

ALEJANDRO ZORNOZA*

P2P Lending Europa: La Spagna Crowd

Sommario: 1. Che cos'è il p2p l.; 1.1 Elementi oggettivi; 1.2 Elementi soggettivi; 1.3 Elemento territoriale

Di alcuni si dice che non sapevano che un'impresa fosse impossibile, e per tale motivo vi riuscirono. Proprio da questa considerazione, parte il movimento *crowd*.

Negli ultimi anni, i mercati e la società europei hanno ridefinito le regole del gioco che li vincolavano. Forse la mancanza di finanziamenti pubblici e privati, l'accesso limitato ai canali tradizionali di credito, l'incertezza riguardo al ritorno degli investimenti, le difficoltà inerenti le iniziative imprenditoriali di *pymes e micropymes* e delle giovani imprese, l'aumento dei disoccupati, la difficoltà di disporre di un posto di lavoro a tempo indeterminato e il conseguente impulso dell'autoimpiego, e l'avanzamento delle Tecnologie Informatiche e della Comunicazione (TIC) hanno spinto una società che si trovava, a causa del presente complicato, senza futuro, a trovare maggiori prospettive nel recupero del passato.

Il *crowdfunding* riporta in auge l'istituzione romana del prestito tra privati approfittando dell'ubiquità offerta dalle reti sociali, e reinventando una specie di pratica in cui si

* *Avvocato e ricercatore. Membro della cattedra ASGECO di Diritto del Consumatore della Università Carlos III di Madrid.*

producono ritorni, con una tassonomia ampia tanto quanto la creatività che la genera. Così, oggi possiamo parlare di modelli di *crowdfunding* basati su *donations, sponsoring, rewards, pre-selling, securities-based investment e lending*.

Stiamo assistendo a un'intensificazione dell'attività legislativa e della letteratura in materia di consumo e di *crowdfunding*, le quali, in misura maggiore o minore, hanno rafforzato la posizione dei consumatori e degli utenti sul mercato. L'approvazione di leggi che offrono incentivi fiscali per le imprese giovani, come l'italiano *Decreto Crescita 2.0*, che ha permesso l'aumento di investimenti in progetti tecnologici in imprese con meno di 4 anni di vita, o il *JOBS Act* nordamericano, che consente alle imprese di richiedere informazioni tramite *crowdfunding* e alle singole persone di investire una percentuale delle proprie entrate in questa modalità, mettono in evidenza la diffusione che il *crowd* sta conoscendo attualmente nella società. A questo proposito, nel marzo 2014 la Commissione Europea ha pubblicato il risultato della consultazione pubblica "*Crowdfunding in the EU- Exploring the added value of potential EU action*"¹. I risultati mostrano la vertiginosa attività di questa realtà in Europa, in particolare dei modelli di *donations y rewards*, dei quali si sono dichiarati a conoscenza rispettivamente il 74% e il 69% dei *respondents*. In entrambi i casi, l'*exchange* riveste un carattere simbolico, un segno di gratitudine da parte di colui che riceve i fondi, ed entrambi i modelli sono destinati a progetti personali di relativa importanza, di tipo artistico o filantropico.

Esiste, tuttavia, un'altra modalità di *crowdfunding*, che non è destinata a questo tipo di iniziative ma che viene sviluppata per conferire credito con interessi a individui a titolo personale, lontana in qualche modo dagli ampi numeri e dai sistemi bancari, e che costituisce in sostanza una modalità viva e particolare di micromecenatismo: essa è rappresentata dai modelli *lending* o *peer-to-peer lending*.

¹ Realizzata dal ottobre 2013 al 31 dicembre 2013. Disponibile su http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/crowdfunding/index_en.htm

Da alcuni anni, i mercati capitalistici stanno attraversando un periodo di crisi e profonda revisione critica, e le politiche di governo, l'offerta e la domanda si stanno adeguando alle nuove realtà, non solo per quanto riguarda gli imprenditori, ma anche per le famiglie. Frutto di questo processo di adeguamento, e risultato della spettacolare diminuzione del consumo e della crisi dei mercati, una delle preoccupazioni principali dei consumatori si è dimostrata quella relativa all'ottenimento dei finanziamenti. Per tale motivo, è normale ricorrere a organismi finanziari, banche di credito e/o intermediari finanziari, che, approfittando della precedente congiuntura economica di calma piatta, sono proliferati in misura ragguardevole. Ma, come dicevamo, esiste un metodo per ottenere liquidità più classico e diffuso: il prestito tra privati.

I contratti di prestito tra privati si realizzano di solito tra persone che si conoscono, in modo tale che l'elemento fiduciario giochi un ruolo importante nella promozione di questo tipo di operazioni. Tuttavia, dall'anno 2005, esiste un mercato di prestiti tra sconosciuti, che in tempi di crisi aspira a convertirsi nella soluzione di problemi creditizi per più di un consumatore.

Il *peer-to-peer lending* (P2P L.), che potremmo tradurre come "prestiti tra privati", o più precisamente come "prestiti da persona a persona", è un mercato di crediti destinato a chi non trova finanziamenti bancari nei canali tradizionali, perché considerato come soggetto ad alto rischio. L'importanza delle famiglie e dei consumatori intesi come motori dei mercati è vitale in un'epoca in cui il sovraindebitamento in crediti di consumo è superiore al sovraindebitamento in crediti ipotecari. Se è vero che l'appoggio a imprenditori e microimprenditori è fondamentale per la crescita economica e industriale di un paese, non meno vero è che l'impulso delle economie domestiche deve seguire un processo parallelo affinché i destinatari dei prodotti e dei servizi possano accedere ad essi.

