



DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

ANNO 2016, NUMERO 3

FONDATA E DIRETTA DA
ALBERTO M. GAMBINO

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino, Giorgio Resta, Salvatore Sica

COMITATO SCIENTIFICO

**Guido Alpa, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi, Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia,
Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini, Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario,
Roberto Mastroianni, Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso,
Luca Nivarra, Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini**

E

**Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan, David Lametti,
Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho, Maria Páz Garcia Rubio,
Patrick Van Eecke, Hong Xue**

ISSN (Online Edition): 2239 -7442

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IaIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IaIC.

Comitato di Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), PHILIPP FABBIO (Un. Reggio Calabria), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

PIERPAOLO ARGANELLI, MARCO BASSINI, SIMONA CASTALDO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, MONICA LA PIETRA, GAETANO MARINO, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, VALENTINA ROSSI, SILVIA SCALZINI

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8088855, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

INDICE DEL FASCICOLO N. 3

(settembre – dicembre 2016)

<i>Note in tema di reversione degli utili e di arricchimento senza causa nella disciplina della proprietà intellettuale ed industriale</i>	5
Ilaria Garaci	
<i>I nomi a dominio: un nuovo segno distintivo?</i>	24
Carlo Alberto Giusti	
<i>L'autonomia finanziaria delle Autorità indipendenti secondo la Corte di Giustizia</i>	35
Gilberto Nava	
<i>La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online</i>	70
Alessandra Sardu	
<i>Contratti on line e tutela del consumatore.</i>	
<i>Il caso Airbnb</i>	88
Patrizia Docimo	
<i>Internet of Things: privacy vs concorrenza?</i>	108
Davide De Filippis	

*Mexican Constitutional and Regulatory Telecommunications
Developments: Terms of Interconnection with a Dominant
Operator Are Newly Defined 145*
Stefano De Luca

CONTRATTI ON LINE E TUTELA DEL CONSUMATORE. IL CASO AIRBNB.

Patrizia Docimo

Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cd. *Sharing economy*. Alcuni dati. – 2.1. *Sharing economy* e intermediazione *on line*. Problematiche giuridiche. – 3. Cos'è Airbnb. – 4. Airbnb e tutela del consumatore. – 5. Possibili profili di responsabilità della piattaforma. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Stiamo assistendo da anni a una crescita progressiva dell'*e-commerce* nei rapporti di consumo, fenomeno che si connota con l'acquisto tramite internet di prodotti e servizi *online*¹. Le enormi potenzialità del web hanno consentito lo sviluppo di una modalità di acquisto più comoda per il consumatore ed in molti casi anche più conveniente. In quest'ambito un grosso sviluppo ha avuto il turismo *on line*.² Tra le varie forme di acquisto *on line* in questo settore, un sito che ormai ha assunto dimensioni e numeri particolarmente significativi, è Airbnb, portale *on line* che funge da punto di contatto tra chi ha una casa da affittare e chi invece la cerca per un breve periodo³.

Le opinioni contenute nel presente contributo costituiscono opinione dell'autore e non rappresentano in alcun modo la posizione di Telecom Italia sugli argomenti trattati.

¹ Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicitici* in *Giur. merito*, 2013, p. 2658; Santoro, *Il commercio elettronico*, Milano, 2002, p. 29.

² Indice della particolare rilevanza, da un punto di vista quantitativo, ma anche relativo alla peculiarità delle problematiche giuridiche, è rappresentato dalla scelta di creare un autonomo testo normativo (codice del turismo, d.lgs. 23 maggio 2011 n.79) rispetto al codice del consumo.

³ “Le vacanze online sembrano attirare i consumatori, che non vogliono però sconti su trasparenza e sicurezza”. Massimiliano Dona, segretario generale dell'Unione Nazionale

In Italia, così come in altri paesi, il fenomeno Airbnb ha trovato ampio spazio e le abitudini dei consumatori stanno evolvendo verso un nuovo modo di fare vacanza sfruttando le potenzialità del web e le nuove forme di condivisione che sono ormai una realtà economica in prepotente ascesa⁴.

A fronte di vantaggi per gli utenti di tali servizi *lato sensu* turistici, gli stessi presentano una serie di criticità di carattere giuridico relative all'applicazione delle leggi nazionali nonché alla tutela del consumatore, come si vedrà innanzi.

2. La cd. sharing economy. Alcuni dati

I servizi connessi ad Airbnb rientrano nel più ampio scenario della cd. *sharing economy*, fenomeno in progressivo crescente sviluppo negli ultimi anni⁵.

