

Marisaria Maugeri

La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sugli *Smart Contracts* nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il contenuto della Risoluzione – 3. La Risoluzione e il diritto dei contratti – 4. La Risoluzione e il diritto della concorrenza

ABSTRACT

The circulation of wealth now also makes use of new technologies. In particular, it uses Blockchains, Distributed Ledger Technologies (DLT) and Smart Contracts. The European Parliament Resolution of 20 October 2020, with recommendations to the Commission on a Digital Services Act: adapting commercial and civil law rules for commercial entities operating online, deals with these new technologies. In this paper, the author tries to understand if the Recommendations concerning Competition and Contract law, contained in the aforementioned Resolution, are in line with the the spirit of DLT and smart contracts.

1. Introduzione

La circolazione della ricchezza si avvale oggi anche delle nuove tecnologie. In particolare, si avvale di *Blockchains*, *Distributed Ledger Technologies (DLT)* e *Smart Contracts*.

I fenomeni, nella loro dimensione fattuale, sono ormai stati descritti in una pluralità di occasioni¹. Mi limiterò, pertanto, in questa sede, a ricordare che a tali tecnologie ci si rivolge essenzialmente per la loro capacità di garantire la tracciabilità di tutti i passaggi, di rendere irrevocabile l'ordine e, conseguentemente, di assicurare certezza nell'esecuzione. Di seguito, in quanto funzionale al discorso, farò solo qualche cenno all'evoluzione delle realtà con riferimento alle quali si utilizza l'espressione *Smart Contracts*.

Gli *Smart Contracts* sono stati già regolamentati in molti Stati degli USA. In generale oltreoceano si registra una reazione positiva all'uso di queste nuove tecnologie e ormai non si dubita più che gli *Smart Contracts* possano essere considerati (a certe condizioni) contratti².

¹ Sia consentito rinviare a MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti. Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2020.

² Cfr. DiMATTEO e JANG, *Blockchain-Based Financial Services and Virtual Currencies: United States*, in *EuCML*, 2019, p. 251, secondo i quali: «*On the private side of the law, smart contracts are considered to be rooted in traditional contract or sales law. Their enforceability will be decided by contract law despite their immutability. The difference may only be in perspective and not in a new body of rules. Usually the judicial system adjudicates contractual disputes and enforces terms. Smart contracts embed performance issues in the ex ante agreement resulting in immutable self-performance and the impossibility of breach, however, courts will still control their enforceability through the application of traditional contract law post hoc litigation*». Sul punto vedi anche Chamber of Digital Commerce, «*Smart Contracts*» *Legal Primer. Why Smart Contracts Are Valid Under Existing Law and Do Not Require Additional Authorization to Be Enforceable*, January 2018, in <https://digitalchamber.org/wp-content/uploads/2018/02/Smart-Contracts-Legal-Primer-02.01.2018.pdf>, che alla domanda «*Is A Smart Contract Always A legal Contract?*» risponde correttamente come segue: «*No. Because a smart contract is computer code, a smart contract may represent all, part, or none of a valid legal contract under U.S. law. Smart contracts function – in whole or in part – to give effect to legal contracts. Thus, smart contracts are the programmatic means by which some or all of the terms of the legal contract are performed. It is the underlying contractual terms that are given legal effect*». E continua poi affermando che «*Existing frameworks for legal contracts apply to smart contracts. [...] There is no reason to believe that contracts processed, executed, or otherwise enforced via smart contract*

Anche l'Italia si è dotata di un nucleo di disciplina importante introducendo l'art. 8 *ter* del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (Decreto semplificazioni, convertito con l. 11 febbraio 2019, n. 12)³ e offrendo una definizione di tecnologie basate su registri distribuiti e *Smart Contracts*. Tale articolo ai primi due commi prevede quanto segue:

«1. Si definiscono “Tecnologie basate su registri distribuiti” le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architettralmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. 2. Si definisce “*smart contract*” un programma per elaboratore che opera su Tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale con linee guida da adottarsi entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge».

Ad oggi, però, l'Agenzia per l'Italia Digitale non ha ancora adottato le linee guida.