Vedremo che, nel caso del *peer-to-peer lending*, non esiste una regolamentazione applicabile che tenga conto di quanto emerge da questa realtà, per cui, in modo un po' irragionevole, si è cercato di inquadrare il sistema di prestiti in qualche area dei vari sistemi

legislativi, giustificando la necessità di un sistema di regole *ad hoc* che proteggesse il consumatore e desse garanzie al mercato.

Il P2P L. utilizza la struttura delle reti P2P di Internet per mettere in contatto persone disposte a prestare soldi - ottenendo una redditività - con altre persone che hanno bisogno di liquidità - prestatori -, sconosciute le une alle altre. In definitiva, si tratta di un mercato *on line* che offre a singoli prestatori la possibilità di realizzare prestiti con interessi di ritorno più attraenti rispetto a quelli che potrebbero ottenere da investimenti su mercati tradizionali. Allo stesso modo, questo mercato consente a quei consumatori bancari che non riescono a ottenere linee di finanziamento dagli organismi finanziari di accedere a un sistema alternativo o di ottenere un interesse più basso rispetto a quelli che dovrebbero corrispondere a una Banca o a un intermediario creditizio.

La domanda inevitabile, quando si parla del P2P L è: "perché? Perché non si prestano soldi a sconosciuti senza garanzie di rientro?" La risposta al problema è necessariamente poetica: occorre compiere la funzione sociale e solidaristica che serve a infondere nelle persone la fiducia che i prestatori hanno perso nei mercati.

Anche se questo tipo di piattaforma è praticamente sconosciuto in Spagna, nell'ultimo decennio sono proliferati modelli commerciali che impiegano reti sociali virtuali nell'ambito del P2P L., con un forte sviluppo negli Stati Uniti e un'implementazione soddisfacente in alcuni paesi europei e recentemente in Cina.

A questo riguardo, la letteratura nordamericana sul P2P L. è ampia, (quella europea è invece praticamente inesistente), e consiste in studi di ordine economico, tecnologico e sociologico, il cui contributo scientifico si sviluppa a partire dalle prospettive proprie di ciascun ambito. Data l'assenza di documenti che riguardano l'ampiezza del P2P L. nei nostri ordinamenti e la natura dei rapporti giuridici che in esso si sviluppano, il nostro obiettivo è di contribuire a integrare questo aspetto rappresentativo a cui finora si è prestata pochissima attenzione. Tramite una serie di studi, vogliamo far conoscere un nuovo sistema

alternativo di finanziamento e creare le basi per un'analisi dell'impatto che questo fenomeno crescente implica per l'ottica giuridica nella diagnosi e nel trattamento del comportamento degli operatori creditizi P2P, dedicando un'attenzione particolare alle considerazioni economiche e imprenditoriali, al fine di garantire uno sguardo adeguato sulla materia.

Con il presente lavoro si intende dare inizio a una serie di articoli scientifici che permettano di far conoscere il fenomeno del *peer-to-peer lending* e aprire il dibattito giuridico sulla sua definizione e regolamentazione. Il contenuto e il linguaggio diventeranno più sofisticati nella misura in cui lo studio procede, cercando in tal modo di consentire al lettore, profano o meno del mondo del Diritto, di conoscere e comprendere la realtà emergente qui trattata. Di seguito, cercheremo di rispondere alla domanda: “che cos'è il P2P L.?”², e offriremo un'idea di questa nuova modalità di prestiti e degli elementi che la compongono.

1. Che cos'è il p2p l.?

Il P2P L. è un sistema di finanziamento che, avvalendosi di strumenti informatici, persegue la disintermediazione nel processo dei prestiti finanziari. Vale a dire: cerca di prescindere dalla figura della Banca.

Nonostante l'ordinamento giuridico spagnolo si basi sull'idea della gratuità dei prestiti di denaro (ovvero, sul fatto che non generino interessi a meno che sia altrimenti stabilito in maniera esplicita), è innegabile che il numero dei prestiti onerosi sia divenuto maggiore di quello dei prestiti gratuiti². La ricerca di produttività del capitale privato ha fatto conoscere i prestiti di denaro con interesse concordato, per cui la comparsa del P2P L. riveste oggi

² L'articolo 1.755 del Codice Civile (Cc) prescrive che colui che riceve un prestito in denaro non debba corrispondere degli interessi al suo prestatore tranne nel caso in cui gli interessi siano stati "espressamente" pattuiti. In questo modo, nel contratto di prestito, la gratuità si erge come regola generale, mentre l'onerosità come eccezione. Si concede alla volontà autonoma delle parti la possibilità di gestire l'atto giuridico rilevante nel P2P L., dato che, come vedremo, tutti gli aspetti relativi ai prestiti sono ordinati dai partecipanti.

una maggiore importanza.

