

# La nozione antitrust di impresa ai tempi della sharing economy

Mariateresa Maggiolino

## 1. Introduzione

Sebbene non sia semplice individuare i contorni fattuali e i tratti salienti della c.d. “sharing economy”, vero è che, solo quindici anni fa, essa fu salutata come una alternativa alla società della proprietà privata, del profitto e degli sprechi.<sup>1</sup> Coloro che credevano in questa narrazione sostenevano che sulle piattaforme digitali, a chiunque rese accessibili tramite computer o altri strumenti palmari ben più economici,<sup>2</sup> gli individui avrebbero scoperto l’opportunità di ripensare il proprio rapporto con le cose, possedute e consumate, e con le competenze, domandate e offerte, principalmente perché avrebbero potuto condividerle, prestarle e financo regalarle sulla base di rapporti puntuali e flessibili. Di più, tali individui si sarebbero liberati dall’anonimato al quale la società di massa li aveva costretti per riscoprire l’importanza delle relazioni interpersonali<sup>3</sup> e farsi così promotori di un modo nuovo di interpretare i rapporti economici.<sup>4</sup> E tutto ciò – si sottolineava – grazie alla rete Internet e a una congerie di tecnologie digitali che dimostravano come il progresso tecnico fosse capace non solo di scompaginare i modelli di produzione e distribuzione delle risorse,<sup>5</sup> ma anche di indurre a ripensare alcune categorie giuridiche – prima tra tutte, quella della proprietà<sup>6</sup> – usualmente impiegate per analizzare i fenomeni e disciplinare gli interessi.

Ed effettivamente, complice la crisi economica, questa economia basata sulla condivisione ha raggiunto una discreta diffusione,<sup>7</sup> per un verso, creando occasioni di consumo più economiche e

---

<sup>1</sup> Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, 114 *Yale Law Journal* 273 (2004); Malthe Munkøe, *Regulating the European Sharing economy: State of Play and Challenges*, 52 *Intereconomics* 38 (2017) e Vassilis Hatzopoulos, Sofia Roma, *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law*, 54 *Common Market Law Review* 81 (2017).

<sup>2</sup> **Dati sulla connessione mobile, soprattutto nei paesi in via di sviluppo.** Cfr., inoltre, [https://www.theregister.co.uk/2017/08/03/itu\\_facts\\_and\\_figures\\_2017/](https://www.theregister.co.uk/2017/08/03/itu_facts_and_figures_2017/); <https://opensignal.com/reports/2016/08/global-state-of-the-mobile-network> e <https://www.telegraph.co.uk/travel/lists/the-last-places-on-earth-with-no-internet/>

<sup>3</sup> Infatti, molte piattaforme consentono agli utenti di creare i propri profili e dialogare con altri utenti. Questa funzione integrata di *social networking* funziona anche per alimentare un sistema di reputazione costituito da strumenti di revisione e valutazione – un sistema di reputazione che, a sua volta, serve a controbilanciare i rischi che gli utenti corrono contraendo con estranei al posto di grandi imprese ben consolidate.

<sup>4</sup> Bronwen Morgan, Declan Kuch, *Radical Transactionalism: Legal Consciousness, Diverse Economies, and the Sharing economy*, 42 *Journal of Law and Society* 556 (2015); Janelle Orsi, *Practicing Law In The Sharing economy: Helping People Build Cooperatives, Social Enterprise, And Local Sustainable Economies*, ABA (2012).

<sup>5</sup> **Dibattito tra gli storici dell’economia sul ruolo delle tecnologie nella determinazione dei cambiamenti economici.** Cfr. Inoltre, <http://www.economicdiscussion.net/articles/role-of-technology-in-economic-development/4455>; <http://www.insideindianabusiness.com/story/35126393/the-impact-of-technology-on-economic-development-policy>; [https://ac.els-cdn.com/S1877042815036538/1-s2.0-S1877042815036538-main.pdf?\\_tid=4d050f47-4df5-4713-aa6c-8366185dec82&acdnat=1548506231\\_23c52a163c9dc3dd2ded2e48a27f6910](https://ac.els-cdn.com/S1877042815036538/1-s2.0-S1877042815036538-main.pdf?_tid=4d050f47-4df5-4713-aa6c-8366185dec82&acdnat=1548506231_23c52a163c9dc3dd2ded2e48a27f6910). In aggiunta, già Richard E. Ball, *The Impact of Technology on Economic Growth*, 16 *American Journal of Economics and Sociology* 281 (1957); Colin Norman, *Rethinking Technology's Role in Economic Change: Ambitious effort to evaluate the role of technology in the U.S. economic future indicates need for regulatory reform, shifts in business practice, and emphasis on education*, 240 *Science* 977 (1988).

<sup>6</sup> **Letteratura – anche italiana, cfr. ad esempio Quarta – sui beni comuni.** Inoltre, Daniela di Sabato, Andrea Lepore, *Sharing economy. Profili giuridici*, Napoli (2018) per un approfondimento anche sui modelli contrattuali della.

<sup>7</sup> **Cfr. dati Commissione Europea.** Cfr., inoltre, [https://www.research.manchester.ac.uk/portal/files/53216867/Sharing\\_Economies\\_in\\_Times\\_of\\_Crisis.pdf](https://www.research.manchester.ac.uk/portal/files/53216867/Sharing_Economies_in_Times_of_Crisis.pdf);

efficienti, altrimenti precluse alle fasce meno abbienti della popolazione e, per altro verso, generando nuove e più flessibili opportunità d'impiego, con il risultato ultimo di permettere ad alcuni soggetti di essere attivi in situazioni in cui forme più tradizionali di occupazione non sarebbero state disponibili o adatte alle loro esigenze. In una battuta, quindi, la sharing economy ha ampliato il mercato, rispondendo ad un insieme di esigenze altrimenti insoddisfatte.<sup>8</sup>

Tuttavia, nel corso degli anni, la riportata *retorica della condivisione* e la indiscriminata esaltazione del *valore innovativo della tecnologia*<sup>9</sup> – quasi che esso fosse l'unico bene degno di considerazione e tutela giuridica – hanno ceduto il passo a un dubbio: che questa lettura della sharing economy servisse – più o meno consapevolmente – a mascherare<sup>10</sup> gli ingenti profitti maturati dalla suddette piattaforme grazie ad *antiche forme di sfruttamento del lavoro* perpetrate a nocimento di soggetti poco qualificati,<sup>11</sup> nonché a *plateali casi di concorrenza sleale* prodottisi a danno degli operatori analogici.<sup>12</sup> Più nel dettaglio, da un lato, molti giuslavoristi – i quali, non a caso, preferiscono impiegare la meno equivoca espressione di “gig economy”<sup>13</sup> – osservano come le piattaforme digitali realizzino una forma di disintermediazione del lavoro socialmente pericolosa per due ordini di motivi:<sup>14</sup> in primo luogo, perché capace di trasferire dalle imprese ai lavoratori il rischio associato

---

<https://www.alphagamma.eu/entrepreneurship/sharing-economy-cure-economic-crisis> e Mario A. Maggioni, *The Sharing economy* (2017).

<sup>8</sup> Cfr. FTC, *The "Sharing" Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators: A Federal Trade Commission Staff Report* (2016), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200\\_ftc\\_accessed](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_accessed).

<sup>9</sup> Cfr. Niamh Dunne, *Competition Law (and its Limits) in the Sharing economy*, in Nestor Davidson, Michèle Finck and John Infranca (eds.), *Cambridge Handbook on Law and Regulation of the Sharing Economy* (Cambridge University Press 2018).

<sup>10</sup> Giana M. Eckhardt, Fleura Bardhi, *The Sharing economy Isn't About Sharing at All*, *Harv. Bus. Rev.* (Jan. 28, 2015), <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>; Vanessa Katz, *Regulating the Sharing economy*, 30 *Berkeley Technology Law Journal* 1067 (2015) e Peterson Nnajifor, *The new sharing economy: Creation of a new serfdom?* 16 *Perspectives on Global Development and Technology* 297 (2017), il quale, già nell'abstract del suo paper, scrive «[h]ailed as the embodiment of a non-capitalist and more ethical economic system, the new sharing economy appears to be far from the ideal economic dispensation and revolution it is supposed to usher in. It rather seems to be the beginning of a ruthless capitalist system of global transfer of capital and power from workers to rich investors. Applying the most recent literature and original research, this article delves into the underlying tenets of the sharing economy as a system, and highlights its shortcomings and ramifications that are leading to the creation of modern serfs and dangerous capitalist behemoths and ideologies».

<sup>11</sup> Matthew W. Finkin, *Beclouded Work, Beclouded Worker in Historical Perspective*, 37 *Labor Law & Policy Journal* 603 (2016), il quale evidenzia il parallelismo con le forme più arcaiche di capitalismo.

<sup>12</sup> Cfr. Stefania Serafini, *La concorrenza sleale per violazione della normativa pubblicitaria del trasporto urbano non di linea: il caso Uber*, 3 *Corr. Giur.* 356 (2016) dove ampi riferimenti alla dottrina che discute delle condizioni verificate le quali la violazione di norme pubblicitarie costituisce un atto di concorrenza sleale. Inoltre, si veda Annalisa Pistilli, *Caso Uber: la concorrenza richiede la sussistenza di una "comunanza di clientela" – il commento*; 1 *Dir. Industriale*, 16 (2018).

<sup>13</sup> Cfr. Dagmar Schiek, Andrea Gideon, *Outsmarting the gig-economy through collective bargaining – EU competition law as a barrier?*, 32 *International Review of Law, Computers And Technology* 275 (2018), i quali infatti scrivono «[w]e use the term “gig-economy” in line with the recently agreed ILO report on non-standard work instead of terms such as ‘sharing economy’ and ‘collaborative economy’, which may suggest a solidarity-based operation of business per se». Cfr. anche ILO, *Non-standard employment around the world. Understanding challenges, changing the prospects* (2016); Austin Zwick, *Welcome to the Gig economy: neoliberal industrial relations and the case of Uber*, 83 *GeoJournal* 679 (2018); Martin Kenney, John Zysman, *The Rise of the Platform Economy*, 32 *Issues in Science and Technology* 62 (2016) e, più recentemente, Id, *The next phase in the digital revolution: intelligent tools, platforms, growth, employment*, 61 *Communications of the ACM* 54 (2018).

<sup>14</sup> Julia Tomassetti, *Does Uber redefine the firm? The postindustrial corporation and advanced information technology*, 34 *Hofstra Labour & Employment Law Journal* 1 (2016); nonché Sanjukta M. Paul, *Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price-Fixing Paradox and Its Implications*, 38 *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* 233 (2017), 242, il quale osserva che «the performance of services in the contemporary economy shifts from firms operating on an employment model to (various) organizational forms that do not involve the employment relationship».

alle fluttuazioni della domanda;<sup>15</sup> in secondo luogo, perché finalizzata a ridurre o financo eliminare le responsabilità imposte alle imprese dal diritto del lavoro e dalla contrattazione collettiva.<sup>16</sup> Dall'altro lato, gli studiosi della regolazione e dei mercati evidenziano come il principale vantaggio competitivo della sharing economy derivi non già da una sua maggiore efficienza, ma dall'elusione da parte delle piattaforme medesime delle tante regole che vincolano invece l'operato degli agenti economici analogici: si pensi, ad esempio, alle disposizioni in tema di tariffe calmierate e alle norme in materia di sicurezza che disciplinano l'ingresso e la prestazione dei servizi in alcuni mercati,<sup>17</sup> come quello del trasporto privato delle persone o quello dell'offerta di servizi alberghieri.<sup>18</sup>

Ora, a fronte di questo dibattito, nel presente scritto ci si propone di considerare due questioni. Dapprima, si intende esaminare se e a quali condizioni coloro che offrono servizi tramite le piattaforme della sharing economy – i c.d. “service providers”,<sup>19</sup> come gli autisti di Uber o gli idraulici di TaskRabbit – possano considerarsi imprese ai sensi degli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché degli artt. 2-4 della l. 287/90.<sup>20</sup> Qualora infatti tali individui fossero esclusi dalla categoria delle imprese non poche pratiche, tra cui la formazione di associazioni sindacali capaci di meglio tutelare i loro interessi, sarebbero escluse dall'ambito di applicazione del diritto antitrust e, segnatamente, dell'art. 101. In altri termini, da questa valutazione “tecnica” sull'applicabilità della nozione di impresa ai service providers potrebbe discendere una loro

---

<sup>15</sup> Sandra Fredman, *Labour law in flux: the changing composition of the workforce*, 26 *Industrial Law Journal* 337 (1997); Kate Purcell, *Changing Boundaries in Employment and Organizations* (2000); Rob Euwals, Maurice Hogerbrugge, *Explaining the Growth of Part-time Employment: Factors of Supply and Demand*, 20 *Labour* 533 (2006); Werner Eichhorst et al., *How Big is the Gig? Assessing the Preliminary Evidence on the Effects of Digitalization on the Labor Market*, IZA Policy Paper, No. 117 (2016); e Karolien Lenaerts et al., *Government Responses to the Platform Economy: Where do we stand?*, CEPS Policy Insights, No. 30 (2017).

<sup>16</sup> Antonio Aloisi, *Non-standard workers and collective bargaining Legal challenges, practical difficulties and successful responses*, 6, dove l'autore spiega come le piattaforme abbiano determinato «a form of extreme outsourcing that could lead to further acceleration of the race to the bottom and ultimately to further erosion of workers' rights and benefits». Sul punto anche Mirian A. Cherry, *Virtual work and invisible labor*, in Crain M., Poster W. and Cherry M. (Eds.), *Invisible Labor: Hidden Work in the Contemporary World*, Oakland, CA (2016), 71-86; Catherine Ruckelshaus et al., *Who's the boss: Restoring accountability for labor standards in outsourced work*, National Employment Law Project Report (2014), <https://goo.gl/TrJwEr>.

<sup>17</sup> Alcuni chiamano questo fenomeno “disruptive regulation”. Cfr. Scott Anthony, *Disruptive innovation: What's Holding Uber Back*, *Harvard Business Review* (2014), <https://hbr.org/2014/06/whats-holding-uber-back>; Daniel E. Rauch, David Schleicher, *Like Uber, but for Local Government Policy: The Future of Local Regulation of the “Sharing economy”*, (2015), GMU Law & Economics Research Paper Series No 15-01, [https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working\\_papers/1501.pdf](https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1501.pdf); Sofia Ranchordas, *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing economy*, (2014) Tilburg Law School Research Paper Series No 06/2015, <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1356&context=mjlst>; *The Brookings Institution Holds A Discussion On American Infrastructure*, Political Transcript Wire, May 19, 2014.

<sup>18</sup> John Horton; Richard J. Zeckhauser, *Owning, Using and Renting: Some Simple Economics of the “Sharing economy”*, NBER Working Paper Series, (Feb 2016) 2; Sofia Ranchordas, *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing economy*, 16 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 413 (2015).

<sup>19</sup> Data una piattaforma, si possono infatti distinguere quattro serie di attori rilevanti: l'intermediario, ossia la piattaforma online, i fornitori di servizi (service providers), gli utenti dei servizi (users) e, allargando la prospettiva, gli operatori “tradizionali” che competono con e potrebbero essere rimpiazzati da nuovi fornitori. In questo senso, anche la Commissione Europea, *Agenda per l'economia collaborativa* (2015) 3.

<sup>20</sup> La normativa antitrust italiana non fornisce alcuna definizione di impresa. Di conseguenza, negli anni immediatamente successivi alla sua approvazione è sorto il dubbio se tale omissione dovesse intendersi come un rinvio alla definizione di imprenditore di cui all'art. 2082 del codice civile. Invero, si è presto affermata la tesi secondo cui la nozione di impresa propria del diritto antitrust nazionale dovesse essere mutuata dall'elaborazione giurisprudenziale europea, in linea con quando disposto dal quarto comma dell'art. 1 della l. 287/90. Cfr., sul punto, Marco Ricolfi, *Trattato di diritto commerciale – Vol. II: Il Diritto industriale*, Niccolò Abriani, Gastone Cottino, Marco Ricolfi (a cura di), (Cedam 2010), parte V, cap. II, 588.

potenziata capacità di rispondere ai rischi posti dalla disintermediazione digitale del lavoro e, quindi, un loro altrettanto rafforzato potere di rimediare alle situazioni di sfruttamento in cui versano.