L'UE, invece, sembra complessivamente più indietro nella riflessione, anche se da ultimo ha mostrato di voler intervenire nella regolazione del fenomeno⁴.

technology are not subject to these existing laws, just like any other contracts that use electronic technology to execute terms».

³ Cfr. REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, in *ODCC*, 2020, p. 189 ss.

⁴ Si segnala che, a livello settoriale, soprattutto nel comparto dell'energia elettrica, esistono discipline che coinvolgono anche le tecnologie di cui si discute. Sia consentito rinviare a MAUGERI, *Smart contracts, smart*

Di recente, infatti, la Commissione, Direzione Generale *DG Communications Networks, Content & Technology*, ha richiesto di effettuare uno studio su *Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects. A Study prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology*. Lo studio è stato pubblicato nel 2020⁵.

Nonostante il *Consortium* (composto da Spark Legal Network, Michèle Fink, Tech4i2 e Datarella) che ha redatto lo studio abbia suggerito di adottare prevalentemente, ancorché non solo, l'approccio "*Wait-and-See*", la sola circostanza che sia stato commissionato tale studio testimonia il sempre maggior interesse, anche da parte delle Istituzioni dell'Unione, verso il tema delle *Blockchain*, delle *DLT* e degli *Smart Contracts*.

Interesse adesso vieppiù testimoniato dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano *online*, che proprio agli *Smart Contracts* e alla *Blockchains* fa riferimento.

In questo contributo si cercherà di comprendere se e in che modo le Raccomandazioni contenute nella Risoluzione citata siano in linea con il funzionamento delle tecnologie cui si è fatto riferimento.

grids e smart meters: i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/prosumer, in *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain, fonti rinnovabili*, a cura di Comporti e Lucattini, Napoli, 2020, p. 13 ss.

⁵ *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects. A Study prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology*, European Union, 2020, 133, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-blockchains-legal-governance-and-interoperability-aspects-smart-20180038>, consultato il 31 ottobre 2020.

2. Il contenuto della Risoluzione

La Risoluzione del Parlamento del 20 ottobre 2020,

«considerando che i cosiddetti “contratti intelligenti”, basati su tecnologie di registro distribuito, comprese le *blockchain*, che consentono la tenuta dei registri decentrata e interamente tracciabile e l’auto-esecuzione, sono attualmente utilizzati in numerosi settori senza un adeguato quadro giuridico; che esistono incertezze in merito alla legittimità di tali contratti e la loro applicabilità in situazioni transfrontaliere»,

«(...) invita la Commissione a valutare lo sviluppo e l’utilizzo delle tecnologie di registro distribuito, comprese le *blockchain* e, in particolare, i contratti intelligenti, a fornire orientamenti atti a garantire la certezza del diritto per le imprese e i consumatori, segnatamente per le questioni riguardanti la legittimità, l’esecuzione dei contratti intelligenti nelle situazioni transfrontaliere e, laddove applicabile, i requisiti di certificazione notarile, e a presentare proposte per l’appropriato quadro giuridico;

(...) sottolinea che l’equità e la conformità alle norme sui diritti fondamentali delle condizioni imposte dagli intermediari agli utenti dei loro servizi devono essere soggette a un controllo giurisdizionale; sottolinea che le condizioni di utilizzo che limitano indebitamente i diritti fondamentali degli utenti, come il diritto alla vita privata e la libertà di espressione, non dovrebbero essere vincolanti;

(...) chiede alla Commissione di esaminare le modalità per garantire un adeguato equilibrio e parità tra le parti dei contratti intelligenti, tenendo conto delle preoccupazioni private della parte più debole o delle preoccupazioni pubbliche, come quelle relative agli accordi di cartello; sottolinea la necessità di garantire il rispetto dei diritti dei creditori nelle procedure di insolvenza e di ristrutturazione; raccomanda vivamente che i contratti intelligenti prevedano meccanismi che possano bloccare e invertire la loro esecuzione e i relativi pagamenti; chiede in particolare alla Commissione di aggiornare il suo documento orientativo esistente sulla direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori al fine di

chiarire se ritiene che i contratti intelligenti siano contemplati dall'eccezione di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera l) di tale direttiva, e, in caso affermativo, in quali circostanze, nonché di chiarire la questione del diritto di recesso;

