

FRAZIONAMENTO DELLA FILIERA PRODUTTIVA

E REGOLE DEL CONTRATTO * **

(Splitting Up the Supply-Chain and the Law of Contract)

ABSTRACT: *In order to adopt a new perspective when discussing contract law in the digital age, the following essay analyses the general topic of the fragmentation of the production in the light of three case studies: Google Nest thermostat, crowd-funding and robo-advisors. The three cases are considered relevant for the matter due to the fact that they all exercises the same disrupting power on their supply chain: if, indeed, part of the products and services of their supply chain have been long offered by one or few providers, now the same products and services are realized by an indefinite number of players horizontally spread over the market. This evolution critically challenges not only the traditional categories of contract law, but also the recently established categories of the consumer regulation of the EU, generating fundamental questions which requires quick and proper answers.*

SOMMARIO: 1. — Dalle carrozze senza cavalli al capitalismo digitale. 2. — Primo quadro: di *Internet of Things* e del mito del consumatore informato. 3. — Secondo quadro: il *crowdfunding* e il diritto contrattuale delle piattaforme. 4. — Terzo quadro: il *roboadvice* e il *robo4advice*. 5. — La responsabilità del produttore come risposta di sistema ai problemi di frazionamento “orizzontale” della produzione. 6. — Non conclude.

1. Il titolo della relazione assegnatami, interpretato sistematicamente alla luce del tema generale del convegno, induce a una lieve forzatura testuale che al-

*Contributo approvato dai revisori.

**Il presente contributo riproduce il testo della relazione, dal titolo “Prestazione frazionata e regole del contratto”, presentata al V convegno associativo ADDE, dedicato a “Mercati regolati e nuove filiere di valore”, tenutosi in Bari, il 29 e 30 novembre 2019.

lontanerà le mie considerazioni dal piano strettamente civilistico della teoria dell'obbligazione, cui sembrerebbe invece condurre il riferimento alla prestazione "frazionata": dunque, non mi occuperò di prestazioni uniche rese in più *tranche*, evocando magari risalenti quanto suggestivi dibattiti sulla differenza tra vendita a consegne ripartite e somministrazione, quanto, ben diversamente, di temi di contratto e di responsabilità inerenti al frazionamento degli input della produzione.

L'esperienza insegna che, per interpretare qualcosa senza precedenti, si cerca sempre rifugio nelle categorie più familiari. Ricorda Shoshana Zuboff¹ che la prima reazione, di fronte all'avvento dell'automobile a motore, fu di chiamarla "carrozza senza cavalli" (e, se si riflette, questo retaggio appartiene ancora al linguaggio comune, che ci porta a esprimere la potenza del motore in numero di cavalli).

Qualcosa di simile sta accadendo per il diritto contrattuale nell'epoca del capitalismo digitale, di fronte al quale categorie come l'autonomia privata o il consenso esibiscono la stessa goffaggine dell'immagine della carrozza senza cavalli.

Per dimostrarlo, mi intratterrò su tre esempi in tema di *Internet of Things* (IoT), piattaforme di credito e *Fintech*: tre quadri — di tratto più impressionistico che realistico — utili, spero, a cogliere le peculiarità dell'attività contrattuale d'impresa nel contesto di un capitalismo digitale che tende a scomporre e parcellizzare le tradizionali filiere del valore.

2. Traggo l'esempio dallo studio un giovane ricercatore di un'Università inglese (ma dottore di ricerca dell'Università di Palermo)². Questo termostato è com-

¹Cfr. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, tr. it. Roma, 2019, p. 22.

²Fondata da Tony Fadell e Matt Rogers, entrambi ex ingegneri Apple, l'azienda offre inizialmente un sistema per così dire "chiuso", nel quale si interfacciano soltanto dispositivi Nest (termostati, rilevatori di fumo, videocamere). Acquistata da Google nel febbraio 2014 per 3,2 miliardi di dollari, Nest cambia pelle: l'iniziativa *Work with Nest* è infatti rivolta ai produttori di terze parti e mira a creare un ecosistema connesso all'interno delle *smart home*, in cui i dispositivi di aziende differenti

ponente di un ecosistema che, raccogliendo dati sulle abitudini domestiche degli utenti, predicandone i comportamenti e trasmettendo queste conoscenze ad altri dispositivi connessi (come impianti elettrici, forni a microonde o frigoriferi), promette di rendere le abitazioni *smart*. Per far funzionare Nest, dopo averlo acquistato, occorre scaricare una *app* e prestare un “consenso sui termini del servizio” e un “consenso dell’utente finale”. Chi avesse voglia, e soprattutto competenza e tempo, per leggere questi due documenti, scoprirebbe un complesso gioco di rimandi e relazioni contrattuali con altri prodotti o servizi necessari per “implementare” l’ecosistema. Il consumatore informato — categoria che, nel contesto del capitalismo digitale, mostra la sua intima natura di *fictio iuris* — di Nest sarebbe dunque costretto a esaminare circa mille cosiddetti contratti³: qualcosa che oltrepassa la “conoscibilità” delle condizioni generali dei singoli contratti “di carta” del capitalismo industriale e che sterilizza sul nascere ogni barlume di ciò che, nel linguaggio comune, ascriviamo al significato di “consenso”.

