



QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA



Numero 3
Anno I
Ottobre/Dicembre 2011

CON CONTRIBUTI DI:

Eleonora Ciccone, Iacopo Pietro Cimino, Michele Contartese, Annalisa De Luca, Lisa Di Feliciano, Mario Ganau, Francesco Graziadei, Carlo La Rotonda, Federico Mastrolilli, Linda Briceño Moraia, Valerio Mosca, Gilberto Nava, Lara Prisco, Eugenio Prosperetti, Sara Rinaldi, Francesco Soro, Andrea Stazi, Rosetta Surdo.

SOMMARIO

Diritto Mercato Tecnologia
www.dimt.it
ISSN (Online edition): 2239-7442

SOMMARIO

SAGGI

Cultura, industria e proprietà intellettuale

Sulla interpretazione delle libere utilizzazioni per finalità di ricerca alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona p. 7

di Linda Briceño Moraia

Mercato, concorrenza e regolazione

Comunicazione della Commissione UE riguardo agli orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti p. 15

di Rosetta Surdo

Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie

Nuovi orientamenti dell'Agcom nella "regulation by litigation": definizione di obblighi e prezzi nei mercati non regolamentati ex ante p. 32

di Gilberto Nava e Valerio Mosca

Diritti della persona e responsabilità in rete

Identità personale nel sistema delle comunicazioni elettroniche: dai social network alla normativa comunitaria p. 51

di Francesco Soro e Annalisa De Luca

Osservatorio di Diritto Comparato

Barriers to the creation of cross-european video on demand services and compatibility of the existing practice of market fragmentation with the freedom of movement of goods and services p. 59

di Lisa Di Feliciano e Sara Rinaldi

SOMMARIO

COMMENTI

Cultura, industria e proprietà intellettuale

Brevi osservazioni sulle ultime iniziative legislative in materia di applicazione del diritto d'autore alle opere del disegno industriale p. 69

di Carlo La Rotonda e Federico Mastrolilli

La classificazione dei brevetti tra presente e futuro: l'accordo EPO-USPTO e la Cooperative Patent Classification (CPC) p. 75

di Eleonora Ciccone

Pratiche commerciali e tutela dei consumatori

Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali scorrette: excursus normativo e profili evolutivi p. 78

di Michele Contartese

Lo sviluppo del social advertising tra mercato e regole p. 94

di Andrea Stazi

Biotecnologie, ogm e vita

Dalle cellule staminali embrionali alla pluripotenza indotta: una nuova frontiera per una biotecnologia dal volto umano p. 96

di Mario Ganau e Lara Prisco

Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie

Ballando versus Baila: spunti su come considerare il plagio di un format televisivo p. 98

di Michele Contartese

Ballando con i format: brevi considerazioni sulla ordinanza cautelare del Trib. Roma, sez. IP, 26.9.2011 p. 101

di Eugenio Prosperetti

Diritti della persona e responsabilità in rete

"AdWords" di Google implica un controllo editoriale? p. 104

di Iacopo Pietro Cimino

SOMMARIO

Osservatorio di Diritto Comparato

Copyright related aspects of the broadband distribution of content p. 108

di Francesco Graziadei

The Court of Rome on hosting liability p. 112

di Giovanni Maria Riccio

CONVEGNI

Resoconto del convegno "Facebook et similia (profili specifici dei social network)" p. 113

di Federico Mastrolilli

COMITATO SCIENTIFICO

- Prof. Guido Alpa
- Prof. Vincenzo Di Cataldo
- Prof.ssa Giusella Finocchiaro
- Prof. Giorgio Floridia
- Prof. Gianpiero Gamaleri
- Prof. Alberto M. Gambino
- Prof. Gustavo Ghidini
- Prof. Andrea Guaccero
- Prof. Mario Libertini
- Prof. Francesco Macario
- Prof. Roberto Mastroianni
- Prof. Giorgio Meo
- Prof. Cesare Mirabelli
- Prof. Enrico Moscati
- Prof. Alberto Musso
- Prof. Luca Nivarra
- Prof. Gustavo Olivieri
- Prof. Cristoforo Osti
- Prof. Roberto Pardolesi
- Prof.ssa Giuliana Scognamiglio
- Prof. Giuseppe Sena
- Prof. Salvatore Sica
- Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich
- Prof. Andrea Zoppini

COMITATO EDITORIALE

- Andrea Stazi (Coordinatore di Redazione)
- Davide Mula (Vice - Coordinatore di Redazione)
- Emanuela Arezzo (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)
- Maximiliano Marzetti (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Francesca Nicolini (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Federica Togo (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Roberto Alma
- Sveva Bernardini
- Emanuele Bilotti
- Oreste Calliano
- Gianni Capuzzi

SOMMARIO

- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Michele Contartese
- Elio De Tullio
- Massimo Di Prima
- Massimiliano Dona
- Lifang Dong
- Philipp Fabbio
- Valeria Falce
- Nicoletta Falcone
- Marilena Filippelli
- Raffaele Giarda
- Francesco Graziadei
- Lucio Lanucara
- Antonio Liguori
- Elena Maggio
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Federico Mastrolilli
- Marianna Moglia
- Gilberto Nava
- Andrea Nuzzi
- Giovanni Nuzzi
- Maria Cecilia Paglietti
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Eugenio Prosperetti
- Maria Francesca Quattrone
- Ana Ramalho
- Andrea Renda
- Silvia Renzi
- Annarita Ricci
- Giovanni Maria Riccio
- Claudia Roggero
- Serena Rossi
- Eleonora Sbarbaro
- Cristina Schepisi
- Marco Scialdone
- Guido Scorza
- Benedetta Sirgiovanni
- Paola Solito
- Giorgio Spedicato
- Claudia Stazi
- Ferdinando Tozzi
- Francesco Vizzone

Sull'interpretazione delle libere utilizzazioni per finalità di ricerca alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona [1]

di
Linda Briceño Moraia

Sommario: 1. Premessa: la necessità di distinguere le varie libere utilizzazioni alla luce dell'interesse di cui esse sono espressione; 2. L'interpretazione delle libere utilizzazioni alla luce delle novità apportate dal Trattato di Lisbona sul sistema delle fonti; 3. L'applicazione del *Three Step Test*; 4. L'interpretazione delle disposizioni relative alle misure tecnologiche di protezione: il caso AnyDVD.

1. Premessa: la necessità di distinguere le varie libere utilizzazioni alla luce dell'interesse di cui esse sono espressione

Nell'alveo delle libere utilizzazioni occorre distinguere tra quelle che esprimono finalità di intrattenimento (*entertainment*) [2] da quelle che invece realizzano esigenze informative e pertanto riconducibili a libertà fondamentali, come quella di ricerca scientifica. Queste ultime sono espressione di principi generali che trovano riconoscimento sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (la c.d. Carta di Nizza) [3], sia nelle carte costituzionali dei vari Stati membri. Gli articoli 5.2 lett. c) [4] e 5.3 lett. a), d), h) e n) [5] della Direttiva c.d. *Information Society* esprimono l'interesse della collettività ad accedere alla conoscenza. Esso è riconosciuto nella Costituzione italiana all'art. 33, il quale recita «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento». Alla base dell'art. 5.3 lett. a) e n) vi è anche la libertà di ricerca scientifica e tecnica, sancita nell'art. 9 Cost.. E a fondamento dell'art. 5.3 c), f), k) [6] e n) vi è la libertà di espressione, codificata nell'art. 21 Cost. Le libertà menzionate, ovvero quella di espressione e di informazione, di ricerca scientifica, di istruzione sono riconosciute rispettivamente agli articoli 11, 13, e 14 della Carta di Nizza [7].

Tali libere utilizzazioni esprimono interessi costituzionali di rango superiore a quello su cui si basa la proprietà intellettuale, e il cui fondamento è stato ricondotto alla libertà di iniziativa economica privata, espressa nell'art. 41 della Cost. italiana [8]. Nella Carta di Nizza la protezione della proprietà intellettuale è invece riconosciuta all'art. 17, dedicato al diritto di proprietà.

2. L'interpretazione delle libere utilizzazioni alla luce delle novità apportate dal Trattato di Lisbona sul sistema delle fonti

Si è sostenuto che le libere utilizzazioni dovrebbero essere interpretate restrittivamente in virtù del principio *singularia non sunt extendenda* [9]. Tuttavia tale considerazione non sembra sufficiente a fondarne una loro interpretazione restrittiva [10]: i principi ermeneutici dovrebbero essere invece individuati alla luce della loro *ratio* e della loro origine convenzionale. Per quanto riguarda il primo profilo, l'interpretazione delle libere utilizzazioni deve tenere conto dell'interesse ad esse sotteso e della necessità di operare un bilanciamento con quello del titolare [11]. In particolare, le libere utilizzazioni per finalità di ricerca sono

espressione di principi generali, riconosciuti non sono nelle Carte Costituzionali dei vari Stati membri [12], ma appartenenti all'Unione Europea intesa come ordinamento sovranazionale distinto dagli Stati che ne fanno parte. Più precisamente, tali principi sono codificati nella Carta di Nizza e nella Convenzione dei diritti dell'Uomo (di seguito, CEDU), e successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sia la Carta di Nizza che la CEDU costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE [13]. Inoltre, l'art. 6.3 del Trattato ribadisce che *«i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»*.

Il secondo profilo in base al quale dovrebbero essere ricavati i criteri ermeneutici è legato all'origine comunitaria della normativa considerata: essa ne impone un'interpretazione autonoma e uniforme [14]. L'applicazione di questo criterio si collega al primo, integrandolo. I principi generali del diritto nella gerarchia delle fonti occupano una posizione intermedia tra diritto primario e diritto secondario, con il corollario che essi non possono costituire parametro di validità rispetto alle norme di diritto primario [15]. Tuttavia, il criterio di interpretazione autonoma e uniforme ne impone la considerazione nell'esegesi delle norme di diritto derivato [16]. L'art. 6.2 del Trattato UE dispone che *«I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni»*. In questo quadro, l'art. 51.1 della Carta di Nizza, rubricato "Ambito di applicazione", prevede che *«le disposizioni della presente carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze»*.

L'art. 51.1 della Carta di Nizza, entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, impone quindi agli Stati membri di attuare il diritto derivato in conformità ai principi in essa espressi, invero *promuovendone* l'applicazione [17]. Ove le libere utilizzazioni siano espressione di tali principi, una loro interpretazione restrittiva pregiudicherebbe la coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico dell'UE, e rifletterebbe un approccio auto-referenziale alla proprietà intellettuale contrario alle previsioni del Trattato e della Carta di Nizza. Come è stato efficacemente sottolineato dal Prof. Lucas, il diritto di autore non può essere un sistema *«autarcique, ne peut être discrétionnaire»* [18]. L'interpretazione delle norme a tutela della proprietà intellettuale non può quindi prescindere dal quadro generale entro cui sono ravvisabili le libertà fondamentali che essa mira a promuovere. Più precisamente, il carattere speciale della disciplina non ne impone un'interpretazione "auto-referenziale", che non tenga conto dei principi generali da cui essa stessa trae ispirazione. Nonostante sia auspicata dalla stessa Direttiva *Information Society*, l'opportunità di una interpretazione restrittiva delle libere utilizzazioni dovrebbe essere riconsiderata alla luce dell'assetto delle fonti così come delineato dal Trattato di Lisbona. Anche la Corte di Giustizia si è sempre espressa in senso favorevole ad una interpretazione restrittiva delle libere utilizzazioni, e si veda da ultimo la sentenza sul caso *Infopaq* del 16 luglio 2009 [19]. Tuttavia, l'orientamento sembra riguardare le libere utilizzazioni per finalità

di *entertainment* ed è antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona in data 1 dicembre 2009. Ad oggi non si rinvergono decisioni successive al nuovo assetto delle fonti delineato dal Trattato.

3. L'applicazione del *Three Step Test*

Mentre nella Convenzione di Berna il c.d. "*three step test*" è rivolto solo al legislatore [20], la Direttiva *Infosoc* non indica esplicitamente se destinatario del c.d. "*three step test*" sia esclusivamente l'organo legislativo o anche quello giurisdizionale [21]. Tuttavia la norma si riferisce espressamente all'*applicazione* di tale *test*, e pertanto sembra essere diretta anche all'organo che appunto "applica" le norme, vale a dire quello giurisdizionale [22]. Il "*three step test*" prevede che le eccezioni al diritto di autore: "*shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder*". Come il TRIPS, anche la Direttiva *InfoSoc* si riferisce ai c.d. "*rightholders*", ovvero ai titolari dei diritti. Tuttavia, sia la Convenzione di Berna che i Trattati WIPO fanno espresso riferimento al legittimo interesse dell'autore ("*an unjustified prejudice to the legitimate interest of the author*"). E poiché non sempre l'interesse dei titolari dei diritti e quello dell'autore coincidono, entrambi devono essere presi in considerazione nell'applicazione del "*three step test*" [23].

In presenza di libere utilizzazioni per finalità di ricerca scientifica, l'interesse principale degli autori coincide con la maggior diffusione possibile della propria opera nella comunità scientifica di riferimento. Inoltre, occorre considerare che la "*scholarly literature is predominantly royalty-free literature*" [24]. L'applicazione del *three step test* non dovrebbe quindi precludere la possibilità di interpretare estensivamente o analogicamente questa tipologia di libere utilizzazioni, avendo riguardo all'interesse dell'autore a diffondere i risultati della propria ricerca. Anche nella *Declaration on a Balanced Interpretation of the "Three-Step-Test"* del *Max Planck Institute* è stato rilevato che in alcune circostanze le libere utilizzazioni possono *favorire* l'interesse degli autori, e non solo quello dei fruitori delle loro opere [25].

La formulazione in termini piuttosto generali del *test* impone quindi di specificarne di volta in volta il significato avendo riguardo alla natura dell'interesse tutelato dalle varie libere utilizzazioni [26]. E anche in questo caso dovranno essere tenuti in considerazione i principi espressi nella Carta di Nizza e della CEDU: tali fonti sono gerarchicamente sovraordinate alle direttive, e pertanto esigenze di coerenza sistematica impongono un'applicazione del *Three Step Test* che tenga conto anche di tali interessi oltre a quello del titolare dei diritti "in senso stretto" [27].