(...) sottolinea la necessità di utilizzare le tecnologie di *blockchain* e i "contratti intelligenti" nel rispetto delle norme e dei requisiti antitrust, compresi quelli che vietano gli accordi di cartello o le pratiche concordate;

(...) ritiene che le condizioni di utilizzo standardizzate non dovrebbero impedire un accesso effettivo alla giustizia dinanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione o privare i cittadini o le imprese dell'Unione dei propri diritti; invita la Commissione a valutare se la tutela dei diritti di accesso ai dati nell'ambito del diritto internazionale privato sia incerta e determini svantaggi per i cittadini e le imprese dell'Unione;

(...) sottolinea l'importanza di garantire che l'uso dei servizi digitali nell'Unione sia pienamente disciplinato dal diritto dell'Unione e rientri nella competenza dei suoi organi giurisdizionali;

(...) conclude inoltre che dovrebbero essere trovate soluzioni legislative a tali questioni a livello dell'Unione qualora non appaia realizzabile un'azione a livello internazionale o qualora sussista il rischio che tale azione richieda troppo tempo per concretizzarsi; [e] (...) sottolinea che i fornitori di servizi stabiliti nell'Unione non devono rimuovere o disabilitare l'accesso a informazioni che sono legali nel loro paese di origine».

Nell'allegato alla Risoluzione, il Parlamento ritiene che, nella regolamentazione degli aspetti civili e commerciali delle *DLT* e degli *Smart Contracts*, si debbano prevedere:

«– misure che garantiscano l'esistenza di un adeguato quadro normativo per lo sviluppo e la diffusione dei servizi digitali, fra cui tecnologie di registro distribuito come le *blockchain* e i contratti intelligenti;

– misure atte ad assicurare che i contratti intelligenti siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne e invertirne l'esecuzione, in particolare alla luce delle preoccupazioni private della parte debole o delle preoccupazioni pubbliche,

per esempio quelle legate agli accordi di cartello e ai diritti dei creditori in caso di insolvenza e ristrutturazione;

– misure che garantiscano equilibrio e parità adeguati tra le parti per quanto riguarda i contratti intelligenti, tenendo conto in particolare degli interessi delle piccole imprese e delle PMI, per le quali la Commissione dovrebbe prendere in esame le possibili modalità;

– un aggiornamento del documento di orientamento esistente relativo alla direttiva 2011/83/UE, al fine di chiarire se i contratti intelligenti siano contemplati dall'eccezione di cui all'articolo 3, paragrafo 3, lettera i), della succitata direttiva, e di chiarire le questioni legate alle transazioni transfrontaliere, ai requisiti di certificazione notarile e al diritto di recesso».

3. La Risoluzione e il diritto dei contratti

Come ho già dimostrato in altra sede gli *Smart Contracts* che vengono *conclusi* ed *eseguiti* sulle DLT sono accordi fra due o più parti volti a costituire un rapporto giuridico patrimoniale e sono, dunque, contratti *ex art.* 1321 c.c.⁶

I problemi che si pongono, con riferimento a tali transazioni, sotto il profilo del diritto dei contratti, sono numerosi.

Nella Risoluzione se ne affrontano solo alcuni. In particolare – come risulta dalla lettura del paragrafo precedente – il Parlamento chiede alla Commissione: (i) di aggiornare il documento orientativo esistente sulla dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, al fine di chiarire se si possa ritenere che gli *Smart Contracts* risultino contemplati dall'eccezione di cui all'art. 3, par. 3, lett. i) di tale direttiva, e, in caso affermativo, in quali circostanze; e (ii) di chiarire come possa operare il diritto di recesso.

Con riferimento al primo profilo, l'auspicio è che la Commissione escluda radicalmente siffatta eventualità.

⁶ Cfr. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 33 e *passim*.