Consumatori, tira le fila a conclusione del sondaggio “Turismo: come scegli la tua vacanza on-line?” realizzato in collaborazione con Airbnb. Su 700 risposte avute, il 75% ha dichiarato di acquistare vacanze online e di esserne soddisfatto; un terzo predilige la prenotazione di appartamenti privati (34%) e di bed and breakfast (30%)”. Cfr. <http://www.dimt.it/2015/07/08/vacanze-e-acquisti-online-il-sondaggio-unc-airbnb-il-75-dei-consumatori-si-affida-al-web-ma-niente-sconti-su-sicurezza-e-trasparenza/>

⁴ «Il problema è che il servizio di Airbnb agisce spesso al confine fra ciò che è legale e ciò non lo è – specialmente nei casi di subaffitto, sul quale le norme sono spesso poco chiare o contorte. Senza contare che spesso chi affitta la propria stanza attraverso Airbnb poi non paga le tasse su quanto incassa: il sito del servizio spiega che chi ospita potrebbe essere soggetto a imposte locali e nazionali nel tuo paese e aggiunge: ci aspettiamo che tutti gli host rispettino le proprie normative locali, i contratti, le autorità fiscali e qualsiasi altra legge applicabile al loro caso. Sei responsabile della gestione delle tue tasse e degli eventuali obblighi fiscali. Chi affitta sistematicamente una stanza o una casa di fatto svolge lo stesso servizio di hotel, ostelli e bed and breakfast, ma senza essere ufficialmente registrato come tale e a volte senza dichiarare al fisco quanto guadagna. Inoltre, mentre gli hotel sono tenuti a rispettare precise norme sanitarie e relative alla sicurezza delle strutture, chi affitta o subaffitta *informalmente* non ha alcun dovere in questo senso.», cfr. <http://www.ilpost.it/2013/05/30/airbnb/>

⁵ Si veda la recentissima proposta di legge n.3564 del 2016 intitolata “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione”, disponibile al link http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf

L'idea della *sharing economy* è la condivisione delle risorse in modo da trarne profitto. Esso può interessare una pluralità di beni e/o servizi: condivisione della propria autovettura, del proprio appartamento, simultaneamente ad altri soggetti, ovvero da parte di questi ultimi in periodi di inutilizzo da parte del proprietario/possessore. Questa tipologia di tecnica di godimento di un bene o di fruizione di un servizio ha il vantaggio di ridurre i costi per i soggetti utilizzatori e/o di trarre profitto per colui che mette in condivisione il bene o servizio. I valori in gioco sono molti alti. I più recenti studi stimano che la *sharing economy* valga 110 miliardi di dollari, pur apparendo queste valutazioni alquanto prudenti⁶.

Per comprendere l'estensione di questa nuova economia dei servizi, oltre ai noti Airbnb, Uber, Bla bla car, si pensi alle nuove forme che progressivamente si stanno affermando: RenttheRunway sito di condivisione di abiti firmati; Flex, un servizio di Amazon per il quale ognuno può diventare fattorino e ricevere un compenso se consegna, in un arco di tempo limitato, un pacco all'acquirente. Tanto per citarne alcuni.

Come già anticipato, già da un po' di tempo questo fenomeno sociale, dalle notevoli ripercussioni economiche, agita vivaci dibattiti tra sostenitori degli innegabili vantaggi di questa nuova economia e coloro che, in maniera più cauta, vedono gli impatti negativi sul quadro complessivo attuale e manifestano la loro ostilità. Basti pensare alle battaglie legali in corso a livello nazionale ed internazionale relative al servizio Uber che secondo molti aggirerebbe le norme vigenti per fare una sorta di concorrenza sleale alle compagnie di Radiotaxi ed al servizio di NCC.

⁶ A conferma della rilevanza del fenomeno si consideri, ad esempio, come, Uber, la piattaforma *online* di condivisione di taxi, faciliti oltre 2 milioni di corse al giorno; allo stesso tempo, un'altra piattaforma di crescente utilizzo come Airbnb, si è riportato avere avuto più di 40 milioni di «ospiti». Tali numeri fanno presagire uno sviluppo esponenziale dei servizi di Internet e dell'occupazione ad essi connessa. Allora hanno ragione i cervelloni del McKinsey Global Institute quando predicano che questa nuova era di Internet potrebbe creare 72 milioni di nuovi posti di lavoro e aggiungere più del 2 per cento al Pil mondiale nei prossimi dieci anni (fonte Telecom Italia) Potremmo forse considerare più attendibili le stime della società di consulenza PricewaterhouseCoopers (PwC), che ritiene che il giro di fatturato della *sharing economy* è destinato a crescere fino 335 miliardi di dollari nei prossimi 10 anni.

2.1. Sharing economy e intermediazione on line. Problematiche giuridiche

Il fenomeno della *sharing economy* nelle sue diverse declinazioni e ambiti di sviluppo ha di recente interessato la riflessione economico-giuridica, con riguardo all'impatto di queste nuove forme di intermediazione nella repentina crescita dei vari segmenti di mercato, all'incrementale aumento dell'informazione degli utenti, ai problemi di concorrenza con i tradizionali attori del mercato, alla disciplina applicabile *ratione loci* nei distinti ambiti territoriali in cui le forme di "economia condivisa", disciplinata in via uniforme, operano⁷.

Ma le nuove questioni giuridiche poste dalla *sharing economy* riguardano, altresì, i rapporti tra i diversi soggetti delle relazioni che s'instaurano per effetto dell'utilizzo delle piattaforme *online*.

Le svariate manifestazioni della *sharing economy*, che realizzano tutte attività di intermediazione *online*, hanno determinato il moltiplicarsi delle prestazioni svolte.

Gli intermediari *on line* forniscono le seguenti prestazioni:

1. l'infrastruttura;
2. raccolgono ed organizzano le informazioni;
3. consentono gli scambi di informazioni tra le parti;
4. garantiscono una certa affidabilità tra le parti del contratto.