La *United States Government Accountability Office* (GAO) ha pubblicato nel luglio del 2011 il rapporto “*Person-to-Person Lending. New Regulatory Challenges Could Emerge as the Industry Grows*”³. In tale rapporto, con il termine P2P L. si intendono non solo i prestiti tra privati, ma anche quelli che si realizzano da un privato all'altro quando il prestatario si trova nella condizione di imprenditore⁴. Pertanto, la peculiarità del P2P L. non risiede tanto nel fatto che i prestiti si realizzino tra persone fisiche e siano destinati a finanziare ambiti di consumo, ma che siano il carattere privato del prestatore e la disintermediazione nelle operazioni a stabilire che ci troviamo di fronte a un P2PL. e non a un prestito ordinario.

Questi servizi particolari sono offerti da imprese private che abbiamo definito "operatori di prestito P2PL". La loro attività sul mercato si sviluppa tramite una piattaforma, lo strumento informatico a cui i *peers*, per poter partecipare, devono avere un accesso autorizzato. Per il loro funzionamento, proponiamo la seguente divisione in tre categorie⁵:

1) *Operatori commerciali di prestiti P2P.*

Sviluppano un'attività imprenditoriale o economica per il conseguimento di

³ United States Government Accountability Office, Report to Congressional Committees, “*Person-to-Person Lending. New Regulatory Challenges Could Emerge as the Industry Grows*”, July 2011, GAO-11-613. <http://www.gao.gov/products/GAO-11-613>.

⁴ GAO, *op. cit.*, p. 14. “ [...] *Kiva partners with a few microfinance in the United States that provide loans and financial education to domestic borrowers with the low incomes, women, minorities, and immigrants. However most of the microfinance institutions that receive funding through Kiva are located outside the United States and lend to borrowers abroad [...] Kiva is the major nonprofit platform in the United States that offers lenders opportunities to support economic development and entrepreneurship, mostly in developing countries, through partnerships with local microfinance institutions.*”

⁵ La GAO distingue nel suo rapporto tra piattaforme a fini di lucro (*for profit platforms*) e piattaforme non a fini di lucro (*not for profit platforms*). Tale distinzione è operativa negli Stati Uniti, dove troviamo un forte coinvolgimento delle agenzie governative nel controllo del P2P L. In Europa, invece, osserviamo un'assenza di armonizzazione sia nella normativa che nel funzionamento e nel riconoscimento degli operatori, per cui siamo costretti a realizzare la seguente triplice distinzione: operatori commerciali, operatori non a fini di lucro, e operatori di *financial trust*. Identifichiamo gli operatori commerciali direttamente con le *for profit platforms*, dato che costituiscono un modello che troviamo solo negli Stati Uniti, ragion per cui rispettiamo e approviamo la classificazione realizzata. Per distinguere tale modello dal modello rintracciato in Europa, abbiamo concordato di definirlo *financial trust*, anche quando si tratta di *for profit platforms*. Dal canto loro, le *not for profit platform* funzionano in modo molto simile sia negli Stati Uniti sia in Europa, per cui non sarà necessario fare distinzioni.

un utile patrimoniale. Tratto caratteristico delle loro attività è sempre la forte presenza di enti governativi o federali di controllo, fattore che li assoggetta a un elenco completo di norme di protezione dei consumatori e del sistema finanziario. Questo tipo di gestione è proprio degli operatori statunitensi.

2) *Operatori di prestiti P2P non a fini di lucro.*

Non ottengono finanziamenti per le operazioni realizzate, ma si mantengono grazie a donazioni private. In generale, la loro attività mira a consolidare la rete imprenditoriale ed economica dei paesi in via di sviluppo tramite microcrediti e tramite la collaborazione con imprese locali dello Stato di destinazione. Non bisogna confondere gli operatori non a fini di lucro con gli operatori di *green loans*. I *green loans* sono crediti concessi allo scopo di finanziare operazioni ecologiste che vanno dal sostegno allo sviluppo agricolo alla creazione di strutture di energie rinnovabili, all'aiuto all'acquisto di veicoli ecologici. Si tratta, in definitiva, di prestiti il cui oggetto finale è costituito dalla conservazione, dalla tutela e dallo sviluppo ambientali. Gli operatori che gestiscono *green loans* possono operare con o senza fini di lucro.

3) *Operatori di prestiti P2P di financial trust o di blind trust.*

Rappresentano un tipo di operatore commerciale e sono presenti principalmente in Europa. I prestiti vengono realizzati direttamente tra privati, senza interventi pubblici, e come vedremo, con un quadro legale assai ambiguo negli ordinamenti giuridici europei.

Come succede nei mercati concorrenziali, l'appartenenza a un determinato modello imprenditoriale non impedisce che ciascuna piattaforma operi con le proprie peculiarità, indipendentemente dal fatto che il funzionamento sia lo stesso in termini generali. *Grosso modo*, una persona che ha bisogno di una determinata somma di denaro chiede la propria registrazione in una piattaforma di prestiti P2P. Accettata la registrazione, pubblica un annuncio in cui determina la somma di cui ha bisogno, assumendo così il ruolo di prestatario. Al tempo stesso, un altro utente che sia disposto a prestare denaro a persone

che ne abbiano bisogno in cambio di interessi si registra nella piattaforma e studia le richieste dei potenziali prestatori. Quando trova un annuncio interessante, le cui condizioni ritiene favorevoli, avvia le operazioni necessarie per convertirsi in prestatore.