In secondo luogo, la riflessione sui service providers pare utile per tornare a discutere della nozione di impresa propria del diritto antitrust e di come essa venga declinata in rapporto alle persone fisiche e specialmente a coloro che operano in condizioni di strutturale debolezza contrattuale, in questo senso rispondendo alla predetta esigenza di comprendere se e quanto i nuovi fenomeni (tecnologici, economici, e/o sociali) legati alla sharing economy debbano indurre a un ripensamento di categorie giuridiche apparentemente consolidate.

Diversamente, in queste pagine non si discuterà del mancato rispetto da parte delle piattaforme della sharing economy delle regole che governano il funzionamento di alcuni mercati, principalmente perché si ritiene che la soluzione di questo problema dovrebbe cercarsi nella disciplina della concorrenza sleale<sup>21</sup> e/o in una riformulazione delle suddette regole<sup>22</sup> e non già nel diritto antitrust.<sup>23</sup> All'atto pratico occorre infatti riconoscere come l'ingresso delle piattaforme della sharing economy nei singoli mercati regolamentati abbia prodotto effetti positivi sul benessere del consumatore,

---

<sup>21</sup> Per giurisprudenza costante, la violazione di norme pubblicistiche può costituire un atto di concorrenza sleale nella sola ipotesi in cui essa si concretizzi in una condotta direttamente incidente sul mercato e sull'attività dei concorrenti – cfr. Trib. Torino, Sez. spec. propr. industr. ed intell., Ordinanza, 13 giugno 2011. In altri termini, perché si possa configurare una violazione dell'art. 2598, n. 3, cod. civ., non basta provare l'avvenuta violazione di una norma di settore, ma occorre dimostrare che da questa violazione sia derivato un ingiusto svantaggio competitivo al concorrente che, invece, rispetta le normative di settore e ne sopporta i costi – cfr. Trib. Torino, [redacted], Ordinanza, 17 agosto 2011. Questo può ad esempio accadere quando la violazione delle norme pubblicistiche è essa stessa causa diretta della diminuzione dell'altrui avviamento – cfr. Cass. civ., Sez. I, 27 aprile 2004, n. 8012. Ma, come emerso proprio in occasione dei casi Uber, «la violazione di norme pubblicistiche può avere un effetto distorsivo sul mercato quando è proprio l'omesso rispetto della normativa vincolante di settore che consente al competitor di realizzare risparmi di costo, di semplificare in maniera sostanziale la propria attività organizzativa e di vigilanza e di proporsi sul mercato con prezzi più bassi» – Trib. Torino, Sez. spec. propr. industr. ed intell., Sentenza, 22 marzo 2017, 37, consultabile all'indirizzo [https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/06/20170322\\_RG20770-2015-1.pdf](https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/06/20170322_RG20770-2015-1.pdf). Il tribunale di primo grado ha cioè ritenuto che l'assenza di titoli autorizzativi e l'operatività degli autisti «al di fuori degli oneri imposti dal regime amministrativo dell'attività [regolamentata]» dessero luogo ad un reale vantaggio competitivo e concorressero, per questo, a definire un comportamento non allineato ai principi di correttezza professionale, oltre che idoneo a determinare uno sviamento della clientela – cfr. *Ibidem*, 20. Già in precedenza, la Corte di Cassazione (17 luglio 2008, n. 18720, in *Foro it.*, 2008, 3143 ss.) aveva ritenuto costituisca una condotta di concorrenza sleale lo svolgimento di una attività di impresa che, violando norme pubblicistiche, consentiva al concorrente sleale di sostenere costi di esercizio minori.

<sup>22</sup> Si consideri che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è intervenuta sia per promuovere una regolazione che non blocchi lo sviluppo di piattaforme come Uber – cfr. AS1222, *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea* –, sia per ottenere la rimozione di regolazioni anticoncorrenziali. Sotto quest'ultimo profilo, l'Autorità ha ad esempio impugnato davanti al Giudice amministrativo il regolamento della Regione Lazio che ostacolava l'attività di piattaforme come Airbnb – cfr. AS1239, *Nuova disciplina nel Lazio delle strutture ricettive extra alberghiere*. Il Giudice ha accolto le ragioni proposte dall'Autorità, annullando le previsioni restrittive del regolamento. Non sono, peraltro, mancati gli interventi di enforcement antitrust per rimuovere gli ostacoli allo sviluppo di nuove tecnologie per l'accesso e la fruizione di servizi tradizionali. È il caso della recentissima decisione con la quale è stata accertata la natura anticoncorrenziale delle clausole di non concorrenza contenute negli statuti e nei regolamenti dei principali operatori di RadioTaxi attivi a Roma e Milano che vincolavano i tassisti a destinare tutta la propria capacità operativa a un singolo radiotaxi. L'Autorità ha verificato l'idoneità di tali clausole a determinare un consistente e duraturo effetto di chiusura del mercato della raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi, ostacolando in tal modo l'accesso a nuovi operatori che adottano un diverso e innovativo modello di business, come la piattaforma Mytaxi, con rilevanti benefici sia per i consumatori sia per i tassisti. (**Esplodere**)

<sup>23</sup> Cfr. Damien Geradin, *Should Uber be Allowed to Compete in Europe? And if so How?* (18 June, 2015), <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Europe-Column-New-Format.pdf>.

aumentando l'offerta dei servizi disponibili, riducendo i prezzi di mercato,<sup>24</sup> e incentivando inoltre gli operatori tradizionali ad ammodernarsi.<sup>25</sup>

Complessivamente, dunque, questo lavoro assumerà una struttura per così dire “circolare”: dopo aver chiarito il perimetro delle piattaforme che, in questa sede, si considerano di “sharing economy” (paragrafo 2) e dopo aver dato brevemente conto della nozione di impresa propria del diritto antitrust (paragrafo 3), si discuterà di quali criteri dovrebbero essere soddisfatti affinché un *service provider* sia considerato impresa ai sensi degli artt. 101e 102 (paragrafo 4), per poi sottoporre a una seconda riflessione alcuni tratti della nozione di impresa propria del diritto antitrust (paragrafo 5). Così, lo scritto si concluderà (paragrafo 6) avanzando sinteticamente tre diversi ordini di osservazioni, certo meritevoli di ulteriori riflessioni e approfondimenti.

In primo luogo, si sosterrà che i criteri che il diritto della concorrenza è solito utilizzare per riconoscere se dei prestatori di servizi siano imprese nello specifico mercato in cui offrono quei servizi *bastano* a ben disciplinare il fenomeno della sharing economy. Pertanto, sotto questo profilo vi è spazio per affermare che lo sviluppo tecnologico non impone la modifica dei concetti e principi che tradizionalmente sono a disposizione di chi studia il diritto antitrust.

In secondo luogo, nelle prossime pagine si dirà di come il caso dei service providers della sharing economy offra l'occasione per riflettere sul ragionamento che la giurisprudenza europea suole sviluppare per sottrarre dall'ambito di applicazione dell'art. 101 gli accordi collettivi conclusi dai lavoratori. In particolare, si osserverà come questa esclusione possa essere giustificata senza arrivare negare, financo in teoria, l'esistenza giuridica del mercato del lavoro e senza transitare per le nozioni giuslavoristiche di “lavoratori dipendenti” e di “falsi autonomi”. Piuttosto, si riconoscerà che coloro che, ubbidendo alle altrui direttive, non sono imprese nei mercati dei servizi, non possono neanche essere imprese nel connesso, ma giuridicamente concepibile, mercato del lavoro, stante l'inscindibilità tra le due attività di “offerta di servizi” e di “offerta del lavoro”.

In terzo luogo, in questo lavoro si evidenzierà come l'esperienza della sharing economy abbia fatto deflagrare un problema complesso, tornando a far discutere della opportunità di applicare il diritto della concorrenza a dei soggetti, sì qualificabili come imprese perché capaci di scelte commerciali autonome e indipendenti, ma contrattualmente deboli e quindi bisognosi anche di quella forma di tutela che nasce dalla contrattazione collettiva. In particolare, si inizieranno a tratteggiare alcune delle risposte che gli interpreti e l'ordinamento potrebbero offrire – ed in effetti hanno offerto – per escludere dall'ambito di applicazione del diritto antitrust i soggetti che come, i lavoratori della sharing economy, sono imprese che versano in una condizione di strutturale debolezza contrattuale.

---

<sup>24</sup> Negli Stati Uniti questo è stato riconosciuto anche dalla Corte d'Appello del Terzo Circuito, in *Philadelphia Taxi Association, Inc. v. Uber Technologies, Inc.*, No. 17-1871 (3rd Cir. 2018). A fronte di alcune associazioni di tassisti che lamentavano, tra l'altro, come Uber fosse entrata illegalmente nel mercato, i giudici del terzo circuito hanno assai chiaramente affermato che «Uber's presence in the market created more competition for medallion taxicabs, not less, and thus Uber's so-called 'predation' – operating without medallions or certificates of public convenience – does not give rise to an antitrust injury». In questo senso anche *Ill. Transp. Trade Ass'n v. City of Chicago*, 839 F.3d 594, 596-597 (7th Cir. 2016) (Posner, J.), cert. denied sub nom. *Ill. Transp. Trade Ass'n v. City of Chicago, Ill.*, 137 S. Ct. 1829 (2017), dove si legge, a ricordare l'esaltazione della innovazione alla quale si faceva menzione sopra, «when new technologies, or new business methods, appear, a common result is the decline or even disappearance of the old. Were the old deemed to have a constitutional right to preclude the entry of the new into the markets of the old, economic progress might grind to a halt».

<sup>25</sup> L'avvento di Uber ha infatti stimolato gli operatori più tradizionali a rinnovarsi, adottando soluzioni più vicine alle esigenze dei consumatori. Recentemente, infatti, molte associazioni di tassisti hanno sviluppato le proprie piattaforme e applicazioni mobili. Cfr. <https://www.techworld.com/startups/alternatives-uber-best-alternative-ride-hailing-apps-3656813/>.

## 2. Le piattaforme della sharing economy [da ampliare]

La realtà delle piattaforme digitali è complessa e articolata,<sup>26</sup> principalmente perché non solo investe l'offerta di beni, servizi e lavoro,<sup>27</sup> ma anche perché accoglie diversi modelli di organizzazione: da quelli di pura condivisione (da *Wikipedia* alle piattaforme che garantiscono assistenza domiciliare), dove gli utenti mettono in comune competenze a fini di mutuo soccorso, senza intermediazione di denaro e in assenza di scopo di lucro, a quelli che consentono alle parti coinvolte di realizzare dei profitti;<sup>28</sup> e, tra questi ultimi, da quelli che prevedono che le piattaforme si limitino a facilitare transazioni altrimenti indipendenti, senza dunque incidere sulle condizioni contrattuali (come *Booking*, *Expedia*, o *eBay*) a quelli nei quali le piattaforme forniscono algoritmi per la determinazione del prezzo dei servizi offerti (come *Uber*).

A quest'ultimo riguardo – di evidente interesse per chi studia il diritto antitrust – a fianco del modello dell'asta (*eBay*), dove il bene viene venduto al migliore offerente e il venditore deve pagare alla piattaforma una commissione, si riscontrano casi, come *Airbnb* e *TaskRabbit*, nei quali coloro che mettono a disposizione i propri beni o servizi stabiliscono autonomamente un prezzo fisso per le loro offerte, gli acquirenti decidono quale offerta si adatta meglio alle loro esigenze e, in ultimo, la piattaforma ricava una percentuale della transazione.<sup>29</sup> Ancora, altre piattaforme fissano in modo uniforme il prezzo addebitato ai consumatori per il bene o il servizio offerto. *BlablaCar*, ad esempio, imposta una tariffa consigliata, che si basa sulla posizione, sulla distanza e sul numero di passeggeri, ma consente una regolazione verso l'alto e verso il basso all'interno di un determinato intervallo. *Uber* calcola il prezzo di ogni corsa tramite un algoritmo che si basa sulle fluttuazioni della domanda, laddove i suoi conducenti – i c.d. drivers – ricevono una percentuale di quel prezzo che non possono modificare.

---

<sup>26</sup> Guido Smorto, *Sharing economy e modelli organizzativi* (2015), <https://irisnetwork.it/wp-content/uploads/2015/06/colloquio15-smorto.pdf>.

<sup>27</sup> In tema di classificazioni, chi studia diritto del lavoro descrive le piattaforme come strumenti per la distribuzione, l'assegnazione, la valutazione e il pagamento del lavoro, per poi distinguere due modelli organizzativi principali: quello del lavoro su richiesta via applicazione, al quale siamo soliti associare gli esempi di *Uber* e *Deliveroo*, e quello del *crowdworking*, ben esemplificato da piattaforme come *Workhub* e *Clickworker*. Mentre il primo modello utilizza la tecnologia per abbinare gli utilizzatori delle piattaforme con persone che offrono il loro servizio (dal trasporto, alla cura degli animali) localmente e nel mondo reale, rispettando standard minimi di qualità del servizio, il secondo modello consente a un soggetto (datore di lavoro) di vedere realizzato un suo progetto da moltissimi contributori, ovunque collocati, che lavorano online a parti di quel progetto, senza alcuna necessità di incontri di persona. Cfr. Valerio De Stefano, *Casual Work beyond Casual Work in the EU: The Underground Casualisation of the European Workforce—And What to Do about it*, 7 *European Labour Law Journal* 421 (2016); Jeremias Prassl, *Collective Voice in the Platform Economy: Challenges, Opportunities, Solutions, Report to the ETUC* (2018), <https://goo.gl/n2yEMW>; Janine Berg, *Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers*, ILO Papers, 2016, <https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2016/490648.pdf>; Lilly C. Irani, M. Six Silberman, *Stories We Tell About Labor: Turkopticon and the Trouble with "Design"*, Proceedings of the 2016 CHI Conference on human factors in computing systems, (7 May 2016), 4573, <https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt8nm273g3/qt8nm273g3.pdf>; Vili Lehdonvirta et al., *The global platform economy: A new offshoring institution enabling emerging-economy microproviders*, 45 *Journal of Management* 567 (2018); Arun Sundararajan, *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism* (The MIT Press, 2016).

<sup>28</sup> Hyeonju Ryu, Mrityika Basu, Osamu Saito, *What and how are we sharing? A systematic review of the sharing paradigm and practices*, *Sustainability Science* 1 (2018).

<sup>29</sup> Percentuale che a volte è parte del prezzo finale mostrato all'acquirente e, altre volte, viene aggiunta al prezzo addebitato dal venditore alla fine della procedura di checkout. È poi vero che in *TaskRabbit*, l'algoritmo offerto dalla piattaforma interviene a calcolare il prezzo dei servizi richiesti e prestati nel corso della medesima giornata.

Ora, stante la natura quasi caleidoscopica del fenomeno, molte definizioni delle piattaforme della sharing economy, come quella coniata dalla Commissione Europea,<sup>30</sup> corrono il rischio di non essere adeguatamente inclusive e rappresentative. Nondimeno, resta vero che le piattaforme della sharing economy svolgono due funzioni principali. Primariamente, esse facilitano l'incontro tra due gruppi di individui che domandano e offrono lavoro, l'uso di un bene, come un immobile, o la prestazione di un servizio, come il trasporto di persone o la consegna a domicilio di cibo.<sup>31</sup> In aggiunta, tali piattaforme possono mettere a disposizione di entrambi i gruppi una serie di servizi, dall'organizzazione delle valutazioni che gli utenti fanno di quanto consumato, alla creazione di algoritmi che permettano ai prestatori di beni e servizi di calcolare il prezzo da praticare, alla predisposizione di procedure per l'accertamento degli standard di qualità. In tal modo, questa economia basata sulla condivisione riduce i costi di ricerca e transazione propri delle economie di mercato,<sup>32</sup> e limita la sotto-utilizzazione di beni durevoli, quali ad esempio immobili e automobili, consentendo di "affittare ai terzi" il loro eccesso di capacità.<sup>33</sup>

### 3. La nozione di impresa propria del diritto antitrust

La nozione di impresa propria del diritto antitrust, della quale – come è noto – non vi è traccia nel testo dei Trattati europei,<sup>34</sup> viene connotata come *funzionale*,<sup>35</sup> essenzialmente perché i suoi confini

---

<sup>30</sup> Cfr. CE, *European agenda for the collaborative economy*, COM(2016) 356 final, at 3, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881>, dove la Commissione ha definito le piattaforme della sharing economy come «business models where activities are facilitated by collaborative platforms that create an open marketplace for the temporary usage of goods or services often provided by private individuals». Sul punto, Caroline Cauffman, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?*, 6 *European Common Market Law Review* 235 (2016).