In poche parole, mettono in contatto coloro i quali forniscono un servizio rispetto a coloro i quali vogliono goderne e per questa operazione economica incassano il prezzo per il servizio prestato⁸.

⁷ Si veda, per la letteratura straniera, koopman, Mitchell, Thierer, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, in *Jour. Business, Enter. & Law*, 2015, p. 530 ss.; Busch, Schulte-Nölke, Wiewiórowska-Domagalska, Zoll, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?* in (2016) *Journal of European Consumer and Market Law* 3, 2016; rauch, schleicher, *Like Uber, But for Local Governmental Policy: The Future of Local Regulation of the 'Sharing Economy'* in *George Mason Law & Economics Research Paper No. 15-01*

⁸ Colangelo-Zeno-Zencovich *La intermediazione online*, cit., p. 45

Non c'è dubbio che con questa attività gli intermediari digitali sostituiscono i vecchi operatori fisici che, specialmente prima, ma ancora oggi, permettono a coloro i quali cercano una cosa e coloro i quali la offrono di trovare un punto di incontro tra domanda ed offerta.

Sicuramente la differenza di attività tra operatori fisici ed operatori virtuali è data dallo strumento che utilizzano per fare incontrare domanda ed offerta ma il prezzo dell'attività svolta viene pagato allo stesso modo, operatore fisico o virtuale⁹.

Di talché, per poter determinare quali siano esattamente le responsabilità degli operatori economici, è necessario determinare le prestazioni da questi svolte all'interno dell'operazione economica. E' chiaro che, in tutti i modelli che si leggono nella rete, le clausole contrattuali sono finalizzate ad esentare da ogni responsabilità gli intermediari che d'altronde sono gli stessi che predispongono i contratti. Ma se si ritiene legittimo il principio per il quale, a fronte di un vantaggio economico, deve esserci una responsabilità contrattuale da parte del soggetto che in un rapporto patrimoniale ottiene un beneficio economico, si deve individuare il tipo di contratto che lega le parti all'intermediario.

3. Cos'è Airbnb?

I servizi di sharing economy operano, di regola, tramite l'operatività di una "Piattaforma"¹⁰.

Ai sensi delle condizioni contrattuali *"Airbnb fornisce una piattaforma online che mette in contatto proprietari di abitazioni in possesso di alloggi da affittare e ospiti che desiderano affittare tali alloggi"*. I

⁹ Alcuni dati significativi sulla crescita delle OTA sono contenuti nel Report redatto per la Commissione europea (DG Move) da Steer Davies Gleave, Mid-term evaluation of Regulation 80/2009 on a code of conduct for computerised reservation systems and repealing Council Regulation 2299/89, 2012, 28-30.

¹⁰ Per un ampio studio sulla intermediazione *online* vedi Colangelo-Zeno-Zencovich *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago* in *Dir.Inf. ed Inform.*, 2015, p. 43, Smorto, *I contratti della sharing economy*, in *Il foro It.*, 2015, V, c. 221.

Proprietari (come definiti di seguito) possono creare annunci (come definiti di seguito) relativi ad alloggi (come definiti di seguito) e gli ospiti (come definiti di seguito) possono informarsi e prenotare tali alloggi direttamente con i proprietari”. Tra le condizioni contrattuali è espressamente previsto che l’utente deve essere a conoscenza che Airbnb non è parte di alcun contratto stipulato tra proprietari e ospiti, e Airbnb non è proprietario immobiliare, agente o assicuratore. Airbnb non ha alcun controllo sulla condotta di proprietari, ospiti ed altri utenti del sito, dell’applicazione o dei servizi né su alcun alloggio ed esclude ogni responsabilità in tal senso nei limiti massimi consentiti dalla legge.

Sembra, quindi, evidente che, almeno nelle condizioni generali di contratto predisposte dalla società, il suo ruolo consista nel far incontrare domanda ed offerta di immobili senza alcuna assunzione di obblighi di vigilanza sulla condotta degli utenti (Proprietari e Ospiti) né altra responsabilità di sorta.

Si instaurano due distinti ma collegati rapporti contrattuali airbnb-proprietario e airbnb-ospite.

Il primo è un rapporto propriamente di mandato con il quale il proprietario-mandante incarica il mandatario di concludere uno o più atti giuridici di locazione per conto del mandante.

Il secondo invece è un contratto che potrebbe definirsi di mediazione in forza del quale il mediatore crea il contatto sociale tra due parti per l’individuazione del bene immobile.

4. Airbnb e tutela del consumatore

Se allora si ritiene di aver dimostrato che l’attività svolta dall’intermediario è un’attività professionale per i contratti che conclude, rispetto alle due parti del contratto, allora può trovare applicazione la normativa consumeristica con le relative tutele delle parti deboli che si trovano nella posizione di consumatore. Viene anzitutto in rilievo l’art. 45, lett. g), del d.lgs. n. 206/2005, recante il Codice del consumo (di seguito anche “cod. cons.”), in forza del quale si intende per *“contratto a distanza” qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel*

quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso. È evidente che nel caso di specie ricorre l'impiego di "tecniche di comunicazione a distanza" in modo esclusivo in quanto l'elemento spaziale è considerato dal legislatore, fattore di estremo svantaggio per il consumatore, contraente debole che necessita pertanto di una disciplina di tutela *ad hoc*. Infatti l'utente che affitta l'immobile vede accentuata la propria posizione di debolezza trovandosi nell'impossibilità di visionare il bene o il servizio offerto e rivalutarne, pertanto, le caratteristiche e le qualità. In questi casi, quindi, l'utente-consumatore appare limitato nella possibilità di maturare un consenso pieno e consapevole, perché privo di un adeguato supporto informativo e, generalmente, anche della padronanza del mezzo tecnico utilizzato. Ragione per la quale la tutela predisposta, in questi casi, per il consumatore si impronta anzitutto su una serie di obblighi informativi (che come vedremo sono stati oggetto di una notevole modifica nella novellata disciplina) e di una precisa disciplina del diritto di recesso di ripensamento.