Una stessa richiesta di credito può essere soddisfatta da vari prestatori. Vale a dire: la persona che decide di prestare denaro non deve per forza soddisfare la richiesta completa del prestatario, ma può diversificare la somma che è disposta a destinare al prestito in tutte le operazioni che desidera realizzare, diversificando così in apparenza il proprio rischio di non restituzione del credito. Ad esempio, un soggetto che è disposto a prestare un totale di 1.000 €, può prestarli a un unico prestatario o può prestare 1 euro a mille soggetti diversi⁶.

Quando si crea un profilo utente è frequente utilizzare soprannomi o *nicks* che garantiscano l'anonimato di ciascun membro, anche se non bisogna confondere l'anonimato tra *peers* con l'anonimato tra *peer* e operatore.

Il primo controllo di sicurezza che occorre superare per accedere a una struttura P2P L. riguarda il rilascio di informazioni personali reali, (si richiedono, di solito, la data di nascita per determinare che il soggetto sia maggiorenne, un numero reale di conto bancario o il numero della Previdenza Sociale) che saranno di seguito confrontate ai dati dei database di agenzie di riscossione ed enti di lotta contro la frode fiscale e il riciclaggio di capitali. Dopo aver verificato l'identità dell'utente, occorre determinare la sua capacità economica. Nel caso di prestatori, uno *scoring* predittivo determina la probabilità di insolvenze. Tenendo conto di questo risultato, che valuta il livello di rischio di inadempienza rispetto all'obbligo di restituire il prestito, il prestatario è incluso in una categoria di rischio, ampliando le liste di prestatori della piattaforma. Questo *scoring* aiuterà i prestatori a conoscere il tipo di *peer* che chiede un credito e a scegliere se investire su un determinato utente in modo più sicuro e informato.

⁶ Sebbene le operazioni di prestiti P2P siano sempre caratterizzate da una pluralità di prestatori e da un solo prestatario per ciascuna delle operazioni, costituendo così un modello commerciale *many-to-one*, in cui ci sono più soggetti da un lato del rapporto rispetto all'altro, utilizzeremo sempre il termine prestatore al singolare, facendo riferimento a uno solo dei soggetti finanziatori, nell'ipotesi che ciascun utente sia titolare unico delle proprie operazioni giuridiche nella piattaforma.

I prestatori, invece, non si sottopongono a questo processo di definizione di solvenza: in alcune occasioni, basterà inserire nel conto dell'operatore i fondi che sono disposti a investire, mentre in altre occasioni sarà sufficiente dimostrare che si dispone di attivi sufficienti per far fronte ai crediti che sono disposti a realizzare. I valori massimi e minimi sono determinati da ciascun operatore⁷.

Se la registrazione del prestatario è stata confermata e il suo profilo è stato generato, è frequente che le piattaforme dispongano di uno spazio in cui ciascun prestatario pubblici la propria richiesta di credito, indicando la quantità di cui ha bisogno, il tipo di interesse con cui potrebbe restituirla (nelle piattaforme in cui il prestatario è in grado di determinarlo) e la destinazione che darà al credito. In questo modo, si agevola il prestatore nella sua scelta delle ragioni da supportare. Tali ragioni possono andare dai crediti per ristrutturare una cucina, all'acquisto di un veicolo o al finanziamento di studi universitari. Su questo punto, le varie imprese cominciano a divergere; in alcune, uno stesso prestito è accettato da diversi prestatori, che offrono il proprio denaro a un interesse determinato, in maniera tale che si realizzi una sorta di asta al ribasso dei diritti di credito dei prestatori che desiderano investire su un prestatario⁸. Concluso il processo, il sistema seleziona le offerte

⁷ I due principali operatori statunitensi sono Prosper (www.prosper.com) e LendingClub (www.lendingclub.com). Mentre Prosper consentiva prestiti fino a 5 milioni di dollari, LendingClub non ha permesso che si investisse più del 10% del patrimonio netto del prestatore. Tale definizione di valori massimi e minimi è stata modificata dal nuovo *Jumpstarts Our Business Startups Act* (2012), conosciuto anche come *Jobs Act*, che fissa criteri specifici per le piattaforme di *Crowdfunding*, in cui non si può investire più di 2.000\$ o il 5% delle entrate annuali, se inferiori a 100.000\$, o più del 10% delle entrate annuali se superiori a 100.000\$. Questo tetto è determinato secondo un'ottica tesa a limitare la libera dislocazione dei fondi degli utenti in attività di finanziamento che possiamo considerare *subprime*.