<sup>31</sup> Samuel P. Fraiberger, Arun Sundararajan, *Peer-to-Peer Rental Markets in the Sharing economy*, *NYU Stern School of Business Research Paper* 1, 2 (2015), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2574337](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2574337).

<sup>32</sup> David Stallibrass, John Fingleton, *Regulation, Innovation and Growth: Why Peer-to-Peer Businesses Should be Supported*, 7 *Journal of European Competition Law & Practice* 414 (2016); FTC, *The "Sharing economy". Issues Facing Platforms, Participants & Regulators*, An FTC Staff Report, November 2016, 21-23 ( ), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200\\_ftc\\_staff\\_report\\_on\\_the\\_sharing\\_economy.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf); Guy Lougher, Sammy Kalmanowicz, *EU Competition Law in the Sharing economy*, 7 *Journal of European Competition Law & Practice* 87 (2016); Roberta A. Kaplan, *Regulation and the Sharing economy*, 252 *New York Law Journal* 6 (2014).

<sup>33</sup> John Horton, Richard Zeckhauser, *Owning, Using and Renting: Some Simple Economics of the "Sharing economy"*, HKS Faculty Research Working Paper Series RWP16-007 (2016), 6; Rachel Botsman, Roo Rogers, *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption* (HarperBusiness, 2010); Molly Cohen, Corey Zehngebot, *What's Old Becomes New: Regulating the Sharing economy*, 58 *Boston Bar Journal* 6 (2014); Bryant Cannon, Hanna Chung, *A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies*, 31 *Santa Clara High Technology Law Journal* 23 (2015).

<sup>34</sup> Nessuna disposizione del Trattato contiene una definizione della nozione di impresa e gli stessi articoli 101 e 102, che pur formulano divieti che hanno come destinatari le sole imprese, postulano una definizione di questa espressione ma non provvedono a delinearla. "Non si tratta tuttavia di una lacuna normativa, perché qui può soccorrere uno dei canoni fondamentali di interpretazione del diritto comunitario, quello teleologico, e suggerire regole di trasformazione del linguaggio normativo in proposizioni precettive complete" – Ricolfi, *supra* nota 20, 588; Roberto Pardolesi, *Sub art. 2*, in Frignani *et al.*, 154. Anche Francesco Saja, *L'autorità garante per la concorrenza ed il mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, *Giur. Comm.* 455 (1991).

<sup>35</sup> Cfr. Giuseppe Guizzi, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti* (2010) 5-56; Federico Ghezzi, Gustavo Olivieri, *Diritto antitrust* (2013) 70; Ricolfi, *supra* nota 20, 588; e Giandonato Caggiano, *Il concetto di impresa*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Lorenzo Federico Pace (a cura di) (Jovene 2013) 47-48. Per l'uso in giurisprudenza dell'aggettivo "funzionale" si vedano le Conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), e al. c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes e al.*, ECLI:EU:C:2003:304, § 25, nonché le conclusioni dell'Avv. Gen. Maduro in Fenin, § 11.

vengono definiti a partire dall'obiettivo che le istituzioni dell'Unione Europea si prefiggono di perseguire applicando gli artt. 101 e 102 del TFUE. Più chiaramente, posto che la disciplina della concorrenza intende innanzitutto sanzionare le condotte idonee ad alterare il funzionamento del mercato, è impresa qualsiasi soggetto in grado di limitare l'output disponibile, incrementare il prezzo di mercato, ridurre la qualità e la varietà dell'offerta, e/o rallentare il tasso di innovazione. Così, se in sede codicistica dapprima si accerta, sulla scorta di indici desumibili dalla lettera dell'art. 2082, se un soggetto sia un imprenditore, per poi riferirgli una serie di diritti e obblighi, in sede antitrust si attua quello che la dottrina non ha stentato a definire un vero e proprio "rovesciamento logico":<sup>36</sup> dapprima, si rintracciano gli indizi di un'eventuale condotta anticompetitiva e, successivamente, se ne ricerca il responsabile per dunque qualificarlo come impresa. In altri termini, poiché diventa destinatario dei divieti antitrust qualsiasi soggetto capace di incidere sulle dinamiche di mercato,<sup>37</sup> lo scenario nel quale si producono questi effetti distorsivi diventa dirimente, laddove non serve che l'attenzione dell'interprete si appunti su quelli che in altri ambiti dell'ordinamento sono i tratti essenziali della nozione di impresa.<sup>38</sup> Il che, stante una giurisprudenza costante, non ha certo impedito di inferire negli anni i caratteri che una entità si trova ad avere per essere considerata impresa ai sensi degli artt. 101 e 102, ma ha altresì permesso alla medesima giurisprudenza importanti margini di libertà, influenzati anche – come si potrà verificare nel prosieguo – da valutazioni di politica del diritto.

Ma procediamo con ordine.

Il ragionamento che conduce a qualificare una entità come impresa inizia con il domandarsi se, nello scenario considerato, stia occorrendo un'attività economica,<sup>39</sup> ossia un'attività che, secondo una giurisprudenza consolidata, deve consistere nell'offerta di beni o servizi in un determinato mercato.<sup>40</sup> In altri termini, a fronte di una qualsiasi attività serve chiedersi se un agente economico razionale troverebbe conveniente svolgerla, ossia se quella attività possa essere offerta a condizioni di mercato.<sup>41</sup> Diversamente, ai fini di questa valutazione risultano irrilevanti altri parametri che siamo soliti associare alla nostra precomprensione del fenomeno "impresa" come l'organizzazione,<sup>42</sup> lo

---

<sup>36</sup> Alberto Mazzoni, *La nozione di impresa nel diritto antitrust*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di) (2010) 496.

<sup>37</sup> Per una critica a questa impostazione, cfr. AA.VV., *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, a cura di P. Verrucoli, p. 193 il quale scrive che la nozione comunitaria di impresa viene definita come strumento asservibile agli scopi specifici della normativa e non come un unico denominatore per realtà normative differenziate. In tal senso anche Gianvito Giannelli, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust* (2000) 147.

<sup>38</sup> Chiaramente sul punto Luciano di Via, *Antitrust e diritti sociali* (2004) 184-186.

<sup>39</sup> La clausola che quasi sempre ricorre nelle sentenze della Corte di Giustizia recita «[n]ell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, cioè che offra beni o servizi su un determinato mercato». Cfr. C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, 1991, § 21. Nello stesso senso, C-159/91 e C-160/91, *Poucet – Pistre*, 1993, § 17; C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances e altri*, 1995, § 14; C-55/96, *Job Centre II*, 1997, § 21; C-180/98, *Pavel Pavlov*, 2000, § 74; C-309/99, *Wouters*, 2002, § 46; C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e altri*, 2004, § 46;

<sup>40</sup> Anche rispetto a questo profilo esiste una clausola ricorrente che recita che sono «attività economiche di natura industriale o commerciale [quelle] che consistono nell'offrire beni e servizi sul mercato». Cfr. causa 118/85, *Commissione/Italia*, 1987, § 7; C-35/96, *Commissione/Italia*, 1998, § 36; C-180/98, *Pavel Pavlov e altri contro Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, 2000, § 75; C-309/99, *J.C.J. Wouters e altri contro. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, 2002, § 47; C-475/99, *Ambulanz Glöckner contro Landkreis Südwestpfalz*, 2001, § 19; e C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contro Istituto nazionale per l'assicurazione*, 2002, § 22.

<sup>41</sup> In tal senso, paiono significative le parole dell'Avv. Gen. Maduro nelle Conclusioni al caso FENIN, C-205/03, § 13, dove si legge «[q]uel che rileva non è il semplice fatto che l'attività possa essere, teoricamente, esercitata da operatori privati, bensì il fatto che l'attività venga svolta in condizioni di mercato. Tali condizioni sono caratterizzate da un comportamento finalizzato ad un obiettivo di capitalizzazione, in contrapposizione al principio di solidarietà. Ciò consente di stabilire se esista o meno un mercato, anche quando le disposizioni di legge in vigore ostacolano l'emergere di una concorrenza effettiva su tale mercato».

<sup>42</sup> Mario Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea* (2014), 70-71.



scopo di lucro,<sup>43</sup> lo stato giuridico e le modalità di finanziamento dell'entità sotto esame,<sup>44</sup> la natura fisica o giuridica della persona considerata, o ancora il carattere personale dell'attività svolta.

Così, la Commissione Europea e la Corte di Giustizia non hanno stentato a qualificare come imprese il servizio postale spagnolo,<sup>45</sup> gli uffici di collocamento tedeschi,<sup>46</sup> le società di calcio e le loro associazioni;<sup>47</sup> la croce rossa tedesca,<sup>48</sup> degli inventori che percepivano royalties,<sup>49</sup> gli artisti esecutori che concedevano, anche occasionalmente, il diritto di riproduzione a fronte di un corrispettivo,<sup>50</sup> un lavoratore dipendente ormai cessato perché la sua esclusione dal mercato avrebbe potuto compromettere il potenziale gioco concorrenziale tra l'ex-dipendente e l'ex-datore di lavoro,<sup>51</sup> nonché i doganieri<sup>52</sup> o i liberi professionisti,<sup>53</sup> come gli avvocati,<sup>54</sup> i revisori contabili,<sup>55</sup> i geologi.<sup>56</sup> E ciò perché, proprio in ragione dell'interpretazione funzionale di cui si diceva sopra, ciascuno di questi soggetti potrebbe eliminare, restringere o distorcere la concorrenza nell'esercizio delle proprie attività economiche e, quindi, incidere negativamente sul funzionamento del mercato.<sup>57</sup>

Invece, sempre sulla scorta della medesima giurisprudenza comunitaria, non si ritengono capaci di alternare il funzionamento del mercato i soggetti che svolgono la propria attività secondo il principio

---

<sup>43</sup> Causa C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contro Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2008:376, § 27, dove si legge «[i]n merito all'incidenza che su[lla] qualificazione [come impresa] può avere il fatto che l'ELPA non persegue scopi di lucro, occorre rilevare che [...] la Corte ha precisato che la circostanza che l'offerta di beni e servizi sia fatta senza scopo di lucro non osta a che l'ente che effettua tali operazioni sul mercato vada considerato come un'impresa, poiché tale offerta si pone in concorrenza con quella di altri operatori che perseguono uno scopo di lucro». In tal senso anche C-209/78, *Heintz van Landewyck SARL e altri contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1978:194, § 88; C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contro Cassa di Risparmio di Firenze e altri*, ECLI:EU:C:2006:8, §§ 122-123.

<sup>44</sup> C-229/96 e C-74/97, *Francisco Hernández Vidal SA contro Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL (C-127/96)*, *Friedrich Santner v Hoechst AG (C-229/96)*, and *Mercedes Gómez Montaña v Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)*, ECLI:EU:C:1998:594, §§ 26 e 27; C-175/99, *Didier Mayeur contro Association Promotion de l'information messine (APIM)*, ECLI:EU:C:2000:505, § 32; C-458/05, *Mohamed Jouini e altri contro Princess Personal Service GmbH (PPS)*, ECLI: EU:C:2007:512, § 31.

<sup>45</sup> L233/19.

<sup>46</sup> C-41/90, § 22.

<sup>47</sup> T-193/02, §§ 69-72.

<sup>48</sup> C-475/99, §§ 19-22.

<sup>49</sup> L 6/76.

<sup>50</sup> L 157/78.

<sup>51</sup> C-22/98. Sul punto diffusamente Ricolfi, *supra* note 20, 590-596.

<sup>52</sup> C-35/96; C-513/93.

<sup>53</sup> Oltre alla giurisprudenza citata da nota \_\_\_ a nota \_\_\_, cfr. Comunicazione della Commissione 9 febbraio 2004, COM(2004) 83. Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali; AS963 Parere ex art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in merito al documento di consultazione —I contratti di rete nell'ambito delle procedure di garal, reso il 3 luglio 2012 all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture. Com'è noto, il punto è consolidato nella giurisprudenza comunitaria. Inoltre, anche la giurisprudenza nazionale è stata sempre coerente sul punto: cfr. Tar Lazio Roma, sez. I, 28 gennaio 2000, n. 466, in *Giur. comm.*, 2000, II, 640, con nota adesiva (sul punto) di A. Argentati.

<sup>54</sup> C-309/99, §§ 48-49.

<sup>55</sup> C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127, §§ 37-38.

<sup>56</sup> C-136/12, § 44.

<sup>57</sup> Insomma, come ricordato icasticamente anche dal nostro Consiglio di Stato, con la decisione n. 3408/2005, resa nel caso *Guardia di Finanza/Federazione italiana agenti immobiliari professionali (FIAIP)*, la nozione antitrust di impresa è più ampia di quella civilistica, poiché essa, alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, comprende «qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre, anche solamente in potenza, la concorrenza nel mercato». Pertanto, «possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza».

solidaristico, come può accadere in relazione a fondi pensioni e assicurazioni sanitarie,<sup>58</sup> o nell'esercizio dei pubblici poteri, come nel caso di chi assicuri funzioni di polizia,<sup>59</sup> garantisca l'esecuzione dei servizi funebri,<sup>60</sup> individui la destinazione a parcheggio di una determinata zona,<sup>61</sup> o stabilisca dei parametri tecnici di sicurezza nel trasporto aereo.<sup>62</sup>

In secondo luogo, nel qualificare una entità come impresa occorre ricordarsi del c.d. *principio della divisione*, il quale prescrive che la qualificazione di attività economica debba essere effettuata separatamente per ogni attività esercitata da ciascun soggetto preso in esame,<sup>63</sup> al punto che se una medesima entità svolge differenti attività, essa potrebbe essere soggetta o meno al diritto antitrust a seconda dell'attività considerata. La Corte di Giustizia ha infatti stabilito che «nell'ambito del diritto della concorrenza la nozione d'impresa [...] si riferisce ad un'unità economica dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo».<sup>64</sup> Pertanto, quella di impresa non è soltanto una nozione funzionale, ma è anche una nozione *relativa*, ossia una nozione il cui significato va accertato in concreto con riferimento alla specifica attività presa in esame. Tipicamente, questo principio è stato applicato con riguardo a soggetti che offrivano al mercato beni e servizi a latere di altre attività eseguite o in un regime solidaristico o nell'esercizio dei pubblici poteri; e ciò per affermare come alle prime condotte si dovesse comunque applicare il diritto antitrust, a meno di non considerarle *inscindibili* dalle seconde.<sup>65</sup> Tuttavia, nulla osta a che il medesimo principio sia applicato a una persona fisica che, come un calciatore, non svolge un'attività economica quando gioca con la squadra, ma svolge una attività economica quando si dedica a campagne di merchandising della propria immagine o del proprio nome.<sup>66</sup>

Infine, onde completare il ragionamento che conduce all'individuazione di una impresa, bisogna rispettare il *criterio della minima unità efficiente*.<sup>67</sup> Più esplicitamente, a fronte di scenari nei quali in punto di fatto diversi soggetti sono coinvolti nello svolgimento di una pratica, occorre identificare la

---

<sup>58</sup> C-159/91 e 160/91, *Poucet / Christian Poucet contro Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre contro Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, ECLI:EU:C:1993:63, §§ 18-19. Inoltre, si considerino C-70/95, § 91; C-264/01, §§ 59-68; C-437/09, §§ 52-63; C-237/04, *Enirisorse SpA contro Sotacarbo SpA*, ECLI:EU:C:2006:197, § 31 e C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e altri*, ECLI:EU:C:2006:8, §§ 120-121.