4. L'interpretazione delle disposizioni relative alle misure tecnologiche di protezione: il caso AnyDVD.

I criteri ermeneutici individuati possono essere utilizzati anche con riferimento alla disciplina prevista in tema di misure tecnologiche di protezione, e una lettura analoga sembra aver guidato anche una recente decisione della Corte Suprema tedesca [28]. Quest'ultima ha infatti interpretato la norma domestica di recepimento dell'art. 6 della Direttiva *Infosoc* ("*obligations as technological measures*") alla luce dell'art. 11 della CEDU. Più precisamente, si tratta di una causa

avviata da diverse case discografiche contro un *online publisher* (Heyse Verlag), specializzato in *IT* e *computer news*. Quest'ultimo, all'interno del proprio sito, rinviava ad un *link* di un terzo operatore (SlySoft), il quale offriva software che consentivano l'aggiramento di misure di protezione per DVD. Le Corti di prima e seconda istanza hanno ritenuto che la condotta di Heyse costituisse una violazione del diritto di autore. Diversamente, la Corte Suprema ha ritenuto che il rinvio ad un sito in cui vengono offerti *software* per aggirare MPT fosse coperto dal diritto costituzionale della libertà di stampa, di espressione e di opinione ex art 5 della Costituzione Tedesca e sancito nell'11 della CEDU. La Corte ha quindi rilevato che l'interesse pubblico ad essere informati prevale rispetto alla possibile violazione dei diritti d'autore che possono derivare dall'utilizzo di sistemi per aggirare MPT. Tale sentenza suggerisce le seguenti riflessioni. L'interpretazione costituzionalmente orientata indicata per libere utilizzazioni potrebbe essere condotta anche con riferimento alle norme che riconoscono la protezione di MTP. Queste disposizioni rappresentano una sorta di tutela *ex ante* rispetto a quella riconosciuta dal diritto di autore [29], e determinano una limitazione del diritto dei terzi ad accedere ai contenuti [30]. Inoltre, se tale interpretazione è stata condotta con riferimento ad una possibile violazione del diritto di autore per contenuti di *entertainment*, a maggior ragione essa dovrebbe valere nei casi di contenuti scientifici e di ricerca protetti da MPT. In questi casi, «*the protection of privileged exceptions (given their connection to core freedoms) need to prevail over the legal protection of DRM*» [31]. In via generale occorre peraltro considerare che i contenuti di ricerca non possono essere ugualmente sostituibili [32], ma ogni apporto scientifico rappresenta di per sé un *unicum*. In determinati casi essi possono acquisire carattere essenziale per la prosecuzione delle ricerche stesse. Come evidenziato dal Prof. Hilty, in queste ipotesi «*scientific information acquires the character of an "essential facility"*» [33]. La lettura suggerita dal BGH potrebbe quindi suggerire un approccio giurisprudenziale meno restrittivo di quello auspicato dalla Direttiva del 2001, e coerente con il sistema delle fonti recentemente delineato dal Trattato di Lisbona.

De jure condendo, devono essere pienamente sostenute le proposte di riforma della Direttiva *InfoSoc* indicate dal *Max Planck Institute* relative alle eccezioni e limitazioni poste a tutela della libertà di ricerca scientifica. E secondo cui queste ultime dovrebbero essere obbligatoriamente introdotte dagli Stati membri, immuni dall'applicazione di misure tecnologiche di protezione [34]. È stato infatti ampiamente sottolineato che il carattere facoltativo dell'elenco di libere utilizzazioni previsto dalla Direttiva ha avuto (in particolare) un duplice effetto negativo. Da una parte, non vi è uniformità tra le normative di recepimento dei vari Stati membri, ostacolando così la creazione di servizi *cross-border*. Da un'altra parte, le libere utilizzazioni sono state recepite in modo più restrittivo rispetto agli spazi consentiti dalla direttiva, dando adito a possibili disparità di trattamento tra i cittadini dell'UE, in contrasto con il principio di non discriminazione [35].

Note:

[1] Il testo costituisce una sintesi della ricerca svolta nell'ambito del Progetto "La cultura del diritto d'autore", promosso dalla CRUI (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane), dalla SIAE (Società Italiana Autori e Editori) e dall'AIE (Associazione Italiana Editori). Lo scritto intitolato "Il diritto di autore nell'economia

della conoscenza: le eccezioni al diritto di autore a scopo di ricerca” (di Gustavo Ghidini, Linda Briceño e Patrizia Errico) è stato presentato in occasione del Convegno “USER@IT” tenutosi il 16 settembre 2011 presso la John Cabot University di Roma ed è reperibile sul sito

http://dirittoautore.cab.unipd.it/progetti/GG-LB-PE_%20Paper%20convegno.pdf

[2] Cfr. per esempio art. 5.2 (a), (b) e art. 5.3 (j), (l), (m) della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *GU* n. L 167 del 22/06/2001.

[3] Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, C 364/5, proclamata nel corso del Consiglio Europeo di Nizza del 20 dicembre 2000, e adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

[4] Art. 5 c. 2 prevede che «gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al *diritto di riproduzione* di cui all'articolo 2 per quanto riguarda»: [...] «c) gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto».

[5] Ex art. 5.3 «gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 (*diritto di riproduzione*) e 3 (*diritto di comunicazione di opere al pubblico e di messa a disposizione*) nei casi seguenti: «a) allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito»; [...] d) «quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico»; [...] h) «quando si utilizzino opere, quali opere di architettura o di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici; n) quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni di cui al paragrafo 2, lettera c), di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza; [...]».

[6] [...] f) «quando si tratti di allocuzioni politiche o di estratti di conferenze aperte al pubblico o di opere simili o materiali protetti, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore»; k) «quando l'utilizzo avvenga a scopo di caricatura, parodia o plastiche».

[7] http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf

[8] Cfr. GEIGER, GRIFFITHS, HILTY, *Declaration on a balanced interpretation of the “Three Step Test” in Copyright Law*, in *IIC* 2008 (Declaration, p. 2). Cfr. anche A. LUCAS, *Droit d'Auteur et Liberté d'Expression*, in *Actes des Journées d'Étude ALAI*, 19 - 20 Giugno 2006, Barcellona, Huygens Editorial, 2008, 79, secondo cui «*Je suis assez réservé sur l'opinion, qui fonde la première thèse. Selon laquelle il y aurait une balance exacte, un équilibre rigoureux à observer entre les droits de l'auteur et ceux du public. Qu'il faille tenir compte des intérêts du public est incontestable. Que cela participe à la définition même du droit d'auteur est plus discutable. Ce*

*n'est pas ainsi qu'on définit le droit de propriété (même si l'on tient compte à certains égards de sa "fonction sociale"). Il n'y a pas de raison décisive de raisonner autrement ici». Al contempo, l'Autore riconosce che «Les exceptions soient interprétées en tenant compte de leur fondement», e pertanto, poichè «certains exceptions sont clairement fondées sur la liberté d'expression: citation, parodie ... il faut leur donner toute la portée possible, nonobstant la règle d'interprétation stricte». In senso contrario cfr. Invece Y. GAUBIAC, *Exceptions au droit d'auteur facilitant l'accès aux oeuvres et leur usage*, *ibid*, 420. Cfr. inoltre L.C. UBERTAZZI, *Il fondamento costituzionale del diritto di autore*, in *Id*, *I diritti di autore e connessi - Scritti*, Quaderni di Aida n. 5, Milano, Giuffrè, 2000; G. ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA*, 2005, 576. Sul tema delle libere utilizzazioni in generale cfr. *ex multis* L.C. UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, in *AIDA* 1994, 78; M. RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in *AIDA* 1996, 115 ss.; A. MUSSO, *"Impresa" museale e libere utilizzazioni delle opere d'arte*, in *AIDA* 1999, 195 ss; N. ABRIANI, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in *AIDA* 2002, 98 ss.; A. M. GAMBINO, *Le utilizzazioni libere: cronaca, critica e parodia*, in *AIDA* 2002, 127 ss; P. SPADA, *Conclusioni*, in *AIDA* 2005, 217 ss.; R. PENNISI, *Gli utilizzatori*, in *AIDA*, 2005, 187; V. ZENO-ZENCHOVICH, *Freedom of expression. A critical and comparative analysis*, Routledge, 2008, 113 ss.; A. M. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto di autore*, Edizioni Art, 2008; *Dichiarazione "Un'interpretazione equilibrata del Three-Step Test nel diritto d'autore* (traduzione a cura di M. RICOLFI e T. MARGONI), in *Il Diritto di Autore*, 2/2009, 358; G. GHIDINI, A. STAZI (a cura di), *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale*, Luiss University Press, 2011.*

[9] Cfr. MUSCHELER, *Singularia non sunt extendenda*, in DRENSECK/SEER (ed.), *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag*, 2001.

[10] Sulla compatibilità logica tra diritto eccezionale ed estensione analogica cfr. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto* (edizione a cura di P. Di Lucia), Milano 2006, 200 ss.. V. inoltre LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, 38, il quale sottolinea che «sarà comunque il giudice a dover determinare quando una norma debba dirsi eccezionale, anche perché il generale e l'eccezionale sono termini evidentemente relativi».

[11] Naturalmente tale valutazione non potrà essere svolta su un piano meramente astratto, ma dovrà tenere conto delle specifiche circostanze del caso in esame. Per esempio, una collezione cinematografica potrebbe in astratto rientrare nel genere delle opere che realizzano finalità di *entertainment*. Ove però tale collezione sia oggetto di studio in una scuola o in università, la necessità di poter accedere ai relativi contenuti appare riconducibile alla libertà di ricerca, cfr. P. AKESTER, *The impact of Digital Rights Management on freedom of expression - the first empirical assessment*, in *IIC* 2010, 41. E' stato infatti osservato che "in realtà qualsiasi utilizzazione di opere dell'ingegno può favorire le attività di ricerca ed insegnamento, e può dunque essere strumentale ad un "uso didattico o scientifico", D. SARTI, *La "privatizzazione" dell'attività della Siae. Diritto d'autore, reti telematiche e libere utilizzazioni per scopi didattici*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 2, 2009, 373; *Id*, *Il prestito bibliotecario fra diritti esclusivi, compensi e obiettivi di promozione culturale*, in *AIDA*, 2007, 601.

[12] Non si intende infatti invocare la c.d. “teoria dei controlimiti”. In senso critico cfr. anche R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA* 2005, 24.

[13] Il Trattato di Lisbona è stato firmato il 13 Dicembre 2007 ed è in vigore dal 1 Dicembre 2009. Per quanto riguarda la Carta di Nizza, l'art. 6.1 del Trattato UE riconosce ora che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni». Per quanto riguarda la CEDU, l'art. 6.2 prevede che «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati». Infine, in base all'art. 6.3 «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

[14] Cfr. sul punto R. ROMANDINI, *sub art.* 4 l. 22 febbraio 2006, n. 78, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, Cedam, 2007, 1375.

[15] L. M. DÍEZ PICAZO, *Le relazioni tra U.E. e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in S. P. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, 278.

[16] L. M. DÍEZ PICAZO, *Le relazioni tra U.E. e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, 278.

[17] In questo senso cfr. BGH, 14 ottobre 2010, I ZR 191/08, “AnyDVD”, *infra*.

[18] A. LUCAS, *Droit d'Auteur et Liberté d'Expression*, *Actes des Journées d'Étude ALAI*, 19 - 20 Giugno 2006, *cit.*, 80.

[19] C-5/08: Sentenza della Corte (Quarta Sezione) 16 luglio 2009 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Højesteret — Danimarca) — Infopaq International A/S/Danske Dagblades Forening.

[20] Cfr. Art. 9.2 Convenzione di Berna.

[21] Art. 5.5 della Direttiva *Infosoc*.

[22] Cfr. C. GEIGER, *The Three Step Test, a threath to a balanced copyright law?*, in *IIC*, 2006, 684.

[23] Cfr. C. GEIGER, *Rethinking copyright limitations in the Information Society - The Swiss Supreme Court Leads the Way*, in *IIC* 2008, 948, citando la decisione commentata (Swiss Federal Supreme Court (“Bundesgericht”), 1st Civil Division, 26 giugno 2007, in *GRUR Int.* 2007, 1046; GEIGER, GRIFFITHS, HILTY, *Declaration on a balanced interpretation of the “Three Step Test” in Copyright Law*, in *IIC* 2008.; R. M. HILTY, *Copyright Law and the Information Society - Neglected adjustments and their consequences*, in *IIC*, 2007, 136.

[24] Cfr. *European Commission - Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy - Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, p. 2.

- [25] GEIGER, GRIFFITHS, HILTY, *Declaration on a balanced interpretation of the “Three Step Test” in Copyright Law*, in IIC 2008, 710 e *Declaration*, p. 3 (b). Cfr. inoltre C. GEIGER, *Creating copyright limitations without legal basis: the “Buren” decision, a liberation?*, in IIC, 2005, 848.
- [26] Cfr. anche C. GEIGER, *The Three Step Test, a threat to a balanced copyright law?*, in IIC, 2006, 696 e la dottrina ivi citata; S. DUSOLLIER, *The role of the lawmaker and of the judge in the conflict between copyright exceptions, freedom of expression and technological measures*, in *Actes des Journées d’Étude ALAI*, 19 - 20 Giugno 2006, Barcellona, Huygens Editorial, 2008, 573.
- [27] C. GEIGER, *The role of the Three Step Test in the adaptation of Copyright Law to the Information Society*, in *e-Copyright Bulletin*, January - March 2007, 18.
- [28] *Bundesgerichtshof*, Urteil des I. Zivilsenats vom 14.10.2010 - I ZR 191/08 - OLG München. Il testo della sentenza è reperibile in lingua tedesca al sito <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=55723&pos=4&anz=621>
- [29] G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Edward Elgar, 2010, 113.
- [30] Sul tema cfr. *amplius* G. GHIDINI, A. STAZI (a cura di), *Accesso a informazione e conoscenza nell’era multimediale*, Luiss University Press, 2011.
- [31] P. AKESTER, *The impact of Digital Rights Management on freedom of expression - the first empirical assessment*, in IIC 2010, 45.
- [32] Cfr. *European Commission - Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy - Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, p. 6.
- [33] R. M. HILTY, *Copyright Law and the Information Society - Neglected adjustments and their consequences*, in IIC, 2007, 136.
- [34] “those exceptions or limitations that are most relevant to scientific research should be mandatory, immune from contractual agreements and technological protection measures, and should be construed as providing a bottom line, which national legislation shall not fall below. In return, original rightholders should receive adequate compensation. As an accompanying measure, Art. 6(4) InfoSoc Directive needs revision so as to follow such a sector-specific approach, making relevant limitations and exceptions in the field of science and research immune against TPMs”; cfr. *European Commission - Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy - Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, p. 9. Cfr. anche L. GUIBAULT, *Copyright exceptions restricted by contracts and technological protection measures. Possible counterbalances?*, in *Actes des Journées d’Étude ALAI*, 19 - 20 Giugno 2006, Barcellona, Huygens Editorial, 2008, 567.
- [35] M. VAN EECHOUUD - P. BERNT HUGENHOLTZ - S. VAN GOMPEL - L. GUIBAULT - N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law - The challenges of better lawmaking*, Kluwer Law International, 2009, 106.

***Comunicazione della Commissione UE riguardo agli orientamenti sulle
priorità nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento
abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti***

di
Rosetta Surdo*

Abstract: The European Commission set out the enforcement priorities that will guide its action in applying Article 102 TFUE to the principal exclusionary conducts by dominant undertakings, including predatory pricing. The emerging discipline requires as a pre-requisite of relevant cases, the deliberate profits sacrifice by the dominant undertaking and the anticompetitive foreclosure effects, assessed by examining a series of economic elements. Such a focus on effects, rather than on the formal features of the undertaking strategy, is particularly valuable. However, excessive discretionary interventions by the Commission are likely to discourage benevolent phenomena of low pricing and be used for protectionist purposes.