L'esenzione contenuta nell'art. 3, comma 3, lett. l) della direttiva citata e nell'art. 47, lett. n), del codice del consumo è riferita ai contratti conclusi «tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati» ma, in vero – nonostante il primo studioso che ha teorizzato gli *Smart Contracts*, Nick Szabo, abbia utilizzato proprio il distributore automatico come esempio di funzionamento dello *Smart Contract* – oggi il fenomeno *Smart Contract* ha, *rectius* può avere, caratteristiche molto diverse da quelle di un distributore automatico.

Per capire il senso delle precedenti affermazioni occorre ricordare che gli *Smart Contracts* sono stati teorizzati per la prima volta – come ho già detto – in un post (*Smart Contracts*) del 1994⁷ e in due articoli del 1997 (*Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*⁸ e *The idea of Smart Contracts*⁹) di Nick Szabo. Nei contributi citati Szabo, per l'appunto, prendeva spunto da un distributore automatico per descrivere il trasferimento di alcune utilità in esecuzione di un algoritmo.

Nel Post del 1994, in particolare, Szabo scrive che uno *Smart Contract* è un protocollo di transazione computerizzato che esegue i termini di un contratto e che gli obiettivi generali del disegno dello *Smart Contract* sono quelli dell'esecuzione di clausole contrattuali comuni ¹⁰.

⁷ In <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>, consultato 19 Febbraio 2020.

⁸ In <https://firstmonday.org/article/view/548/469>, consultato il 19 febbraio 2020.

⁹ In <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/>, consultato il 19 febbraio 2020.

¹⁰ Il glossario utilizzato da Szabo, nel Post del 1994, è il seguente: «A *smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Related economic goals include lowering fraud loss, arbitration and enforcement costs, and other transaction costs. Some technologies that exist today can be considered as crude smart contracts, for example POS terminals and cards, EDI, and*

Il vantaggio veniva visto da Szabo nella riduzione drastica dell'intervento umano, cosa che avrebbe consentito di abbattere radicalmente i costi e di garantire certezza nell'esecuzione¹¹. A livello informatico si dice, infatti, che la procedura di avvio del protocollo informatico di uno *Smart Contract* non sia revocabile. Per Szabo, dunque, lo *Smart Contract* non era un contratto era solo un *code* idoneo a dare esecuzione a un contratto¹².

Gli *Smart Contracts* di Szabo non facevano riferimento alle *Blockchains* o, in generale, alle *DLT*. Lo *Smart Contract* può, infatti, non girare su queste ultime. Ma il fenomeno di cui si discute oggi, quando ci si riferisce agli *Smart Contracts* come contratti, è tipicamente legato alle *Blockchains* o, più in generale alle *DLT*. Il contraente non ha davanti un distributore automatico da cui desumere in modo palese il contenuto della transazione. Il contraente, in altre parole, affronta una complessità nell'accedere al contenuto della transazione del tutto diversa rispetto a quella da affrontare in caso di contratto concluso tramite distributore automatico. Basti pensare che gli *Smart Contracts* che girano sulle *DLT* tipicamente si concludono a distanza e hanno caratteristiche che non si possono desumere in alcun modo dal contesto (si pensi, ad esempio, alla complessità nel comprendere le caratteristiche dell'*Utility Token*).

Le esenzioni della Direttiva sono tassative e non possono essere estese fino a ricomprendere al loro interno ipotesi affatto diverse.

agoric allocation of public network bandwidth».

¹¹ Nel 1998 Wei Dai (in B-money) teorizzava la creazione di un sistema contrattuale indipendente da attuare in un *network* non tracciabile, con predeterminazione delle regole di *enforcement*, e lo scambio di messaggi firmati digitalmente fra soggetti identificati con uno pseudonimo digitale. Sia Szabo che Wei Dai immaginavano, dunque, esiti *self enforcing* delle clausole. Sulle posizioni convergenti di Szabo e Wei Dai vedi PERUGINI, *Distributed Ledger Technologies e sistemi di Blockchain. Digital Currency, Smart Contract e altre applicazioni*, Key ed., p. 176.

¹² Cfr. CUTTS, *Smart Contracts and Consumers (March 18, 2019)*. LSE Legal Studies Working Paper No. 1/2019, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3354272> e in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354272>, 24, consultato il 19 febbraio 2020.