<sup>59</sup> Causa 107/84, *Commissione/Germania*, ECLI:EU:C:1985:332, §§ 14 e 15; Causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH contro Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1994:7, §§ 30-31 rispetto al controllo e alla polizia dello spazio aereo; causa C-343/95, *Diego Calì & Figli*, ECLI:EU:C:1997:160, §§ 22 e 23, concernente la sorveglianza antinquinamento dell'ambiente marittimo; C-113/07 P. *SELEX Sistemi Integrati SpA contro Eurocontrol*, ECLI:EU:C:2009:191, § 72.

<sup>60</sup> C-138/11, §§ 36-38 e la giurisprudenza ivi citata; C-30/87, § 18; C-364/92, § 30; C-343/95; causa C-138/11, §§ 40-51.

<sup>61</sup> L 233/37, § 70. L'attività di percepimento di denari per quella zona è invece attività economica.

<sup>62</sup> T-155/04, § 86 e C-113/07, §§ 77-99.

<sup>63</sup> C-82/01 P. *Aéroports de Paris contro Commissione*, ECLI:EU:C:2002:617, § 74, dove si legge che «la circostanza che un ente disponga, per l'esercizio di una parte delle proprie attività, di prerogative dei pubblici poteri, non impedisce, di per sé sola, di qualificarlo come impresa ai sensi dell'art. 86 del Trattato». In tal senso anche C-49/07, *MOTOE*, *supra* nota 43, § 25.

<sup>64</sup> C-170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH contro Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, 1984, ECLI:EU:C:1984:271, §11.

<sup>65</sup> Cfr. C-113/07, *Compass-Datenbank GmbH contro Republik Österreich*, 2012, ECLI:EU:C:2012:449, § 38, dove la Corte afferma che può considerarsi imprese «un ente pubblico [che] svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri; qualora [...] la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, tutte le attività svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei suddetti poteri». Si veda anche C-113/07 P. *SELEX Sistemi Integrati/Commissione*, ECLI:EU:C:2009:191, *supra* nota 59, § 77; E C-205/03, *FENIN*, ECLI:EU:C:2006:453, §§ 25-26.

<sup>66</sup> In questo senso Libertini, *supra* nota \_\_, 76.

<sup>67</sup> Okeoghene Odudu & David Bailey, *The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law*, 51 *Common Market Law Review*, 1721 (2014), a 1723.

combinazione minima di persone giuridiche e fisiche che hanno *autonomamente e indipendentemente* deciso di tenere quella condotta.<sup>68</sup> In altri termini, serve ridurre a unità coloro che hanno dato vita a un comportamento che si è rivelato *unitario* sul mercato.<sup>69</sup> E ciò per due ragioni tra loro connesse. In primo luogo perché, onde prevenire o punire le condotte anticompetitive, sarebbe per lo meno inefficace applicare i divieti di cui agli artt. 101 e 102 a chi non ha il potere di scegliere se alterare o meno il gioco concorrenziale, essendo piuttosto soggetto alle direttive impartite da altri, ai quali sarà evidentemente connesso da particolari rapporti economici e giuridici.<sup>70</sup> In secondo luogo perché, se un soggetto non è libero di decidere la propria condotta di mercato, ma esegue le decisioni – sempre commerciali – assunte da un altro soggetto, allora non ha senso pensare che tra questi individui possa esistere un rapporto concorrenziale suscettibile di essere distorto. Più chiaramente, in tale circostanza non sono identificabili due distinte sfere di azione e di interessi che un'intesa o un abuso di posizione dominante potrebbero invece ridurre ad unità.<sup>71</sup> Nella giurisprudenza meno risalente si legge infatti che la nozione d'impresa ai sensi dell'art. 101 TFUE si riferisce a una *singola unità economica* che consiste in «un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica [e] che può concorrere alla realizzazione di un'infrazione prevista da tale disposizione».<sup>72</sup>

Ora, il rilievo così riconosciuto all'autonomia e all'indipendenza dell'agire commerciale di chi può considerarsi impresa ai sensi del diritto antitrust ha condotto la giurisprudenza a raggiungere alcune conclusioni in rapporto a tre macro-scenari in cui la condotta esaminata si presenta, in punto di fatto, come plurisoggettiva. Più chiaramente, la Commissione Europea e la Corte di Giustizia sono solite affermare che appartengono alla medesima impresa, da intendersi come la singola unità economica di cui sopra: (i) le persone giuridiche che, soggette al *controllo effettivo* (legale e fattuale) di un'altra persona giuridica, non possono che perseguire i suoi medesimi interessi commerciali e strategici;<sup>73</sup> (ii) i lavoratori *subordinati*, giacché la fisiologia del rapporto di subordinazione impone a detti lavoratori di agire, *nei rapporti con i terzi*, come organi ausiliari dei loro datori di lavoro, incapaci in quanto tali di rappresentare interessi distinti da quelli di tali datori di lavoro;<sup>74</sup> (iii) gli agenti

---

<sup>68</sup> Alison Jones, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, 8 *European Competition Journal* 301 (2012); nonché Frignani, Pardolesi, *Diritto comunitario della concorrenza*, (2006), 8.

<sup>69</sup> 48/69, *ICI/Commissione*, ECLI:EU:C:1972:70, § 140. In senso analogo, T-102/92, *Viho v Commissione*, ECLI:EU:T:1995:3, § 47; 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e altri*, ECLI:EU:C:1989:140, § 35; T-68/89, T-77/89, and T-78/89, *SIV e altri*, ECLI:EU:T:1992:38, § 357.

<sup>70</sup> Cfr. Andrea Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in Gustavo Olivieri, Andrea Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust* (Laterza, 2008), 18; Diego Corapi, *Impresa (dir. comunit.)*, in *Enc. dir. Annali*, I (Giuffrè, 2007), 743.

<sup>71</sup> Ancora, 170/83, *Hydrotherm*, ECLI:EU:C:1984:271, § 11.

<sup>72</sup> T-112/05, *Akzo Nobel NV contro Commissione*, §§ 57-58; T-9/99, *HFB e altri contro Commissione*, § 54; T-11/89, *Shell contro Commissione*, § 311 e T-352/94, § 87.

<sup>73</sup> C-521/09 P, *ElfAquitaine contro Commissione*, §§ 54-72; C-217/05, *Conferacion Espanola de Empresarios de Estaciones de services*, EU:C:2006:784, § 44; C-22/71, *Beguelin Inport*, ECLI:EU:C:1971:113; § [redacted]; Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie*, ECLI:EU:C:1975:174, § 173. **Aggiungere giurisprudenza.**

<sup>74</sup> Cfr. Cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, §§ 539-542, dove si legge «[q]uando agisce per il committente, un [...] intermediario può essere considerato, in linea di massima, come un organo ausiliario facente parte dell'impresa del committente, tenuto a seguire le istruzioni di questi, e tale da formare con detta impresa, alla stessa stregua di un dipendente ad essa legato da un rapporto di lavoro subordinato, una sola entità economica. Stando così le cose, il fatto che il committente imponga ad un ausiliario del genere il divieto di svolgere, senza autorizzazione, attività commerciali relative a prodotti che possano fare concorrenza ai propri non è di per sé in contrasto con l'art. 85. La situazione è diversa, se negli accordi conclusi dal committente con gli intermediari, agenti contrattualmente qualificati «rappresentanti di commercio», a questi siano attribuite o lasciate funzioni analoghe, sul piano economico, a quelle di un commerciante indipendente, in quanto detti accordi prevedono che gli intermediari assumano a proprio carico rischi finanziari connessi alla vendita dei prodotti o all'esecuzione dei contratti stipulati con terzi. In tal caso, infatti, gli intermediari non possono essere considerati come organi ausiliari facenti parte dell'impresa

commerciali che, sempre *nei rapporti con i terzi*, non sono portatori di un *autonomo rischio di impresa* e, dunque, di un interesse finanziario-commerciale distinto da quello dei loro principali.<sup>75</sup>

Complessivamente, quindi, che si guardi alle relazioni che legano le persone giuridiche a vario titolo riconducibili ad un medesimo gruppo (prospettiva macro), oppure che si considerino le persone fisiche che lavorano per una stessa persona fisica o giuridica (prospettiva micro), per il diritto antitrust sono imprese solo i soggetti che operano nel mercato prendendo decisioni autonome e indipendenti, rivelatrici di interessi economici tra loro omogenei e capaci di alterare il gioco concorrenziale. Ecco perché un esperto di economia industriale potrebbe affermare che per la disciplina della concorrenza le imprese non sono altro che gli agenti economici razionali che popolano i suoi modelli privi, come tutti i cervelli massimizzanti, di caratterizzazioni politiche, sociali o istituzionali che quindi potrebbero concretizzarsi in specifici connotati riferibili alla realtà empirica.<sup>76</sup>

Ora, alla luce di questa rapida ricostruzione della nozione di impresa propria del diritto antitrust, occorre comprendere se i prestatori di servizi organizzati dalle piattaforme della sharing economy possano considerarsi imprese ai sensi della disciplina di tutela della concorrenza, ossia se essi svolgano una attività economica in modo autonomo e indipendente nel mercato dei servizi che offrono.

#### 4. Quando i prestatori di servizi della sharing economy sono imprese

Come accennato nell'Introduzione, l'indagine sull'eventualità che i prestatori di servizi siano considerati imprese ai sensi del diritto antitrust muove dall'esigenza di comprendere se una loro eventuale attività sindacale – attività che sempre più spesso tenta di prendere corpo<sup>77</sup> – potrebbe qualificarsi come un cartello e potrebbe dunque essere proibita, lasciando così i prestatori di servizi nell'impossibilità di negoziare collettivamente le condizioni della loro adesione alla piattaforma. In particolare, l'esigenza sollevata dagli esperti di diritto del lavoro riguarda *indistintamente tutti coloro* che operano tramite le piattaforme della sharing economy e non solo coloro che eventualmente potrebbero qualificarsi come o assimilarsi a dei lavoratori dipendenti.<sup>78</sup>

Ma il dibattito internazionale evidenzia come esista almeno un'altra ragione che rende questa analisi interessante. In rapporto a quelle piattaforme che, come Uber, adottano un algoritmo per la

---

del committente, di guisa che una clausola contrattuale che imponga loro un divieto di concorrenza può costituire un accordo fra imprese incompatibile con l'art. 85». Si veda inoltre la giurisprudenza citata *infra*, da nota [ ] a nota [ ]

<sup>75</sup> C-266/93, *Bundeskartellamt contro Volkswagen AG e VAG Leasing GmbH*, ECLI:EU:C:1995:345, § [ ]

<sup>76</sup> Cfr. Avv. Jacobs, Conclusioni al caso Albany, ECLI:EU:C:1999:28, § 214, il quale afferma che le imprese sono « independent economic actors on the market for goods or services ».

<sup>77</sup> Sono emerse alcune iniziative volte ad organizzare lavoratori online (Lilly C. Irani, M. Six Silberman, *Stories We Tell About Labor: Turkopticon and the Trouble with "Design"*, Proceedings of the 2016 CHI Conference on human factors in computing systems, (7 May 2016), 4573, <https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt8nm273g3/qt8nm273g3.pdf>; Hannah Jonhston, Chris Land-Kazlauskas, *On Demand and Organized: Developing Collective Agency, Representation and Bargaining in the Gig economy* (2018) ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper). Per le difficoltà che si incontrano *online* si vedano Valerio De Stefano, Antonio Aloisi, *Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human-Rights Protection of Nonstandard Workers*, Bocconi Legal Studies Research Paper Series, 2018, 6-7 e 10-12. Le organizzazioni sindacali internazionali stanno, infatti, iniziando a far avanzare richieste specifiche in questa direzione (*UNI Global Union*, 2017) e questo perché il coinvolgimento e il controllo della gestione di lavori non standard da parte di attori collettivi può effettivamente essere di grande beneficio per i lavoratori interessati.

<sup>78</sup> Cfr. Marco Biasi, *"We Will All Laugh at Gilded Butterflies"*. *The Shadow of Antitrust Law on the Collective Negotiation of Fair Fees for Self-Employed Workers*, 8 European Labour Law Journal 354, 355 (2018), dove l'A. evidenzia la difficoltà di classificare i lavoratori della gig economy quali lavoratori subordinati o autonomi. In aggiunta, l'A. evidenzia come i lavoratori della gig economy non aspirino necessariamente a «a life-term employment with their client or a strong dismissal protection», ma più semplicemente a «a decent wage and, in general, decent working conditions».

determinazione del prezzo delle prestazioni offerte, considerare i service providers come imprese consentirebbe di rintracciare nell'uso del medesimo algoritmo uno strumento di collusione orizzontale, come ipotizzato nel caso *Meyer v. Kalanick*,<sup>79</sup> o comunque renderebbe verificabile l'occorrenza del c.d. modello "Hub and Spoke" – certo, di per sé complesso – secondo cui la piattaforma funzionerebbe come facilitatore (hub) del cartello orizzontale tra i prestatori di servizio (spokes).<sup>80</sup> Inoltre, e più in generale, stante una qualsiasi piattaforma, domandarsi se coloro che offrono servizi tramite essa formino con la piattaforma medesima un'unica unità economica o siano, invece, imprese da essa disgiunte serve a comprendere se una eventuale condotta di intesa o abuso di posizione dominante che, in punto di fatto, coinvolgesse tutti questi soggetti, vale a dire piattaforma e service providers, potrebbe artificiosamente ridurre ad unità o meno i differenti interessi di cui essi sarebbero portatori.

Ora, proprio l'esistenza di questa seconda ragione di attenzione per la qualificazione dei prestatori di servizi come imprese sollecita un interrogativo: laddove si stabilisse che i service providers sono (o non sono) imprese distinte dalla piattaforma rispetto alla attività, evidentemente rivolta ai terzi, di offerta di beni e servizi, questa conclusione dovrebbe *automaticamente* valere anche rispetto all'attività di negoziazione delle condizioni contrattuali applicate ai service provider, sebbene detta seconda attività si consumi tra la piattaforma e i prestatori di servizi? Oppure, trattandosi di due mercati distinti, vale a dire il mercato dei servizi e il mercato del lavoro, la natura relativa della nozione antitrust di impresa imporrebbe di svolgere ogni analisi sulla qualificazione dei service providers come imprese in via autonoma, ossia prima rispetto all'attività di offerta dei servizi, raggiungendo dunque una conclusione valida rispetto alla natura collusiva degli algoritmi di prezzo, e successivamente rispetto all'attività di negoziazione delle condizioni, arrivando dunque a una eventualmente diversa conclusione rispetto all'attività sindacale?

Nei prossimi paragrafi si proverà a tenere disgiunte le due indagini,<sup>81</sup> per poi discutere nel quinto paragrafo se i dubbi appena sollecitati non siano invero mal posti, dovendosi piuttosto riscontrare una forma di inscindibilità tra l'attività non economica (e dunque non di impresa) dei lavoratori dipendenti e la negoziazione da parte di questi delle loro condizioni di lavoro. A conferma comunque della bontà dell'approccio occorre osservare che l'Avv. Generale Jacobs nell'elaborare la propria opinione a corredo del caso *Albany* operò la medesima distinzione tra il mercato dei beni e servizi e il mercato del lavoro:<sup>82</sup>

«Nella sentenza *Suiker Unie e a.* la Corte ha affermato che i lavoratori formano con i loro datori di lavoro una "entità economica". "Organi ausiliari facenti parte dell'impresa del committente" non possono essere considerati imprese. Nella detta sentenza la Corte ha semplicemente dovuto distinguere tra lavoratori subordinati e agenti di commercio indipendenti quanto ai rispettivi rapporti con i terzi. La Corte ha quindi potuto fondare il suo ragionamento sulla imputabilità al datore di lavoro di attività svolte dai suoi dipendenti. *Nei casi in esame, tuttavia, è in discussione il rapporto intercorrente tra i dipendenti e i loro datori di lavoro. Attraverso i loro sindacati i primi partecipavano a trattative sulle pensioni complementari e sulla loro gestione. Tali pensioni formano parte della loro retribuzione. A tal fine i dipendenti agiscono autonomamente e nel proprio*

---

<sup>79</sup> No.1:2015cv09796, Doc.37, Opinion on Motion to Dismiss, (S.D.N.Y. 2016). Si veda anche *Meyer v. Uber Technologies, Inc.*, No. 16-2750 (2d Cir. 2017).

