha commentato Antonello Soro, Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

L'attività di profilazione risulta, tuttavia, ancora particolarmente insidiosa nei confronti dei dati degli utenti dei *social networks* –primo fra tutti, in termini di diffusione, Facebook – in quanto l'utente titolare di un *account social*, come riportato sopra, espone i propri dati personali a molteplici rischi; ad esempio, il nome dell'utente che effettua l'iscrizione su una piattaforma *social* viene, senza previo consenso, indicizzato sui motori di ricerca estranei al *social network*.

Le ragioni del successo eclatante di tali tecniche di comunicazione sono da ricercarsi unitamente nella gratuità del servizio e nella semplicità di utilizzo; nel 2015 Facebook registrato il record di 1,591 miliardi di utenti attivi ogni mese (Report Digital, Social & Mobile 2015). In particolare, il suddetto *social network*, in seguito all'acquisizione e alla pubblicazione delle nuove condizioni contrattuali di WhatsApp – ossia l'applicazione di messaggistica che permette di inviare messaggi, foto, video, documenti e registrazioni vocali ad altri utenti via Internet utilizzando come identificativo il numero di telefono – pubblicate lo scorso 25 agosto, potrà liberamente trattare i dati degli utenti del servizio di messaggistica per finalità di profilazione commerciale e relazionale; inoltre, la possibilità che società appartenenti allo stesso gruppo si scambino dati è ammessa dallo stesso d.lgs. n. 196/2003 nonché dal nuovo Regolamento n. 679/2016.

Tuttavia, le nuove condizioni contrattuali prevedono di associare il numero telefonico dell'utente al profilo *social* dello stesso, sfruttando tale correlazione per fini di profilazione commerciale e relazionale, ovvero per suggerire agli utenti nuovi contatti e collegamenti. Ciò rappresenterebbe un problema per la tutela della riservatezza di tutti gli utenti che

decidano di non usare il proprio nome sui *social* o di avere profili non visibili e non ricercabili; in particolare, non è sempre automatico che nel momento in cui si decida di dare il proprio numero di telefono ad un terzo si voglia, altresì, condividere il profilo *social* con quest'ultimo. Sulla questione, potrebbe, dunque, rendersi necessario un intervento del Garante, che richiami la Risoluzione sulla tutela della *privacy* nei *social networks* adottata dall'International Working Group on data *protection in telecommunications* nell'ottobre 2008 (WhatsApp e Facebook, sfida alla *privacy*. Commento del Prof. Alberto Gambino).

Ciò dimostra, ancora una volta, come le attività svolte tramite l'utilizzazione della rete *Internet* e l'impiego di tecnologie *social* siano fortemente interconnesse fra loro e, pertanto, ciò comporta nuovi e ulteriori problemi in termini di tutela del consumatore-utente e di applicazione di sistemi rimediali idonei.

Nel modello *social* si assiste, infatti, ad una evoluzione involuzione del sistema: mentre nel modello *sharing*, a fronte della gratuità del servizio, vi era la condivisione dei dati, nell'ormai affermata configurazione *social* i dati confluiscono verso poche grandi aziende, spesso collocate oltreoceano, che detengono la capacità di elaborarli.

È fondamentale, pertanto, che gli utenti *social* acquisiscano consapevolezza che mediante il ricorso a tali strumenti di comunicazione sacrificano una parte rilevante della propria riservatezza, in quanto i dati personali divengono disponibili in modo globale ed è estremamente facile perdere il controllo degli stessi una volta pubblicati in rete. Inoltre, a fronte di questa esplosione dell'utilizzo dei dati personali, sorge spontaneo chiedersi se in futuro sarà riconosciuto ad ogni utente il diritto all'autodeterminazione informativa, ovvero di decidere in materia di comunicazione dei propri dati e di mantenere il controllo sul loro utilizzo oppure se, a livello internazionale, sarà pianificata una strategia transnazionale che individui regole comuni.