In questo caso il mediatore potrebbe essere ritenuto responsabile in quanto veicolando le informazioni e ponendosi, in tal senso, nella posizione di professionista, da un lato deve garantire la tutela da un possibile atteggiamento ingannevole del venditore che deliberatamente occulti taluni aspetti della contrattazione, aspetti che la controparte potrebbe non ritenere rilevanti, sia in quanto non riveste a sua volta la stessa qualifica di professionista e pertanto non è avvezzo alla contrattazione, sia in quanto è impossibilitato, a causa della distanza, a verificare la corrispondenza tra la descrizione fattane dall'altra parte e l'essenza reale dell'oggetto del contratto; dall'altro, per converso, impone allo stesso consumatore di venire a conoscenza ed approfondire aspetti che magari, data la scarsa attitudine con la materia contrattualistica, o per l'eccessivo desiderio di acquistare il bene ritenuto corrispondente alla sola idea che si è fatto dello stesso, potrebbe tralasciare o non voler prendere in considerazione. Così vincolandosi ad una pattuizione che, in realtà, può essere estremamente pregiudizievole ed

onerosa arrivando al punto di ritenere che se i consumatori avessero prestato attenzione maggiore alle singole clausole, non avrebbero prestato il consenso¹¹.

Anche sotto questo profilo la stessa novellazione del codice del consumo plasma un ambito assai diverso da quello che si leggeva nella precedente versione visto che, dando seguito alla formulazione dell'art. 2, n. 8 della direttiva, per aversi un contratto negoziato fuori dei locali commerciali¹² non occorre più che la stipula, alla presenza fisica e simultanea del professionista, sia avvenuta al domicilio o sul luogo di lavoro del consumatore (art. 45, comma 1, vecchio testo), essendo ora sufficiente che la determinazione volitiva di costui sia stata espressa in un luogo qualsiasi purché diverso dal locale commerciale del professionista. E, se si tiene conto del fatto che la successiva lett. 1 definisce come commerciale qualsiasi locale, immobile o mobile, adibito alla vendita al dettaglio nel quale l'attività venga svolta rispettivamente in modo permanente od abituale, si ha nitida la sensazione di un ampliarsi *ex lege* della modalità nozionale di questa tecnica di conclusione.

¹¹ Secondo la definizione ex art. 45, lettera h) cod. cons., si intende per “contratto negoziato fuori dai locali commerciali” qualsiasi contratto tra il professionista e il consumatore che sia

1) concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista;

2) per cui è stata fatta un'offerta da parte del consumatore, nelle stesse circostanze di cui al numero 1;

3) concluso nei locali del professionista o mediante qualsiasi mezzo di comunicazione a distanza immediatamente dopo che il consumatore è stato avvicinato personalmente e singolarmente in un luogo diverso dai locali del professionista, alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore; oppure;

4) concluso durante un viaggio promozionale organizzato dal professionista e avente lo scopo o l'effetto di promuovere e vendere beni o servizi al consumatore; ed, inoltre si intende per "locali commerciali":

1) qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente; oppure;

2) qualsiasi locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale.

¹² Fraternali, I contratti a distanza, Milano, 2002, 22-23.

Le tecniche di negoziazione fuori dai locali commerciali, incalzando il consumatore, infatti, lo prendono di sorpresa e lo isolano. Più specificamente è stato sostenuto che la sollecitazione all'acquisto in questo tipo di negozi determina un duplice effetto sorpresa: anzitutto il consumatore si trova impreparato a condurre in maniera idonea le trattative ed, in secondo luogo, la sollecitazione impedisce al consumatore di confrontare la qualità ed il prezzo del bene o servizio negoziato attraverso l'analisi delle altre offerte presenti sul mercato. La ratio di tale disciplina è, quindi, la salvaguardia della libera determinazione del consumatore di addivenire alla stipula del contratto senza intaccare le esigenze proprie della contrattazione standardizzata tra le quali spiccano celerità e sicurezza dello scambio.

Molto rilevante in tal senso appare la tutela attraverso le norme dedicate agli obblighi di informazione a carico del professionista.

Anzitutto vi è da evidenziare che già prima della recente riforma del codice del consumo la scelta del legislatore, al fine equiparare l'asimmetria informativa che caratterizza la principale causa di debolezza della posizione del consumatore, nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali è stata quella di predisporre una serie di obblighi informativi a carico del professionista. Con la regolamentazione della suddetta disciplina di tutela, il legislatore, infatti, ha voluto supplire al rischio di un occultamento da parte del professionista di una serie di informazioni essenziali per il consumatore, stabilendo un esplicito obbligo in capo allo stesso professionista di rendere edotto l'utente consumatore su aspetti basilari del contratto, come le spese di consegna, le caratteristiche essenziali del bene o del servizio, le modalità di pagamento dello stesso, attuando così quel principio generale di cui all'art. 2, per cui il diritto all'informazione costituisce un diritto fondamentale per il consumatore in materia contrattuale.