<sup>80</sup> Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, *Virtual Competition*, 7 *Journal of European Competition Law & Practice* 585 (2016).

<sup>81</sup> Nello stesso senso, ossia circa la necessità di tenere distinti i mercati dei beni e dei servizi dal mercato della forza lavoro, si veda anche Di Via, *supra* nota 38, 201.

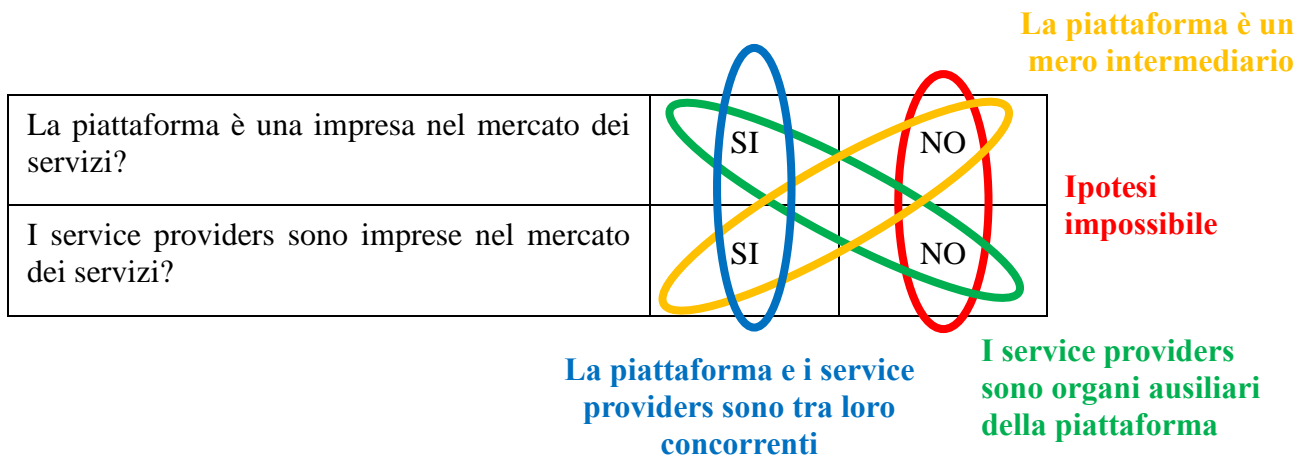
<sup>82</sup> Conclusioni *Albany*, §§ 209-211

*interesse. Il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza Suiker Unie e a. non è quindi direttamente pertinente. Pertanto, si pone la questione di stabilire come qualificare il fatto che i dipendenti offrono il proprio lavoro in cambio di una retribuzione».*<sup>83</sup>

**4.1 I criteri per stabilire se i prestatori di servizi (e le piattaforme) siano imprese (distinte) nei mercati dei beni e servizi offerti ai terzi**

Come sopra accennato, per comprendere se due soggetti rappresentino due imprese distinte anche ai sensi del diritto della concorrenza, occorre stabilire se entrambi possano agire autonomamente e indipendentemente sul mercato che, in questo paragrafo, è il mercato dei beni e servizi fruiti dagli utilizzatori delle piattaforme della sharing economy.

Ebbene, a costo di sembrare banali, si deve osservare che la risposta a questa domanda può dare luogo a quattro scenari, di seguito rappresentati:



In altri termini, di là dal caso impossibile in cui i servizi sarebbero offerti da un qualcuno che (sic!) non può qualificarsi come impresa (cfr. ovale rosso), si potrebbe verificare che:

- (1) la piattaforma sia l'unica impresa attiva nella fornitura dei servizi, giacché i service providers sono "soltanto" suoi dipendenti o agenti (cfr. ovale verde);
- (2) la piattaforma sia solo un intermediario della società dell'informazione (cioè sia sì un'impresa, ma nel mercato dell'intermediazione),<sup>84</sup> laddove i service providers sarebbero le "vere" imprese che offrono il servizio (cfr. ovale giallo). In questo scenario, potremmo allora avere o un'ipotesi di coordinamento orizzontale tra i soli service providers, mediato dalla

<sup>83</sup> Citazioni interne omesse ed enfasi aggiunta

<sup>84</sup> Insomma, *prima* di capire se la piattaforma e i prestatori di servizi costituiscano un'unica entità economica nell'offerta di alcuni servizi, occorre innanzitutto comprendere se la piattaforma sia attiva nel mercato di quei servizi o se, invece, operi soltanto come intermediario nel mercato dell'intermediazione. Di base, infatti, le piattaforme della sharing economy si considerano come prestatrici dei servizi della società dell'informazione, ossia come soggetti che offrono «un servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi» – Cfr. l'art. 2, lettera a), della direttiva 2000/31/CE ("Direttiva sul commercio elettronico"), e l'art. 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2015/1535. Cfr. anche l'allegato I di quest'ultima direttiva per un elenco indicativo di servizi non contemplati da tale definizione. In determinate circostanze, una piattaforma può anche essere un prestatore del servizio sottostante (ad esempio un servizio di trasporto o di locazione a breve termine).

piattaforma sul modello del recente caso *VM Remonts*,<sup>85</sup> o una forma di collusione orizzontale e verticale – *Hub and Spoke* – sulla falsa riga di quanto accaduto in *AC-Treuhand*;<sup>86</sup>

e infine che

(3) sia la piattaforma, sia i service providers siano imprese attive nella offerta del medesimo servizio, così da configurarsi come diretti concorrenti (cfr. ovale blu).

Ora, sebbene si parli di soggetti della sharing economy, non si vede perché le risposte alle domande che generano questi scenari dovrebbero essere elaborate appuntando l'attenzione su elementi differenti da quelli che il diritto antitrust è solito impiegare per qualificare una persona (giuridica o fisica) come impresa. Così, viene da osservare che si dirà che una piattaforma è impresa nel mercato dei servizi, se decide autonomamente le caratteristiche del servizio da offrire: se cioè ne calcola il prezzo, ne stabilisce la disponibilità, e/o ne definisce le caratteristiche, assumendo in modo indipendente una condotta rilevante rispetto alle variabili che incidono sull'andamento dei mercati, quali appunto il prezzo e la quantità del bene proposto, nonché le sue qualità/ varietà/ grado di innovazione. Pensando dunque a dei possibili esempi, mentre Uber pare agire proprio come un'impresa nel mercato dei servizi di trasporto perché stabilisce il prezzo delle corse, *TaskRabbit* non sembra comportarsi come un'impresa che offre servizi di assistenza e manutenzione, giacché sono – ad esempio – gli idraulici e gli elettricisti che si avvalgono di questa piattaforma a stabilire il valore della loro prestazione.

Analogamente, in rapporto ai service providers, si dovrà valutare se essi possano essere assimilati a dei *lavoratori subordinati* o a *degli agenti*. Sotto il primo profilo, occorrerà dunque verificare che essi non lavorino per conto e sotto la direzione della piattaforma, ossia non adempiano alle loro funzioni a favore e sotto la guida della stessa, andando così a costituirne una parte integrante.<sup>87</sup> In tale circostanza – che poi sembra coincidere con quella di una piattaforma che non modella nel dettaglio l'attività dei service providers<sup>88</sup> – questi ultimi saranno dunque portatori di un rischio o di un interesse

---

<sup>85</sup> C-542/14, *VM Remonts*, ECLI:EU:C:2016:578, §§ 30-33. Il caso ha riguardato l'alterazione di un meccanismo d'asta realizzata attraverso un consulente indipendente che ha preparato le offerte di gara per conto delle diverse imprese coinvolte, condividendo a tal fine informazioni sensibili. La Corte ha escluso la responsabilità delle imprese ignare dell'attività del consulente, attribuendola invece a chi: (a) aveva ordinato al consulente di agire in modo anticoncorrenziale; (b) sapeva della condotta anticoncorrenziale in corso e voleva beneficiarne; e/o (c) avrebbe potuto ragionevolmente prevedere che la condotta del consulente avrebbe determinato una forma di collusione ed era disposto a correre il rischio. Applicata alle piattaforme della sharing economy, la sentenza *VM Remonts* suggerisce che i prestatori di servizi potranno considerarsi responsabili di un'eventuale forma di collusione soltanto qualora abbiano fatto qualcosa di più che sottoscrivere i termini e le condizioni d'uso imposti dalla piattaforma. Il coordinamento richiederà piuttosto comprensione e tacito consenso al fatto che tali termini e condizioni si estendano oltre il rapporto con la piattaforma medesima, nonché consapevolezza delle conseguenze anticompetitive.

<sup>86</sup> C-194/14, *AC-Treuhand*, ECLI:EU:C:2015:717, §§ 30 e 37-38. In questo caso, si è ritenuto che il convenuto – un consulente esterno – abbia fornito consapevolmente servizi amministrativi (organizzando riunioni e raccogliendo dati) con lo scopo di favorire il cartello. Così, anche nella sharing economy la dimensione verticale di un eventuale coordinamento orizzontale tra i service providers si potrebbe riscontrare se la piattaforma, pur non attiva nel mercato dei servizi, fungesse da facilitatore del cartello, conoscendo l'esistenza dello stesso o avendo potuto ragionevolmente prevederne la possibilità. Nello stesso senso, Case AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives* (C(2015)432 final).

<sup>87</sup> C-22/98, *Jean Claude Becu*, ECLI:EU:C:1999:419, para 26; C-542/14, §23; C 217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, ECLI:EU:C:2006:784, §§ 43-44, dove si legge che un operatore economico è «indipendente, [poiché] non determin[a] in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipend[e] interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa di detto committente».

<sup>88</sup> Sul punto Johannes Safron, *The Application of EU Competition Law to the Sharing Economy*, *EU Law Working Papers No. 27*, *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum* (2018), [https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/02/safron\\_eulawwp27.pdf](https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/02/safron_eulawwp27.pdf), 14.

strategico autonomo e distinto da quello della piattaforma<sup>89</sup> e, quindi, potendo diventare fonti di una condotta distorsiva della concorrenza separata da quella della piattaforma, potranno considerarsi imprese ai sensi del diritto della concorrenza.<sup>90</sup> Ad esempio, i conducenti di Uber non sembrano potersi qualificare come imprese ai sensi del diritto antitrust perché, come accertato dalla Corte di Giustizia in *Uber Spain*,<sup>91</sup> Uber non solo seleziona i suoi conducenti, ma soprattutto esercita sulle condizioni delle loro prestazioni «un’influenza determinante», giacché «fissa ... il prezzo massimo della corsa», «riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente» ed «esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, nonché sul comportamento di quest’ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione».<sup>92</sup> Sotto il secondo profilo, ossia onde verificare che i service providers non siano qualificati come *agenti* che vendono i servizi della piattaforma per conto della stessa, servirà stabilire, sempre coerentemente con la giurisprudenza,<sup>93</sup> che i *service providers* sopportino in misura significativa rischi commerciali come – nel caso delle piattaforme di sharing economy – i rischi risultanti da investimenti specifici al mercato in causa e i rischi connessi ad altre attività che la piattaforma richiede di svolgere nel medesimo mercato del servizio.<sup>94</sup> **Esempio tratto dalla sharing economy?**

Fin qui, insomma, non sembra che l’esperienza della sharing economy solleciti osservazioni particolari, se non che, data la natura caleidoscopica del fenomeno, pare difficile generalizzare i risultati conseguiti nell’analisi di singole situazioni.<sup>95</sup> Bisognerà, piuttosto, procedere ad un esame caso per caso, appuntata sul *concreto* modello di organizzazione adottato dalla piattaforma, al quale – e questo resta vero per qualsiasi piattaforma – i prestatori di servizi avranno solo scelto di aderire, senza avere modo di “co-deciderne” termini e condizioni.<sup>96</sup> Ma, a ben vedere, anche questo approccio non rappresenta una vera novità per il diritto antitrust.

Forse, le questioni che si potrebbero porre sono altre due. La prima riguarda la distinzione tra “piattaforme intermediario”, soggette in quanto tali alla disciplina della società dell’informazione, e “piattaforme prestatrici di servizi”, che soggiacciono invece alle regole che governano l’offerta di quei servizi. Ebbene, attualmente la Commissione ritiene di poter operare questa differenza stabilendo se la piattaforma: (a) fissi il prezzo del servizio senza che gli altri prestatori possano dissociarsene; (b) specifichi le caratteristiche qualitative del servizio da offrire; e (c) possieda le risorse essenziali alla fornitura del servizio; nonché di valutare se la piattaforma (d) sostenga le spese e si assuma tutti i rischi connessi alla prestazione del servizio; e (e) abbia assunto i “service providers” quali lavoratori

---

<sup>89</sup> Conclusioni Jacobs, C-67/96, Albany, ECLI:EU:C:1999:28, § 215.

<sup>90</sup> C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, §§ 36 e 37.

<sup>91</sup> C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL*, ECLI:EU:C:2017:981.

<sup>92</sup> *Ibidem*, § 39.

<sup>93</sup> Case C-266/93, *Bundeskartellamt/Volkswagen und VAG Leasing*, ECLI:EU:C:1995:345, § 19; C-217/05 *CEEES* ECLI:EU:C:2006:784, paras.38-42 e 46

<sup>94</sup> Linee guida intese verticali §§ 14-15, dove in particolare si precisa che «i rischi connessi all’attività di prestazione di servizi d’agenzia in via generale, come il rischio che il reddito di un agente sia legato ai risultati della sua attività di agente, o gli investimenti generali in locali o personale, non sono tuttavia rilevanti ai fini di tale valutazione». Inoltre, leggendo il § 16 delle medesime linee guida si legge che il contratto di agenzia potrà ancora configurarsi se l’agente presta il servizio di trasporto, purché i costi siano sostenuti dal preponente. Sul punto, ancorché in senso critico, Lougher, Kalmanowicz, *supra* nota 32, 91.

<sup>95</sup> Ha comunque trovato riscontro l’opinione secondo la quale la maggior parte delle piattaforme della sharing economy non sarebbero imprese nel mercato dei servizi – *cfr.* Mark Anderson, Max Huffman, *The Sharing Economy meets the Sherman Act: Is UBER a Firm, a Cartel or Something in Between?*, 2017 *Columbia Business Law Review* 7 (2017); Lougher, Kalmanowicz, *supra* nota 32, 91; Julian Nowag, *When sharing platforms fix sellers’ prices*, 6 *Journal of Antitrust Enforcement* 382 (2018).

<sup>96</sup> *Cfr.* Julian Nowag, *UBER between Labour and Competition Law*, *Lund Student EU Law Review*, 2016, 5 per le differenze tra il modello di Uber e quello di TaskRabbit.



dipendenti.<sup>97</sup> Ma laddove almeno alcuni dei primi tre criteri fossero verificati, chi è solito studiare il diritto antitrust potrebbe argomentare che la piattaforma è una impresa nel mercato dei servizi perché – come si diceva – decide autonomamente le caratteristiche del servizio da offrire, dal suo prezzo alla sua qualità. Si potrebbe cioè inferire che una piattaforma che non venga qualificata come mero intermediario della società dell’informazione non possa che ritenersi *anche* un’impresa ai sensi del diritto antitrust.

E con riguardo agli altri due criteri inerenti la relazione tra la piattaforma e i service providers, occorre riconoscere che, se quei parametri fossero verificati, allora lo studioso del diritto della concorrenza potrebbe anche sostenere che la piattaforma – già qualificata come impresa per altra via – esercita un livello di controllo e di influenza elevato sull’operato di coloro che materialmente realizzano la sua attività economica, a riprova dell’esistenza di un’unica unità economica che accomuna la piattaforma e i service providers. E si è detto “già qualificata come impresa per altra via” perché, a fini antitrust, sarebbe scorretto caratterizzare una piattaforma come impresa soltanto perché essa esercita un’influenza determinante sui service providers.