3. LA DICHIARAZIONE DEI DIRITTI IN *INTERNET*

(Angelica Saccoccio)

Era la primavera del 2014 quando la Presidente della Camera Laura Boldrini auspicò l'elaborazione della "Costituzione del Web", sulla scia di quanto fatto in Brasile con il varo del "Marco Civil da *Internet*", volto ad assicurare la tutela della *privacy* degli utenti brasiliani. Nello stesso anno, fu costituita in seno al Parlamento la Commissione per i diritti e i doveri in *Internet*, composta da parlamentari, studiosi ed esperti del settore, la cui presidenza fu affidata al Professor Stefano Rodotà. La Commissione, riunitasi per la prima volta nel luglio 2014, ha elaborato la "Dichiarazione dei diritti in *Internet*", presentata in data 28 luglio 2015; si sono rese necessarie ben 12 sedute della Commissione nonché 46 audizioni con gli esperti del settore ed oltre un anno di lavoro, affinché anche l'Italia avesse il suo "*Internet Bill of Rights*".

Come affermato dalla Presidente della Camera Boldrini "*Internet non è solo un mezzo ma una dimensione della nostra vita*" e, pertanto, l'obiettivo della Carta è fornire un quadro "costituzionale" di riferimento per le future iniziative legislative rivolte all'ambiente digitale.

Il documento, composto da 14 articoli, individua una serie di principi che abbracciano le diverse tematiche connesse all'uso della rete, senza, tuttavia, costituire una forma di regolamentazione secondo il classico modello normativo. I 14 articoli di cui si compone la Dichiarazione dei diritti in *Internet* trovano fondamento in un comune denominatore: il pieno riconoscimento della libertà, dell'eguaglianza, della dignità e della diversità di ogni persona. Tali principi sono ispirati all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tenendo, altresì, conto delle peculiarità della rete; *Internet*, infatti, si configura come uno spazio economico che rende possibili innovazione, crescita e corretta competizione, che ha cancellato confini, costruito modalità nuove di produzione e utilizzazione della conoscenza, consentendo lo sviluppo di una società più aperta e libera.

Due mesi più tardi la pubblicazione della Dichiarazione dei diritti in *Internet*, un altro fondamentale passo verso la condivisione di regole comuni nello spazio *Internet* è stato raggiunto con la presentazione della “Dichiarazione Congiunta sui diritti in *Internet*” Italia-Francia, siglata a Parigi dalla Presidente della Camera Laura Boldrini e il Presidente dell’Assemblea Nazionale francese Claude Bartolone. Il testo, approvato dalle rispettive Commissioni nazionali, sottolinea non solo la natura sovranazionale della rete, ma ne evidenzia le peculiarità, riconoscendola quale bene comune mondiale; le Commissioni – come si legge nella dichiarazione congiunta – ritengono che il diritto d’accesso a *Internet* costituisca oggi un diritto fondamentale che favorisce l’esercizio di altrettanti diritti fondamentali, segnatamente la libertà d’espressione, il diritto a informare ed essere informati, la libertà di impresa e di innovazione, la libertà di associazione.

La Dichiarazione dei diritti in *Internet* è stata, altresì, oggetto di confronto internazionale all’*Internet Governance Forum* (IGF) del novembre 2015 in Brasile. L’IGF è una tavola rotonda multilaterale e globale nel corso della quale vengono dibattuti i problemi riguardanti l’*Internet Governance* e nel 2015 esso è stato dedicato al tema “*Evolution of Internet Governance: Empowering Sustainable Development*”; in particolare, tra gli argomenti oggetto di discussione si segnalano: *cybersecurity and trust; the Internet economy; inclusiveness and diversity; openness; enhancing multistake holder cooperation; the Internet and human rights; critical Internet resources; emerging issues* (www.igf2015.br).