Sommario: 1. Premessa; 2. Gli obiettivi del *Guidance Paper*; 2.1 Il testo della Comunicazione: il *sacrifice test*; 2.2. La preclusione anticoncorrenziale; 2.3. Sulla (ir)rilevanza del *recoupment*; 2.4. L'*above-cost predation*; 2.5. Le obiettive giustificazioni economiche del comportamento; 3. Il tentativo di abbandono dell'intento da parte della Commissione; 3.1. Il ruolo dell'intento nell'art. 102 TFUE e nel *predatory pricing*; 3.2. Le conseguenze della prova dell'intento eliminatorio: intento come succedaneo dell'effetto anticoncorrenziale; 4. Conseguenze prevedibili in termini di politica applicativa; 5. Efficacia e adeguatezza della Comunicazione.

1. Premessa.

In sede di dibattito sull'applicazione dell'articolo 102 TFUE (ex art. 82 TCE), la Commissione europea è stata spesso accusata di aver attuato un approccio formalistico, a discapito di più accurate valutazioni economiche e di mercato che avrebbero, forse, consentito una disciplina più adeguata degli abusi di posizione dominante. Nel 2005, a tal proposito, l'Organo comunitario ha avviato un'interessante riflessione sulla politica alla base dell'articolo 102 TFUE pubblicando un documento di discussione-*Discussion Paper*- al fine di promuovere un dibattito su come proteggere al meglio i mercati europei dai comportamenti escludenti che rischiano di indebolire la concorrenza. Il documento delinea una possibile metodologia per la valutazione di alcune delle più diffuse pratiche di esclusione abusive, *tra cui*, le riduzioni predatorie [1]. Quasi tre anni dopo, nel dicembre del 2008, la Commissione ha emanato un documento formale sulle priorità d'applicazione dell'articolo 102 TFUE, che sarà pubblicato nel 2009 (di seguito *Guidance Paper*) [2]. Analizzeremo, di seguito, il contenuto del documento.

2. Gli obiettivi del *Guidance Paper*.

La Comunicazione sulle priorità applicative, quale strumento di *soft law* non destinato ad avere valenza giuridica né a pregiudicare l'interpretazione dell'articolo 102 TFUE da parte delle corti comunitarie, evidenzia i parametri che indirizzeranno l'azione della Commissione nell'applicazione del diritto comunitario, sui comportamenti unilaterali escludenti. Mira altresì a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità all'approccio della Commissione sui casi meritevoli di attenzione, nonché a orientare il comportamento delle imprese nel valutare la liceità o meno dello stesso.

L'obiettivo è, dunque, un'applicazione dell'articolo che garantisca un valido funzionamento dei mercati e il conseguimento, da parte dei consumatori finali [3], degli efficienti vantaggi derivanti dalla concorrenza effettiva tra imprese, imperniata sui meriti dei prodotti o dei servizi che forniscono. Nel perseguire tali propositi, la Commissione rimane in ogni modo attenta a non tralasciare la tutela dell'efficace processo concorrenziale quale vera finalità del sistema giuridico, adeguando l'approccio illustrato nella misura in cui questo risulti ragionevole e adeguato nei singoli casi.

2.1. Il testo della Comunicazione: il *sacrifice test*.

Riguardo ai comportamenti escludenti imperniati sui prezzi, la Commissione sancisce la generale proficuità di una concorrenza vivace incentrata sugli stessi. Onde impedire un'eventuale preclusione anticoncorrenziale, l'intervento comunitario sarà effettuato esclusivamente qualora il comportamento in questione abbia già ostacolato, o sia atto a ostacolare, la concorrenza da parte dei concorrenti che sono considerati efficienti quanto l'impresa dominante (anche se, in effetti, nella sua Comunicazione, la Commissione accetta che in «determinate» e non indicate «circostanze» potrebbe essere necessario proibire condotte di *low-pricing* al fine di proteggere i concorrenti meno efficienti).

Più in particolare, per i casi di predazione, la Commissione propone un *test* innovativo. Dalla Comunicazione si evince, difatti, che l'Organo comunitario interverrà generalmente quando l'impresa dominante: «sostiene deliberatamente perdite o rinuncia a profitti a breve termine (un comportamento definito in seguito "sacrificio"), in modo da precludere o avere la probabilità di precludere il mercato a uno o più dei suoi concorrenti reali o potenziali allo scopo di rafforzare o di mantenere il suo potere di mercato, causando quindi un danno ai consumatori».

All'interno di tale nuovo contesto, la Commissione propone essenzialmente un "*sacrifice*" *test* [4], considerando per l'appunto un sacrificio il comportamento secondo il quale l'impresa dominante: «applicando un prezzo più basso per tutta la sua produzione o per una sua parte particolare durante il periodo rilevante, o ampliando la sua produzione durante il periodo rilevante, sostiene o ha sostenuto perdite che avrebbero potuto essere evitate, sostenendo in tal modo un sacrificio economico [5]».

A tal proposito, sarà utilizzato il CEM (costo evitabile medio) come criterio valutativo per determinare se l'impresa dominante sostiene, o ha sostenuto, perdite evitabili. I prezzi inferiori al CEM costituiscono generalmente un chiaro indice di sacrificio [6].

Il concetto di *profit sacrifice* non comprende, dunque, soltanto la fissazione di prezzi al di sotto di tale valore. Per dimostrare l'esistenza di una strategia

predatoria, l'Organo comunitario può anche valutare se il comportamento d'impresa «ha determinato a breve termine entrate nette più basse rispetto a quanto ci si sarebbe potuti attendere da un comportamento ragionevole alternativo, ossia se l'impresa dominante ha sostenuto una perdita che avrebbe potuto essere evitata [7]».

Da quanto detto, dunque, si evince che la predazione non si riscontri esclusivamente in presenza di vendite al di sotto dei costi di produzione, ma che la stessa possa anche manifestarsi allorquando l'impresa stia realizzando profitti inferiori rispetto a una condotta di prezzo alternativa.

La Commissione, a tal fine, confronterà il comportamento effettivo esclusivamente con alternative economicamente razionali e praticabili che può prevedere - tenendo conto delle condizioni di mercato e delle realtà commerciali che affronta l'impresa dominante - siano realisticamente più proficue.

Nonostante il tentativo di formulazione di un *test* chiaro e agevole, una tale enunciazione rimane piuttosto ampia, lasciando grande incertezza applicativa [8]. La Comunicazione non menziona, infatti, in conformità a quali valutazioni considererà "deliberato" il sacrificio di profitti; sembra piuttosto che la deliberatività della scelta sia presunta. Ciò è supportato dall'affermazione secondo la quale l'impresa non incorrerà in sanzioni qualora dimostri che la sua decisione *ex ante*, ossia prima di porre in essere una determinata condotta, sia stata presa in buona fede. In altre parole, l'impresa deve dimostrare che la propria politica di prezzo, *ex ante*, aveva una precisa giustificazione economica, nonostante la stessa abbia determinato *ex post* una perdita di profitto.

Il criterio del deliberato sacrificio è, però, solo il primo elemento del *test* sul *predatory pricing*, ed ha essenzialmente una funzione di *screening*: filtrare i casi al fine di concentrarsi su quelli che possano causare reali effetti anticompetitivi.

2.2. La preclusione anticoncorrenziale.

Il successivo elemento del *test* - ovvero la preclusione anticoncorrenziale [9] - richiede l'applicazione dell'*as efficient competitor test* così come descritto più volte dalla Commissione. Dall'analisi della Comunicazione si desume che i prezzi inferiori al CEM comportino una presunzione di preclusione anticoncorrenziale oltre che di deliberato sacrificio dei profitti e, pertanto, siano considerati abusivi, salvo che l'impresa non presenti obiettive giustificazioni.

Con riferimento ai prezzi superiori al CEM, ma inferiori al CIMLP (costo incrementale medio di lungo periodo), tale prezzazione intermedia indica che l'impresa non sta recuperando i costi fissi e che dunque un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere precluso dal mercato, ma ciò non è sufficiente ai fini di un abuso. La Commissione dovrà, pertanto, esaminare anche tutti gli altri fattori che sono rilevanti ai fini della preclusione, quali la posizione dell'impresa, dei suoi concorrenti e dei clienti, le caratteristiche del mercato rilevante e la portata della condotta. Oltre a ciò, l'Organo comunitario farà riferimento a ulteriori fattori specifici per uno scenario di predazione, quali la rilevanza delle asimmetrie informative, la capacità di distorcere i segnali di mercato sulla profittabilità dello stesso [10].

La Commissione sembra, dunque, voler abbandonare la nozione d'intento, come secondo elemento del *test*, a favore di un'interpretazione dei summenzionati fattori quali indici di probabile preclusione. A tal proposito, la documentazione interna dell'impresa attestante l'intenzionalità del sacrificio finalizzato

all'esclusione di un rivale o all'impedimento dell'ingresso sul mercato, o le concrete prove di minacce in tal senso [11], saranno utilizzate esclusivamente al fine di interpretare la condotta, ossia a supporto dell'onere probatorio, anziché come prova dell'intento.

Una tale terminologia è più chiara e l'attenzione sugli effetti, anziché sulle caratteristiche formali della strategia, sembra sia più in linea con l'oggettiva natura del concetto di abuso [12].

2.3. Sulla (ir)rilevanza del *recoupment*.

Nella sezione riguardante la "preclusione anticoncorrenziale", la Commissione considera svariate forme di recupero dell'investimento sostenuto dal predatore, quali la possibilità di aumentare i prezzi a seguito dell'uscita del rivale, scoraggiare l'ingresso sul mercato e "disciplinare" i concorrenti impedendogli di competere in modo deciso e spingendoli ad allinearsi ai prezzi dell'impresa dominante. In aggiunta, si riconosce la possibilità che l'impresa dominante acquisisca una reputazione di predatrice (il che scoraggerà l'ingresso sul mercato o disciplinerà la condotta dei rivali sugli altri mercati). Tuttavia, nonostante i relativi dettagli sulle possibili utilità della condotta, la Commissione utilizza un'ampia formula per descrivere il danno ai consumatori: è sufficiente che sia "probabile che l'impresa sia in grado di trarre un vantaggio dal sacrificio fatto", non è invece richiesta alcuna prova di generali profitti [13]. Dunque, al fine di evitare eventuali dubbi sulla necessità o meno del *recoupment test* [14], la Commissione ha espressamente sancito il proprio intervento non solo qualora l'impresa in questione sia in grado di rialzare i prezzi a seguito della condotta anticompetitiva, ma anche quando sia probabile che il suo comportamento eviti o ritardi una discesa dei prezzi che si sarebbe altrimenti verificata [15].

La Corte di giustizia, nel primo caso comunitario successivo alla pubblicazione del *Guidance Paper* (caso France Télécom) ha confermato l'irrelevanza del recupero, rilevando, tuttavia, come lo stesso possa essere impiegato come fattore di valutazione aggiuntivo ai fini dell'abuso, ulteriormente legittimante l'intervento *antitrust* [16].

2.4. L'*above - cost predation*.

Fiorenti dibattiti sono sorti in dottrina sull'eventuale predatorietà delle riduzioni di prezzo al di sopra dei costi dell'impresa [17]. Se negli Stati Uniti tali prezzi sono pienamente leciti e rappresentano politiche commerciali profittevoli per i consumatori [18], in Europa non beneficiano di una presunzione assoluta di liceità. La prezzazione sopra i costi potrebbe, infatti, ricadere nella disciplina degli sconti selettivi, in presenza di particolari circostanze, o essere considerata abusiva in casi eccezionali (caso Compagnie Marittime Belge [19]). Nel nuovo *Guidance Paper* la Commissione si riserva di valutare, anche qualora i prezzi si collochino sopra i costi di produzione, se il presunto comportamento predatorio abbia determinato, a breve termine, entrate nette più basse di quelle che ci si poteva attendere da un comportamento alternativo economicamente razionale e praticabile. Poiché la Commissione ha ribadito la possibilità di intervenire anche qualora il comportamento possa avere effetti preclusivi nei confronti dei concorrenti meno efficienti, in determinate circostanze [20], non è esclusa la possibilità di un intervento sanzionatorio qualora l'offerta dei prezzi particolarmente ridotti

prevenga l'entrata o la crescita di concorrenti potenzialmente altrettanto efficienti [21].

Una simile valutazione tuttavia rischia di deviare il processo concorrenziale dalla finalità di riduzione dei prezzi a beneficio dei consumatori finali, per proteggere concorrenti meno efficienti.

2.5. Le obiettive giustificazioni economiche del comportamento.

Con la Comunicazione, la Commissione sembra sia scettica sulla possibilità che il *predatory pricing* produca delle efficienze, tuttavia non ne esclude un impiego per il raggiungimento di economie di scala o di efficienze relative all'espansione del mercato [22].

Le corti comunitarie hanno più volte sancito l'abusività di determinati comportamenti attuati da un'impresa in posizione dominante, salvo che gli stessi non siano obiettivamente giustificati [23]. Ci si è allora interrogati sul significato di obiettiva giustificazione. Le pronunce della Corte sul punto spesso sono state poco chiare e contraddittorie. La prassi decisionale finora ha dimostrato un'ampia apertura teorica all'accettazione di giustificazioni di tipo economico del comportamento in questione, non supportata però da un concreto accoglimento delle argomentazioni invocate a propria discolpa dalle imprese.

Limitatamente ai casi di *predatory pricing*, si può sostenere che nel caso Akzo [24] il Tribunale abbia riconosciuto la possibilità di una *meeting competition defence* [25]. Nella controversia in questione, il giudice comunitario ha, infatti, confermato la possibilità, per un'impresa dominante, di ridurre i propri prezzi al livello di quelli del concorrente, ma in determinate circostanze (ovvero quando ciò comporti per l'impresa dominante una vendita sottocosto [26]). Tuttavia, la ricostruzione del ragionamento del Tribunale rivela come l'argomento difensivo sia invocabile solo qualora l'intento escludente dell'impresa non possa essere stabilito, ossia solo se un elemento del *test* non sia dimostrato [27].

3. Il tentativo di abbandono dell'intento da parte della Commissione.

La Comunicazione, sebbene sia l'esito di un percorso di ricostruzione dei precedenti comunitari [28], rappresenta un tentativo da parte della Commissione d'introdurre un metodo di valutazione delle pratiche escludenti basato sugli effetti da queste prodotte sul mercato rilevante, allineando in tal modo la normativa di cui all'articolo 102 TFUE alla disciplina in materia d'intese e di concentrazioni. Il maggior apporto è costituito dal tentativo di sostituire la nozione di «intento» predatorio, pur non tralasciandola definitivamente, con un'analisi che tuttavia eleva il livello di prova richiesto ai fini della dimostrazione dell'esistenza di una politica predatoria.

La disciplina che emerge richiede come elemento di preselezione dei casi rilevanti il deliberato sacrificio dei profitti da parte dell'impresa dominante, sia sotto forma di vendita sottocosto che di prezzi inferiori rispetto a una condotta alternativamente razionale nonché l'effetto di preclusione anticoncorrenziale rilevato attraverso l'esame di una serie di elementi, quali la posizione dell'impresa, dei suoi concorrenti e clienti, le particolari condizioni di mercato e la portata della condotta escludente.