Meglio – ed è questa la seconda questione che si voleva sollevare – se si agisse in questo senso, non solo si proporrebbe un’interpretazione non allineata alla giurisprudenza europea, ma si finirebbe per rendere logicamente impossibile lo scenario in cui tanto la piattaforma quanto i service providers sono imprese tra loro distinte (cfr. *ovale blue*). Diversamente, proprio perché la realtà della sharing economy è in continuo divenire, serve poter contemplare l’ipotesi in cui una piattaforma di sharing economy si dispone sia ad offrire un servizio “in proprio”, sia ad ospitare dei service providers che utilizzino la piattaforma medesima per offrire i propri servizi, in un regime di concorrenza. Del resto, l’esperienza dei distributori *off* e *online* dimostra come questo scenario non possa dirsi eccentrico o comunque distante dai modelli imprenditoriali adottabili e/o finora adottati. **[Sarebbe bello trovare un esempio di una piattaforma di sharing che ha effettivamente adottato questo modello].**

#### 4.2 *L’attenzione rivolta ai contratti collettivi conclusi tra le parti sociali e la (conseguente) mancata definizione dei criteri per comprendere se i service providers siano imprese nel mercato del lavoro*

La logica e il sopra ricordato principio di separazione vorrebbero che, una volta individuate le imprese che operano nel mercato dei beni e servizi considerati, si discutesse delle possibili imprese attive nel distinto mercato del lavoro. Invero, la giurisprudenza comunitaria non sembra aver mai sviluppato questo ragionamento, ossia non sembra aver mai *direttamente* stabilito se, quando e perché delle persone fisiche e/o giuridiche debbano considerarsi soggetti capaci di alterare il gioco concorrenziale nel mercato della forza lavoro.

Piuttosto, la Corte ha affrontato questo tema in modo obliquo, interrogandosi cioè sull’eventualità che i lavoratori possano concludere accordi collettivi per la determinazione delle loro condizioni di lavoro. Meglio nel caso *Albany*,<sup>98</sup> seguito poi dalle speculari sentenze *Brentjens*<sup>99</sup> e *Bokken*,<sup>100</sup> la Corte ha affermato che «[d]a un’interpretazione utile e coerente dell’insieme delle disposizioni del Trattato risulta [...] che gli accordi conclusi nell’ambito di trattative collettive tra parti sociali al fine

<sup>97</sup> Commissione Europea, *Un’agenda europea per l’economia collaborativa*, 2 giugno 2016, COM(2016) 356 final, 6.

<sup>98</sup> C-67/96, *Albany*, EU:C:1999:430. Qui la Corte fu chiamata a decidere se potesse essere sottratta alla applicazione del diritto antitrust, la duplice decisione di: (i) istituire un fondo di pensione preposto alla gestione di un regime pensionistico complementare; e (ii) chiedere alle pubbliche autorità di rendere obbligatoria l’iscrizione a tale fondo di tutti coloro che esercitano la professione. In commento a questa sentenza si veda Massimo Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell’ordinamento comunitario e nazionale*, *Riv. It. Dir. Lav.* (2000) 209.

<sup>99</sup> Da C-115/97 a C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434.

<sup>100</sup> C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437.

di conseguire obiettivi [di politica sociale] debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. [101], n. 1, del Trattato».<sup>101</sup>

Chiaramente, cioè, la Corte *non transita dalla nozione di impresa* per escludere che un accordo sindacale sia disciplinato anche dal diritto della concorrenza. Piuttosto, essa appunta la propria analisi su: (i) la natura collettiva di questo accordo, ovvero il fatto che esso risulti da una trattativa tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori; e (ii) l'oggetto dell'accordo finalizzato a migliorare una condizione di lavoro, quale la retribuzione».<sup>102</sup> In altri termini la Corte, seguendo il parere dell'Avv. Generale Jacobs, individua un'eccezione – oggi denominata eccezione *Albany* – a norma della quale, al fine di garantire il perseguimento degli obiettivi di politica sociale contemplati dal Trattato, si escludono dall'ambito di applicazione dell'art. 101 non tutti i possibili esiti della contrattazione tra le parti sociali, ma soltanto gli accordi collettivi tra lavoratori dipendenti e datori di lavoro, purché tali accordi siano anche capaci di migliorare le condizioni di lavoro.<sup>103</sup>

Le sentenze in tema di accordi collettivi successive a *Albany* possono così distinguersi in due categorie: (i) quelle – di scarso interesse in questa sede – in cui gli accordi oggetto di esame non possono considerarsi migliorativi delle condizioni di lavoro;<sup>104</sup> e (ii) quelle – qui assai più importanti – dove gli accordi sottoposti a scrutinio non sono stati conclusi da lavoratori dipendenti, ma nondimeno si è chiesto alla Corte di escluderli dall'ambito di applicazione dell'art. 101, sebbene le parti firmatarie degli stessi fossero imprese ai sensi della disciplina antitrust.

Sotto quest'ultimo profilo si consideri, ad esempio, che in *Pavlov*<sup>105</sup> la Corte ha chiarito che l'eccezione *Albany* non si applica a una decisione presa dai membri delle professioni legali, *perché quella decisione non era stata adottata nel contesto della contrattazione collettiva tra dipendenti e datori di lavoro*. Segnatamente, la Corte ha affermato che «[l]esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. [101], n. 1, del Trattato non può essere estesa ad un accordo che [...] è invero inteso a garantire un certo livello di pensione a tutti coloro che esercitano una determinata professione e, quindi, a migliorare una delle condizioni di lavoro di tali professionisti, cioè la loro retribuzione, ma non è stato concluso nell'ambito di contrattazioni collettive tra le parti sociali».<sup>106</sup> E ciò perché «il Trattato non prevede alcuna disposizione che incoraggi, alla stregua degli artt. 118 e 118 B del Trattato CE (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono stati sostituiti dagli artt. 136-143 CE) nonché 1 e

---

<sup>101</sup> *Albany*, § 60; *Brentjens*, ECLI:EU:C:1999:434, § 57; *Drijvende Bokken*, ECLI:EU:C:1999:437, § 47. Inoltre, C-222/98, *Van der Woude*, ECLI:EU:C:2000:475, § 22; C-437/09, *AG2R Prévoyance*, ECLI:EU:C:2011:112, § 29; C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, ECLI:EU:C:2007:772, § 50; C-319/07 P, *3F contro Commissione*, ECLI:EU:C:2009:435, § 50.

<sup>102</sup> *Albany*, §§ 62 e 63.

<sup>103</sup> Nel senso di non escludere qualsiasi accordo di lavoro dall'ambito di applicazione del diritto antitrust, già avv. Gen. Lenz nelle conclusioni al caso *Bosman*, §§ 273-274, dove si legge «non esistono prescrizioni contenutistiche secondo le quali gli accordi riguardanti i rapporti di lavoro sarebbero sottratti, in linea generale ed assoluta, all'ambito di applicazione delle norme del Trattato relative alla concorrenza. [...]. L'unica conclusione che a mio avviso può trarsi dal diritto americano, valida per il diritto comunitario, è che l'autonomia collettiva riconosciuta a sindacati e datori di lavoro può rendere necessario esentare gli accordi collettivi dalle norme sulla concorrenza, nei limiti in cui ciò sia richiesto dall'obiettivo perseguito. Una corrispondente limitazione della sfera d'applicazione dell'art. 85 — simile a quella esistente nell'ordinamento di singoli Stati membri potrebbe effettivamente ammettersi. Essa sarebbe peraltro di portata ristretta».

<sup>104</sup> Nel caso *Norwegian* (E-8/00, §§ 33-46 + 47-59) si è detto che l'obiettivo perseguito dall'accordo non era connesso al miglioramento delle condizioni di lavoro. In *Hollship* (E-14/15, §§ 37-53) la corte dell'EFTA ha stabilito che la dottrina *Albany* non si applica quando l'accordo va oltre il cuore e gli elementi della contrattazione collettiva. Inoltre, C-222/98, *Vand der Woude*, §§ 25-26 e C-437/09, §32, dove la condizione relativa all'oggetto dell'accordo è verificata.

<sup>105</sup> C-180/98 e C-184/98, *Pavlov*, §§ 67-70. I fatti oggetto di causa sono significativamente simili a quelli indagati in *Albany*. In *Pavlov*, infatti, bisognava valutare se fosse soggetta all'art. 101 la duplice decisione degli esercenti una libera professione di: (i) istituire un fondo di pensione preposto alla gestione di un regime pensionistico complementare; e (ii) chiedere alle pubbliche autorità di rendere obbligatoria l'iscrizione a tale fondo di tutti coloro che esercitano la professione.

<sup>106</sup> *Ibidem*, § 68.

4 dell'accordo sulla politica sociale (GU 1992, C 191, a 91), coloro che esercitano libere professioni a concludere accordi collettivi al fine di migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro e che preveda che, su richiesta degli esercenti tali professioni, siffatti accordi siano resi obbligatori dai pubblici poteri per tutti coloro che esercitano le dette professioni». <sup>107</sup> In altri termini, in *Pavlov* la Corte ha ribadito come l'eccezione *Albany* debba essere vincolata alla circostanza che gli accordi collettivi considerati riguardino dei lavoratori dipendenti; e ciò nella convinzione che, alla luce degli obiettivi sociali del Trattato, *solo* i lavoratori dipendenti abbiano bisogno di godere dell'aumentato potere contrattuale che l'azione sindacale garantisce. <sup>108</sup>

Laddove, invece, la Corte avesse provato a individuare un equilibrio tra il principio della libera concorrenza al quale si è ispirato il processo di creazione del mercato unico e i valori sociali propri di molti degli Stati membri parti di quell'Unione – bilanciamento invero non tentato neanche dal legislatore europeo <sup>109</sup> – l'eccezione *Albany* non avrebbe introdotto nel ragionamento antitrust, solitamente sostanziale, un elemento formale, vale a dire il riferimento alla qualifica di “lavoratore dipendente” – elemento non solo estraneo alla disciplina della concorrenza, ma altresì incapace di adattarsi al mutare dei tempi e alla spinta alla dis-intermediazione del lavoro indotta anche dallo sviluppo tecnologico e dall'avvento delle piattaforme della sharing economy.

Ora, questo limite ha determinato due principali conseguenze. Per un verso, ha creato il presupposto affinché si traslasciassero i contratti collettivi dei lavoratori *non* dipendenti nella sfera di applicazione del decisore politico nazionale, <sup>110</sup> ossia ha incentivato gli Stati membri a introdurre tariffe minime e/o altre condizioni a tutela del lavoro autonomo non attraverso strumenti privatistici, ma mediante leggi e regolamenti per loro natura meno facilmente aggredibili dal diritto antitrust. Per altro verso, ha attirato l'attenzione sulla nozione di lavoratore dipendente, ossia sull'esatta individuazione dell'ambito soggettivo dell'eccezione *Albany*. Così, non ci si deve stupire se, nel recente caso *FNV Kunsten*, <sup>111</sup> la Corte di Giustizia è stata chiamata a valutare se detta eccezione potesse applicarsi a un contratto collettivo “*misto*”, ossia a un contratto firmato non solo da dei lavoratori subordinati, ma anche da degli individui – degli orchestrali supplenti – che operavano sì in ragione di un contratto d'opera, ma che, all'atto pratico, svolgevano «la stessa attività dei lavoratori subordinati di tale datore di lavoro», <sup>112</sup> andando a sostituirli in occasioni di un certo numero di repliche.

Segnatamente, nell'elaborare la sentenza, la Corte ha dapprima osservato come questi soggetti fossero «*in linea di principio*, ‘imprese’ nel senso dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE, dal momento che offr[ivano] i loro servizi dietro corrispettivo in un determinato mercato e esercitano la loro attività come operatori economici indipendenti rispetto ai loro committenti». <sup>113</sup> Ma – viene subito da rilevare – non è proprio di chi studia il diritto antitrust svolgere valutazioni “in linea di principio”, salvo che – come sopra detto – la giurisprudenza non vincoli l'analisi a un dato formale come, per l'appunto, l'esistenza di un contratto d'opera, corredato da una valutazione di ordine politico circa l'opportunità di escludere gli accordi di alcuni soggetti dall'alveo dell'art. 101. Non a caso, infatti, la Corte ha

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, § 69.

<sup>108</sup> In tal senso anche Wahl, conclusioni *FNV Kunsten*, § 40.

<sup>109</sup> Cfr. sul punto Alberto Pizzoferrato, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, *Riv. It. Dir. Lav.* 527 (2010).

<sup>110</sup> Sul punto assai chiaramente Marco Biasi, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, 2 *Argomenti di diritto del lavoro* 443 (2018), 451.

<sup>111</sup> C-413/13, *FNV Kunsten*, ECLI:EU:C:2014:2411. In commento alla sentenza, si vedano tra gli altri Pietro Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati Membri*, *Riv. It. Dir. Lav.* 566 (2015).

<sup>112</sup> *Ibidem* § 21.

<sup>113</sup> *Ibidem* § 27 (enfasi aggiunta).

proseguito questo suo ragionamento ricordando che il Trattato non incoraggia i prestatori autonomi a instaurare un dialogo con i datori di lavoro onde «stipulare accordi collettivi con detti datori di lavoro al fine di migliorare le proprie condizioni di occupazione e di lavoro».<sup>114</sup> E quindi ha concluso, muovendosi sulla falsa riga della sopramenzionata sentenza *Pavlov*, non solo che coloro che rappresentano questi prestatori d'opera devono considerarsi alla stregua di una associazione di imprese,<sup>115</sup> ma di più che un accordo sui compensi minimi di questi individui non può escludersi dall'ambito di applicazione dell'art. 101.<sup>116</sup>

Successivamente, però, la Corte ha adottato un approccio certamente più *sostanziale* riconoscendo, con l'avv. Gen. Wahl,<sup>117</sup> che gli individui interessati dallo specifico accordo oggetto di causa si sarebbero potuti ritenere dei «'falsi autonomi', ossia dei prestatori di servizi che si trovano in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori».<sup>118</sup> Ma, per accertare questa analogia, la Corte è ricorsa a una mistura di criteri: ha menzionato le nozioni di indipendenza<sup>119</sup> e di unità economica<sup>120</sup> proprie del diritto antitrust, ma ha anche fatto ampio riferimento alla nozione comunitaria di lavoro subordinato, ricordando i concetti di etero-direzione e di libera scelta dell'orario, del luogo e del contenuto del lavoro.<sup>121</sup>

Pertanto, la sentenza *FNV Kunsten* non ha mancato di suscitare alcune forme di perplessità tra gli studiosi di diritto del lavoro e gli esperti di diritto antitrust. I primi hanno criticato non solo il ricorso alla categoria dei «falsi autonomi»,<sup>122</sup> qualificandola come ridondante quando non abusiva, ma hanno altresì evidenziato come la Corte abbia perso l'occasione di discutere della debolezza contrattuale di alcune categorie di lavoratori autonomi, sebbene l'avv. Gen. Wahl vi avesse fatto riferimento<sup>123</sup> e sebbene, in passato, sia stata proprio la debolezza contrattuale dei lavoratori dipendenti a giustificare l'esclusione dall'ambito di applicazione del diritto antitrust.<sup>124</sup> I secondi si sono invece chiesti perché

---

<sup>114</sup> Ibidem § 29.

<sup>115</sup> Ibidem § 28.

<sup>116</sup> Ibidem § 30.

<sup>117</sup> Avv. Gen. Wahl, conclusioni, § 51.

<sup>118</sup> Ibidem, § 31.

<sup>119</sup> *FNV Kunsten*, § 33, dove infatti si rinvia a *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, ECLI:EU:C:2006:784, punti 43 e 44.

<sup>120</sup> Ibidem, § 36 rimandando, non a caso, a Becu e a., C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419, punto 26.

<sup>121</sup> Ibidem, § 34, v. sentenze N., C-46/12, ECLI:EU:C:2013:97, punto 40 e giurisprudenza ivi citata, nonché Haralambidis, C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185, § 28 e sentenza Allonby, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, §§ 71-72

<sup>122</sup> Cfr. Valerio De Stefano, Antonio Aloisi, *Fundamental Labour Rights, Platform Work and Human-Rights Protection of non-Standard Workers*, Bocconi Legal Studies Research Paper Series, n. 1, 2018, 14; Valerio De Stefano, *Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach*, 46 *Industrial Law Journal* 185 (2017); Nicola Kountouris, *The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*, 47 *Industrial Law Journal* 192 (2018); Bernd Waas, *What role for solopreneurs in the labour market?*, 8 *European Labour Law Journal* 154 (2017), 164; Mary Catherine Lucey, *Should Professionals in Employment Constitute 'Undertakings'? Identifying 'False-Employed'*, 6 *Journal of European Competition Law Practice* 702 (2015); Antoine Duval, Oskar van Maren, *The Labour Status of Professional Football Players in the European Union: Unity in/and/or diversity?*, 8 *European Labour Law Journal* 258 (2017), 271.