⁸ Prosper è il paradigma delle piattaforme di aste di crediti. I prestatori autorizzano Prosper a verificare l'identità e ad accedere al *credit score* o valutazione del credito tramite Experian, una delle tre maggiori agenzie di valutazione dei crediti degli Stati Uniti. Utilizzando tale rapporto di valutazione, Prosper assegna a ciascun prestatario una categoria di rischio e successivamente elabora la richiesta di credito tramite un asta al ribasso. In questo momento, il prestatario può includere la propria "storia", ovvero, spiegare quali sono i motivi che lo spingono a richiedere denaro e offrire informazioni demografiche come sesso, razza, religione, o anche aggiungere una fotografia. Dopo che l'offerta è stata messa all'asta, i prestatori possono rilanciare con una determinata offerta, stabilendo la quantità offerta e il tipo d'interesse. Se la quantità di denaro offerta supera quella richiesta dal prestatario, il tipo d'interesse comincia a scendere dal valore massimo fissato da questi, in modo che, maggiore sarà il numero di rilanci in un'asta, minore sarà il tipo d'interesse. Terminata l'asta, ai prestatori aggiudicatari verranno sottratte dai rispettivi conti di Prosper le somme offerte, che saranno trasferite sul conto del prestatario. Nei successivi tre anni, il prestatario restituirà mensilmente i crediti concessi. Le aste di Prosper si basano sul principio di *full funding*, ovvero, a differenza delle aste tradizionali, l'asta verrà conclusa solo se i rilanci coprono la somma richiesta dal prestatario.

in conformità al credito, le accetta e trasferisce i fondi. In altre, invece, per cominciare le operazioni basta un solo ordine di trasferimento di fondi dal conto del prestatore a quello del prestatario.

Breve excursus sul P2P L. Una storia di Clubland Yard

Immaginiamo un club privato. In questo club esiste una sala dove i membri realizzano accordi di prestiti monetari. Esiste solo una condizione: nessuno può entrare in quella sala senza essere completamente mascherato, vestito con un cappello e un mantello, ed è proibito utilizzare il vero nome di ciascuno, in modo tale che non ci sia la possibilità di riconoscere nessun membro né per il suo aspetto né per i suoi dati personali. L'unico registro di chi entra ed esce da questa sala privata è un libro delle firme all'ingresso della sala stessa, in cui i soci possono solo registrare il proprio ingresso, senza poterlo consultare. Quando i nostri anonimi prestatori e prestatari raggiungono un accordo, si stringono la mano, il prestatore consegna il denaro a un dipendente del Club e questi lo consegna al prestatario, stabilendo di rivedersi una volta che sarà finito il periodo di prestito affinché il prestatario possa adempiere al proprio impegno.

Tramite questa storiella su uno spazio adibito al prestito con caratteristiche singolari, che abbiamo chiamato *Clubland Yard*, possiamo dare una rappresentazione del *peer-to-peer lending*. Ricordare questa rappresentazione, ci permetterà in ogni momento di comprendere e prevedere le situazioni che potremo incontrare nel P2P L.

1.1 *Elementi oggettivi*

Verificheremo che il P2P L. è una materia di difficile comprensione giuridica e inquadramento legale per via della sua configurazione particolare, per cui dovremo fare attenzione e procedere con cautela in ciascuna delle questioni che tratteremo. Tuttavia, data la complessità della materia, per consentire una lettura comprensiva e progressiva, segnaleremo qui un sistema di facile classificazione, lasciando l'argomentazione giuridica a un altro momento.

Gli operatori di P2P L. sviluppano la propria attività nell'ambito della società dell'informazione e tramite un supporto che identifica le relazioni intese come elettroniche. Ciò giustifica il fatto che l'Allegato della Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁹ (LSSICE) serva da guida per la definizione di concetti, dato che, nonostante le operazioni principali siano P2P, l'operatore resta una società commerciale che al momento di rapportarsi con gli utenti forma un B2P¹⁰. Il paragrafo a) dell'Allegato definisce quali vengono considerati servizi forniti nella società dell'informazione: tra questi, possiamo trovare l'organizzazione e la gestione di mercati virtuali. Coloro che gestiscono questi mercati, sono considerati come fornitori di servizi.

Un mercato elettronico (chiuso) “ [...] *es un entorno electrónico, es decir, un conjunto de nodos, redes, sistemas de información y aplicaciones informáticas que permite la realización de transacciones entre los operadores económicos que sean miembros, conforme a unas reglas y bajo la gestión centralizada de*

⁹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166 de 12 de julio de 2002, páginas 25388 a 25403. Questa Legge ha come oggetto l'acquisizione della Direttiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'8 giugno, relativa a determinati aspetti dei servizi della società dell'informazione, in particolare, il commercio elettronico nel mercato interno.

¹⁰ B2P o *Business to Peer*. Resta un B2C (*business-to-consumer*), ma più sofisticato. Nel corso del lavoro ipotizzeremo che i sistemi P2P L. non rientrino nell'ambito del consumerismo, dato che il prestatore realizza un servizio proprio di un atto giuridico concreto nell'ambito della propria sfera personale, e non professionale, ma non a titolo di consumatore, bensì di soggetto privato. Non possiamo ipotizzare che il prestatario riceva i fondi in previsione di un consumo, dato che si tratta di un atto giuridico privato in cui non intervengono operatori commerciali nel rapporto principale. Perciò, il rapporto della piattaforma con i relativi utenti non si configura come un sistema impresa-consumatore, ma come impresa-soggetto privato, e non si possono ammettere due statuti giuridici differenti (Diritto civile/Diritti del consumatore) in una stessa persona e contemporaneamente nella stessa operazione.

una entidad (gestora) que supervisa, organiza y administra el mercado”¹¹. Se enucleiamo i concetti trattati dall'autrice in questa definizione, non possiamo affermare con assoluta certezza che gli spazi di prestiti P2P rappresentino mercati elettronici chiusi, dato che, aperti o chiusi che siano, il loro obiettivo è quello di mettere in comunicazione imprenditori (e a volte di includere anche consumatori), consentendo l'invio e la ricezione di informazioni nel quadro dei rapporti commerciali o mercantili. Tuttavia, nonostante le differenze, mercati elettronici e contesti P2P L. conservano una lieve somiglianza, il che può portarci a comprendere il comportamento e l'ambito operativo degli operatori in quanto enti gestori dei relativi spazi di prestito.