Il dibattito dell’*Internet Governance Forum* è stato strutturato in quattro diverse giornate, dedicata ognuna ad una specifica tematica inerente lo sviluppo della rete *Internet* e, in particolare, citiamo il dibattito tra “*zero rating e net-neutrality*” nonché “*internet economy and sustainable development*”. L’IGF, pur non funzionando come organismo decisionale, rappresenta attualmente un valido riferimento per lo sviluppo delle politiche che si riferiscono alla rete *Internet*, nonostante le sue declinazioni nazionali; è evidente, infatti, che le diverse tradizioni giuridiche, la diversa sensibilità ai temi della sicurezza e dell’identità digitale hanno fatto sì che fossero prodotte regolazioni nazionali molto diverse tra loro, anche in Europa.

In conclusione, l’impatto che le disposizioni contenute nella Dichiarazione dei diritti in *Internet*, potrebbero avere sull’ecosistema digitale è ancora tutto da definire e si auspica che alcuni dei diritti sanciti non si rivelino mere disposizioni di carattere generale; tuttavia, possiamo, affermare che la Dichiarazione congiunta fra Francia e Italia e l’IGF sono espressione del fatto che la tutela dei dati personali *online* costituisce obiettivo non di esclusiva prerogativa nazionale e di come gli Stati siano giunti alla conclusione che solamente attraverso la previsione di una linea comune di principi sia possibile garantire una tutela soddisfacente dei diritti dell’individuo.

I *social networks* e l'identità digitale

(Susanna Sandulli)

SOMMARIO: 1. LE QUESTIONI DELLA *CYBER SECURITY* E DELLA *PRIVACY ONLINE* NEI *SOCIAL NETWORKS*. IN PARTICOLARE LA TUTELA DEL DIRITTO ALL'IMMAGINE NELLA NUOVA ERA DIGITALE.

1. LE QUESTIONI DELLA *CYBER SECURITY* E DELLA *PRIVACY ONLINE* NEI *SOCIAL NETWORKS*. IN PARTICOLARE LA TUTELA DEL DIRITTO ALL'IMMAGINE NELLA NUOVA ERA DIGITALE

Una delle tematiche più ricorrenti degli ultimi anni riguarda la tutela della sicurezza nello svolgimento delle attività *online*; se tale questione, da una parte, concerne indubbiamente la lotta al terrorismo internazionale e la repressione di altri reati come la pedopornografia, notevoli problemi si pongono a causa dello sviluppo dei *social networks*, in quanto la sicurezza pubblica può essere minacciata da diverse forme di *cybercrime*.

Il fulcro della questione è ravvisabile nelle ripercussioni economiche che tali fattispecie di reato possono produrre, poiché nella rete sono presenti molti dati riguardanti imprese o patrimoni individuali e, pertanto, la c.d. *business continuity* è sottoposta a un forte rischio.

La necessità di una maggior implementazione dei sistemi di sicurezza è stata sottolineata anche dall'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione lo Sviluppo Economico) la quale, tramite la Raccomandazione sulla sicurezza digitale e la gestione del rischio del 1 ottobre 2015, ha evidenziato che essa si pone come un problema non solamente di ordine tecnologico, ma anche economico.

Come rimarcato dal presidente del Garante per la tutela dei dati personali, Antonello Soro, non è pensabile eliminare del tutto i rischi derivanti dal digitale e, in un certo senso, questi devono essere accettati in ragione dei plurimi obiettivi che l'Italia e l'Unione europea si sono poste; tuttavia, ciò non può esonerare i governi dei singoli Stati dall'adottare una serie di strategie che assicurino la tutela della *privacy* dei cittadini, conferendo a quest'ultima il ruolo di obiettivo primario dei piani di sviluppo.

L'innovazione, difatti, a parere dell'OCSE, deve essere considerata un aspetto fondamentale nell'attività di gestione della sicurezza digitale la quale, per essere efficiente, deve garantire una piena collaborazione non solo tra soggetti pubblici e privati, ma anche fra i diversi Stati, dando vita a una compenetrazione fra diritto nazionale e sovranazionale.