Si sostituisce pertanto all'intento, l'interpretazione dei fattori di mercato quali indici di probabile preclusione. Tuttavia, sebbene la Commissione cerchi di

abbandonare la soggettività della nozione focalizzandosi sugli effetti della condotta, l'intento è incorporato nel primo elemento del *test*, ossia nel "deliberato" sacrificio dei profitti. E' chiaro come tali elementi non coincidano in maniera puntuale con i classici elementi del *test* sul *predatory pricing* elaborati dalle corti comunitarie, vale a dire la vendita sottocosto e l'intento escludente [29].

Una tale attenzione sugli effetti, piuttosto che sulle caratteristiche formali della strategia, è nonostante ciò, come vedremo, più in linea con l'oggettiva natura del concetto di abuso più volte ribadito dalla corte.

3.1. Il ruolo dell'intento nell'articolo 102 TFUE e nel *predatory pricing*.

Il pensiero delle Corti e della Commissione comunitaria s'impenna sul concetto di abuso in senso oggettivo. Ciò significa che un abuso può essere rinvenuto indipendentemente dalla specifica volontà dell'impresa di dar seguito a una determinata decisione commerciale, purché l'effetto attuale o potenziale del comportamento sia di ostacolare il mantenimento o la crescita della concorrenza sul mercato [30].

Nonostante i summenzionati sforzi dei recenti casi europei di non considerare l'intento come elemento rilevante ai fini di una responsabilità *antitrust*, sia alla luce degli obiettivi dello stesso articolo 102 sia in considerazione della natura oggettiva del concetto di abuso, è indiscusso che l'intento rivesta un ruolo peculiare nel diritto europeo della concorrenza così come emerge dalle pronunce delle corti. In particolare, vi è un ovvio paradosso nei casi comunitari circa la concezione della natura oggettiva dell'abuso e il requisito dell'intento predatorio, richiesto dalle corti come elemento fondamentale qualora i prezzi si collochino tra i costi variabili medi e i totali. Sebbene altre plausibili spiegazioni commerciali siano possibili in ipotesi di prezzi superiori all'AVC oltre all'esclusione dei rivali, qualora sia stata rinvenuta la prova dell'intento eliminatorio, la condotta sarà considerata abusiva. Tuttavia, mentre nell'ipotesi di prezzi inferiori ai costi medi vi è una presunzione d'intento predatorio, in caso di prezzi superiori all'AVC l'intento deve essere provato sul fondamento d'indizi "gravi e concordanti" [31].

Sia la Commissione sia le corti europee danno chiara importanza alla documentazione interna dell'impresa considerata a volte come prova diretta dell'intento escludente. Il caso France Télécom è paradigmatico in tal senso. Poiché per parte del periodo considerato i prezzi si collocavano al di sopra dell'AVC, la Commissione si è dovuta preoccupare di carpire, all'interno della documentazione aziendale, sintomi di una strategia finalizzata al controllo o all'esclusione dei rivali, ossia, un intento di impadronirsi del mercato. Lo sfortunato utilizzo della frase "appropriazione prioritaria del mercato", utilizzata in alcuni dei documenti sequestrati, è stata utile per la ricostruzione di gran parte del caso.

In sede di appello, la Corte ha rivolto particolare attenzione al controllo del raggiungimento di un adeguato livello probatorio ai fini della dimostrazione della predazione, in particolare con riferimento all'esattezza dell'interpretazione, da parte della Commissione, della documentazione aziendale. Dopo aver dedicato diversi paragrafi alla questione, la Corte ha concluso per la fondatezza delle valutazioni della Commissione e che, di conseguenza, «in conformità delle precedenti decisioni (Akzo, Tetra Pak) la Commissione ha dunque dimostrato la presenza dei due elementi necessari ai fini della predazione». Al contrario, all'interno di un solo paragrafo, ha rigettato la difesa supportata dall'impresa. Nella stessa sede, l'impresa aveva anche sollevato la questione secondo la quale il

Tribunale avesse fondato la propria decisione esclusivamente su evidenze soggettive, contravvenendo con ciò all'oggettiva natura dell'abuso. Tuttavia, la Corte, rigettando le argomentazioni dell'impresa, ha rilevato che i documenti aziendali fossero piuttosto da considerarsi come degli "elementi obiettivi".

L'importanza della prova dell'intento è stata altresì ampiamente illustrata nel caso *Compagnie Marittime Belge*, nel quale l'intento sembra sia stato decisivo ai fini della responsabilità dell'impresa, nonostante i prezzi non si collocassero al di sotto di determinate misure di costo. Ciò che del caso colpisce maggiormente è che le tipiche condizioni oggettive del *predatory pricing* non fossero state rinvenute, poiché le tariffe rilevanti si collocavano al di sopra dei costi dell'impresa Cewal. I prezzi erano differenti da quelli normalmente praticati dall'impresa ed erano determinati non in conformità ai criteri economici (quali i costi), ma esclusivamente al fine di uguagliare o ribassare i prezzi del concorrente. In virtù di ciò, tali riduzioni sono state considerate abusive poiché attuate con lo specifico obiettivo di eliminare dal mercato il principale concorrente. Sebbene altri aspetti del caso possano aiutare a comprendere la decisione della Corte [32], sembra che proprio l'intenzionalità del comportamento sia stata decisiva per la qualificazione dell'abusività dello stesso. La Corte ha precisato come l'intento predatorio fosse stato sufficientemente dimostrato dalla Commissione attraverso i verbali delle riunioni di Cewal, nei quali si faceva riferimento all'intento di "sbarazzarsi" dell'operatore indipendente, insieme con l'instaurazione dello *Special Fighting Committee* all'interno di Cewal, oltre all'uso dell'espressione "*fighting ships*" per descrivere la propria politica commerciale [33].

3.2. Le conseguenze della prova dell'intento eliminatorio: intento come succedaneo dell'effetto anticoncorrenziale.

Una volta individuata l'esistenza di un piano predatorio, non incomberà sulla Commissione l'onere di dimostrare la presenza di reali effetti anticoncorrenziali [34] né la probabilità del recupero delle perdite. L'onere probatorio passerà invece in capo all'impresa interessata la quale dovrà fornire la prova negativa, dei possibili effetti anticompetitivi, o positiva, dell'oggettiva e concreta giustificazione economica che bilanci i potenziali effetti anticompetitivi [35], sebbene in pratica ciò sia molto complesso da dimostrare al fine di un esonero da responsabilità.

Nonostante la Commissione, all'interno della Comunicazione, sembri mostrare un approccio più sfumato sulla rilevanza dell'intento predatorio, rilevando tra gli altri fattori che, insieme con la prova diretta di qualsiasi strategia escludente, possa essere rilevante un'indagine sui probabili effetti anticompetitivi del comportamento presumibilmente abusivo, tale retorica tuttavia non si riflette nell'applicazione pratica della Commissione né nella giurisprudenza della Corte. Mentre per la Commissione le prove dirette del piano eliminatorio "possono essere utili per interpretare il comportamento dell'impresa dominante" [36], la Corte va ben oltre, attribuendo invece all'intento un peso probatorio. Qualora sia stabilito che prezzando al di sotto dell'ATC l'impresa persegue un oggetto anticompetitivo, in altre parole, l'eliminazione del rivale, la prova dell'effetto è ridondante, poiché quest'ultimo sarà considerato come il risultato necessario di una tale condotta [37].

Nel caso *France Télécom* la Corte ha precisato che «se si dimostra che il comportamento di un'impresa in posizione dominante ha lo scopo di restringere la concorrenza, detto comportamento sarà anche idoneo a produrre un effetto di tal

genere». Aggiunge che «qualora un'impresa in posizione dominante attui effettivamente una pratica il cui fine sia l'estromissione di un concorrente, il fatto che il risultato atteso non si realizzi non è sufficiente a escludere la qualifica di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE». Alla stessa conclusione si giunge qualora sia dimostrata la mancata possibilità di recupero.

Ciò significa che la prova dell'intento eliminatorio è usata, in definitiva, come un succedaneo degli effetti anticoncorrenziali. A parere della Corte, infatti, anche quando il risultato ricercato dal presunto predatore non sia raggiunto, perché, per esempio, il predatore ha sottovalutato la resistenza della preda, l'applicazione del 102 non può essere esclusa una volta che sia stato dimostrato che la condotta è stata adottata per eliminare il rivale.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, emergerebbe che l'intento escludente possa essere per il diritto *antitrust* europeo motivo d'intervento, poiché è parte centrale del test predatorio [38] e fa da spartiacque tra un lecito ed un illecito comportamento di prezzi. Gli Organi comunitari sembrano essere attratti dalla prova dell'intento probabilmente perché è di più facile applicazione. In una certa misura, quest'approccio consente loro di evitare complicate e profonde valutazioni del contesto legale ed economico che potrebbero aver indotto l'impresa a comportarsi in un dato modo. La prova dell'intento è perciò la base della responsabilità *antitrust*, anche qualora non vi siano oggettive condizioni per una probabile esclusione di concorrenti altrettanto efficienti, come nel caso di prezzi superiori all'AVC, d'insuccesso della strategia e d'impossibilità di recupero.

In Europa, nonostante la retorica delle linee guida della Commissione secondo la quale il diritto *antitrust* è finalizzato a proteggere la concorrenza, si deve dedurre che il principale obiettivo dell'intervento *antitrust* europeo sia assicurare che i mercati rimangano aperti, proibendo così condotte che possano ritardare l'ingresso sugli stessi, escludere o disciplinare i rivali. Il comportamento è quindi valutato negativamente in ragione degli effetti strutturali che determina, cioè in termini di riduzione del numero di concorrenti. Sarebbe così la rivalità e, dunque, la libertà economica delle imprese, il vero oggetto della protezione normativa. Difatti, in conformità della giurisprudenza, l'articolo 102 riguarda non soltanto le pratiche che possano danneggiare direttamente i consumatori, ma anche quelle che sono considerate dannose nei loro confronti indirettamente "pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva" [39]. Come dichiarato dalla Corte, all'interno dello stesso caso, nelle ipotesi di vendite sottocosto, anche se il recupero è impossibile (perché ad es. mancano barriere all'entrata, per la diminuzione della quota dell'impresa) i consumatori possono anche essere danneggiati a seguito del recesso dal mercato di uno o più imprese, poiché ciò limiterà "le loro possibilità di scelta" [40]. Tuttavia, un eccessivo *public enforcement* del diritto *antitrust* potrebbe scoraggiare il rischio d'impresa e, dunque, essere dannoso per lo sviluppo dell'attività commerciale e dell'innovazione [41].

4. Conseguenze prevedibili in termini di politica applicativa.

Poiché non vi è distinzione pratica tra il desiderio di competere e l'ambizione di sconfiggere il rivale, giacché l'intenzione di eliminare i propri avversari è l'essenza della concorrenza, punire le imprese perché semplicemente intendano primeggiare sul mercato rischia di confondere e di scoraggiare le dinamiche del processo

concorrenziale [42]. In particolare, contrastare il comportamento unilaterale sulla base dell'intento eliminatorio potrebbe trasmettere il messaggio secondo il quale sia pericoloso e sbagliato cercare di guadagnare maggiori profitti a spese del concorrente. Si dovrebbe notare che tale messaggio può aver effetti anche nei confronti delle imprese non realmente dominanti, data la possibilità di rinvenire un significativo potere di mercato a livelli non elevati.

Il peso assegnato all'intento non sembra, dunque, sia stato preceduto da una matura riflessione in tal senso e rischia di creare un contesto nel quale le imprese potrebbero aver timore di ridurre i prezzi per la preoccupazione di incorrere in responsabilità.

A tal proposito, la necessità di minimizzare gli errori e di evitare di lanciare segnali confusi al mercato, raccomanda, dunque, ai decisori di avvalersi al massimo di fattori oggettivi nella valutazione delle condotte di prezzo. La valutazione dovrebbe concernere se sia stato attuato un oggettivo atto anticompetitivo. Una tale preoccupazione consiglia di concentrarsi su prove economiche o comportamentali, escludendo dunque l'intento quale principale scopo dell'analisi. In altre parole, la valutazione dovrebbe concentrarsi sulla condotta, considerando ed esempio se, dal punto di vista dell'impresa che pone in essere un dato comportamento, il suo impiego è economicamente razionale a prescindere da qualsiasi effetto di esclusione del rivale che si possa avere, nonché su altri strumenti oggettivi (barriere, possibili controstrategie, tagli selettivi, probabilità di esclusione).

Al massimo, il ruolo dell'intento potrebbe essere confinato a una prova secondaria di conferma, ossia, utilizzato per supportare la prova del danno anticoncorrenziale, già sufficientemente raggiunta attraverso altre prove comportamentali ed economiche. In ogni caso, i decisori dovrebbero tener in considerazione l'inerte natura arbitraria delle prove documentali tese a dimostrare lo stato mentale dell'impresa. Uno stretto affidamento sull'intento, senza la considerazione di un'analisi basata sugli effetti, può causare risultati perversi portando a considerare anticompetitive certe condotte laddove non vi siano obiettive giustificazioni in tal senso.

5. Efficacia e adeguatezza della Comunicazione.

Dal punto di vista applicativo, la Comunicazione si limita a esporre una serie di priorità di cui la Commissione terrà conto nell'applicazione dell'articolo. Ciò vuol dire che gli effetti vincolanti del contenuto della comunicazione sono molto limitati: poiché con l'emanazione del documento la Commissione limita la propria discrezionalità, qualora un eventuale discostamento dalle stesse non sia adeguatamente motivato, potrebbe verificarsi una violazione del principio di parità di trattamento e della tutela del legittimo affidamento.

Il *Guidance Paper* rappresenta tuttavia il primo tentativo della Commissione di introdurre una metodologia che dovrebbe sempre di più focalizzare la valutazione dell'art. 102 non tanto sull'accertamento formale dell'esistenza della posizione dominante, quanto piuttosto sugli effetti (non solo negativi, perché restrittivi della concorrenza, ma anche quelli positivi giacché pro - competitivi) che le attività delle imprese possano avere sul mercato rilevante. Il fatto che la Commissione sia riuscita, nonostante varie difficoltà, a creare un documento coerente rappresenta uno sviluppo positivo che sarà probabilmente apprezzato. Tuttavia, un primo

ambizioso passo di muoversi verso una nuova direzione politica, non sarà esente da critiche [43]. Come già osservato in precedenza, la certezza giuridica non è una caratteristica propria di un'analisi basata sugli effetti. A differenza del passato, dove lo stabilire una posizione dominante significava in pratica anche rinvenirne l'abuso, ora gli effetti anticompetitivi possono essere dedotti solo sulla base dell'esame di svariati fattori collegati sia alla struttura di mercato sia all'incidenza della condotta dell'impresa. L'enumerazione e la sistematizzazione dei fattori rilevanti che saranno presi in considerazione riducono, in una certa misura, il grado d'incertezza giuridica. Tuttavia l'assenza di quantificazione dei vari fattori rende difficile per un'impresa valutare *ex ante* la propria condotta. Spesso le argomentazioni della Commissione appaiono, infatti, contraddistinte da una costante ricerca di una flessibilità (per la Commissione) nel giudicare lo specifico caso concreto, tale da provocare per le imprese che si trovano a operare sul mercato una vera e propria incertezza del diritto [44]. Sebbene ciò rappresenti una debolezza, la stessa è comprensibile laddove si consideri la mancanza di un'esperienza precedente sull'applicazione di un'analisi basata sugli effetti. Come per ogni riforma, ci sarà probabilmente una *learning curve* che andrà incontro agli interessi delle parti e un frammento di certezza sacrificata nel breve periodo sarà presumibilmente riguadagnato.