<sup>123</sup> Wahl, conclusioni, § 55, dove si legge «è noto che i lavoratori autonomi sono un gruppo vasto ed eterogeneo. Alcuni di essi possono avere deliberatamente scelto di offrire i loro servizi sotto tale particolare regime giuridico, mentre altri possono essere stati obbligati a farlo, in mancanza di possibilità di occupazione più stabile. A seconda delle loro capacità, competenze, esperienza e reputazione, da un lato, e delle circostanze particolari di ogni caso (quali le dimensioni e il potere economico del cliente, l'urgenza e/o la complessità del servizio da fornire, il numero di altri professionisti disponibili), dall'altro, il loro potere contrattuale può essere più forte o più debole di quello dei loro clienti».

<sup>124</sup> Tonia Novitz, *The Paradigm of Sustainability in a European Social Context: Collective Participation in Protection of Future Interests?*, 31 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 252 (2015).

mai la Corte non abbia distinto il mercato del lavoro dai mercati dei beni e servizi per poi interrogarsi sull'eventualità che gli orchestrali fossero o meno imprese nel primo e nei secondi.<sup>125</sup>

Ora, prima di confrontarsi con queste critiche, occorre tornare al tema degli accordi che coloro che prestano servizi tramite le piattaforme della sharing economy potrebbero concludere per definire le loro condizioni di lavoro e/o delle tariffe minime – accordi cioè che, per oggetto, incontrerebbero la seconda delle condizioni di *Albany*.

Ebbene, in ragione della attuale giurisprudenza così focalizzata sulle categorie giuslavoristiche, si osserva che questi accordi sarebbero esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 101 nella misura in cui i service providers o risultassero essere dei *lavoratori dipendenti* in ossequio alla medesima sentenza *Albany*, oppure fossero qualificati – ovviamente sulla scorta dell'analisi del caso concreto<sup>126</sup> – come dei *falsi autonomi* nel rispetto della sentenza *FNV Kunster*. In queste due circostanze, cioè, la politica sociale che il Trattato vuole realizzare – e, quindi, in ultima analisi lo stato di debolezza contrattuale di questi individui – legittimerebbero la non applicazione del diritto antitrust. A titolo di esempio, dunque, è possibile avanzare una ipotesi: che, sulla scorta di quanto evidenziato anche dall'avv. Generale Szpunar in *Uber Spain*, i conducenti di Uber potrebbero considerarsi dei falsi autonomi e dunque darsi una rappresentanza capace di negoziare legittimamente un contratto collettivo, perché Uber non solo li seleziona, ma soprattutto li guida esercitando «un'influenza determinante» su di loro.<sup>127</sup> Laddove, invece, i service providers fossero considerati come dei «veri e propri» prestatori d'opera, allora non potrebbero accedere all'eccezione *Albany* e il loro accordo sarebbe assai probabilmente giudicato come un cartello per la fissazione dei prezzi.

## 5. Spunti di riflessione sulla nozione di impresa propria del diritto antitrust

Dopo aver discusso di come alcuni aspetti di un fenomeno determinato dal cambiamento tecnologico possano essere disciplinati dalle regole antitrust, ci si potrebbe domandare se sia possibile anche l'inverso, ossia se la sharing economy predichi qualcosa della disciplina della concorrenza e delle sue categorie analitiche, quale quella di impresa.

Per lo meno, come l'analisi precedente sembra mostrare, il modo in cui si atteggiavano i rapporti tra le piattaforme della sharing economy e i service providers induce a meglio riflettere su: (i) quando le persone fisiche possano o meno considerarsi imprese ai sensi delle norme europee e nazionali in tema di concorrenza; (ii) perché una tale qualificazione debba dipendere da ciò che accade nei mercati dei prodotti e servizi in cui quelle persone operano e non già dalla possibilità che quelle persone hanno di alterare il funzionamento del mercato del lavoro in cui offrono il loro tempo, le loro competenze e le loro prestazioni; e (iii) se e perché alcune di queste persone fisiche debbano essere escluse dall'ambito di applicazione della disciplina della concorrenza.

Ora, per svolgere questo esercizio, sembra corretto muovere due considerazioni menzionate nel precedente terzo paragrafo con riguardo alla nozione di impresa.

In primo luogo, serve ricordare che per il diritto antitrust è impresa chiunque sia in grado di alterare autonomamente e indipendentemente il gioco concorrenziale. Di conseguenza, può essere impresa anche una singola persona fisica purché abbia la capacità – e non il potere di mercato<sup>128</sup> – di attribuire un prezzo al bene/servizio da lei offerto. In questo senso, dunque, la nozione di impresa propria del diritto antitrust non solo si differenzia da quella tipica del diritto commerciale, ma altresì tende ad

---

<sup>125</sup> Cfr. Di Via, *supra* nota 38,

<sup>126</sup> Wahl, conclusioni, § 88.

<sup>127</sup> *Uber Spain*, § 39.

<sup>128</sup> Cfr. *infra*.

appiattirsi su quella di agente economico usualmente impiegata dall'economia industriale,<sup>129</sup> risultando dunque impermeabile a valutazioni di ordine organizzativo, istituzionale, storico o sociale, giacché l'agente economico è dopotutto un "cervello che ottimizza", ossia che definisce quale condotta permetta di massimizzare i profitti.

In secondo luogo, non si può dimenticare che per il diritto antitrust vale il principio di separazione secondo cui, dati due mercati, A e B, il fatto che una entità sia un'impresa nel mercato A non implica di per sé che la medesima entità sia un'impresa anche nel mercato B. E ciò a meno che non si ricada nell'eccezione FENIN, la quale prevede che un soggetto che offra un'attività *non* economica nel mercato A e acquisti nel mercato B le risorse necessarie a svolgere quella attività non sia un'impresa né nel mercato A (come è ovvio), né nel mercato B dove effettua i suoi acquisti. E ciò proprio perché «il carattere dell'attività di acquisto» non può essere scisso, ma viene «necessariamente» determinato dal «carattere economico o non economico dell'utilizzo successivo del prodotto acquistato».<sup>130</sup>

Ora, si supponga che l'entità in esame sia una persona fisica, Tizio, e che i mercati A e B siano, rispettivamente, un qualunque mercato in cui si commercializzano beni e/o servizi e il mercato del lavoro. In ragione del principio di separazione, il fatto che Tizio sia o non sia un'impresa nel mercato A di specifici beni e/o servizi *non dovrebbe poter rivelare nulla* circa il fatto che Tizio sia o meno un'impresa nel mercato B del lavoro. In altri termini, vero è che i lavoratori dipendenti non sono liberi di agire autonomamente e indipendentemente nel mercato A dei beni e dei servizi, in quanto soggetti alle direttive di chi è invece capace di alterare il gioco competitivo. Tuttavia non si vede perché questa constatazione dovrebbe spiegare perché Tizio non possa agire nel mercato B del lavoro, offrendo il proprio tempo e le proprie competenze a differenti interlocutori e negoziando per la propria remunerazione e, quindi, non spiegano perché Tizio non possa alterare il meccanismo di funzionamento di quel mercato, trovando un accordo con coloro che, come lui, offrono il medesimo tempo e le stesse competenze. In altri termini, se si riconoscesse l'esistenza di un mercato del lavoro, tutti coloro che offrono lavoro sarebbero imprese ai fini del diritto antitrust, di là dal fatto che successivamente essi operino nel mercato dei beni e servizi come lavoratori dipendenti, falsi autonomi, o "veri" prestatori di servizi e, dunque, imprese.<sup>131</sup>

Tuttavia, come osservato nel quarto paragrafo, il ragionamento appena svolto non ha mai trovato spazio nelle sentenze della Corte di Giustizia. Al contrario la Corte è ricorsa a una finzione giuridica, postulando l'inesistenza del mercato del lavoro subordinato, onde escludere che i lavoratori subordinati e i lavoratori ad essi assimilabili, come i c.d. falsi autonomi, potessero essere qualificati imprese e dunque impediti dall'accedere alla contrattazione collettiva.

---

<sup>129</sup> Già Ghezzi, Maggiolino, Riv. Soc. (2013).

<sup>130</sup> FENIN, § 26. In altri termini, le intese per effetto delle quali due o più soggetti acquistano congiuntamente beni e servizi, nonché tutte le condotte unilaterali che fanno leva sul c.d. "*buyer power*" possono essere assoggettate al diritto antitrust finché le risorse così acquistate sono impiegate per svolgere una attività economica. Diversamente quando, come nel caso FENIN, chi compie gli atti di acquisto è un soggetto che non svolge alcuna attività economica, allora le sue condotte di acquisto sono paragonabili a quelle di un consumatore e, in quanto tali, escluse dall'ambito di applicazione del diritto antitrust. Inoltre, giacché nel caso FENIN il soggetto in discussione prestava servizi sanitari per conto dello stato spagnolo, l'assoggettamento dei suoi acquisti alla legge antitrust avrebbe contraddetto la disciplina sulle gare d'appalto, come l'avv. Generale Maduro ha evidenziato nelle sue conclusioni (§ 65).

<sup>131</sup> Della stessa opinione, Luciano Di Via, *supra* nota 38, 201-202, il quale scrive «occorre ragionare diversamente quando si ha riguardo al mercato della forza lavoro. In questo caso, infatti, è difficile negare che il lavoratore in quanto tale possa essere considerato impresa rilevante per il diritto della concorrenza. È evidente infatti che, a prescindere dal fatto che possa essere vincolato da un contratto a tempo indeterminato o da un contratto temporaneo, il lavoratore svolgerà un'attività rilevante ai fini delle dinamiche concorrenziali di questo mercato».

### 5.1. *I perché della supposta inesistenza del mercato del lavoro*

Politicamente, o comunque muovendosi sul piano morale, si potrebbe argomentare che, per quanto si possa pensare il lavoro alla stregua di un bene commercializzato in un mercato a fronte di denaro, i valori posti a fondamento della nostra comunità ci impongono di rifiutare questa concettualizzazione – schiettamente economica – come giuridicamente rilevante. E si potrebbe ritenere che questo sia il principale argomento che giustifica la finzione giuridica di cui si diceva nonché le disposizioni che, in sede europea e nazionale, militano per garantire al lavoro delle guarentigie, tra cui l'esclusione dall'ambito di applicazione del diritto antitrust.

Tuttavia, questa impostazione – largamente condivisibile sotto il profilo politico – non spiegherebbe perché il lavoro, per esempio, dei liberi professionisti non debba godere della medesima dignità del lavoro dei lavoratori dipendenti. In altri termini, se il lavoro non è un bene o, meglio, è qualcosa di più e di diverso da un bene, anche le prestazioni di medici, avvocati, notai, doganieri, idraulici o revisori contabili non dovrebbero “fare mercato”.

Ecco che, allora, sempre in termini valoriali, il punto dirimente non dovrebbe essere la nostra concettualizzazione del lavoro, ma il riconoscimento – più che corretto – dei rapporti di forza che vincolano ed opprimono alcuni, ma non altri. Di conseguenza, qui si ritiene che la vera esigenza politico-sociale abbracciata dalla Corte di Giustizia nei casi *Albany*, *Pavlov* e *FNV Kunsten* sia quella di distinguere tra individui meritevoli di tutela sociale e individui “forti a sufficienza” da essere assoggettati alla disciplina della concorrenza.

Quest'ulteriore approccio presenta, però, due profili di complessità: esso impone non solo di individuare la categoria dei soggetti incapaci di sostenere la pressione concorrenziale, ma anche di stabilire un modo per sottrarli all'applicazione del diritto antitrust.

Ebbene, con riferimento al primo profilo, le sentenze *Albany* e *FNV Kunsten* hanno eletto i “lavoratori dipendenti” e i “falsi autonomi” a soggetti deboli, principalmente perché gli ordinamenti occidentali hanno tradizionalmente ritenuto che la condizione di sotto-protezione fosse un attributo tipico del rapporto di lavoro subordinato e dei rapporti di lavoro ad esso assimilabili. Con riguardo al secondo profilo, ossia al fine di escludere l'applicazione del diritto antitrust, nelle medesime sentenze la Corte ha dovuto postulare l'inesistenza del mercato del lavoro. In altri termini, allo scopo di escludere *in radice* la possibilità che i lavoratori dipendenti e i falsi autonomi fossero considerati imprese nel mercato in cui commercializzavano tempo, abilità e competenze,<sup>132</sup> la Corte ha dovuto coniare una *finzione giuridica* che le permettesse di negare che quell'offerta di lavoro potesse qualificarsi come una attività economica. Un finzione giuridica che, a detta dell'avv. Gen. Jacobs, si radicherebbe nella lettera degli artt. 101 e 102, dove il termine “impresa” e altre espressioni come “prezzi di acquisto e di vendita” e “condizioni di transazione” mal si adatterebbero a descrivere l'offerta di lavoro,<sup>133</sup> ma che, secondo la nostra dottrina, nascerebbe invece dalla volontà di dare esecuzione agli obiettivi sociali del Trattato nonché, con riguardo al contesto nazionale, ai precetti costituzionali che attengono ai salari, alle condizioni e agli orari di lavoro.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Come infatti ricordato sopra

<sup>133</sup> Cfr. Conclusioni Jacobs, §§ 212 e 216.

<sup>134</sup> Di Via, *supra* nota 38, 191-193 e 204. Inoltre, si vedano 197-198, dove l'A. prosegue dicendo «in questa prospettiva ... bisognerà distinguere tra attività sindacale di rappresentanza dei diritti dei lavoratori relativa alle loro legittime istanze tutelate dalle previsioni costituzionali in materia e attività che perseguono obiettivi che vanno al di là delle legittime attribuzioni di un sindacato di lavoratori. [...] Si può dunque concludere che, in linea di principio, nelle ipotesi in cui il sindacato agisce in materia riguardante l'hard core della contrattazione collettiva – scilicet nel nostro ordinamento i diritti dei lavoratori costituzionalmente tutelati – trattandosi di attività sottratte *per definizione* al mercato, non può essere considerato impresa rilevante per il diritto della concorrenza; quando, invece, il medesimo soggetto contrae in relazione a questioni che attengono ai mercati di beni e servizi finali, o che, pur insistendo sul mercato della forza lavoro, non rientrano nell'area di esenzione, esso svolge attività economica rilevante per il diritto della concorrenza».

Ora, questi due profili pongono altrettanti interrogativi.

Da subito viene da chiedersi se l'esclusione dei lavoratori dipendenti e dei c.d. falsi autonomi dall'ambito di applicazione del diritto antitrust non possa essere ottenuta senza negare l'esistenza del mercato del lavoro, posto che detta inesistenza non nasce né da una constatazione empirica, né da una valutazione coerente con i principi antitrust. In effetti, pare del tutto irragionevole pensare che nessun agente economico troverebbe mai conveniente offrire il proprio tempo e le proprie competenze su un mercato. Peraltro, non si può dimenticare che attualmente le categorie di lavoratori dipendenti e falsi autonomi alle quali l'esenzione *Albany* nella versione di *FNV Kunsten* si collega sono di incerta definizione. Di conseguenza, esiste una ragione in più per trovare una linea interpretativa alternativa a quella prevista dalla Corte di Giustizia.

In aggiunta, oggi si ritiene che la condizione di *debolezza strutturale* che tradizionalmente affliggeva i lavoratori dipendenti riguardi non solo i "falsi" autonomi, comunque questi si vogliano individuare, ma anche alcuni "veri" autonomi, tra i quali spiccano i service providers che operano tramite le piattaforme della sharing economy.<sup>135</sup> Pertanto, osservato come il fenomeno dei service providers della sharing economy abbia fatto deflagrare un problema da tempo noto e nato con il progressivo incremento delle forme atipiche di lavoro, viene da domandarsi se anche questi soggetti deboli non possano essere sottratti all'ambito di applicazione del diritto antitrust, per così accedere alla contrattazione collettiva.