Infine, sebbene la *digital security* influenzi profondamente il raggiungimento dei diversi obiettivi economici e sociali, essa deve andare sempre di pari passo con la salvaguardia dei diritti fondamentali, affinché la tutela di questi non risulti, in alcun modo, diminuita.

A partire dagli eventi dell'11 settembre 2001 e a seguito dei, purtroppo, numerosi attentati terroristici che sono stati realizzati in Europa negli ultimi anni, la necessità di una maggior sicurezza ha comportato un'ingerenza notevole di dati personali che potrebbe ledere quel sistema di protezione così difficilmente realizzato; pertanto, la Corte di Giustizia ha sottolineato la necessità che il controllo sui dati personali degli utenti per ragioni di sicurezza incontri limiti ben precisi.

Proprio per questo, il 6 luglio 2016 sono state approvate dal Parlamento europeo le norme relative alla strategia sulla sicurezza informatica, la c.d. *Cyber Security*, e fra queste anche la Direttiva NIS (*Network and Information Security*),

applicabile a tutti i soggetti che svolgono attività ascrivibili ai cc.dd. servizi essenziali; essa nasce dalla consapevolezza che il sistema moderno si caratterizza per una logica di interoperabilità dei servizi, la quale aumenta in maniera esponenziale i rischi e, infatti, la Direttiva, oltre ad imporre agli Stati membri di riferire ad un'apposita Autorità nazionale i vari incidenti che si verificano, obbliga questi ultimi ad istituire il c.d. CERT (*Computer Emergency Response Team*), ossia un *network* che si occupi delle reti più critiche, monitorando gli eventuali incidenti verificatisi a livello nazionale.

Sebbene, dunque, la sicurezza e la privacy degli internauti costituiscano uno dei più importanti obiettivi che l'OCSE si è prefissata di raggiungere mediante l'instaurazione di un clima di maggior fiducia, è innegabile che, in realtà, giungere alla creazione di un diverso e migliore mosaico giuridico, comunitario ed internazionale, sia un risultato estremamente ambizioso; difatti, oltre che delle indubbie difficoltà applicative, è necessario tener conto anche dei diversi valori che caratterizzano gli Stati, europei e non.

Un esempio lampante di come sia estremamente complesso bilanciare valori quali *privacy* e sicurezza, soprattutto nell'ambito delle nuove tecnologie, è rappresentato dal celebre caso FBI-Apple.

Il 2 dicembre 2015 a San Bernardino (California) Syed Rizwan Farook e Tashfeen Malik, marito e moglie, dopo essersi recati presso un centro sociale per disabili, l'Inland Regional Center, uccisero 14 persone e ne ferirono 24.

La questione è sorta nel momento in cui l'FBI ha richiesto ad Apple un aiuto per accedere all'*iPhone* di Syed Rizwan Farook, deceduto insieme alla moglie dopo uno scontro a fuoco con la polizia; l'FBI aveva avanzato la predetta richiesta non solo per analizzare le modalità e le dinamiche con cui si erano svolti i fatti della strage, ma anche per verificare quali relazioni intercorressero fra i due attentatori ed altri esponenti dell'estremismo islamico, in quanto l'attentato fu dichiarato dagli stessi effettuato in nome dell'Isis.

A seguito del rifiuto ricevuto, il caso è arrivato davanti alla Corte Federale di Los Angeles, ove il giudice, richiamando l'All Writs Act del 1789, ha ordinato ad Apple di aiutare l'FBI a sbloccare il dispositivo mediante il rilascio di un software in grado di superare i meccanismi di sicurezza e *privacy* installati nello *smartphone*; in sostanza, il *software* avrebbe dovuto aggirare il sistema per cui al decimo inserimento di un errato codice di sblocco, il telefono, automaticamente, distrugge tutti i dati in esso presenti.