La riforma in oggetto è mossa essenzialmente in due direzioni rispetto ai doveri informativi *de qua*.

Anzitutto ha ampliato i doveri informativi già per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali ed a distanza ed ha previsto anche per i contratti tra consumatore e professionista diversi dai contratti negoziati fuori dai

locali commerciali ed a distanza, altrettanti doveri informativi, seppur, come vedremo derogabili.

In secondo luogo, in tema di obblighi di informazione in entrambe le categorie di contratti, ha innovato la materia con l'introduzione di obblighi di natura precontrattuale, in quanto entrambe le disposizioni si riferiscono al dovere informativo a carico del professionista *“prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da una corrispondente offerta il professionista fornisce al consumatore le informazioni in maniera chiara e comprensibile”*. La norma introduce una sensibile novità in quanto la dizione del codice precedente alla riforma faceva riferimento all'informativa obbligatoria da rendersi *“in tempo utile prima della conclusione del contratto”*. Si trattava, anzitutto, di una norma *ad hoc* solo per i contratti a distanza che stabiliva un dovere informativo ancillare non al tempo del contratto ma a quello successivo di un esercizio consapevole del diritto di recesso. La normativa novellata, invece, introduce un chiaro e preciso dovere informativo *prima della conclusione del contratto* che, quindi, per la prima volta enuclea una fattispecie di informativa precontrattuale.

Da un'analisi specifica dei menzionati doveri informativi emerge una disciplina diversa sia per il contenuto del dovere di informazione sia in caso di responsabilità per violazione di tali doveri informativi a seconda che si tratti di un contratto negoziato o meno fuori dai locali commerciali.

In relazione al contenuto del dovere informativo, l'art. 49 in tema di doveri informativi per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali ricalca i medesimi doveri informativi di cui all'art. 48 con due importanti distinzioni. Innanzitutto i menzionati doveri informativi precontrattuali non ammettono deroghe, diversamente dall'art. 48, nel caso in cui le medesime informazioni si evincano dal contesto. La motivazione è facilmente desumibile in quanto si tratta di contratti comunque negoziati fuori dai locali commerciali, quindi lontano da quei luoghi e contesti dove normalmente e facilmente tali informazioni commerciali sui beni o servizi oggetto di vendita sarebbero indicate o sarebbero, comunque, desumibili.

In secondo luogo, la norma in commento oltre ai menzionati doveri informativi aggiunge un dovere informativo più pregnante in relazione alle *informazioni relative al prezzo totale dei beni o dei servizi* che deve essere

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 e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo ed inoltre qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, con l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore¹³.

Non si può che evidenziare che la norma come formulata riproduce fedelmente l'idea di una trasparenza servente ad una responsabilizzazione informativa del professionista finalisticamente orientata, ad un consumo efficiente. Una trasparenza in senso forte perciò, trascendente il dato lessicale, perché, come la sta declinando la Corte di giustizia¹⁴ deve farsi conoscere al consumatore, ai fini di una scelta comparativa di convenienza, la giustificazione economica di tutti i costi globalmente considerati.

In tale e più pregnante dovere informativo, è prevista anche l'ulteriore informazione del costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza utilizzato per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base.

L'ulteriore tutela predisposta dalla norma in esame prevede anche, differentemente dall'analizzato art. 48, è prevista ai sensi dell'art. 49, comma 6. Secondo tale norma se il professionista non informa sulle spese aggiuntive e sugli altri costi di cui alla lettera E), ovvero sui costi per la restituzione dei beni di cui alla 1.1), il consumatore nulla dovrà per l'una e l'altra voce. Il che certifica quanto sia plurimo -e non a canone fisso- lo statuto governante l'inadempimento all'obbligo informativo, riflesso principalmente della natura poliedrica del suo oggetto e della tipologia di operazione economica alla quale variabilmente inerisce. Trattasi di una

¹³ Inoltre, vi è l'ulteriore obbligo informativo nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, avente ad oggetto *il prezzo totale includente i costi totali per periodo di fatturazione*; inoltre quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale deve indicare anche *i costi mensili totali*; e se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo.

¹⁴ Vedi da ultimo, *Kàsler Arpad*, C-26/13, §§ 49, 54 e 72.

decadenza che ha le movenze tipiche di una tutela in forma specifica, con una curvatura sanzionatoria che però non sporge in una pura deterrenza¹⁵.