La sfida per la Commissione sarà dunque ottenere il *placet* delle corti comunitarie e in tal senso la decisione France Télécom si è rivelata di particolare importanza per una, fino ad ora, scarsa legittimazione della riforma. In essa è chiara l'esigua apertura della corte ad accettare analisi sugli effetti di mercato e plausibili giustificazioni economiche [45].

Il maggiore elemento di differenziazione dell'approccio tra i due Organi comunitari concerne tuttavia un aspetto di fondamentale importanza, rappresentato dalla necessità o meno di una possibile o probabile preclusione anticoncorrenziale nonostante la comprovata illiceità della condotta dell'impresa.

Sebbene una riforma dell'articolo si sia formalmente compiuta con la pubblicazione della Comunicazione, la reale riforma è appena iniziata. Il nuovo approccio economico dovrà quindi essere applicato specificamente, le decisioni della Commissione dovranno essere coerentemente costruite su salde basi economiche e a tal punto solo l'avallo della corte potrà eventualmente incorporare in strumenti, questa volta di *hard law*, la valutazione delle condotte sulla base degli effetti delle stesse sui mercati rilevanti.

Note:

* Desidero ringraziare il Prof. Baccini Alberto e l'Avv. Vasques Luciano per le preziose discussioni sugli argomenti trattati e per il supporto nella stesura del presente lavoro.

[1] «During the past centuries, many forms of business conduct have been attacked as predatory. Neither courts nor legal and economic scholars, however, agree on a broad definition of predatory behavior. The minimal consensus (if such exists) is that predatory pricing entails selling a product “below cost” in order to induce a rival's exit, deter future entry, or dissuade a rival(s) from future competition. Stated more broadly, “predatory behavior is a response to a rival that sacrifices part of the profit that could be earned under competitive circumstances, were the rival to remain viable, in order to [lessen competition] and gain

consequent monopoly profit». S. N. Durlauf and L. E. Blume, *The New Palgraves, Dictionary of Economics*. Second Edition. Eds. Palgrave Macmillan, 2008.

[2] Comunicazione della Commissione. Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del trattato CE e al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti. Bruxelles, 9-2-2009, C (2009) 864.

[3] Il concetto di "consumatori" comprende tutti gli utilizzatori, diretti o indiretti, dei prodotti interessati dal comportamento, compresi produttori intermedi che utilizzano i prodotti come fattore di produzione, nonché i distributori e i consumatori finali sia del prodotto immediato sia dei prodotti forniti da produttori intermedi. Qualora gli utilizzatori intermedi siano concorrenti effettivi o potenziali dell'impresa dominante, la valutazione si concentra sugli effetti del comportamento sugli utilizzatori più a valle. Comunicazione della Commissione, cit.

[4] Si veda G. Faella, *Above-cost predation. Spunti di analisi economica comparata*, in: «Mercato concorrenza regole», 2/2010, Il Mulino, pp. 243-278. Secondo Faella, un simile approccio potrebbe avere conseguenze indesiderabili, in termini di livello dei prezzi, e la sua applicazione potrebbe rivelarsi sensibilmente complessa nella pratica, poiché si fonda sul raffronto con un ipotetico *but - for scenario* che potrebbe essere difficilmente determinabile.

[5] La Commissione ha inoltre rilevato una maggiore facilità e riuscita di un comportamento predatorio selettivo e dunque destinato a clienti specifici (poiché questo ridurrà le perdite sostenute dall'impresa dominante) ritenendo per contro poco probabile l'esistenza di una predazione in presenza di generali ribassi di prezzi per prolungati periodi di tempo. Comunicazione, cit.

[6] Giacché si tratta di una presunzione *iuris tantum*, l'impresa che abbia attuato tale comportamento può provare per esso l'esistenza di una giustificazione.

[7] Le imprese non dovrebbero tuttavia essere penalizzate per aver sostenuto perdite *ex post* quando la decisione *ex ante* di adottare il comportamento è stata presa in buona fede, ossia se possono fornire prove inoppugnabili del fatto che potevano ragionevolmente prevedere che l'attività sarebbe stata redditizia.

[8] Secondo alcuni autori, un più ragionevole approccio avrebbe forse considerato la condotta tenuta in passato dalla stessa impresa. Se questa, in precedenza, otteneva dall'applicazione di determinati prezzi grossi guadagni, allora un cambio di politica commerciale che comporti una forte diminuzione dei ricavi potrebbe essere sintomo di sacrificio. In tal senso E. Rouseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU Competition Law*, Oregon, Hart publishing, 2010.

[9] Nella Comunicazione l'espressione "preclusione anticoncorrenziale" è utilizzata per descrivere una situazione in cui l'accesso effettivo di rivali reali o potenziali a forniture o a mercati è ostacolato o eliminato a causa del comportamento dell'impresa dominante, e in cui è probabile che quest'ultima sia in grado di aumentare in modo redditizio i prezzi a scapito dei consumatori. L'individuazione di un probabile danno per i consumatori si può basare su prove qualitative e, ove possibile e opportuno, su prove quantitative.

[10] Qualora poi l'impresa operi e sia dominante in più mercati e la sua condotta possa avere ripercussioni sugli stessi in periodi consecutivi, la Commissione considererà se il comportamento sia idoneo a far guadagnare all'impresa la reputazione di predatore, in tal caso anche un concorrente altrettanto efficiente sarà dissuaso dal competere (par. 68 della Comunicazione).

[11] Gli Organi comunitari si sono avvalsi di tali strumenti probatori in diverse cause di predazione. Nella causa AKZO (causa C-62/86) la Corte ha rinvenuto l'esistenza di una chiara prova in tal senso, nel fatto che AKZO avesse minacciato la concorrente ECS, in due riunioni, di applicare prezzi inferiori ai costi se quest'ultima non si fosse ritirata dal mercato dei perossidi organici. Esisteva inoltre un piano dettagliato e corredato di dati, delle misure che sarebbero state poste in atto da AKZO nell'ipotesi in cui ECS avesse perpetrato la propria condotta (cfr. punti 76-82, 115 e 131-140). Allo stesso modo, nel caso Tetra Pak (causa C-333/94P) un rapporto interno dell'impresa indicava la necessità di «sacrifici di ordine finanziario ed economico per importi ingenti».

[12] Per un'analisi del *Guidance Paper* si vedano: M. A. Gravengaard - N. Kjaersgaard, *The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance - and its consequences in practice*, in: «European Competition Law Review», vol. 31, issue 7/2010, pp. 285 - 305. A. Emch - G. K. Leonard, *Predatory Pricing - Economics and Law in the United States and the European Union*, 2009, Fa Xue Jia, pp. 100 - 110, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1567537>.

[13] «Ad esempio, se l'impresa dominante dispone di migliori informazioni sui costi o su altre condizioni di mercato, o se può distorcere i segnali del mercato relativi alla redditività, essa può adottare un comportamento predatorio tale da influenzare le aspettative di potenziali nuovi operatori scoraggiandone quindi l'ingresso sul mercato. Se il comportamento e i suoi probabili effetti sono percepiti su vari mercati e/o in periodi successivi, è possibile dimostrare che l'impresa dominante cerchi di costruirsi una reputazione d'impresa con comportamento predatorio. Se il concorrente oggetto del comportamento predatorio dipende da finanziamenti esterni, diminuzioni sostanziali dei prezzi o altri comportamenti predatori attuati dall'impresa dominante potrebbero comprometterne le prestazioni e, dunque, il suo accesso a ulteriori finanziamenti potrebbe essere seriamente compromesso». Punto 67 della Comunicazione.

[14] Negli USA, poiché il comportamento predatorio rileva come *attempt to monopolize* (Section II dello Sherman Act), la Corte Suprema considera quale criterio di preselezione dei casi rilevanti di *predatory pricing*, la «probabilità reale che l'impresa dominante sarà capace di recuperare le perdite subite durante la messa in opera della pratica, aumentando i prezzi una volta eliminata la concorrenza» Causa Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 US 209, 1993.

[15] L'individuazione del danno arrecato ai consumatori non è un calcolo meccanico di profitti e perdite, e non è necessaria la prova dei profitti complessivamente realizzati. Il danno probabile ai consumatori può essere dimostrato valutando il probabile effetto di preclusione causato dal comportamento, prendendo nello stesso tempo in considerazione altri fattori, come le barriere all'ingresso sul mercato. In questo contesto, la Commissione considererà anche le possibilità di reingresso sul mercato. Punto 70 della Comunicazione.

[16] Secondo la Corte, la possibilità di recupero delle perdite sostenute nel corso della predazione non costituisce un presupposto necessario per dimostrare il carattere abusivo di una siffatta politica in materia di prezzi, tuttavia, ciò non esclude che la Commissione possa considerare una siffatta possibilità come «elemento rilevante in sede di valutazione della natura abusiva della pratica in questione in quanto, per esempio, essa può contribuire a escludere, in caso di

applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi variabili, giustificazioni economiche diverse dall'eliminazione di un concorrente, oppure a dimostrare, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi totali ma superiori alla media dei costi variabili, l'esistenza di un piano avente lo scopo di eliminare un concorrente. Del resto, la mancanza di qualsiasi possibilità di recupero delle perdite non può bastare a escludere che l'impresa in questione giunga a rafforzare la sua posizione dominante in seguito, in particolare, all'uscita dal mercato di uno o più tra i suoi concorrenti, di modo che il grado di concorrenza esistente sul mercato, già indebolito proprio a causa della presenza dell'impresa in questione, risulti ancor più diminuito e che i consumatori subiscano un danno derivante dalla limitazione delle loro possibilità di scelta» (vd. punti 110-112). Sentenza della Corte, causa C-202/07P del 2 aprile 2009, France Télécom.

[17] L'orientamento prevalente nella letteratura giuseconomica assume che i prezzi superiori a una data misura dei costi non debbano considerarsi predatori, sul presupposto che, ove operatori altrettanto efficienti possano competere, l'abbassamento dei prezzi sia espressione di una legittima forma di concorrenza fondata sulle prestazioni. L'esclusione dei concorrenti meno efficienti mediante una politica di prezzi aggressivi, ma superiori al livello dei costi, rifletterebbe semplicemente l'esito del fisiologico funzionamento del processo concorrenziale. P. Areeda - D. F. Turner, *Predatory Pricing and Practices under Section II of the Sherman Act*, in «Harvard Law Review», Vol. 88, N. 4, 1975, pp. 697-733.

[18] Senza specificare un particolare *cost benchmark*, la Corte Suprema ha riconosciuto che la prezzazione al di sopra dei costi non possa essere predatoria poiché «the exclusionary effect of prices above a relevant measure of cost either reflects the lower cost structure of the alleged predator, and so represents competition on the merits or is beyond the practical ability of a judicial tribunal to control without courting intolerable risks of chilling legitimate price cutting» (Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp 113 S Ct 222578, 1993).

[19] L'unico caso in cui la Corte è giunta a una condanna, pur trattandosi di prezzi non sottocosto, riguarda un abuso di posizione dominante collettiva o comunque accompagnato da una previa intesa tra le imprese coinvolte. La controversia in questione, *Compagnie Marittime Belge*, concerneva un comportamento abusivo che distruggeva la concorrenza ed era atto a estromettere dal mercato un'impresa forse altrettanto efficiente della conferenza dominante, ma che a causa della sua inferiore capacità finanziaria, se comparata a quella di un cartello, non poteva resistere alla concorrenza organizzata in modo concertato e abusivo da un potente gruppo di armatori riuniti in una conferenza marittima, turbando, così, le normali dinamiche del mercato. L'esistenza di perdite finanziarie effettive era irrilevante, essendo sufficiente che si verificassero perdite di entrate. Sentenza del Tribunale di primo grado dell' 8 ottobre 1996. *Compagnie marittime belghe contro Commissione delle Comunità europee*. Cause riunite T-24/93, T-25/93, T- 26/93, T- 28/93. Sentenza della Corte del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96P, C-396/P.

[20] Il contrappeso concorrenziale rappresentato dai concorrenti meno efficienti dovrebbe essere valutato in modo dinamico, tenendo conto del fatto che, in assenza della pratica escludente, i rivali potrebbero beneficiare di vantaggi relativi alla domanda, quali effetti di rete e d'apprendimento, che tenderebbero a migliorare l'efficienza. Comunicazione della Commissione, cit.

[21] Vd. G. Faella, *Above - cost predation. Spunti di analisi economica comparata*, cit.

[22] La Commissione sembra sia disposta a esaminare le argomentazioni supportate dall'impresa dominante a sostegno della liceità del proprio comportamento, addossandole l'arduo onere di dimostrare la sussistenza di una serie di requisiti tassativi sulla falsariga del meccanismo d'esenzione di cui all'art. 101 (3). A tal proposito, l'impresa dovrà dimostrare che il proprio comportamento sia obiettivamente necessario e che produca considerevoli efficienze tali da compensare eventuali effetti anticoncorrenziali, e che lo stesso non sopprima la concorrenza effettiva, eliminando tutte o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale. Qualora le condizioni di cui sopra siano soddisfatte, la Commissione prenderà in considerazione le affermazioni delle imprese dominanti. Punto 73 della Comunicazione.

[23] «This means that, once the conduct is found to be harmful to competition, the dominant undertaking may show that its conduct is objectively justified either because it has been undertaken in response to aggressive competition on the part of competitors ("meeting competition defence"), or because it is efficient ("efficiency justification defence") » E. Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU Competition Law*, cit.

[24] Commissione, 14 dicembre 1985, ECS/Akzo in G.U.C.E. n. L 374 del 31 dicembre 1985, p. 1. Corte di Giustizia, 3 luglio 1991, causa C-62/86, Akzo Chemie BV c. Commissione. Per un commento alla decisione della Commissione vedi: D. Guy, *The AKZO Case. Predatory pricing as an Abuse of a Dominant Position*, in: «European Intellectual Property Review», EIPR Oxford, Vol. 9, No. 3. March 1987, pp. 86-89.

[25] Sul punto: M. S. Gal, *Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Télécom Case*, in: «European Competition Law Review», 2007, Vol. 28, n. 6, pp. 382-391.

[26] «Non è possibile asserire che il diritto di un'impresa dominante di allineare i propri prezzi a quelli dei concorrenti sia assoluto» Punto 182 della sentenza del Tribunale. Il Tribunale ha notato altresì rilevato che «sebbene a un'impresa non dominante sia consentito allineare i prezzi a quelli dei concorrenti, anche vendendo sottocosto, un'impresa dominante non ha necessariamente lo stesso diritto». Punto 186.

[27] Nei precedenti comunitari, all'accusa di aver praticato prezzi superiori al costo medio variabile, ma inferiori a quello totale, AKZO aveva replicato che il proprio obiettivo era guadagnare nuovi clienti per mitigare la perdita di profitti causata dalle offerte della concorrente ECS. La Corte ha però rigettato tale argomento, poiché l'applicazione di prezzi sottocosto notevolmente inferiori a quelli del proprio concorrente ha rivelato come l'intenzione di AKZO non fosse quella di vincere l'ordine dei clienti, perché ciò l'avrebbe indotta a ridurre i prezzi solo fino al limite in cui ciò fosse stato necessario per raggiungere l'obiettivo. Allo stesso modo, all'interno del caso France Télécom, laddove l'impresa sanciva il proprio diritto di allineare i prezzi a quelli del concorrente, la Corte ha affermato la non assolutezza di tale diritto, in particolare qualora sia esercitato per giustificare l'uso di prezzi predatori proibiti dal Trattato. Infatti, anche in tal caso, l'allineamento non consentiva all'impresa di ricoprire i propri costi di produzione, causa (C-202/07P).