## 5.2 È possibile riconoscere l'esistenza di un mercato del lavoro e rinunciare alle categorie del diritto del lavoro?

In questa sede si avanza un'ipotesi: che si possa produrre il risultato di proteggere alcune persone fisiche dalla pressione concorrenziale senza escludere l'esistenza del mercato del lavoro e senza discutere della qualificazione del rapporto di lavoro, ma *individuando una seconda eccezione al principio di separazione*. Come sopra fatto in relazione alle condotte di acquisto funzionali allo svolgimento di attività non economiche, si potrebbe affermare che, se Tizio non è impresa nel mercato A dei beni e dei servizi, anche la sua precedente attività di offerta di lavoro, non potendo essere scissa da quella di produzione di beni e servizi, non è un'attività economica e, quindi, Tizio non è impresa neanche nel mercato del lavoro. In altri termini, si potrebbe riconoscere che il comportamento che *materialmente* conduce alla produzione di un prodotto o all'offerta di un servizio non possa essere disgiunto dall'offerta di quel prodotto o servizio, individuando dunque una forma di inscindibilità che impedirebbe una qualificazione disgiunta delle due attività.

Questa soluzione permetterebbe di limitare l'ambito di applicazione dell'art. 101 senza fingere che il mercato del lavoro non esista e senza dover discutere della qualificazione del rapporto di lavoro. Basterebbe infatti stabilire se la persona fisica in questione non è un'impresa nel mercato dei beni e servizi, per poi escludere che i suoi accordi collettivi siano soggetti al diritto antitrust. Così, quindi, per sottrarre gli orchestrali del caso *FNV Kunsten* e i service providers della sharing economy all'ambito di applicazione dell'art. 101 basterebbe procedere in modo lineare e valutare se questi soggetti possano autonomamente e indipendentemente agire nel mercato dei beni e dei servizi, determinandone il prezzo e le quantità disponibili, per poi proiettare questa valutazione nel mercato del lavoro in ragione della natura inscindibile delle attività considerate.

---

<sup>135</sup> Assai chiaro in proposito Marco Biasi, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, 2 *Argomenti di diritto del lavoro* 443 (2018), il quale assume un punto di vista ben più ampio interrogandosi sulla compatibilità con il diritto antitrust della contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi, anche estranei alla gig economy.



Se invece non si volesse riconoscere questo automatismo – o, forse, se si volesse trovare per esso una giustificazione sostanziale – si potrebbe, abbracciando per giunta l’analisi sostanzialistica tipica del diritto antitrust, argomentare che se Tizio non è impresa nel mercato dei beni e dei servizi, allora Tizio non è capace di fare il “prezzo” del suo tempo, delle sue competenze e delle sue prestazioni nel mercato del lavoro. A ben vedere, però, si potrebbe obiettare che una cosa è avere la capacità di individuare il prezzo di un bene, come il lavoro, altra cosa è avere il potere di fare quel prezzo. Gli attuali lavoratori dipendenti i cui accordi collettivi sono certamente esclusi dall’ambito di applicazione del diritto antitrust non sono nell’impossibilità di attribuire un prezzo al loro lavoro; sono piuttosto nell’impossibilità di imporlo, dovendo a tal fine aggregarsi in rappresentanze sindacali.

Tuttavia, l’interpretazione qui proposta – per così dire “interna” al diritto antitrust – produce un risultato “beffardo”: come ormai detto più volte, essa evita di teorizzare che il mercato del lavoro non esista e di ragionare in termini giuslavoristici, ma – con l’importante eccezione dei c.d. falsi autonomi – finisce per tutelare dall’applicazione del diritto antitrust i soggetti che storicamente lo sono per effetto degli obiettivi sociali perseguiti dal Trattato e dalla nostra Costituzione. Questa chiave di lettura non consente, cioè, di riconoscere ad alcuni lavoratori che sono *imprese*, ancorché *deboli*, nei mercati del lavoro e dei relativi beni e servizi di accedere alla contrattazione collettiva – vantaggio che, invece, si vorrebbe riconoscere indistintamente a tutti i service providers della sharing economy e anche ad alcuni lavoratori autonomi.

### 5.3 *Come si potrebbero tutelare le imprese deboli dall’applicazione del diritto antitrust?*

Per proteggere i “lavoratori-imprese deboli” dal diritto antitrust, si pongono alcune alternative che, come si avrà modo di osservare, non possono che essere radicali, comportando o una profondamente diversa interpretazione della nozione di impresa propria del diritto antitrust o un intervento legislativo.

Ma procediamo con ordine.

Sopra si è detto di come la nozione di impresa elaborata in sede europea si definisca in termini funzionali, ossia in ragione della necessità di riuscire a sottoporre a scrutinio ed eventualmente punire tutti i soggetti capaci di alterare il gioco concorrenziale. Inoltre, si è già ricordato di come questa capacità non dipenda dal potere di mercato del soggetto considerato. Di conseguenza, al momento pare impossibile impedire solo ad alcuni “lavoratori-imprese” di essere assoggettati alla disciplina della concorrenza, a meno che non si voglia modificare l’interpretazione della nozione di impresa. Se cioè a fini antitrust non fossero considerati come imprese le persone fisiche che versano in condizioni di debolezza strutturale, allora questi individui potrebbero accordarsi su prezzi e altre condizioni commerciali. Più chiaramente, se in sede antitrust non cerchiamo quali caratteristiche essenziali una entità debba avere per essere riconosciuta come impresa, ma pensiamo al concetto stesso di impresa come ad un veicolo per l’applicazione di norme che riconoscono diritti e impongono doveri, nulla esclude che si costruisca una nozione di impresa funzionale alla protezione di alcuni soggetti – nel nostro caso i “lavoratori-imprese deboli”.

D’altro canto, però, non è chiaro dove si dovrebbe tracciare il confine per individuare la debolezza strutturale. Inoltre, bisognerebbe spiegare perché quest’occhio di riguardo per la debolezza non dovrebbe riguardare anche imprese organizzate in forma societaria. Infine, il diritto antitrust, almeno nella sua versione contemporanea, è figlio di una specifica visione della società che elegge la concorrenza (e non la contrattazione collettiva) a strumento per la crescita economica. Di conseguenza, pare difficile ammettere che l’idea che alcune imprese possano accordarsi sui prezzi e altre condizioni commerciali sia pensata come “un moto interno” al diritto antitrust che dunque dovrebbe portare a modificare una sua nozione.

Per questa ultima ragione, pare più opportuno che sia un intervento legislativo a riconoscere esplicitamente – perché l’obiettivo politico perseguito verrebbe dichiarato, anziché transitare per l’interpretazione della nozione di impresa – la disapplicazione del diritto antitrust a vantaggio di alcuni soggetti deboli. Del resto, allo stato, di là da quello che si è sopra proposto al fine di ovviare all’uso delle categorie giuslavoristiche, tutt’oggi si ritiene che i lavoratori dipendenti godano di una esenzione figlia degli obiettivi sociali del Trattato o, in sede nazionale, dei precetti costituzionali.<sup>136</sup> Inoltre, vi è chi ritiene che il mercato del lavoro debba essere sottratto all’applicazione del diritto antitrust perché configurabile come un monopsonio, dovuto ai costi di transazione che si pongono a carico dei lavoratori date la carenza di informazioni circa le possibilità occupazionali e le evoluzioni del mercato, la scarsa mobilità professionale e geografica dei lavoratori e le situazioni di dipendenza economica che si possono profilare.<sup>137</sup> Di più, anche l’esperienza statunitense mostra come si possa concepire una esenzione generale.<sup>138</sup>

Di conseguenza, si potrebbe procedere nella stessa direzione riconoscendo che altri, oltre ai lavoratori dipendenti, si trovano nelle condizioni che giustificano l’accesso alla contrattazione collettiva, come notavano i giudici della Corte Suprema quando, tentando di non applicare il diritto antitrust ad alcuni lavoratori autonomi, affermarono che «marginal groups who, though entrepreneurial in form, lacked the bargaining power necessary to obtain decent compensation, decent hours, and decent working conditions...all who all grease, whether employees or peddlers are on the same boat».<sup>139</sup>

Diversamente, la legge australiana riconosce ai lavoratori autonomi – gli independent contractors – la possibilità di richiedere una esenzione *ad hoc* per alcuni tipi di accordo, purché essi dimostrino la capacità dell’intesa proposta di soddisfare l’interesse pubblico, ossia un beneficio correlato a «the

---

<sup>136</sup> Più in generale, «in presenza della cronica debolezza contrattuale dei singoli lavoratori, gli ordinamenti giuridici, al fine di tutelare un interesse di rango superiore, riconobbero l’intangibilità del diritto delle associazioni sindacali di auto-organizzarsi e di contrarre collettivamente con il datore di lavoro singolo o con le sue organizzazioni, risolvendo attraverso una limitazione del potere unilaterale dell’imprenditore nella determinazione delle condizioni di lavoro e della retribuzione della prestazione, la tensione esistente tra libertà contrattuale – intesa come capacità di ciascun soggetto di regolare in modo autonomo i propri interessi – e disciplina accentrata dei rapporti di lavoro – di regole cioè che, in ragione delle peculiarità del rapporto di lavoro, sono comuni agli operatori del mercato ed eteronome rispetto al soggetto lavoratore» - cfr. per questa affermazione e una ricognizione storica, cfr. Di Via, *supra* nota 38, 34-38.

<sup>137</sup> Cfr. Pietro Ichino, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Merc. Conc. Reg.* 2000, 641.

<sup>138</sup> Sebbene alcuni abbiano ritenuto che, stante la determinazione a perseguire la concentrazione del potere economico, lo Sherman Act non potesse applicarsi ai singoli lavoratori, quali ad esempio, «practicing doctors, small farmers, small franchisees, or other small players» – Warren S. Grimes, *The Sherman Act’s Unintended Bias against Lilliputians: Small Players’ Collective Action as a Counter to Relational Market Power*, 69 *Antitrust Law Journal* 195 (2001) – agli inizi del ‘900 la Corte Suprema stabilì che uno sciopero di secondo livello doveva considerarsi una restrizione irragionevole del commercio interstatale e che i singoli sindacalisti potevano essere ritenuti personalmente responsabili dei danni causati – cfr. 208 U.S. 274 (1908). Di conseguenza, per porre riparo a questa stretta nei confronti delle rappresentanze collettive, nel 1914 venne formulata la Sect. 6 del Clayton Act dove si affermava che «the labor of a human being [is] not a commodity or article of commerce» e che, di conseguenza, le Corti non possono impiegare lo Sherman Act per proibire l’esistenza e l’azione dei sindacati e il perseguimento dei loro obiettivi naturali. A seguito dei casi che nacquero per effetto dell’incerta individuazione dei confini della Sect. 6 del Clayton Act, il Congresso approvò nel 1932 il Norris-La Guardia Act e nel 1935 il National Labour Act Act (Wagner Act). Il primo confermava il diritto dei lavoratori ad organizzarsi in sindacati e a sviluppare forme di contrattazione collettiva, limitando così l’intervento delle corti alle «labour disputes». Il secondo riconosceva alla contrattazione collettiva un ruolo determinante con riguardo ai lavoratori che non erano in grado di provvedere da soli alla propria stabilità. Tuttavia, negli immediatamente successivi alla emanazione del Wagner Act anche il suo ambito di applicazione formò oggetto di scontro tra la Corte Suprema che lo estese ai lavoratori autonomi, nella misura in cui essi si rivelavano «workers who are subject, as a matter of economic fact, to the evils the statute was designated to eradicate» – cfr. *N.L.R.B. v. Hearst Publ’ns, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944) – e la maggioranza repubblicana che, successivamente, con il Taft-Hartley Act (1947) esclude espressamente che i lavoratori autonomi potessero godere dell’esenzione concessa dal Wagner Act. A questa che prende il nome di statutory exemption si aggiunge poi la c.d. non-statutory exemption i cui contorni sono stati definiti nel corso del tempo dai giudici, ma che rintracciano la loro origine in *Apex Hosiery v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940).

<sup>139</sup> *Meat Drivers v. United States*, 371 U.S. 94 (1962), 126.

efficiency and the progress of society as a whole: the best use of society's resources». <sup>140</sup> Analogamente, la recente legge irlandese ammette che i sindacati possano chiedere al ministro di poter contrattare collettivamente per conto dei «lavoratori autonomi completamente dipendenti», ossia agli individui che svolgono servizi per un'altra persona e il cui reddito deriva in misura rilevante da non più di due persone. E ciò purché i sindacati forniscano la prova che l'accordo: (i) non avrà o avrà un effetto economico minimo sul mercato in cui operano i lavoratori, (ii) non determinerà o determinerà costi significativi per lo Stato, e (iii) altrimenti non contravverrà ai requisiti della legge sulla concorrenza. <sup>141</sup>

Insomma, è possibile sottrarre alcune categorie di soggetti al diritto antitrust attraverso strumenti legislativi che individuano o delle esenzioni generali o delle esenzioni condizionate al verificarsi di alcuni requisiti, che potranno anche essere accertati di volta in volta dalle competenti autorità. Ma certo queste soluzioni, insieme a quella regolatoria per la fissazione delle tariffe minime e delle condizioni di lavoro, limitano la libertà contrattuale delle parti e quindi non sempre ben si attagliano a rispondere alle differenti esigenze di diversi gruppi di lavoratori.

## 6. Conclusioni

Quando un nuovo fenomeno si profila, ci si possono porre almeno due interrogativi: come disciplinarlo e se ripensare le categorie analitiche finora elaborate proprio alla luce dello stesso. Così, se, per un verso, questo scritto ha tentato di comprendere sotto quali condizioni la fattispecie concreta dei “service providers” possa ricondursi a quella astratta di “impresa”; per altro verso, esso ha provato a meglio dettagliare i confini di quest'ultima, per valutare se il più generale sviluppo tecnologico getti nuova luce sul ragionamento che induce a qualificare delle persone fisiche alla stregua di imprese.

Si è così avuto modo di osservare che, sotto il primo profilo, anche le piattaforme e i service providers possono essere o non essere qualificati come imprese a seconda dell'autonomia e dell'indipendenza di cui godono nella determinazione del prezzo e della qualità dei servizi veicolati dalla piattaforma. In altri termini, l'uso dei consueti criteri di qualificazione delle persone fisiche (e giuridiche) non danneggiano la comprensione e la disciplina della sharing economy.

Sotto il secondo profilo, l'avvento della sharing economy, la quale ha certamente comportato alcuni cambiamenti nel mondo del lavoro, insegna che al momento esistono *limiti esterni* alla nozione di impresa cara al diritto antitrust: limiti che trovano la loro radice nell'esigenza politico-sociale di garantire a soggetti deboli, come i lavoratori dipendenti e i falsi autonomi, il potere di aggregarsi per negoziare condizioni di lavoro migliori. Tuttavia, come si è cercato di argomentare, il medesimo risultato potrebbe essere raggiunto *rimanendo all'interno del perimetro del ragionamento antitrust sulla nozione di impresa*, ossia riconoscendo una seconda eccezione al principio di separazione – una deroga, cioè, che stabilisca che chi non è impresa nel mercato dei beni e dei servizi, perché non determina in modo autonomo e indipendente il prezzo e la qualità di quanto offre, non può essere impresa neanche nel connesso mercato del lavoro, perché le due attività sono tra loro inscindibili.

E stanti le molte perplessità che la categoria dei “falsi autonomi” ingenera nella comunità dei giuslavoristi, l'eleganza non sarebbe l'unico merito della soluzione qui proposta.

---

<sup>140</sup> Competition and Consumer Act 2010, Sections 88-90. Cfr. S. McCrystal, *Is there a “Public Benefit” in Improving Working Conditions for Independent Contractors? Collective Bargaining and the Trade Practices Act 1974 (Cth)*, 37 Federal Law Review 270 (2009).

<sup>141</sup> Section 15(F) Competition Act.

Ciò detto, però, resta vero che anche questa rilettura interna della nozione di impresa non impedirebbe al diritto antitrust di privare di una rappresentanza collettiva persone fisiche che, di là dal qualificarsi come lavoratori autonomi ai fini del diritto lavoro, sarebbero imprese deboli.