La ragione principale della risposta negativa della Apple nasceva dalla preoccupazione di creare un precedente che potesse minacciare la *privacy* dei clienti, anche perché l'eventuale realizzazione di quello che può essere definito propriamente un *backdoor* potrebbe consentire, caduto nelle mani sbagliate, di accedere a qualsiasi telefono; quindi, l'ottica dell'azienda di Cupertino non era quella di proteggere la *privacy* del singolo soggetto, bensì di evitare l'instaurazione di un clima di sfiducia nei confronti dell'azienda e di scongiurare possibili violazioni della *privacy* degli utenti per il futuro.

Quale interesse meritava di prevalere? Quello generale di proteggere la sfera intima e personale dei cittadini da possibili ingerenze future da parte dello Stato e di altri soggetti, oppure ritenere prevalente, con riferimento ad un singolo avvenimento, finalità di sicurezza pubblica che potrebbero, però, avere anche funzioni preventive?

La vicenda, alla fine, ha avuto un esito inaspettato, in quanto Apple non ha fornito la collaborazione richiesta dall'FBI, ma quest'ultima ha dichiarato di essere stata in grado di sbloccare autonomamente il telefono del terrorista. Chi ha vinto e chi ha perso? Forse tutti, forse nessuno, ma ciò che è certo è che la famosa dicotomia *privacy* - sicurezza rimane una delle questioni di più difficile soluzione e che effettuare un bilanciamento oggettivo fra le due risulta estremamente arduo.

Il caso ora prospettato costituisce una chiara manifestazione di come, negli ultimi anni, stiamo assistendo a uno sviluppo tecnologico senza precedenti e a un'utilizzazione sempre più preponderante della rete Internet in ogni aspetto della vita quotidiana; è importante evidenziare che tali fenomeni influenzano profondamente non solo l'economia mondiale e i tradizionali concetti giuridici, ma si ripercuotono notevolmente anche sulle abitudini dei consumatori-utenti.

Difatti, se, ai primi albori, la navigazione nel *web* veniva effettuata per mere finalità di ricerca e per l'uso delle *e-mail*,

con la nascita dei primi blog essa è divenuta un vero e proprio strumento di incontro sociale; da questi ultimi si è, poi, passati ai *social networks*, i quali costituiscono una delle massime espressioni del concetto di realtà virtuale, in quanto tramite essi si crea un vero e proprio mondo parallelo in cui gli utenti interagiscono e, soprattutto, si scambiano idee, informazioni e fotografie.

Con riferimento, in particolare, a queste ultime, si pongono numerose questioni, in quanto tutelare il diritto all'immagine nell'ambito della rete può risultare particolarmente difficile; quasi tutti coloro che sono utenti, per esempio, di Facebook, sono soliti caricare sul *social network* le fotografie che li riguardano, senza tener conto che, una volta che l'immagine è stata inserita, non sarà praticamente più possibile cancellarla; infatti, sebbene sia prevista un'apposita funzione di eliminazione della fotografia dal profilo dell'utente e, pertanto, quest'ultima non apparirà più su di esso, in realtà, Facebook manterrà nella sua memoria tale immagine. Inoltre, poiché la sede legale di Facebook si trova in California, si pone un problema di applicazione territoriale della disciplina; si auspica, quindi, che il *Privacy Shield* comporti un effettivo adeguamento della regolamentazione americana agli *standard* europei.

Proprio per tale ragione, sul sito del Garante per la protezione dei dati personali è stata inserita una mini guida per rendere l'internauta maggiormente edotto sui rischi derivanti dal caricamento delle immagini online; oltre a sottolineare la difficoltà di poter eliminare definitivamente l'immagine caricata, in quanto essere potrebbe essere stata condivisa da diversi soggetti, anche su siti internet o altri *social networks*, viene evidenziata l'importanza di verificare lo scopo reale per cui determinate *app* richiedono l'accesso alle fotografie e ai filmati presenti sullo *smartphone* o sul *tablet*.