La prima cosa che dobbiamo puntualizzare è che nessuno spazio P2P L. può essere mai uno spazio elettronico aperto, dato che la caratteristica di questi crediti è che i privati possano accedere a canali di finanziamento in condizioni di sicurezza simili a quelle dei sistemi intermediati da cui pretendono distinguersi¹². Una piattaforma di prestiti P2P non è da intendersi come un ambito accessibile a qualsiasi utente, qualunque sia la sua solvenza finanziaria, dato che tra le prime operazioni degli operatori c'è quella di attribuire un grado di rischio ai prestatori e determinare chi abbia accesso al servizio e risulti adatto alle operazioni di finanziamento. Quanto detto in precedenza non impedisce che ciascuno operatore possa gestire il proprio spazio di prestiti P2P. L'accesso di un utente specificato dall'operatore dipende esclusivamente dal permesso di accesso che quest'ultimo concede in qualità di amministratore. Possiamo affermare che tra prestatario e operatore, e tra prestatore e operatore, esiste un rapporto contrattuale basato sul contratto di accesso o permesso di accesso soggetto a regimi di responsabilità contrattuale diretta o indiretta, a seconda dei casi.

¹¹ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-marketplaces)*, Prólogo de Rafael Illescas, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 66.

¹² La differenza tra un mercato elettronico aperto e uno chiuso non risiede necessariamente nella libertà d'accesso al mercato, ma piuttosto nella flessibilità dei requisiti d'accesso. La tendenza a mettere in relazione i contesti chiusi con i rapporti commerciali tra imprenditori e i contesti aperti con i rapporti con i consumatori non impedisce che questi ultimi possano operare in contesti chiusi, succede nelle aste. In ogni caso, la facilità d'accesso a uno spazio aperto è caratterizzata dall'insicurezza, dall'incertezza e dalla mancanza di controllo sui partecipanti. L'accesso a un contesto chiuso richiede l'adesione dei partecipanti a una serie di norme di funzionamento tra essi e il sistema stesso. (T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, cit. pg. 42 y ss.)

Quali obblighi possono scaturire da questo contratto di accesso e dalle conseguenti operazioni? Gli articoli 13 e i successivi LSSICE (articoli 13 e successivi del DL n.70) sul regime di responsabilità dei fornitori di servizi contengono una formula di esonero da responsabilità per fatti estranei ai fornitori medesimi¹³.

Nonostante le differenze rispetto alle operazioni degli enti gestori di mercati elettronici e degli operatori di P2P L., potremmo dedurre che lo stesso regime (ovviamente, considerato in un'altra prospettiva) di non concorrenza della responsabilità contrattuale per atti estranei dovrebbe operare negli spazi oggetto di studio. Contempleremo dunque la possibilità che nasca una responsabilità (extra) contrattuale dell'operatore a beneficio di un *peer* colpito dalla cattiva condotta di un altro *peer*.

La presenza di un'impresa come gestore di uno spazio di crediti privati deve intendersi non solo come quella di un ente strumentale, ma come quella di un ente generatore di fiducia e garanzia. La richiesta di registrazione di un utente in una piattaforma sarà accettata o meno dal gestore della medesima dopo aver realizzato le opportune verifiche di identità e gestione del rischio di insolvenza. In questo modo, ciascuna piattaforma si configura come un mercato unico di prestiti P2P, al quale gli utenti accedono sulla base della fiducia generata nel mercato dei mercati di prestiti P2P, e nel proprio spazio.

Siamo coscienti dell'elasticità e dei rischi di disincentivazione che implica un sistema

¹³ Artículo 14.1 LSSICE.- "*Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.*"

Artículo 15 a) LSSICE.- "*Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si: a. No modifican la información.*"

Artículo 16.1.a) LSSICE. "*Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.*"

Art. 17.1.a) 1 LSSICE. "*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.*"

di responsabilità extracontrattuale basato sulla *culpa in eligendo* di fronte a un'eventuale inadempienza ai termini del prestito da una delle parti, ma siamo ancora più coscienti del fatto che l'assenza assoluta di responsabilità genera situazioni di insicurezza giuridica e di abuso di potere da parte delle imprese.

a) *Il contratto di accesso*

L'operatore che mette a disposizione la piattaforma fornisce il servizio sviluppato tramite la medesima. Quando un utente accede alla piattaforma, accetta un impegno con l'operatore basato sulle norme d'utilizzo previste dal suo *Clubland Yard*.

L'operatore, in quanto ente gestore, dispone di un'ampia offerta di servizi, come ad esempio - a titolo esemplificativo - l'accesso a uno spazio per la stipulazione di contratti di prestito, il diritto d'uso di un *software* di ricerca, l'interazione, la partecipazione e la realizzazione di operazioni di finanziamento con altri utenti, il controllo dell'accesso e del funzionamento, la verifica delle informazioni e, di conseguenza, la generazione di fiducia nel mercato.