Tutto ciò mette ovviamente a nudo i limiti di una legislazione consumeristica edificata, negli ultimi due decenni del ‘900, sulla fisiologica asimmetria informativa/cognitiva che affligge la contrattazione B2C e spinge a riflettere, come tanti studiosi europei iniziano a fare, sull’efficacia e l’effettività delle *policy* regolatorie in materia contrattuale e sulla crescente necessità di un loro profondo ripensamento.

Provando ora a guardare all’ecosistema Nest — che dei dispositivi IoT è esempio paradigmatico — dalla specola dell’imputazione di responsabilità per i danni provocati, si intuisce quanto l’Internet delle cose “impatti” sulle assicuranti

(produttrici di lampadine led, prese di corrente, dispositivi per il risparmio dell’acqua, etc.) possano comunicare tra loro, con l’obiettivo di semplificare la vita degli utenti. Ancora più recente è la totale integrazione nel c.d. ecosistema Google, operata attraverso l’assistente virtuale Google Now.

³Cfr. NOTO LA DIEGA, *Contracting for the ‘Internet of Things’: Looking into the Nest*, in *European Journal of Law and Technology*, Vol 7, No 2 (2016), disponibile su <http://ejlt.org/article/view/450/662>

categorie della tradizione.

Nelle sue condizioni generali del servizio, infatti, Nest informa che utilizzerà servizi forniti da terze parti per abilitare alcuni aspetti del proprio servizio ma fornisce una lista soltanto esemplificativa delle terze parti con cui si interfaccia (citando ad esempio i servizi web di Amazon per lo stoccaggio, la sincronizzazione e la comunicazione dei dati o gli operatori di telefonia mobile per le notificazioni al dispositivo).

Da ciò consegue che, dal punto di vista contrattuale, il cliente non è in grado di identificare il soggetto dal quale dipende l'esattezza della prestazione (e, specularmente, da cui dipende l'inadempimento o l'adempimento inesatto)⁴.

Il termostato di Nest, ad esempio, può essere comandato non solo dall'assistente vocale di Google, ma anche dalla Mercedes su cui si viaggia, capace di segnalare al sistema che si sta rientrando a casa, sì da far trovare un clima confortevole. Quest'ultimo esempio dà bene la misura della quantità dei soggetti coinvolti nell'esecuzione della prestazione, sebbene non ancora del titolo per cui sono coinvolti. La temperatura tropicale del termostato nell'agosto palermitano è da imputare a un malfunzionamento del Nest, a un'errata comprensione delle istruzioni da parte dell'assistente vocale di Google o all'input errato inviato dalla Mercedes, che magari l'utente ha parcheggiato sotto casa prima di prendere il taxi per andare all'aeroporto?

⁴Ma c'è anche di più. Le condizioni generali del servizio degli sviluppatori di Nest prevedono che i Nest API e gli altri Materiali di sviluppo Nest possono consentire agli sviluppatori di controllare il software e i dispositivi Nest o di ottenere informazioni che possono impattare sulla sicurezza dei clienti e degli utilizzatori finali dei prodotti e dei servizi Nest.

Tanto significa che gli utilizzatori finali dei prodotti e dei servizi Nest corrono il rischio che la necessaria connessione ad app e dispositivi di terze parti possa direttamente nuocere alla loro sicurezza.

3. Siamo qui al cospetto di un esempio paradigmatico di diritto contrattuale delle piattaforme, considerato che il funzionamento del *crowdfunding* non è descrittivamente dissimile da quello di piattaforme di servizi non finanziari come AirB&B o Uber.

Lo schema contrattuale utilizzato per soddisfare l'interesse creditorio vede il concorso di tre parti, una delle quali plurisoggettiva.

Per essere più chiari: nelle operazioni di *crowdfunding* una pluralità di soggetti trasferisce denaro a una piattaforma che, a sua volta, presta il denaro a un richiedente. (Così come in AirB&B il conduttore paga la piattaforma la quale, trattenuta la percentuale a titolo di compenso, trasferisce il residuo al locatore mentre in Uber l'utente paga la piattaforma la quale, trattenuta la percentuale a titolo di compenso, trasferisce il residuo al *driver*).

Sotto il profilo economico l'operazione è dunque sicuramente trilatera.