La *ratio* dell'esenzione, d'altra parte, sembra risiedere nella circostanza che non avrebbe avuto senso appesantire, con obblighi gravosi e, per certi versi, impraticabili, una transazione il cui contenuto risultasse chiaro, evidente e palesemente desumibile dal contesto (scambio del bene esposto nel distributore automatico contro corrispettivo definito), una transazione, inoltre, che non ponesse i problemi legati alla stipulazione dei contratti a distanza e che risultasse, pertanto, del tutto assimilabile alle transazioni quotidiane eseguite immediatamente al momento della loro conclusione, a cui non si applicano gli obblighi di informazione *ex art.* 48, comma 3, del codice del consumo.

Di qui, come dicevo sopra, l'auspicio che il consumatore non perda in generale la tutela garantita dalla Direttiva in caso di *Smart Contract*.

Si potrebbe, invece, valorizzare l'invito del Parlamento Europeo a rivedere «la questione del diritto di recesso», ritenendo non applicabili alcune specifiche regole poste a tutela del consumatore in presenza di *Smart Contracts*. È questo, come dicevo, il secondo dei profili toccati dalla Risoluzione con riferimento al diritto dei contratti.

Ed invero, uno dei problemi che si presenta nei rapporti *BtoC*, in caso di *Smart Contract*, è quello legato al diritto di recesso. Si pensi, ad esempio, al diritto di recedere previsto dall'art 52 del codice del consumo (disciplina di derivazione eurounitaria). Pur a voler tener conto della regola contenuta nella lettera o) del primo comma dell'art. 59 del codice del consumo – secondo la quale il diritto di recesso è escluso relativamente a:

«la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso»,

si deve osservare, in primo luogo, che sarà estremamente difficile acquisire all'interno di uno *Smart Contract* l'accordo espresso del consumatore e la sua accettazione relativa alla perdita del diritto di recesso, ma, soprattutto, si deve evidenziare che, pur riuscendo a superare questo limite, sicuramente la regola non potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi in cui non si fosse in presenza di

beni digitali. Si pensi, ad esempio, a uno *Smart Contract* che consentisse il pagamento di una somma in caso di ritardo dell'aereo, o *Smart Contracts* che consentissero di erogare energia.

Si potrebbe pensare di sospendere l'efficacia dei contratti durante la decorrenza del termine, scrivendo questo ordine nel *Code*, e poi attendere l'indicazione dell'oracolo per procedere all'esecuzione, ma si tratterebbe di una soluzione che appesantirebbe molto il sistema degli *Smart Contracts*.

Astrattamente si potrebbe immaginare di dotare lo *Smart Contract* di un meccanismo idoneo a consentire, attraverso un oracolo esterno, di accertare la volontà di recedere del consumatore e di inviare l'*input* di retrocessione (sempreché le utilità non risultassero già trasferite ad altri). Si tratterebbe, però, di un rimedio eccessivamente farraginoso con riferimento a quel sistema, un rimedio non gratuito¹³, e non in linea con l'esigenza a cui rispondono gli *Smart Contracts*, che è quello della certezza dell'esecuzione. Con riferimento al profilo considerato sembra, per tanto, troppo "invasiva" la richiesta del Parlamento Europeo, contenuta nella Risoluzione, di prevedere

«misure atte ad assicurare che i contratti intelligenti siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne e invertirne l'esecuzione» (Allegato)¹⁴.

In altre parole, l'obbligo allo stato esiste, non operando per le ragioni dette l'esenzione, ma è un obbligo distonico rispetto al modello di funzionamento dello *Smart Contract* e alle ragioni per cui anche i consumatori decidono di utilizzare le nuove tecnologie, oggetto di attenzione in questa sede, per le loro transazioni.

Resterebbe sempre la possibilità per il consumatore di far valere il rimedio al di fuori della *Blockchain* o della *DLT*. Verrebbe, però, per un verso, meno l'efficacia di un rimedio, il recesso, pen-

¹³ Sul sistema di arbitrato Kleros cfr. *Kleros*, in <https://kleros.io/whitepaper.pdf>, consultato il 6 novembre 2020.