Considerare il contratto di accesso come un contratto di fornitura di servizi e non come un altro di diversa natura giuridica, come ad esempio di offerta o noleggio di servizi, risiede nella natura speciale dei servizi forniti dall'operatore, che non possono avere, in alcuna circostanza, un carattere accessorio o strumentale¹⁴.

Un mercato più equilibrato offre, per così dire, come valore aggiunto, non solo benefici economicamente apprezzabili per gli utenti, ma anche una semplificazione dei processi e una trasparenza di gestione. In effetti, maggiore è la concorrenza in un mercato, minori sono i rischi sistemici. L'intermediazione finanziaria tradizionale è caratterizzata da

¹⁴ In questo senso, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, cit., "*El acceso es fundamental, pero no es suficiente para construir el entorno autorregulado de confianza que significa un MEC. También las primeras hay servicios adicionales - sui rapporti contrattuali nel settore delle telecomunicazioni e delle nuove tecnologie - (mantenimiento de los equipos telefónicos, actualización de los datos, servicios de valor añadido) pero precisamente siendo en aquellas meramente auxiliares, en el contrato de acceso son ciertamente esenciales.*", 467.

una certa opacità e da una certa complessità operativa. Questo non succede con gli operatori di P2P L., dalle cui pagine web possiamo scaricare dati sulle operazioni che realizzano¹⁵. Ciò consente agli utenti di trattare informazioni veridiche e sufficienti, con le quali elaborare la propria strategia di prestito: i prestatori possono monitorare il corso delle operazioni ed elaborare un *portfolio* sempre più sicuro e conforme alle loro necessità, mentre i prestatori conosceranno la situazione di mercato e realizzeranno offerte con maggiori probabilità di successo.

b) *La piattaforma*

La piattaforma è il *software* o programma informatico tramite il quale l'operatore interagisce con il traffico. Gli utenti di Internet che vogliono accedere al mercato di prestiti *peer-to-peer* devono registrarsi su una piattaforma di P2P L. tramite il contratto d'accesso. Tramite questo contratto, si impegnano ad adempiere alle norme che l'operatore ha previsto per la piattaforma. Ogni piattaforma si converte così in uno spazio unico di crediti (*Clubland Yard*).

1.2 *Elementi soggettivi*

I soggetti che intervengono nelle operazioni costituiscono probabilmente la parte più importante di qualsiasi operazione legale, dato che rappresentano coloro che renderanno possibili le azioni che portano alla realizzazione dell'atto, acquisiranno diritti e obblighi derivati da tale atto e offriranno un sostegno reale a una serie di elementi che esistono solo sul piano giuridico astratto.

¹⁵ LendingClub dà un buon esempio della trasparenza nell'ambito P2P L. Senza perdere di vista il rispetto della politica sulla privacy, a partire dai dati forniti e concessi dagli utenti abbiamo accesso a tre archivi diversi. Uno, sulle informazioni generali delle operazioni di prestito in corso, classificate secondo lo stato in cui si trovano. Un altro, su quei prestiti che si trovano in corso di finanziamento. E il terzo sui prestiti rifiutati, che rappresenta per i prestatori una guida sulle operazioni e sugli utenti da evitare in futuro perché dimostratisi insolventi, come ad esempio l'obbligazione di ritorno del prestatario. Cfr. <https://www.lendingclub.com/info/download-data.action>.

In primo luogo, abbiamo l'operatore di prestiti P2P¹⁶. L'operatore è al tempo stesso il titolare della piattaforma.

Utilizzando la terminologia dei contratti di prestito, ci riferiamo ai potenziali utenti delle piattaforme rispettivamente come prestatori e prestatari¹⁷. Il prestatore sarà così quella persona che accede alla piattaforma come futuro investitore o finanziatore di un altro utente, a favore del quale realizzerà un trasferimento di fondi che l'utente finanziato, in qualità di prestatario, dovrà restituire completamente, interessi pattuiti a parte.

1.3 *Elemento territoriale*

Il P2P L. presenta inoltre un aspetto aggiuntivo di localizzazione territoriale. Se consideriamo la LSSICE, troviamo, negli articoli 2, 3 e 4, i criteri di assoggettamento dei prestatori di servizi a questa Legge nel caso in cui la loro attività si trovi in Spagna o in qualche Stato Membro dell'Unione Europea. L'articolo 2 fa riferimento a tre presupposti distinti. Il primo considera che lo stabilimento della sede in Spagna è determinato dal fatto che la sede legale del fornitore si trovi sul territorio spagnolo, e che coincida con il luogo in cui effettivamente viene concentrata la gestione amministrativa e la direzione degli affari. Il secondo stabilisce una localizzazione presunta del fornitore in Spagna qualora, essendo questi domiciliato in un altro stato, abbia una sede permanente nel territorio nazionale e

¹⁶ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, cit., L'autrice rimarca come la LSSICE utilizzi il termine "servizi della società dell'informazione" in un senso ampio e poco preciso rispetto all'ambito di applicazione obiettivo della normativa sul commercio elettronico. La confusione viene evidenziata da una massiccia relegazione del consumatore a rapporti elettronici in un contesto aperto e al rapporto intrattenuto con gli imprenditori (rapporti B2C), per cui i termini "servizi della società dell'informazione" e "fornitori di servizi" si utilizzano nell'ambito del consumo, mentre l'uso del termine "commercio elettronico" è relegato ai rapporti tra imprenditori (B2B -*Business to Business*-) e denota la commerciabilità delle operazioni. Sebbene non ci troviamo nell'ambito del Diritto del consumatore né del Diritto commerciale, a partire da adesso utilizzeremo, dato che sono più identificative dal punto di vista socioeconomico, le espressioni per le operazioni commerciali B2C nell'ambito del P2P L., ma ricordiamo e annotiamo l'imprecisione dei termini.