Forse, però, potrebbe essere lo stesso Facebook a rendere più chiare, semplici e di facile accesso le informazioni relative alle immagini caricate sul social network, in quanto ciò garantirebbe una maggior consapevolezza da parte dell'utente e vi sarebbe, altresì, una più stretta corrispondenza ai principi dell'educazione e dell'informazione che costituiscono colonne portanti del nostro ordinamento.

La questione della tutela del diritto all'immagine sui *social networks* si complica ulteriormente in due casi.

Il primo si verifica a seguito dell'applicazione del *tag*, ossia di un'etichetta volta a identificare il soggetto presente nell'immagine; difatti, a meno che l'utente non abbia impostato la modalità di controllo preventivo, non gli sarà possibile eliminare del tutto il riferimento del suo nominativo dall'immagine. Per tale ragione, come espressamente consigliato nella guida del Garante, è preferibile che l'utente controlli preventivamente il sistema dei *tag*; ciò può essere fatto, ad esempio, mediante un sistema di approvazione o attraverso il rilascio dell'autorizzazione solo nei confronti di determinati soggetti. Inoltre, è possibile per l'utente del *social network* scegliere quali immagini siano visibili a tutti e quali, invece, possano essere visualizzate esclusivamente da lui stesso.

La seconda ipotesi si presenta nel caso dei cc.dd. profili fake, ossia qualora ad un utente venga "rubato" il proprio profilo personale, comprese le fotografie; negli ultimi anni tale problematica si sta presentando sempre più frequentemente e, proprio per tale ragione, il Garante per la protezione dei dati personali ha emesso per la prima volta un provvedimento in materia (provvedimento n. 56 dell'11 febbraio 2016).

Il caso in questione risultava di estrema delicatezza, in quanto l'utente X lamentava che l'utente Y lo avesse minacciato con indebite richieste di denaro; al suo dissenso, Y non solo avrebbe creato un falso account contenente nominativo, dati personali e immagini di X, ma avrebbe anche inviato ai contatti di quest'ultimo fotografie e video modificati che lo ritraevano nello svolgimento di attività sessuali con minori.

Il signor X aveva chiesto, quindi, a Facebook Ireland Ltd di poter "accedere a tutti i dati che lo riguardano (informazioni e fotografie) detenuti in relazione ai profili Facebook aperti a suo nome", opponendosi al loro trattamento, e chiedendo l'eventuale cancellazione o blocco del profilo *fake* a suo nome. Tuttavia, questi dati venivano forniti solo parzialmente, in quanto non intellegibili e riferiti solamente al suo reale profilo.

Il Garante invitò, quindi, Facebook Italy s.r.l. e Facebook Ireland Ltd a fornire all'interessato quanto richiesto, ma

quest'ultimo rispose di aver *“già intrapreso le azioni necessarie per cancellare il falso account (...) segnalato dal ricorrente” (...)* e che *“se il segnalante desidera ottenere dati relativi ad un account che non è di sua proprietà, può consultare il (...) centro di assistenza per maggiori informazioni in merito a forze dell'ordine e questioni di terzi, incluso informazioni sulle citazioni in ambito civile”*.

L'Autorità, tuttavia, stabilì che, ai sensi della normativa nazionale, il ricorrente fosse legittimato ad accedere a tutti i dati e le informazioni che lo riguardavano, anche nel caso in cui essi fossero posti presso un account diverso dal suo, in quanto i contenuti in esso presenti lo interessavano in prima persona; conseguentemente, fu ordinato alla società di fornire tutte le informazioni richieste in modo intelligibile e di non effettuare più alcun trattamento dei dati presenti sull'*account fake*.

Espressione di come i valori della *privacy* e del diritto all'immagine siano considerati e protetti in modo differente in ogni Paese è riscontrabile nel caso concernente la nuova applicazione lanciata da Facebook.

A giugno 2015 negli Stati Uniti, difatti, è stata presentata l'*app* Facebook Moment che ha come funzione principale quella di raccogliere e condividere le foto presenti sullo *smartphone*, caricandole direttamente sul *social network* e raggruppandole in base ai soggetti presenti nello scatto.