¹⁴ In generale un meccanismo siffatto appare distonico rispetto al modello di funzionamento degli *Smart Contracts*. Vedi *infra* nel testo.

sato anche per evitare di far gravare sul consumatore l'obbligo di adempiere¹⁵ e, per altro verso, proprio perché sarebbe difficile acquisire all'interno di uno *Smart Contract* l'accordo espresso del consumatore e la sua accettazione relativa alla perdita del diritto di recesso, il rimedio risulterebbe eccessivamente gravoso con riferimento alla fornitura eseguita di un contenuto digitale mediante un supporto non materiale. Il recesso, si rivela, in altre parole, con riferimento agli *Smart Contracts*, un rimedio al contempo depotenziato e gravoso. Si potrebbe, dunque, immaginare, con riferimento alla conclusione del contratto attraverso l'uso di queste nuove tecnologie, di modificare la disciplina, eliminando quanto meno il c.d. recesso di pentimento¹⁶, previsto dall'art. 52 del cod. cons. In questo senso, come dicevo sopra, va accolto e valorizzato l'invito del Parlamento Europeo, contenuto nella Risoluzione del 20 ottobre 2020, a rivedere "la questione del diritto di recesso"¹⁷.

¹⁵ Sul recesso di pentimento cfr., da ultimo, PAGLIANTINI, voci *Contratto di diritto europeo* e *Consumatore*, in *Enc. dir.*, volume "Contratto", 2021, in corso di pubblicazione.

¹⁶ Con riferimento al tema affrontato nel testo, nello *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., p. 119, si legge quanto segue: «*Regarding the specific issue of the right to withdrawal under the Consumer Rights Directive, a more proactive approach by the European Commission could, however, be of much benefit. Indeed, we recommend that on the occasion of the next revision of this legal regime (in accordance with Recital 62 of the Consumer Rights Directive), the Commission considers whether consumers' withdrawal rights create an undue burden in respect of smart contracts*».

¹⁷ Sulla necessità di pensare a rimedi differenti cfr. anche lo *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, cit., p. 100, in cui, con riferimento all'*utility token* si afferma quanto segue: «*Subjecting commodities such as utility tokens to prospectus obligations like IPOs may, however, be seen as a drastic steps in light of the detailed requirements and high compliance costs associated with such an obligation. With this in mind, alternative transparency regimes may be considered, such as standards to be developed by industry that are then endorsed by regulation. This might eventually result in the provision of more detailed information to consumers, and a right to seek remedies in courts where industry fails to abide by such standards without a copying of a prospectus obligation that may not be suitable in this specific context. Of course, as always with partly self-regulatory*

4. La Risoluzione e il diritto della concorrenza

Come si è visto sopra, la Risoluzione tocca anche il tema della concorrenza.

In alcuni lavori degli ultimi due anni si è messo in evidenza come la nuova tecnologia abbia un ruolo procompetitivo, ad esempio nella misura in cui la stessa possa essere adottata dalle piccole e medie imprese per raggiungere i consumatori e sia idonea a eliminare la necessità di intermediari, così come a ridurre i costi e a rendere più efficiente il mercato¹⁸ (questo si legge anche in un documento dell'OECD del 2018).

Allo stesso tempo, però, la nuova tecnologia potrebbe creare alcuni problemi nella misura in cui, essendo totalmente trasparente, potrebbe consentire agli agenti di un mercato oligopolistico di coordinarsi tacitamente, senza avere contatti diretti o indiretti. Problemi che potrebbero essere più accentuati in una *Blockchain* o in una *DLT permissioned*. Si potrebbero, poi, registrare abusi di posizione dominante nella misura in cui le *blockchain permissioned* rifiutassero di far accedere alcuni soggetti e in tal modo precludessero agli esclusi di competere su quel mercato. Oppure nella misura in cui la *blockchain* imponesse una *transaction fee* eccessiva.

Si potrebbe poi pensare a un abuso (o un'intesa, il punto com'è noto è controverso) nell'ipotesi in cui la *blockchain* utilizzasse uno specifico standard non accessibile a tutte le imprese. In questo caso assumerebbe rilievo la circostanza che fosse o meno disponibile la licenza d'uso a condizioni FRAND¹⁹.