¹⁷ Sebbene, man mano che avizzeremo, osserveremo come l'atto giuridico del prestito può non essere il più adeguato per il P2P L., utilizzeremo i concetti di prestatore e prestatario per distinguere in modo agile e visivo da quale parte del rapporto obbligatorio ci troviamo, senza pregiudicare la possibilità che, al momento opportuno, utilizzeremo altre denominazioni previamente e sufficientemente giustificate ai fini di una migliore comprensione.

disponga in essa di impianti stabili in cui realizza tutta la propria attività o parte d'essa. E l'ultimo, fa dipendere il domicilio in Spagna dalla Registrazione nello Stato spagnolo del fornitore o di una delle sue succursali¹⁸. Considerati questi presupposti, e l'articolo 26 della Legge applicabile della stessa LSSICE, il quale rimanda alle disposizioni degli articoli 2 e 3 per una migliore interpretazione delle corrispondenti norme del Diritto internazionale privato, la scelta del foro per la tutela dei diritti degli utenti non implica alcun problema se si tiene conto dell'opzione per cui il sistema di prestiti P2P si sviluppa a livello locale e non europeo, con operatori e utenti nazionali.

Qualora il P2P L. si trovasse sottoposto a una regolamentazione sovranazionale, ci troveremmo di fronte ai presupposti contemplati dagli articoli 3 e 4, per i fornitori di servizi definiti in uno Stato dell'Unione Europea o dello Spazio Economico Europeo, e per i fornitori di servizi con sede fuori dall'Unione Europea o dallo Spazio Economico Europeo.

L'articolo 3 stabilisce che la LSSICE sarà applicabile a operatori con sede nell'UE o nello Spazio Economico Europeo, se il destinatario dei servizi ha base in Spagna e i servizi riguardano i seguenti aspetti: a) Diritti di proprietà intellettuale o industriale. b) Diffusione di pubblicità da parte di enti di investimento collettivo. c) Attività assicurative dirette realizzate in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi. d) Obblighi sorti dai contratti stipulati da persone fisiche in condizione di consumatori. e) Regime di scelta, da parte delle parti del contratto, della legislazione applicabile al contratto medesimo. f) Liceità delle comunicazioni commerciali tramite posta elettronica o altro mezzo di comunicazione

¹⁸ La definizione del concetto di sede ha sempre rappresentato un'operazione complessa in qualsiasi ambito del Diritto (commerciale, finanziario e tributario, internazionale privato) e ha finito per risolversi, come tante altre questioni, tramite la dottrina giuridica. Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, e in generale in tutta quella materia che negli ultimi anni ha trovato origine nell'ambito comunitario, la produzione giuridica nazionale resta in secondo piano rispetto a quella comunitaria, e tende a garantire un'interpretazione e un'applicazione omogenee delle norme originate in seno all'Unione Europea. Si intende, generalmente, che la sede sia fissata nel luogo in cui il fornitore di servizi realizza un'attività economica in una sede fissa per un periodo indeterminato. Tenendo conto di questa premessa, è complicato ritenere che il legislatore spagnolo (europeo, nel caso) non abbia rispettato il concetto di sede affermando che *“la utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador.”*

elettronica equivalente non richieste.

Ebbene, questa disposizione di applicazione della Legge *ratione materiae* - in cui il P2P L. non sembra rientrare - stabilisce soltanto che alla fornitura dei servizi si applichi la LSSICE, non che la Legge spagnola possa applicarsi ai contratti stipulati tra un destinatario spagnolo e un fornitore di servizi stabilito nell'UE o nello Spazio Economico Europeo, e quindi non consente affatto di chiarire se il P2P L. possa avere normativi per l'Europa.

L'articolo 4 risolve la questione in modo simile qualora il fornitore offra i suoi servizi sul territorio spagnolo e non contravvenga a quanto stabilito nei trattati o negli accordi internazionali applicabili.

Come abbiamo visto fin qui, la LSSICE, trasposizione di una norma comunitaria e pertanto, diritto sovranazionale per qualsiasi Stato Membro, risponde in modo complesso a questioni che dovrebbero risultare semplici: chi sono i partecipanti, dove si trovano e in quale tipo di atto giuridico sono coinvolti. Questa non è l'unica Legge in apparenza applicabile, ma è certo la Legge che presenta meno vuoti legali, o per meglio dire: è l'unica Legge che, pur presentando tanti vuoti legali, permette di riempirli facilmente con l'adeguamento della norma al fatto, e non viceversa. Fatta salva la possibilità di ulteriori approfondimenti tramite lo studio dettagliato di altre norme applicabili, quanto esposto qui vale come prova evidente della necessità che il P2P L. abbia uno sviluppo legale all'altezza del suo potenziale economico.

Madrid, settembre 2014.