La piattaforma solleva tuttavia il quesito se la trilateralità sia tale anche sotto il profilo giuridico.

La domanda non è oziosa: dalla risposta discendono, infatti, importanti conseguenze disciplinari. Se si ritiene che la parte finanziatrice sia costituita dall'insieme dei piccoli prestatori, per definizione non professionali, ne risulta l'inapplicabilità della disciplina sul credito ai consumatori, atteso che ai sensi dell'art. 121 TUB, il "finanziatore" è "*un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito*"; mentre all'esito opposto si giunge, ovviamente, ritenendo che il "finanziatore" sia la piattaforma.

Personalmente — premessa tuttavia la mia sostanziale ignoranza del fenomeno, da altri studiato con ben altro approfondimento — sarei incline a propendere per la natura di "finanziatore", ex art. 121 TUB, del gestore della piattaforma, e

ciò in considerazione del funzionamento del *social lending*, nel quale il gestore stesso non svolge esclusivamente un'attività tecnico-materiale, ma una vera e propria attività di intermediazione tra prestatori e richiedenti.

Sotto il profilo dell'inadempimento del servizio e dunque delle pedissequa responsabilità mi pare emergano almeno un paio di questioni di non immediata soluzione. Da un lato, si pone il problema del rifiuto immotivato di credito conseguente a un errato processo di estrazione di dati finanziari relativi all'aspirante prestatore e di "processazione" degli stessi: qui, infatti, è tutto da chiarire il ruolo giocato, nella complessiva operazione mediata dalla piattaforma, delle agenzie di valutazione del merito creditizio; d'altro lato, si pone il problema del mancato recupero di quanto prestato dai prestatori/investitori, i quali, dal momento in cui trasferiscono la loro provvista, perdono il controllo della sua destinazione, non potendo incidere sulla scelta dei destinatari della stessa: da qui il dubbio, ad esempio, se i gestori della piattaforma rispondano per l'inadempimento, per le false dichiarazioni dei richiedenti o per il mancato aggiornamento dei dati utili a valutarne l'effettiva affidabilità.

4. Anche in questo caso abbiamo un frazionamento degli input della produzione del servizio di consulenza finanziaria: è noto, infatti, che le modalità di costruzione dell'algoritmo (la c.d. *algo-governance*) sono di regola esternalizzate a *software house* che normalmente detengono diritti di privativa sul funzionamento della *black box*. Ne segue che, pure qui, si assiste a una moltiplicazione degli attori che intervengono nella prestazione del servizio, per rendere il quale occorre, preliminarmente, estrarre dati pertinenti (*data mining*) e adeguatamente processarli: attività, queste, normalmente "delegate" a soggetti diversi dal consulente, sia pur automatizzato.

Il principio di c.d. neutralità tecnologica che informa il sistema MiFID II rende

ovviamente irrilevante, rispetto alla tutela della clientela, il mezzo tecnico impiegato per rendere il servizio di investimento ma, nondimeno, l'impatto della tecnologia sulla prestazione solleva nuovi e ulteriori rischi connessi all'automazione del servizio.

I casi prospettabili sono diversi: nel c.d. *robo4advisor* può ad esempio ipotizzarsi un malfunzionamento del software o un uso errato da parte del consulente. Nella gestione di portafogli su base individuale che si avvalga di *roboadvisor* può, invece, prospettarsi il caso dell'errato monitoraggio continuo dell'investimento, che non conduca al necessario disinvestimento o, specularmente, all'investimento non necessario.

Pochi dubbi sulla responsabilità del prestatore del servizio — tenuto peraltro, per la politica di controllo di conformità (art. 22 MiFID II), di gestione dei rischi (art. 23 MiFID II), e di *internal audit* (art. 24 MiFID II), a raccogliere e mantenere adeguata documentazione di sistema che indichi le ragioni, lo scopo e la costruzione dell'algoritmo, al fine di ricostruire il processo di investimento — resta però anche qui sullo sfondo il tema dell'imputazione di una responsabilità concorrente della *software house* per il danno cagionato dalla costruzione dell'algoritmo necessario a estrarre e processare i dati necessari per prestare il consiglio.

Sia nel *roboadvice*, sia nel *robo4advisor*, il danno può discendere eziologicamente da un difetto di progettazione o da un malfunzionamento del *software*: i dati sui potenziali investitori, se mal calibrati in fase di programmazione e/o mal processati dall'algoritmo, possono infatti indurre consigli inadeguati rispetto all'interesse del cliente.

Ora, posto che l'algoritmo è governato da *software* proprietari normalmente prodotti da terzi e da questi ceduti o licenziati al prestatore del servizio, il problema è se, ferma la responsabilità dell'impresa d'investimento, il produttore del software

possa essere direttamente chiamato a rispondere del danno subito dall'investitore.