Anche in relazione all'inadempimento dei doveri di informativa precontrattuale si prevedono conseguenze e rimedi. L'art. 49, comporta, invece, conseguenze diverse in caso di violazione di tali doveri informativi posti a carico del professionista. Come, come si diceva, in questi contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali l'informativa rappresenta parte formale e sostanziale del contratto. La norma, infatti, al comma 5, prevede che le menzionate informazioni *"formano parte integrante del contratto ... e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti"*. Ciò comporta che, in questi tipi di contratti, in caso di difformità tra le informazioni contenute nel documento precontrattuale e quelle, invece, oggetto del contratto vi sarebbe un'integrazione automatica dell'informativa precontrattuale sia in caso di assenza di tali informazioni che in caso di difformità tra le stesse e quelle contenute, poi, nel contratto, salvo il caso di espresso accordo in deroga tra le parti. Quasi come se, in questo caso, fosse operante la disciplina di cui all'art. 1339 c.c. che prevede l'inserzione automatica di clausole nel contratto anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti. Si pensi ad un prezzo più elevato ovvero a delle caratteristiche principali del bene diverse da quelle pubblicizzate oppure ancora a delle modalità di esecuzione altre rispetto a quelle risultanti dal documento che accompagna il contratto in questi casi salvo espresso consenso in deroga tra le parti si avrebbe un'integrazione del contratto con l'informativa contenuta nel documento precontrattuale.

Per quanto concerne la forma dell'informativa precontrattuale e del contratto in caso di contratto negoziato fuori dai locali commerciali (art. 50) e di contratto a distanza (art. 51). Requisiti formali per i contratti sono differenti per le due tipologie contrattuali, a distanza e fuori dei locali commerciali, ma le previsioni hanno come comune denominatore la semplicità, chiarezza, leggibilità e comprensibilità di tutto ciò che viene comunicato o fornito al consumatore.

¹⁵ Infine, questa informativa per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali prevede, altresì, l'informativa sul diritto di recesso che, post riforma, è contenuta dagli artt. 52 a 59 del codice del consumo.

L'art. 50 prevede che per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, sub comma 1, il catalogo delle informazioni precontrattuali obbligatorie di cui all'art. 49 è fornito su di un supporto cartaceo o su di un altro mezzo durevole. La documentalità è per altro sempre abbinata alla leggibilità dell'informazione; sub comma 2, che v'è un diritto del consumatore a ricevere una copia del contratto ovvero la conferma dello stesso, scritta o su di un altro mezzo durevole. In via interpretativa, perché il comma 2 tace al riguardo, è da supporre che il suddetto obbligo sia esigibile, come prescrive l'art. 51, comma 7, entro un termine ragionevole dopo la stipula del contratto ed al più tardi al momento della tradizione del bene ovvero prima che abbia inizio l'esecuzione del servizio; sub comma 4, che il canovaccio tipico delle due forme modulo vale anche in quella particolare fattispecie contrattuale, nella quale siano stati chiesti al professionista lavori di riparazione o manutenzione, ove l'importo dovuto dal consumatore non superi i 200 euro.

Dalla forma dell'informazione come enucleata dalla normativa che precede si possono trarre una serie di spunti di rilievo:

- atteso che la legge prescrive una documentalità dell'informazione e non anche quella del contratto *in itinere*, questo potrà essere, a sua volta, scritto ovvero privo di forma. Nessuna nuova forma del contratto, perciò, né *ad substantiam* né, per quanto l'idea di una copia da consegnare possa istillare un qualche dubbio, *ad probationem*. Allo stato un contratto negoziato fuori dei locali commerciali rimane stipulabile oralmente purché poi si abbia la consegna di una copia firmata ovvero la sua conferma);
- l'art. 50, comma 2, sulla consegna al consumatore di una copia (del contratto) o della sua conferma, codifica una nuova ipotesi di realtà documentale, a tutela del consenso prestato ed in vista di un eventuale recesso, imperfetta tuttavia perché non corredata da una sanzione ove si materializzi il caso di un'omessa *traditio*. Deve supporre però, stante la circostanza che il disposto dell'art. 1418, comma 3 c.c. impedisce la configurabilità di una nullità virtuale di protezione mentre nessun dato normativo autorizza a qualificare la suddetta realtà come un requisito di perfezionamento della fattispecie, che la risoluzione per

inadempimento *ex art. 1453 c.c.* si imponga come il solo rimedio utile: come si fa notare trattasi pur sempre di una consegna rilevante alla stregua di un obbligo postcontrattuale, il quale se omesso integra l'ipotesi di un inadempimento grave *ex art. 1455 c.c.*,

- infine si può aggiungere che non c'è un qualche modo per adattare alla fattispecie de qua il rimedio che si legge nell'art. 125-ter TUB, dove la mancata consegna sospende la decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso.

L'art. 51, per quanto concerne i contratti a distanza, prevede:

- *sub* commi 1 e 7, disposizioni comuni a tutti i contratti a distanza, l'obbligo del professionista di fornire le informazioni precontrattuali di cui all'art. 49 in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza adottato e successivamente la conferma del contratto già concluso su un mezzo durevole. L'ossatura binaria del procedimento informativo è inframezzata dalla stipula di un contratto a distanza per il quale la documentalità di nuovo non è prescritta;
- *sub* comma 4, norma anch'essa riferibile a qualsiasi contratto a distanza, adatta i due obblighi del professionista al caso del mezzo di comunicazione a distanza caratterizzato da uno spazio o da un tempo limitato per visualizzare le informazioni (spot televisivi o schermi dei cellulari);
- *sub* comma 2, norma ad hoc per i contratti a distanza conclusi per via telematica, fa la sua comparsa un formalismo (solenne) *verbis* giacché, quando l'inoltro dell'ordine, costitutivo dell'obbligo di pagare, richiede un clic, il pulsante da attivare dovrà riportare la sola dizione "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente inequivocabile. Certo, la disposizione è scritta in modo sciatto perché statuire che l'inadempimento del professionista al suddetto obbligo, quando l'inoltro dell'ordine importi automaticamente il pagamento, produce l'effetto di un consumatore che "non è vincolato dal contratto o dall'ordine", è di una vaghezza troppo interlocutoria.