[28] La sintesi che è emersa dalla casistica giurisprudenziale in tema di *predatory pricing* è stata la seguente. Per i prezzi inferiori ai costi medi variabili vige una presunzione *iuris tantum* di predatorietà (casi Akzo, Tetra Pak, British Sugar, France Télécom). I prezzi compresi tra i costi medi variabili e i costi medi totali sono abusivi allorché siano parte di un piano volto all'eliminazione del rivale, provato sul fondamento d'indizi "gravi e concordanti" (casi Akzo, France Télécom). Sia la Commissione sia le Corti europee hanno dato chiara importanza alla documentazione interna dell'impresa, considerata a volte come prova diretta dell'intento escludente. Quanto ai prezzi superiori al costo totale medio, è possibile considerarli predatori, in casi eccezionali, fondandosi prevalentemente sulla valutazione dell'intento dell'impresa dominante (caso Compagnie Marittime Belge).

[29] Da una valutazione della casistica giurisprudenziale avutasi fino ad oggi, emerge chiaramente come gli Organi comunitari facciano riferimento all'intento soggettivo dell'impresa dominante.

[30] Sentenza del tribunale dell'1 aprile 1993, T-65/89, BPB Industries PLC v Commissione, par. 70. Il tribunale sancisce inoltre che «perché un'infrazione alle regole di concorrenza possa considerarsi commessa intenzionalmente, non è necessario che l'impresa fosse consapevole di violare un divieto sancito da tali regole; è sufficiente che essa non potesse ignorare che il comportamento censurato aveva per oggetto o poteva avere per effetto quello di falsare la concorrenza nel mercato comune».

[31] Caso T - 340/03, France Télécom, par. 197.

[32] Quali, ad esempio, la condizione di superdominanza dell'impresa (con oltre il 90% della quota di mercato) e l'esistenza di un unico concorrente sul mercato.

[33] M. M. João, *The Use and Abuse of Intent Evidence in Antitrust Analysis*, in: «World Competition» 33, n. 4, 2010, pp. 569 - 594.

[34] Dalla sentenza del Tribunale nel caso France Télécom si evince che: «quanto alle condizioni d'applicazione dell'art. 82 CE e alla distinzione tra oggetto ed effetto della pratica abusiva, occorre sottolineare che, ai fini dell'applicazione del detto articolo, la prova in merito all'oggetto e quella relativa all'effetto anticoncorrenziale possono, eventualmente, confondersi. Infatti, se si dimostra che il comportamento di un'impresa in posizione dominante ha lo scopo di restringere la concorrenza, detto comportamento sarà anche idoneo a produrre un effetto di tal genere. Quindi la Corte, per quanto concerne le pratiche in materia di prezzi, ha statuito nella sua sentenza AKZO/Commissione [...] che prezzi inferiori alla media dei costi variabili praticati da un'impresa che detiene una posizione dominante sono giudicati di per sé abusivi, poiché l'unico interesse che l'impresa può avere a praticare simili prezzi è eliminare i propri concorrenti e che prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili, sono abusivi allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso a eliminare un concorrente. La Corte non ha preteso in tale causa nessuna dimostrazione degli effetti concreti delle pratiche di cui trattasi (vd., in tal senso, sentenza del Tribunale 30 settembre 2003, causa T-203/01, Michelin/Commissione, Racc. pag. II-4071, punti 241 e 242)». Tratto da France Télécom, causa T - 304/03, paragrafo n. 195.

[35] Paragrafi 28-30 della Comunicazione.

[36] Paragrafo 20 della Comunicazione.

[37] La *ratio* della Corte, dunque, sembra basarsi sulla percezione che la stessa impresa sia nella migliore posizione per valutare le conseguenze delle proprie

azioni. Se un'impresa intende sconfiggere un rivale, è perché essa probabilmente ha le capacità per farlo, e per di più, è molto probabile che lo farà. Sul punto Vd.: J. Glöckner - L. V. Bruttel, *Predatory pricing and recoupment under EU competition law - Per se rules, underlying assumptions and the reality: Results of an experimental study*, in: «European Competition Law Review», vol. 31:issue 11/2010, pp. 423 - 431. Secondo gli autori dell'articolo: «arguably any market participant engaging in a price war with the proven intention of eliminating a competitor would not do so, unless he were convinced to leave the battleground as the winner and able to recoup the costs of the price war subsequently».

[38] Al contrario, in USA la prova documentale dell'intento è esclusa dalla analisi *antitrust*, poiché vista con grande scetticismo.

[39] In France Télécom, recuperando la formula stabilita nel 1973 nel caso Continental Can, la Corte rileva che «poiché l'art. 82 CE riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva (sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione, Racc. pag. 215, punto 26), è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale all'interno del mercato comune (sentenza Nederlandsche Banden - Industrie - Michelin/Commissione, cit., punto 57)». Secondo alcuni autori è, infatti, ragionevole presumere un rafforzamento della concorrenza qualora i concorrenti - anche non altrettanto efficienti - siano mantenuti sul mercato anziché eliminati. Anche tale frangia di concorrenti in realtà potrebbe, forse a seguito di modificazioni economiche, gestionali o di sviluppo tecnico, prosperare a vantaggio del sistema concorrenziale e dei consumatori. In tal senso: J. Glöckner - L. V. Bruttel, *Predatory pricing and recoupment under EU competition law - Per se rules, underlying assumptions and the reality: Results of an experimental study*, cit.

[40] Punto 112 della sentenza della Corte.

[41] Costituisce l'essenza del sistema concorrenziale competere sui prezzi. Sarebbe perverso se gli effetti del diritto *antitrust* fossero quelli di indurre le imprese a non competere sugli stessi per paura di incorrere in un abuso di posizione dominante. In tal senso: R. Whish, *Competition Law*, Oxford, Oxford University press, 2009.

[42] La pratica predatoria tende, infatti, a restringere la concorrenza seguendo dei meccanismi identici a quelli utilizzati per aumentarla. Essendo, dunque, arduo distinguere «the uneasy line between competition on the merits and improper competition», alcuni autori suggeriscono un approccio basato sull'analisi degli effetti, contrariamente alle pratiche indubbiamente restrittive e prive di qualsiasi beneficio per i consumatori, per le quali invece un approccio di condanna formalistico è più idoneo. Sul punto: H. Kanninen - N. Korjus - A. Rosas, *EU Competition Law in Context, Essays in Honour of Virpi Tiili*, Oregon, Hart Publishing, 2009.

[43] Vi è chi ha ampiamente sollevato la necessità di revocare la Comunicazione, poiché, attraverso la stessa, la Commissione sta agendo al di là del proprio mandato tentando, attraverso strumenti di *soft law*, di andare oltre i limiti sanciti dalle corti comunitarie. Di tale parere è L. L. Gormsen, *Why the European Commission's enforcement priorities on Article 82 EC should be withdrawn*, in «European competition Review» 2010, v. 31, n. 2, pp. 45 - 51.

[44] Vd. M. Bianchi, *Abuso di posizione dominante: linee - guida sulle priorità*, in: «Diritto e Pratica delle Società», anno XII, n. 9, settembre 2009, pp. 46 - 53.

[45] Secondo alcuni autori il caso France Télécom è contraddistinto, piuttosto, dall'utilizzo, da parte di tutti gli operatori del mercato, di strategie aggressive al fine di guadagnare quote in un settore in rapida espansione. In virtù di ciò, la presunzione di predatorietà, cui sono giunti gli Organi comunitari, è stata frutto di una valutazione priva di robuste analisi sulla presenza di barriere all'ingresso sul mercato, sulla concorrenza potenziale e sugli effetti delle condotte. A. Giannaccari, *Il caso Wanadoo*, in «Mercato concorrenza regole», Il Mulino, N. 1, 2007, pp. 109 - 117.

***Nuovi orientamenti dell'Agcom nella "regulation by litigation":
definizione di obblighi e prezzi nei mercati non regolamentati ex ante***

di

Gilberto Nava e Valerio Mosca [*]

Abstract: The authors assess the capability of NRAs to impose, within the dispute resolutions procedures set forth by Art. 20 of the Framework Directive 2002/21/EC (as implemented by Art. 23 of the Italian Communications Code), obligations to undertakings, having their legal basis in the general principles and objectives of the regulation and concerning services for which specific ex ante obligations (e.g. cost-oriented price, non-discrimination, etc.) are not provided by the NRA. A specific assessment will be dedicated to the definition of a “fair and reasonable” price for the concerned service and to the economic criteria which could be adopted in the definition of such price. In addition, it will be highlighted how, based on recent decisions of the Italian NRA, the resolution of disputes between operators is increasingly used for regulatory purposes (so called “regulation by litigation”), so that the effects of the final decision, even if binding only for the parties involved in the proceeding, could be extended beyond the limits of the dispute and influence the regulatory context of the whole market.

Sommario: Introduzione; 1. La rilevanza dei principi e degli obiettivi generali nella risoluzione di controversie tra operatori; 2. Obblighi per le imprese derivanti dal principio generale di tutela della concorrenza; 3. Relazione tra i principi di tutela della concorrenza e ulteriori norme del CCE; 4. Fissazione di un prezzo equo e ragionevole al fine di garantire il rispetto degli obiettivi di tutela della concorrenza; 5. Prezzo orientato al costo e prezzo equo e ragionevole; 6. Prassi decisionale dell’Autorità in relazione alla fissazione di un prezzo nell’ambito di procedimenti contenziosi ex art. 23 CCE; 7. Criteri di quantificazione del prezzo equo e ragionevole.

Introduzione

Nel quadro normativo in materia di comunicazioni elettroniche, la risoluzione delle controversie tra operatori da parte dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom), ai sensi dell’art. 23 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (CCE, D.Lgs. n. 259/2003) [1], costituisce uno strumento essenziale per assicurare alle imprese del settore la definizione di questioni contenziose in tempi ragionevolmente rapidi [2] e, soprattutto, da parte di un soggetto pubblico dotato delle conoscenze e competenze tecniche appropriate per un settore, quale quello delle comunicazioni elettroniche, caratterizzato da una rilevante complessità tecnologica e da una specifica regolamentazione di dettaglio [3].

In particolare, il crescente utilizzo di tale procedimento contenzioso da parte delle imprese [4] mostra un significativo ampliamento degli ambiti e dei mercati nei quali l’Autorità è chiamata ad intervenire per contrastare presunte violazioni di obblighi regolamentari. A tale riguardo, nel presente elaborato si intende esaminare come l’art. 23 CCE ed il vigente quadro normativo possano consentire all’Autorità di stabilire, in sede di risoluzione di controversie tra operatori, specifici

obblighi (consistenti anche nell'imposizione di prezzi o altre condizioni economiche) che trovano la propria fonte nei principi e obiettivi generali del settore e che riguardano servizi per i quali non sono stati previsti obblighi *ex ante* ai sensi degli artt. 46-50 CCE [5] ma sono, di norma, forniti sulla base di contratti stipulati tra gli operatori. Tale analisi verrà svolta con particolare riferimento alla più recente prassi decisionale dell'Autorità, che sembra indirizzata ad utilizzare il procedimento contenzioso previsto dall'art. 23 CCE con una portata sempre più ampia e con finalità regolatorie che orientino i comportamenti negoziali e commerciali, pur se in maniera non vincolante, anche degli altri attori del mercato non direttamente coinvolti nel procedimento [6].

Si evidenzierà inoltre che l'architettura regolamentare disegnata dal legislatore comunitario, nonché le evoluzioni legislative, giurisprudenziali e dottrinali relative all'istituto del contenzioso tra operatori ai sensi dell'art. 23 CCE, hanno smentito il teorema secondo cui l'ambito di intervento delle Autorità nazionali di regolamentazione debba essere confinato all'interno dei mercati regolati *ex ante* ai sensi dell'art. 19 CCE e che, tutt'al più, possa essere riferito soltanto alle controversie relative agli obblighi già imposti in sede regolamentare e di vigilanza [7]. La giurisprudenza comunitaria e nazionale che verrà di seguito esaminata si è orientata in realtà nel riconoscere alle Autorità di regolamentazione poteri di intervento crescenti - sia in ambito contenzioso che d'ufficio - nell'ottica di garantire il perseguimento degli obiettivi di promozione della concorrenza, sviluppo dell'innovazione e protezione del consumatore anche nei mercati esenti da una regolamentazione *ex ante*. Allo stesso tempo l'Autorità, pur con qualche incertezza, ha mostrato di non volere recedere dal proprio ruolo di custode *super partes* dei diversi mercati anche attraverso la "regolamentazione del caso specifico".

1. La rilevanza dei principi e degli obiettivi generali nella risoluzione di controversie tra operatori.

L'art. 23, comma 1, CCE stabilisce che l'Agcom è competente a dirimere controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica "*avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice*". La norma non fornisce specificazioni in merito alle norme la cui violazione può formare oggetto del procedimento (nonché della decisione finale dell'Autorità), ma è comunque pacifico che rientrano in tale ambito gli obblighi stabiliti a livello legislativo e dalle delibere dell'Agcom e - secondo un'interpretazione estensiva sostenuta dall'Autorità e confermata dal giudice amministrativo - quelli relativi a rapporti contrattuali tra imprese vertenti su questioni regolamentari [8]. Sono invece estranee al campo di applicazione dell'art. 23 CCE le controversie relative a questioni civilistiche o contrattuali su cui non incidono profili regolamentari [9]. Tale considerazione discende, tra l'altro, dal fatto che la regolamentazione stabilita dall'Autorità integra *ex lege* i contratti bilaterali tra operatori e determina l'inefficacia della clausola contrattuale contraria [10].

In termini molto generali, è possibile distinguere gli ambiti di intervento dell'Autorità in tre macrocategorie:

1. il rifiuto di un operatore di negoziare e/o di offrire l'accesso o l'interconnessione sulla base di una presunta assenza di requisiti soggettivi dell'impresa richiedente o

di presupposti oggettivi dei servizi richiesti che possano configurare l'esistenza di un diritto all'accesso o all'interconnessione;

2. la mancanza di un accordo in fase negoziale oppure nel corso dell'esecuzione del contratto in merito ad elementi essenziali (ad esempio il prezzo) della fornitura di servizi disponibili sul mercato oppure già scambiati tra le parti;
3. le modalità di attuazione di norme primarie o, più frequentemente, di obblighi regolamentari *ex ante* (ad esempio obbligo di non discriminazione) oppure a tutela del consumatore o delle dinamiche competitive (ad esempio portabilità del numero).