Il problema, in altre parole e anche in questo caso, è se chi concorre alla costruzione di una prestazione tecnologicamente complessa incorra, o meno, in responsabilità diretta nei confronti del cliente danneggiato.

5. Provando a riannodare le fila di un discorso svoltosi, come si è detto, in modo più impressionistico che analitico, il problema restituitoci dai tre quadri esaminati mi pare fondamentalmente uno: ferma l'ovvia responsabilità dell'impresa contrattualmente obbligata, si può dare al cliente anche la possibilità di coinvolgere direttamente altri soggetti nel giudizio di responsabilità?

Si può, in altre parole, evocare la disciplina della responsabilità del produttore di fronte al danno occorso al fruitore di un servizio alla cui progettazione/costruzione hanno concorso più imprese ma che è contrattualmente imputabile solo a una di esse?

Il problema si riferisce soprattutto al caso Nest e al *Roboadvice* o *4advice* ma è evidentemente più ampio di questi due casi perché può, ad esempio, abbracciare anche l'importantissima questione, cui non ho dedicato attenzione, del rapporto tra *manufacturer* e *distributor* nella *product governance*.

Ed è un problema che si pone, credo, perché la responsabilità del produttore nasce in un contesto di filiera industriale di tipo tradizionale, nel quale la catena del valore si sviluppa per anelli verticali, passando da chi produce a chi intermedia per poi giungere al consumatore finale. Nel contesto del capitalismo digitale, invece, la verticalità si rompe, poiché più soggetti concorrono, orizzontalmente, a "costruire" una prestazione complessa e l'apporto di ciascuno è essenziale al funzionamento del sistema.

Al riguardo mi pare che nessun dubbio si possa sollevare sul fatto che il con-

chetto di “prodotto” ricomprenda anche il servizio e dunque le *res quae tangi non possunt*: l’espressa estensione anche all’energia del concetto normativo di “prodotto”, operata dall’art. 115, comma II, c. cons., autorizza certamente una tale conclusione, sì da poter dire, con linguaggio civilisticamente più consono, che il “prodotto” abbia la stessa latitudine del “bene” di cui all’art. 810 c.c.

Quanto alla possibilità di estendere la responsabilità per il danno occorso all’utente anche a chi, pur non essendo stato parte del contratto, sia stato però parte del processo di ideazione/costruzione del servizio inesatto, mi pare che la questione possa oggi trovare soluzione invocando il nuovo comma 2-*bis* dell’art. 115 c. cons., per il quale «produttore ... è il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente».

Si tratta di una disposizione aggiunta relativamente di recente e che, pur senza avere ancora chiaramente presenti i problemi sorti nell’ultimo decennio con l’irrompere del capitalismo delle app, delle piattaforme e dell’automazione robotica, ha trovato comunque ingresso in un contesto produttivo nel quale la linearità della filiera economica di tipo tradizionale aveva ormai ceduto il passo a forme più evolute e orizzontali di creazione del valore.

Mi pare quindi che, attraverso questo veicolo normativo, interpretato se vogliamo in chiave evolutiva, ma di sicuro conforme alla sua *ratio*, pure lì dove la costruzione della prestazione sia “frazionata” tra più imprese, ben si possa chiamare a rispondere, pur sempre contrattualmente (anche se non per inadempimento dell’obbligo primario di prestazione che nel contratto trova fonte), anche il produttore e/o il fornitore della singola parte del più complesso servizio, i quali hanno comunque avuto un ruolo efficiente nella “costruzione” della prestazione inesatta.

6. Vorrei ora chiudere queste brevi e sparse considerazioni riprendendo uno

dei tanti suggestivi passaggi della relazione di ieri del prof. Jannarelli, il quale ha evocato la necessità di un diritto civile comune dell'era digitale. Oggi siamo esattamente nel mezzo di una transizione verso un modello di capitalismo — della rete, delle piattaforme, della sorveglianza — che corre assai più rapidamente della nostra lenta capacità di comprensione e sistemazione. Nella celebre conferenza stampa che Neil Armstrong tenne prima della spedizione dell'Apollo 11, l'astronauta disse che andare sulla luna serviva più a cercare nuove domande che a trovare nuove risposte. Ho l'impressione che i giuristi dell'economia, giovanissimi giovani e meno giovani, stiano al capitalismo digitale come l'uomo alla luna prima di Armstrong.

Sicuramente così mi sento io, e per questo confido che la relazione — se non a offrire nuove risposte — sia servita almeno a offrire, soprattutto ai più giovani, qualche nuova domanda.ate alla loro qualificazione giuridica, sono abilitati a eseguire compiti

Roberto Natoli

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Palermo*