Facebook Moments si configura, dunque, come un software particolarmente complesso che utilizza la c.d. face detection technology che fa risparmiare tempo all'utente e guadagnare economicamente Facebook in termini di pubblicità, ma che, al contempo, presenta numerosi profili che destano giustificate preoccupazioni.

Tuttavia, a differenza della versione disponibile negli USA, quella europea, utilizzabile dal 10 maggio 2016, non prevede il riconoscimento facciale, in quanto la suddetta funzionalità è stata bloccata dai Garanti per la *privacy* europei, essendo stata ritenuta lesiva del diritto alla tutela della *privacy* e del diritto all'immagine poiché raccoglie dati biometrici senza il consenso dell'utente; potranno, quindi, essere riconosciuti solamente oggetti per raggruppare le foto che *“sembrano raffigurare la stessa persona, in base a caratteristiche come la distanza tra gli occhi e le orecchie”*.

In realtà, vi è la possibilità di disattivare l'opzione *tag suggestions* mediante una mera modifica delle impostazioni del telefono; tuttavia, e questa probabilmente è la ragione che ha portato al blocco dell'opzione del riconoscimento facciale da parte dell'Unione europea, la suddetta opzione è applicata automaticamente e, quindi, l'utente potrebbe non essere d'accordo con la sua utilizzazione ma, al contempo, non essere immediatamente consapevole del suo uso predeterminato. In poche parole, sarebbe stato violato il diritto del consumatore ad avere informazioni precontrattuali chiare, semplici e precise.

La predetta diversità di disciplina rispetto al sistema regolamentare statunitense dimostra, ancora una volta, come la tutela della *privacy online* sia uno dei temi di maggiore interesse a livello comunitario e che, nonostante gli inevitabili mutamenti dovuti all'applicazione delle nuove tecnologie, non sia stato sconfessato il ruolo di controllo e di vigilanza svolto da parte delle autorità governative europee; al contempo, tuttavia, sono innegabili le problematiche che continuano a porsi per quanto concerne il sistema rimediale.

I *social networks* costituiscono espressione lampante del fatto che la partecipazione al mondo virtuale si configuri come una vera e propria esigenza per gli utenti; si tratta, oramai, di una realtà che concerne le attività più disparate che risultano strettamente connesse fra loro e che, in ragione del progressivo abbandono della logica tradizionale intesa in termini di rapporti B2C, comporta l'insorgere di numerosi dubbi a cui è difficile dare una risposta.

Da una parte, accostandosi a una logica di auto-governo, sarebbe automatico pretendere dall'utente una maggior responsabilizzazione: maggiori sono la libertà e l'autonomia concesse, più ampia sarà l'attività che l'utente in *primis* dovrà svolgere per proteggersi dalle insidie sottese alla navigazione nella rete; dall'altra, tuttavia, ciò non può comportare una completa deresponsabilizzazione del potere pubblico il quale, di conseguenza, dovrà garantire un apparato di tutela idoneo a proteggere gli internauti.

Inoltre, un aspetto che deve essere tenuto in debita considerazione concerne la tutela della dignità della persona che, sebbene costituisca uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento, nell'ambito delle attività *online* sembra perdere gran parte della sua importanza, con ripercussioni estremamente gravi, come dimostrano i più recenti casi di cronaca. Proprio per questo, di particolare rilevanza risultano le parole di Antonello Soro il quale ha dichiarato che l'ottica repressiva non è più sufficiente e che, dunque, è necessario spingersi oltre e propugnare un'opera di educazione digitale; il rimedio del diritto all'oblio, come sopra detto, risulta inefficace in molte occasioni, in quanto interviene sul "mezzo", sulla rete, e non sui soggetti che dimostrano sempre più frequentemente atteggiamenti di odio, di razzismo e di noncuranza nei confronti della riservatezza degli altri.