L'analisi dei precedenti in materia di risoluzione di controversie mostra, in particolare, che l'Autorità è stata riluttante ad intervenire (e le imprese a presentare apposite istanze) nella fissazione di obblighi regolamentari relativi a servizi o mercati per i quali gli operatori avevano stipulato dei contratti ma che non erano soggetti ad una regolamentazione *ex ante*. Sono, infatti, molteplici i mercati per i quali l'Autorità non ha ritenuto, in particolare a partire dal secondo ciclo di analisi dei mercati rilevanti ai sensi dell'art. 19 CCE, di dover imporre specifici obblighi alle imprese poiché, ad esempio, ha concluso che il mercato non fosse suscettibile di regolamentazione *ex ante* (in quanto non risultavano soddisfatti in maniera cumulativa i tre criteri previsti al punto 2 della Raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007) oppure perché ha ritenuto che vi fossero condizioni competitive sufficienti e non imprese dotate di significativo potere di mercato (si rinvia al par. 3 per una più ampia analisi della questione).

Il fatto che tali mercati non siano specificamente regolamentati non vuol dire tuttavia che essi siano lasciati alla completa autonomia commerciale e/o contrattuale degli operatori. Oltre a specifiche norme settoriali (ad esempio in materia di tutela del consumatore), infatti, assumono una specifica rilevanza i principi ed obiettivi generali stabiliti dagli artt. 4 e 13 CCE. Questi ultimi, infatti, vincolano l'attività delle imprese e dell'Autorità nell'intero settore delle comunicazioni elettroniche e, quindi, si applicheranno anche nell'ambito dei procedimenti di risoluzione di controversie tra operatori, nonché nell'ipotesi in cui non vi sia una delibera dell'Autorità che ne declini il contenuto in relazione ad un determinato servizio o mercato [11].

Tale conclusione deriva in primo luogo dal vigente contesto normativo. Già lo stesso art. 23 CCE, al terzo comma, stabilisce infatti che *"nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'articolo 13"* [12]. Ancor più esplicito appare l'art. 42, comma 5, CCE, il quale prevede che *"l'Autorità può intervenire in materia di accesso e interconnessione, se necessario di propria iniziativa ovvero, in mancanza di accordo tra gli operatori, su richiesta di una delle parti interessate. In questi casi l'Autorità agisce al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi previsti all'articolo 13, sulla base delle disposizioni del presente Capo e secondo le procedure di cui agli articoli 11, 12, 23 e 24"*. Tale norma stabilisce dunque che, in materia di accesso e interconnessione (in cui rientrano gran parte dei rapporti commerciali tra operatori), debbano essere rispettati i principi ed obiettivi generali della regolamentazione richiamati dagli artt. 4 e 13 CCE e che, soprattutto, l'Autorità può essere adita dalle imprese ai sensi dell'art. 23 CCE al fine di garantirne il rispetto ed accertarne eventuali violazioni.

L'ampiezza di tale norma è tale da aprire scenari che fino ad oggi non sembrano essere stati percorsi dall'Autorità (né dagli operatori) e che, soprattutto,

potrebbero costituire un significativo stimolo alla cd. "*regulation by litigation*", ossia all'utilizzo da parte dell'Autorità dello strumento "contenzioso" non solo per dirimere una controversia, ma anche per indicare obblighi e vincoli che possano essere, di fatto, rilevanti per l'intero mercato.

2. Obblighi per le imprese derivanti dal principio generale di tutela della concorrenza.

Uno specifico rilievo assumono il principio generale di "*promuovere lo sviluppo in regime di concorrenza delle reti e servizi di comunicazione elettronica*" (art. 4, comma 3, lett. e) CCE) ed il corrispondente obiettivo di garantire "*che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*" (art. 13, comma 4, lett. b) CCE). Tale principio di promozione della concorrenza non va interpretato restrittivamente in termini meramente programmatici o di ispirazione per l'attività dell'Autorità ma, al contrario, è idoneo a costituire la base giuridica di una pluralità di specifici obblighi in capo alle imprese del settore. È infatti evidente che, anche a prescindere da specifici interventi di regolamentazione *ex ante* dell'Autorità (ad esempio, attraverso un'analisi di mercato), i vincoli di natura concorrenziale sono violati da una serie di condotte quali: imposizione di prezzi all'ingrosso che comprimono i margini di un operatore, condizioni economiche discriminatorie, condotte finalizzate a sottrarre in maniera anticompetitiva clienti finali ad un concorrente, mancata fornitura di informazioni essenziali per la fornitura di servizi ai clienti finali, condotte escludenti che potrebbe essere poste in essere da un operatore di rete che intenda ostacolare l'ingresso in un mercato di un fornitore di servizi che ha richiesto l'accesso o l'interconnessione alla rete.

Va chiarito che tali obblighi di natura concorrenziale riguardano la generalità del settore delle comunicazioni elettroniche e, quindi, con riferimento all'ambito di applicazione dell'art. 23 CCE, sia i mercati nei quali non è intervenuta una regolamentazione *ex ante*, sia quelli in cui, invece, l'Autorità ha imposto determinati obblighi all'operatore avente significativo potere di mercato. Tuttavia, mentre in questo secondo caso i principi generali stabiliti dal CCE sono generalmente già declinati dagli specifici obblighi fissati dall'Autorità, nel caso di mercati o servizi non regolamentati *ex ante* sarà proprio attraverso il contenzioso tra operatori che gli obiettivi di promozione della concorrenza possono, da un lato, essere richiamati dalle imprese quale norma che si ritiene violata e, dall'altro, essere utilizzati dall'Autorità per stabilire obblighi e vincoli regolamentari che diano concreta attuazione ai suddetti principi generali.

Va altresì considerato che nelle controversie tra operatori la decisione finale ha effetto solo nell'ambito del procedimento e, quindi, tra le parti dello stesso. Ciò non esclude tuttavia che essa possa assumere indirettamente una valenza più ampia, rappresentando un punto di riferimento per le altre imprese del mercato e portando queste ultime ad adeguarvisi autonomamente, anche per evitare che nuovi procedimenti contenziosi vengano avviati nei loro confronti. Proprio tale efficacia indirettamente estesa all'intero mercato di riferimento rappresenta la caratteristica peculiare della "*regulation by litigation*" e, peraltro, risulta sempre più evidente negli interventi dell'Autorità ai sensi dell'art. 23 CCE [13] (cfr. par. 6, *infra*).

Consideriamo inoltre che la decisione del Regolatore che accerta la violazione di una norma regolamentare da parte di un operatore può rappresentare un qualificato punto di riferimento per il giudice civile competente a decidere in merito alle azioni di risarcimento dei danni connessi all'inosservanza della normativa di settore [14].

Si evidenzia infine che, a seconda delle circostanze del caso di specie, l'applicazione dei principi generali di promozione della concorrenza può determinare ulteriori effetti positivi nel mercato, ad esempio sotto il profilo dei benefici riconosciuti agli utenti finali in termini di incremento dei servizi offerti sul mercato, diminuzione del prezzo dei servizi al dettaglio oppure miglioramento delle modalità e tempistiche di fornitura[15], nonché incoraggiando lo sviluppo di nuovi modelli di business o favorendo l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti.

3. Relazione tra i principi di tutela della concorrenza e ulteriori norme del CCE.

Il rispetto degli obblighi generali di natura concorrenziale è in certi casi direttamente richiamato da ulteriori norme, anche con espresso riferimento al potere dell'Autorità di intervenire ai sensi dell'art. 23 CCE.

L'esempio probabilmente più rilevante è costituito dall'art. 41 CCE che, al primo comma, impone agli operatori di reti pubbliche di comunicazione di offrire l'accesso e l'interconnessione agli operatori che lo richiedono (anche se titolari di un'autorizzazione alla fornitura di servizi di comunicazione e non già all'installazione e fornitura di reti [16]) nel rispetto degli obiettivi generali di promozione della concorrenza [17]. In questo caso, il richiamo a tali principi si sostanzia nel divieto di porre in essere condotte che, anche solo di fatto, si traducano nel diniego di concedere l'accesso o l'interconnessione. Rientrano quindi in tale divieto condotte quali la proposta di condizioni tecniche o economiche discriminatorie e/o insostenibili (che realizzino, ad esempio, un'abusiva compressione dei margini), nonché l'adozione di tattiche dilatorie nel corso della negoziazione. Inoltre, l'obbligo di concedere l'accesso e l'interconnessione a condizioni concorrenziali va posto in diretta correlazione con il successivo art. 42, comma 5, CCE in particolare laddove prevede che l'Autorità possa intervenire in sede di risoluzione di controversie tra operatori proprio per garantire il rispetto degli obiettivi generali sopra indicati.

Anche alcune delibere dell'Autorità richiamano espressamente la possibilità per le imprese di adire l'Autorità ai sensi dell'art. 23 CCE per contrastare condotte anticoncorrenziali in mercati nei quali sono state ritenute insussistenti le condizioni per stabilire una regolamentazione *ex ante* (ad esempio perché non sono stati individuati operatori aventi significativo potere di mercato oppure si è ritenuto che non vi fosse la necessità di ristabilire l'equilibrio concorrenziale attraverso specifiche misure). È il caso, ad esempio, del mercato della raccolta da rete mobile e del mercato della fornitura all'ingrosso di segmenti di linee affittate su circuiti interurbani (cd. segmenti *trunk*), nei quali l'Autorità ha enfatizzato la possibilità di essere adita in sede di controversie tra operatori al fine di esercitare il proprio ruolo di vigilanza e garanzia delle condizioni concorrenziali nel mercato, pur in assenza di specifici obblighi *ex ante* [18]. Anche nei mercati in cui sono stati imposti alcuni obblighi agli operatori aventi significativo potere di mercato, l'Autorità ha ritenuto opportuno precisare che, per quanto riguarda gli aspetti su cui non incide la regolamentazione *ex ante*, resta comunque aperta la possibilità di

tutelare i propri interessi attraverso un procedimento di risoluzione delle controversie, anzi costituisce il percorso privilegiato auspicato dall'Autorità [19].

Tali esempi sono significativi in quanto dimostrano che lo strumento della risoluzione di controversie tra operatori è finalizzato non solo a dirimere qualsiasi tipo di contenzioso di natura regolamentare tra operatori, ma anche ad assicurare una generale vigilanza nel settore delle comunicazioni elettroniche a fronte di possibili condotte illegittime degli operatori anche nei mercati nei quali l'Autorità ha riconosciuto, in via generale, la sussistenza di sufficienti condizioni concorrenziali [20].

In questo senso, il procedimento di cui all'art. 23 CCE assume anche una sorta di valenza deterrente, poiché costituisce uno strumento che, in un periodo ragionevolmente breve e con la possibilità di esporre le proprie ragioni dinanzi ad un soggetto terzo competente in materia, consente ad un operatore di far valere le proprie ragioni in maniera certamente più efficace e rapida rispetto, ad esempio, ad un procedimento giudiziario [21] oppure ad una denuncia all'AGCM, ovviamente soggetta ai rigorosi vincoli previsti dalla disciplina antitrust.

La rilevanza dei principi ed obiettivi generali del settore nell'ambito dei procedimenti "contenziosi" di cui all'art. 23 CCE, anche in mercati privi di regolamentazione *ex ante*, trova conferma nelle premesse della Direttiva "quadro" n. 2002/21/CE [22]. Inoltre, anche la giurisprudenza comunitaria ha ormai riconosciuto ampia facoltà di intervento alle autorità nazionali per garantire l'applicazione ed il rispetto dei principi ed obiettivi generali della regolamentazione. Ad esempio, nella sentenza C-192/08 *TeliaSonera* del 12 novembre 2009, par. 60, la Corte di Giustizia ha evidenziato che l'art. 5, comma 4, della Direttiva "accesso" n. 2002/19/CE (corrispondente all'art. 42, comma 5, CCE) "*impone il conferimento alle autorità nazionali di regolamentazione di un'autonomia di intervento, giacché esso dispone che le suddette autorità possono segnatamente intervenire di propria iniziativa per garantire il rispetto degli obiettivi fissati all'art. 8 della direttiva «quadro», e ciò senza definire o limitare le modalità di tale intervento*". Nell'ambito del medesimo procedimento, il potere dell'Autorità di intervenire anche in sede di controversia tra operatori è stato posto in evidenza dall'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer [23].

Tale intervento della giurisprudenza UE è particolarmente significativo in quanto evidenzia gli ampi confini regolamentari entro i quali l'Autorità può pronunciarsi ai sensi dell'art. 23 CCE - costituiti dai principi ed obiettivi generali del settore delle comunicazioni elettroniche -, chiarendo al contempo che l'applicazione degli stessi non trova (almeno in via generale) specifici limiti ed è quindi estesa anche ai mercati nei quali non sia intervenuta una regolamentazione *ex ante* [24].

Da ultimo, anche l'Autorità sembra ormai ammettere la possibilità di prendere in considerazione gli obiettivi ed i principi generali di cui agli artt. 4 e 13 CCE anche come parametro e base giuridica per la fissazione di determinati obblighi in capo alle imprese nell'ambito dei procedimenti contenziosi instaurati dalle imprese. In particolare, nella Delibera n. 111/11/CIR del 2 settembre 2011 (definizione della controversia Fastweb/Telecom Italia relativa al prezzo del servizio di raccolta da rete mobile verso numerazioni non geografiche (NNG) con addebito all'utente chiamato), l'Agcom ha sostenuto, facendo leva sull'art. 42, comma 5, CCE, proprio la possibilità di utilizzare i principi generali di tutela della concorrenza al fine di garantire il rispetto degli obblighi in materia di accesso ed interconnessione. L'Autorità ha infatti sottolineato che "*tale norma* [i.e. l'art. 42, comma 5, CCE]

attribuisce dunque all'Autorità il potere di perseguire, in materia di interconnessione e accesso, gli obiettivi dell'attività di regolazione in funzione concorrenziale anche attraverso lo strumento della risoluzione delle controversie tra operatori (c.d. "regulation by litigation").

4. Fissazione di un prezzo equo e ragionevole al fine di garantire il rispetto degli obiettivi di tutela della concorrenza.

Per garantire l'effettiva tutela dei diritti degli operatori, nella decisione finale adottata dall'Autorità i principi e obiettivi regolamentari fatti valere nel procedimento dovranno essere necessariamente dotati di un contenuto specifico che si adatti alla concreta fattispecie.

A tale riguardo, l'art. 23 CCE ed il "Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica" (adottato con Delibera n. 352/08/CONS del 25 giugno 2008) non prevedono specifici limiti relativi al contenuto della decisione finale (con riferimento, ad esempio, agli aspetti - economici, commerciali, tecnici, etc. - che possono essere definiti in tale sede), che è semplicemente indicata come "*diretta a dirimere la controversia*" e, quindi, a pronunciarsi sull'obbligo di natura regolamentare oggetto del procedimento stesso.

Anche la Corte di Giustizia, al par. 60 della sentenza C-192/08 *TeliaSonera*, ha riconosciuto che l'art. 5, comma 4, della Direttiva "accesso" n. 2002/19/CE (corrispondente all'art. 42, comma 5, CCE) conferisce alle autorità di regolamentazione un potere di intervento finalizzato a garantire il rispetto degli obiettivi di cui all'art. 13 CCE "*e ciò senza definire o limitare le modalità di tale intervento*".