Se ci spingiamo ad una lettura più critica delle condizioni contrattuali presenti sul sito, saltano all'occhio alcuni aspetti che in qualche maniera

fanno dubitare del fatto che Airbnb sia davvero così terza rispetto al contratto.

Pensiamo ai “Danni agli alloggi”. Qui Airbnb sembra rispondere in qualche misura, quindi non sembra meramente terzo. È gestore delle liti fino al punto di trattenere le somme dalla carta di credito dell’ospite. Ma a che titolo?

In caso di “permanenza oltre il termine pattuito”, Airbnb entra nel rapporto ospite-proprietario disciplinando nelle condizioni cosa accade e prevedendo anche in questo caso il prelievo diretto dalla carta di credito dell’ospite.

Ed ancora, la previsione contrattuale sui cd. “Feedback” dimostra un ruolo attivo di Airbnb che diventa proprietaria degli stessi, potendo decidere di non procedere alla relativa pubblicazione, cosa che in effetti accade nella realtà.

5. Possibili profili di responsabilità della piattaforma.

La questione in merito alla posizione di Airbnb rispetto alla condotta degli utenti responsabilità è complessa. Merita di essere sottoposta ad esame approfondito l’effettivo ruolo che la piattaforma svolge nell’ottica della tutela dell’utente che vi si rivolge e del suo affidamento. Può iniziare ad indicarsi come esempio problematico l’ipotesi in cui l’ospite non trovi l’immobile nelle condizioni indicate e mostrate sul sito¹⁶. Ma si pensi, altresì, ai casi -tutti poi espressamente oggetto di gestione del contenzioso da parte di Airbnb- di eventuali contrasti che dovessero sorgere tra Ospite e Proprietario, quali l’intimazione del Proprietario all’Ospite a liberare l’immobile, in violazione della *lex loci*, ma in conformità alle condizioni contrattuali stipulate con la piattaforma, l’inesistenza dell’immobile indicato, la richiesta di somme ulteriori rispetto a quelle concordate inizialmente e già corrisposte (e addebitate da Airbnb in qualità di intermediario nei pagamenti), i possibili conflitti insorgenti tra Proprietario

¹⁶ Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell’ordinamento italiano*, cit. p. 2658.

e Ospite quando le rispettive condotte siano contrarie agli obblighi assunti da ciascuna nei confronti di Airbnb.

Il primo problema che si pone riguarda il tipo di contratto che si stipula in quanto, trattandosi di contratto con un soggetto non qualificabile come professionista, si apre il campo alle norme a tutela dei consumatori ed in particolare dei contratti a distanza (ai sensi dell'art. 68 del codice del consumo), nonché a quelle relative al commercio elettronico (d. lgs. 70/2003, art. 11 ss.¹⁷).

La figura di Airbnb è qualificabile come *provider*¹⁸ che mette in contatto le due parti del contratto (Proprietario e Ospite).

A dispetto delle definizioni contenute nelle condizioni generali di contratto, si pone il problema l'individuazione della figura di Airbnb rispetto alla conclusione del contratto. *Prima facie*, stando alla contrattualistica disponibile sul sito, è espressamente esclusa ogni pretesa nei confronti di Airbnb, in virtù della sua qualificazione come piattaforma, dell'esclusione da ogni ruolo come parte del contratto o intermediario e dell'esclusione di ogni forma di responsabilità.

L'attività svolta potrebbe ricondursi alla mediazione *ex art.* 1754 c.c. in forza del quale il mediatore mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza¹⁹ e seppur sarebbe facile osservare che il mediatore, per essere tale, deve essere iscritto in un apposito albo, l'attività svolta è comunque riconducibile a quella di un soggetto che

¹⁷ Sul punto si ricorda che l'art.11 del d.lgs.70\2003 prevede espressamente l'applicabilità della normativa ai contratti di locazione come nel caso in esame, e sancisce espressamente l'inapplicabilità della normativa ai contratti diversi dalla locazione.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 2 c) del d. lgs. 70\2003 si intende per prestatore stabilito colui il quale esercita effettivamente un'attività economica mediante una stabile organizzazione per un tempo indeterminato.

¹⁹ Cass. 8.5.2012, n. 6926 ("Il mediatore immobiliare è responsabile nei confronti del cliente se, conoscendo o potendo conoscere con l'ordinaria diligenza l'esistenza di vizi che diminuiscono il valore della cosa venduta, non ne informi l'acquirente; tale responsabilità si affianca a quella del venditore e può essere fatta valere dall'acquirente sia chiedendo al mediatore il risarcimento del danno, sia rifiutando il pagamento della provvigione"); e similmente Cass. 16.7.2010 n. 16623.

mette in contatto due parti per la conclusione di un affare e quindi la responsabilità può essere ritenuta quella da contatto sociale.