La problematica di maggior spessore attiene al fatto che se, ad oggi, la normativa non è riuscita ad adeguarsi ai repentini sviluppi del digitale che, sino a poco tempo fa, erano incentrati ancora in un'ottica tradizionale di rapporti tra piattaforme e utenti, la possibilità che ciò avvenga con riferimento a un sistema che è più vicino a una logica di auto-governo, sembra estremamente arduo ma, al contempo, fondamentale. Come abbiamo potuto constatare, nell'ambito dei *social networks*, una tutela effettiva generale non è prevista e i sistemi rimediali *ex post* non sembrano essere ancora del tutto soddisfacenti, considerando che l'interesse da tutelare non è solamente quello del mercato o del singolo operatore, ma soprattutto quello a che la *privacy*, la vita privata e la sfera intima dei soggetti siano ampiamente protette.

Si auspica, quindi, la creazione di un sistema rimediale maggiormente adeguato ai più recenti sviluppi sociali e che tenga conto dell'importanza assunta dall'educazione e dall'informazione per l'internauta; tuttavia, queste ultime non possono costituire un *escamotage* per sconfermare l'attività di protezione degli utenti e, in generale, dei consumatori, in quanto ciò costituisce compito fondamentale dell'ordinamento.

Gli Autori

GLI AUTORI

Antonio Affinito

Dottorando di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Valentina Angelini

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Fabio Bassan

Professore ordinario di Diritto internazionale – Università Roma Tre

Giorgia Biferali

Assegnista di ricerca in Grande distribuzione organizzata e abuso di dipendenza economica – Università Roma Tre

Dottore di ricerca in Diritto Privato per l'Europa – Università Roma Tre

Aldo Corvino

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Francesco Della Rocca

Dottorando di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Alfonso Ingenito

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Cristiana Lauri

Dottoranda di ricerca in Diritto dei mercati e dei consumatori – Università Roma Tre

Alessandro Lomoro

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Andrea Luberti

Magistrato

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Maria Letizia Magno

Assegnista di ricerca in La regolazione delle nuove forme di comunicazione – Università Roma Tre

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Paolo Occhiuzzi

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Funzionario a contratto presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Francesca Pellicanò

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Funzionario di ruolo presso l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Sara Perugini

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Funzionario di ruolo presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Maddalena Rabitti

Professore ordinario di Diritto dell'economia – Università Roma Tre

Liliana Rossi Carleo

Professore emerito di Diritto privato – Università Roma Tre

Angelica Saccoccio

Dottoranda di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Susanna Sandulli

Dottoranda di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori - Università Roma Tre

Maria Chiara Sole

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato – Università Roma Tre

Imprese e loro associazioni di categoria

AGOS



FEDERDISTRIBUZIONE
LE AZIENDE DELLA DISTRIBUZIONE MODERNA



INTESA SANPAOLO

Posteitaliane



UPA
UTENTI PUBBLICITÀ ASSOCIATI



Istituzioni



Università



UNIVERSITÀ DI SIENA
1240
DIPARTIMENTO DI SCIENZE DELLA FORMAZIONE, SCIENZE UMANE E DELLA COMUNICAZIONE INTERCULTURALE



Centro Europeo di Diritto dell'Informatica e del Consumo



Associazioni di Consumatori



UNC
CONSUMATORI.IT





Consumers' Forum è un'associazione indipendente e unica in tutta Europa che dal 1999 riunisce imprese e consumatori per facilitare il dialogo, promuovere le politiche consumériste e migliorare la qualità di vita dei cittadini.

Fanno parte di Consumers' Forum le più importanti associazioni di consumatori, istituzioni, università, numerose imprese industriali e di servizi e le loro rappresentanze.

L'associazione è luogo di confronto sui diritti dei consumatori e favorisce il “dialogo aperto” tra le parti.

Consumers' Forum

Via degli Scipioni,8 00192 Roma RM
tel.06-39725486 fax 06-39887519
segreteria@consumersforum.it
www.consumersforum.it

 consumforum

 @ConsumForum

 consumersforumtv

 consumers'-forum