Distorsioni si potrebbero avere anche nell'ipotesi in cui il principio della neutralità tecnologica venisse violato, ad esempio

efforts, it is of utmost importance to ensure that the defined standards work in the service of consumer interests and are not biased towards industry preferences».

¹⁸ Cfr. il Documento dell'OECD del 26 aprile 2018, *Blockchain Technology and Competition Policy - Issues paper by the Secretariat*, in [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)47/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)47/en/pdf), consultato il 24 febbraio 2021.

¹⁹ Sul punto sia consentito rinviare a MAUGERI, *Standardization and Italian Law of Contracts: F/RAND Commitments*, in *ODCC*, 2014, 1, p. 99 ss.

offrendo finanziamenti ad imprese che decidessero di utilizzare questa tecnologia.

Una parte della dottrina ha enfatizzato i potenziali effetti anti-concorrenziali di questa tecnologia²⁰.

Altra dottrina, in modo decisamente più convincente, ha ritenuto che i problemi segnalati siano sovrastimati e che la nuova tecnologia di cui si discute non sia affatto anticompetitiva in sé²¹. Ed invero, i tipi di problemi che pone, che velocemente ho provato a sintetizzare, possono essere tranquillamente affrontati con le regole esistenti.

A me sembra che non ci sia bisogno di nuovi strumenti, sotto il profilo antitrust, essendo le regole non distoniche rispetto al modello di funzionamento delle *DLT* e non essendo in grado, questa nuova tecnologia, di introdurre problemi qualitativamente o quantitativamente diversi rispetto a quelli che si presentano in altri contesti.

Non sembra, inoltre, che allo stato ci siano problemi di dominio di questa tecnologia rispetto alle altre. Non è dunque un caso che, a fronte di una bibliografia sterminata degli ultimi anni sotto il profilo della compatibilità con il diritto dei contratti, si registri un numero tutto sommato esiguo di contributi in tema di rapporti fra concorrenza e antitrust.

²⁰ Penso, soprattutto, a SCHREPEL, *Collusion by Blockchain and Smart Contracts*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2019, p. 117 ss.; Id., *Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox*, in *Georgetown Law Technology Review*, 2019, p. 281 ss. Una posizione (almeno parzialmente) diversa è espressa dall'autore citato in SCHREPEL e BUTERIN, *Blockchain Code as Antitrust*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2020, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3597399> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3597399>

²¹ NAZZINI, *The Blockchain (R)evolution and the Role of Antitrust* (2018). King's College London Law School Research Paper No. 2019-20, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3256728> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3256728>; MAGGIOLINO e ZOBOLI, *Antitrust Law and Blockchain(s): Preparing the Field* (2020), disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3570887>, consultati il 24 febbraio 2021.

Il problema, che si registra anche nel diritto dei contratti, può essere quello dell'individuazione del soggetto anonimo, o che usa lo pseudonimo, al fine della comminazione della sanzione. Occorre immaginare una possibilità di individuazione. Il compito è molto arduo e, probabilmente, in ragione di ciò l'agenzia per l'Italia digitale non ha ancora individuato i requisiti di identificazione informatica richiesti al fine di far integrare agli *Smart Contracts* il requisito della forma scritta.

C'è, in vero, anche il problema dell'osservabilità delle transazioni nelle *blockchain* private o *permissioned* da parte delle Autorità. Con riferimento a questi profili si potrebbe pensare all'uso dei *leniency*.

In ogni caso è un problema che non si risolve con la soluzione immaginata dal Parlamento Europeo e, cioè, quella di assicurare che gli *smart contracts* siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne e invertirne l'esecuzione.

Questa proposta nasce dall'idea che i rimedi debbano operare dentro le *blockchains*. Idea influenzata da alcune ricostruzioni teoriche secondo le quali gli *Smart Contracts* rappresenterebbero un'alternativa al diritto²². In realtà così non è e i rimedi e le sanzioni ben si possono collocare al di fuori delle DLT e degli *smart contracts*.

²² Sul punto sia consentito rinviare a MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 51 ss.