Come insegna la giurisprudenza, l'art. 1754 c.c. non afferma che il mediatore deve essere incaricato da entrambe le parti, ma che tale è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. Il rapporto di mediazione, inteso come interposizione neutrale tra due o più persone per agevolare la conclusione di un determinato affare, non postula necessariamente un preventivo accordo delle parti sulla persona del mediatore, ma è configurabile pure in relazione ad una materiale attività intermediatrice che i contraenti accettano anche soltanto tacitamente, utilizzandone i risultati ai fini della stipula del contratto. Ed ove il rapporto di mediazione sia sorto per incarico di una delle parti, ma abbia avuto poi l'acquiescenza dell'altra, quest'ultima resta del pari vincolata verso il mediatore, onde un eventuale successivo suo rifiuto non sarebbe idoneo a rompere il nesso di causalità tra la conclusione dell'affare, effettuata in seguito direttamente tra le parti e l'opera mediatrice precedentemente esplicata. In altri termini, la mediazione tipica è soltanto quella svolta dal mediatore in modo autonomo, senza essere legato alle parti da alcun vincolo di mandato o di altro tipo e non costituisce un negozio giuridico, ma un'attività materiale dalla quale la legge fa scaturire il diritto alla provvigione. Tuttavia, in virtù del "contatto sociale" che si crea tra il mediatore professionale e le parti, nella controversia tra essi pendente trovano applicazione le norme sui contratti, con la conseguenza che il mediatore per andare esente da responsabilità, deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile nell'adempimento degli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, c.c., e di non aver agito in posizione di mandatario²⁰.

Quindi nel solco di questa giurisprudenza si potrebbe sostenere che l'attività svolta da Airbnb è un'attività di mediazione "tipica" di cui all'art.1754 c.c. in forza della quale il mediatore senza vincoli ed in posizione di imparzialità ponga in essere un'attività giuridica in senso stretto

²⁰ Cass. 22/10/2010, n. 21737, Giur. It., 2011, p. 1787

di messa in relazione tra due o più parti idonea a favorire la conclusione dell'affare con la relativa responsabilità da "contatto sociale"²¹.

E' pur vero che il regime di responsabilità dell'intermediario che gestisce la piattaforma è direttamente legato al controllo che egli ha della transazione economica in quanto l'attività limitata al mettere in contatto le due parti senza alcuna verifica delle informazioni scambiate determina l'attenuarsi delle relative responsabilità.

Inoltre non si può sottacere che questa attività non è svolta da un mediatore regolarmente iscritto ad un albo dei mediatori come previsto dalla normativa italiana.

Si determina, quindi, uno scenario indubbiamente variegato nel quale l'atipicità contrattuale sembra allargare il proprio campo di operatività rispetto alla tipicità contrattuale da un lato per la mancanza del ruolo di mediatore quale soggetto regolarmente iscritto all'albo e dall'altro per il mezzo impiegato rappresentato dalla piattaforma digitale.

Anzitutto si deve definire il ruolo dell'intermediario. Si tratta di un'attività di *hosting* ai sensi dell'art.16 del d. lgs. 70/2003 in forza del quale il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;

b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Ebbene l'*hosting* svolge questa attività di ospitare gli annunci inviati da parte dei destinatari dei servizi cioè dei clienti, ma al contempo incassa un prezzo non per mera messa a disposizione dello spazio *host* a favore dei clienti, ma solo in caso di conclusione dell'affare e cioè della conclusione del contratto.

²¹ Sul punto vedi da ultimo anche Venosta, Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi", in Europa e Diritto Privato, fasc.1, 2014, pag. 109.

Quindi si tratta di un servizio a pagamento in caso di buon esito finale, mentre nulla viene pagato in caso di mancata conclusione del contratto. Questa modalità di pagamento rende sicuramente più appetibile il servizio perché il cliente paga solo in caso di conclusione del contratto. Ed allora non può parlarsi di mero hosting perché in realtà c'è un controllo delle informazioni inteso come verifica della conclusione dell'affare.

Quindi l'attività dell'hosting è attiva e non passiva.

Inoltre possono sussistere ulteriori responsabilità in caso di immobile non conforme a quanto dichiarato nell'annuncio non solo nella prima ipotesi ma anche in ipotesi in cui questo sia segnalato ad Airbnb.

Infatti nell'ipotesi in cui, a seguito di segnalazione da parte del cliente, l'annuncio non conforme alla realtà non sia rimosso allora si rientra nella previsione dell'art.16 in quanto il prestatore è effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, è al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione. Inoltre non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

6. Conclusioni.

Per trarre le fila del ragionamento, alla luce delle argomentazioni svolte, riesce difficile dire che Airbnb mantenga un ruolo di assoluta estraneità. Ma che forma di responsabilità si può allora individuare? Una responsabilità da "contatto sociale"? Che cosa in realtà deve garantire, a fronte dei suoi guadagni? Volendo spingersi oltre l'affermazione ormai ricorrente per la quale è arrivato il momento di disciplinare le nuove forme economiche della *sharing economy*, ci si potrebbe orientare verso una responsabilità da "contatto sociale", al fine di dare una connotazione ad una attività svolta a fini di lucro che ormai costituisce il presente e connoterà sempre più il futuro.

Vedremo in futuro che strade intraprenderà il legislatore in un settore in cui emerge netta l'esigenza di regole, posto che le cifre in gioco sono ormai diventate davvero considerevoli.