Va tuttavia considerato che una decisione finale che si limiti ad accertare una violazione regolamentare o l'esistenza di un generico obbligo in capo ad un'impresa (senza tuttavia dettarne le specifiche modalità tecniche ed economiche) rischierebbe di non garantire una piena ed effettiva tutela dell'interesse dell'operatore istante. Una decisione che stabilisca un obbligo "generico", infatti, potrebbe poi richiedere lo svolgimento di una successiva negoziazione tra le imprese interessate al fine di stabilirne le modalità applicative, e tale situazione potrebbe consentire all'operatore a cui sia stato imposto un obbligo di adottare condotte dilatorie o che, di fatto, impediscano la piena soddisfazione della controparte (soprattutto nel caso in cui vi sia un forte squilibrio tra il potere contrattuale e di mercato tra le parti stesse).

Per questo motivo si ritiene che, in sede di risoluzione di controversie tra operatori, anche i principi generali stabiliti dagli artt. 4 e 13 CCE (nonché gli altri obiettivi fissati a livello normativo e regolamentare, ad esempio in materia di tutela dei consumatori, *mobile number portability*, etc.) dovranno tradursi in obblighi specifici e determinati, da modellarsi in base al concreto caso di specie [25]. Tale conclusione vale in particolar modo con riferimento alla fissazione delle condizioni economiche di un servizio (oltre che alle sue concrete modalità applicative), per le quali vi è l'esigenza di evitare il sorgere di possibili dubbi o interpretazioni contrastanti, ad esempio, sulla misura del prezzo effettivamente applicabile al servizio oppure dei protocolli di rete da adottare [26].

Nelle controversie vertenti su mercati e servizi non regolamentati *ex ante*, tuttavia, la fissazione di un prezzo trova un apparente ostacolo nell'assenza di specifici

vincoli e criteri in capo alle imprese. In realtà, anche in tali mercati non regolamentati le imprese sono chiamate a rispettare vincoli di prezzo che derivano direttamente dai principi e obiettivi generali della regolamentazione e che, come visto, sono direttamente applicabili anche nei mercati non regolamentati *ex ante*. Dunque, qualora un operatore ritenga che tali principi generali ed i relativi obblighi di prezzo siano stati violati da un proprio concorrente, esso è legittimato a richiedere all'Autorità non solo l'accertamento della presunta violazione ma anche la fissazione del prezzo (o comunque delle condizioni economiche) del servizio che rispetti i suddetti principi e obblighi generali.

A voler negare, invece, la legittimazione dell'Autorità ad imporre obblighi di prezzo derivanti direttamente dai principi ed obiettivi della regolamentazione, si giungerebbe all'inaccettabile conclusione di negare la tutela effettiva degli interessi degli operatori in relazione a servizi e mercati non regolamentati *ex ante*, lasciando al contempo inapplicati i fondamentali obblighi di natura concorrenziale a cui, al contrario, l'intero settore delle comunicazioni dovrebbe essere informato. In particolare, ciò pregiudicherebbe l'equilibrio concorrenziale di mercati molto rilevanti (ad esempio, quello della raccolta da rete mobile verso le diverse tipologie di numerazioni) e, inoltre, ne risulterebbero svantaggiate soprattutto le imprese (spesso di dimensioni ridotte) che si ritrovano ostacolate da possibili condotte anticoncorrenziali di operatori aventi maggiore potere contrattuale o di mercato.

Ciò non significa che ogni richiesta di fissazione di un prezzo equo e ragionevole sia legittima, bensì che l'Autorità ha la competenza, l'esperienza e gli strumenti per temperare i diversi principi ed obiettivi che deve perseguire e valutare quindi la necessità di un proprio intervento.

Il crescente numero delle decisioni adottate consentirà di comprendere gli indirizzi applicativi in merito alla fondatezza della richiesta di fissazione di un prezzo equo e ragionevole nonché i criteri che dovranno guidare sia le parti istanti che i soggetti resistenti nella gestione del procedimento, così come di eventuali tentativi di componimento bonario del contenzioso. Nei successivi paragrafi indicheremo alcuni criteri, frutto dell'analisi dell'evoluzione regolamentare comunitaria e nazionale, che potranno costituire utili strumenti per la fissazione del prezzo equo e ragionevole.

5. Prezzo orientato al costo e prezzo equo e ragionevole.

Con riferimento alla fissazione di un prezzo in sede di risoluzione di controversie tra operatori, vi è comunque una netta distinzione tra il prezzo che discende dagli artt. 4 e 13 CCE (e che, alla luce dei diversi obblighi ivi previsti, anche di natura concorrenziale, può essere indicato come "equo e ragionevole") ed il prezzo orientato al costo di cui all'art. 50 CCE.

Quest'ultimo, infatti, può essere imposto dall'Autorità esclusivamente attraverso una specifica delibera ed a valle di un'analisi di mercato, previa designazione di un'impresa avente significativo potere di mercato e accertando che una determinata misura è necessaria per ristabilire l'equilibrio concorrenziale del mercato [27]. In linea generale, non sembra dunque possibile che una decisione ai sensi dell'art. 23 CCE possa modificare quanto stabilito dalla suddetta delibera dell'Agcom, o imporre a sua volta un obbligo di prezzo orientato al costo (o altri obblighi di cui agli artt. 45-50 CCE) in carenza della previa analisi del mercato e consultazione degli attori del mercato. Ciò non esclude comunque la possibilità

per l'Autorità di intervenire in sede contenziosa in tali mercati già regolamentati, ad esempio al fine di accertare la violazione di un obbligo *ex ante* da parte dell'impresa avente significativo potere di mercato, oppure per chiarire l'applicazione di determinati obblighi già imposti.

Al contrario, la fissazione di un prezzo equo e ragionevole non richiede lo svolgimento di una preventiva analisi di mercato (secondo le modalità previste dagli artt. 18 e 19 CCE), sia perché i corrispondenti principi di cui agli artt. 4 e 13 CCE sono direttamente applicabili all'intero settore delle comunicazioni elettroniche (cfr. par. 1 *supra*), sia perché l'analisi di mercato rappresenta il presupposto per l'imposizione dei diversi e più penetranti obblighi di cui agli artt. 46-50 CCE. Dunque, il vigente quadro normativo non impedisce all'Autorità di stabilire – laddove adita da un operatore interessato – il prezzo equo e ragionevole di un servizio per il quale non vi sia stata una preventiva analisi di mercato svolta secondo le raccomandazioni e le linee direttrici comunitarie. A tale conclusione ha di recente aderito anche l'Autorità che, nella già richiamata Delibera n. 111/11/CIR, ha espressamente rigettato la posizione dell'operatore resistente ritenendo “*non fondate le argomentazioni [...] in base a cui l'Autorità non potrebbe fissare condizioni economiche di interconnessione, se non a valle di un procedimento regolamentare di analisi di mercato*”.

Tale considerazione può assumere specifica valenza con riferimento agli obblighi in capo agli operatori di rete di fornire accesso e interconnessione alla propria rete (artt. 41 e 42 CCE), dal momento che essi si applicano a prescindere dalla sussistenza delle condizioni per lo svolgimento di un'analisi di mercato e successiva imposizione di regolamentazione *ex ante*. Dunque, l'Autorità potrebbe essere legittimamente chiamata a definire il prezzo di un servizio di accesso o interconnessione fornito da un operatore che non sia stato notificato come avente significativo potere di mercato. Anche tale possibilità è stata sostanzialmente confermata dalla già richiamata sentenza C-192/08 *TeliaSonera* [28].

6. Prassi decisionale dell'Autorità in relazione alla fissazione di un prezzo nell'ambito di procedimenti contenziosi *ex art.* 23 CCE.

L'Autorità in passato ha già risolto alcune controversie tra operatori mediante la determinazione delle condizioni economiche del servizio oggetto di contestazione ma, in questi casi, la necessità di tale determinazione del prezzo derivava non tanto dall'applicazione dei principi di cui agli artt. 4 e 13 CCE (al fine cioè di giungere ad un prezzo concorrenziale, equo e ragionevole), bensì da fattori ulteriori.

In particolare, nella controversia fra Wind e Vodafone in materia di condizioni economiche applicate al servizio di terminazione su rete mobile, conclusasi con Delibera n. 14/06/CIR del 15 marzo 2006, l'Autorità, oltre ad accertare l'obbligo di Vodafone di applicare il prezzo della terminazione orientato al costo anche per le chiamate originate da rete mobile di Wind, ha altresì stabilito il corrispondente prezzo di terminazione delle chiamate su rete mobile di Wind (a quel tempo operatore non avente significativo potere di mercato) originate da rete mobile di Vodafone. In questo caso, l'esigenza di determinare tale secondo prezzo in capo ad un operatore non notificato discendeva da “*ovvie ragioni di minimale equilibrio contrattuale*” tra le parti.

Anche nella Delibera n. 16/06/CIR del 4 maggio 2006 (relativa alla controversia tra Telecom Italia e Fastweb in materia di tariffe di interconnessione inversa), l'Autorità ha ammesso la possibilità di definire il prezzo del servizio di interconnessione applicato da un operatore non avente significativo potere di mercato (ossia Fastweb), ma in una situazione in cui era stato quest'ultimo a richiedere l'accertamento del proprio diritto ad applicare condizioni economiche diverse da quelle dell'operatore notificato Telecom Italia [29].

Rileva inoltre la Delibera n. 40/09/CIR del 9 luglio 2009 (relativa alla controversia tra Telecom Italia e Fastweb in materia di collegamenti ISDN) [30], in cui l'Autorità ha provveduto a determinare le condizioni economiche di fornitura all'ingrosso di collegamenti ISDN (pur in assenza di obblighi di orientamento al costo) attraverso la definizione di uno sconto sul prezzo retail dei medesimi collegamenti ISDN.

Un significativo cambio di rotta (o meglio, chiarimento di un orientamento già parzialmente avviato) si è avuto con la Delibera n. 111/11/CIR, adottata al termine di un procedimento contenzioso instaurato da Fastweb nei confronti di Telecom Italia e avente ad oggetto la presunta violazione degli obblighi generali di tutela della concorrenza richiamati dagli artt. 41 e 42 CCE nella fissazione da parte di Telecom Italia del prezzo del servizio di raccolta da rete mobile verso numerazioni non geografiche (NNG) con addebito all'utente chiamato. In tale decisione, infatti, l'Autorità ha accertato che *“l'applicazione di un prezzo di raccolta eccessivo e sproporzionato”* da parte di Telecom Italia conducesse ad una distorsione concorrenziale del relativo mercato rilevante e ponesse a rischio il conseguimento di quel vantaggio che deve essere garantito nella fornitura dei servizi di interconnessione ai sensi dell'art. 4, comma 3, lett. f), CCE. In considerazione di ciò, è stato concluso che *“si ritiene di strategica rilevanza un intervento dell'Autorità in materia di raccolta da mobile e che solo l'applicazione di un prezzo equo e ragionevole sia in grado di garantire il raggiungimento di quegli obiettivi di concorrenza tra operatori e massimo vantaggio agli utenti finali indicati dagli artt. 13 e 4 del Codice”*.

La Delibera n. 111/11/CIR è interessante anche perché essa mostra una sempre maggiore consapevolezza dell'Autorità ad utilizzare lo strumento della risoluzione di controversie tra operatori anche per finalità regolatorie che oltrepassano i confini del procedimento contenzioso. È probabilmente a questo scopo che l'Autorità ha ritenuto opportuno di dover illustrare vere e proprie “linee guida” per la quantificazione del prezzo equo e ragionevole (potenzialmente applicabili da parte di altre imprese - vedi *infra* -) e di rivolgersi direttamente *“all'attenzione del mercato e dei suoi operatori”* al fine di evitare una possibile lettura erronea delle modalità applicative della decisione. Tuttavia, quasi a voler evitare che la propria decisione potesse essere considerata come una vera e propria fonte regolamentare per l'intero mercato nonché forse per scongiurare il rischio di auto-vincolarsi *pro futuro* a questi criteri, l'Autorità ha ritenuto di dover precisare che *“il fatto che la definizione, nell'ambito della presente controversia, di un prezzo della raccolta da mobile, ottenuto come somma del costo della terminazione rilevante e del succitato mark-up, non configura un legame funzionale, pro-futuro, tra prezzi di raccolta e prezzi di terminazione”*. Inoltre, con tale considerazione, l'Autorità ha voluto evitare che, attraverso una delibera ai sensi dell'art. 23, quindi emanata non a seguito di un'analisi di mercato, si affermasse in maniera generalizzata un principio che potesse ricollegare il prezzo equo e ragionevole di un servizio ad un prezzo orientato al costo (ossia quello della terminazione mobile). Ciò denota che,

in certi casi, l'Autorità mostra ancora incertezza nell'adottare un chiaro ed univoco indirizzo rispetto ai criteri delle proprie decisioni, con il rischio di non orientare il mercato verso meccanismi di *self-regulation* e di indurre comportamenti opportunistici e la proliferazione di contenziosi interoperatori, effetti non certo coerenti con i principi di efficienza dell'azione amministrativa e di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Più esplicitamente, invece, l'Autorità si era rivolta a tutte le imprese del mercato nella Delibera n. 124/10/CIR del 17 dicembre 2010 (adozione di misure cautelari nell'ambito della controversia Telecom Italia / Teletu in materia di procedure per il trasferimento delle utenze di rete fissa) [31].

7. Criteri di quantificazione del prezzo equo e ragionevole.

Una delle questioni cruciali nell'imposizione di un prezzo equo e ragionevole è costituita dall'individuazione dei criteri sulla base dei quali quantificare il suddetto prezzo. È evidente, infatti, che i principi ed obiettivi generali stabiliti dagli artt. 4 e 13 CCE non indicano, per loro natura, criteri dettagliati per la determinazione del prezzo stesso ma, tutt'al più, da essi è possibile dedurre alcuni parametri entro i quali quantificare il prezzo equo e ragionevole.

Ad esempio, è evidente che non vi potrà essere un'effettiva concorrenza nel mercato qualora un servizio all'ingrosso venga fornito ad un prezzo uguale o superiore rispetto al prezzo del corrispondente servizio al dettaglio oppure quando un servizio è oggetto di sussidio incrociato da parte di operatori verticalmente integrati. Inoltre, con riferimento agli impatti negativi nei confronti dei consumatori, il prezzo di un servizio offerto da un operatore potrà essere considerato irragionevolmente elevato qualora esso limiti l'utilizzo del servizio stesso da parte dei consumatori-utenti oppure costituisca un ostacolo allo sviluppo o alla diffusione di un servizio innovativo. L'applicazione di questo criterio potrebbe rivelarsi estremamente "qualitativo" rispetto a parametri maggiormente misurabili, ma l'Autorità è dotata di adeguati strumenti e competenze (dalle analisi di mercato alle indagini conoscitive, dai Libri Bianchi, ai Tavoli tecnici di implementazione fino alle segnalazioni dei consumatori) per monitorare efficacemente il mercato, cogliere le sue costanti evoluzioni ed intervenire tempestivamente ponderando i diversi interessi rilevanti.

Nell'ordinamento vi sono inoltre ulteriori modelli di quantificazione del prezzo e, in particolare, l'analisi delle delibere dell'Autorità (non solo in sede di risoluzione di controversie tra operatori) mostra un ampio ventaglio di possibili criteri da utilizzare, per cui sarà importante verificare quale di essi si possa maggiormente adattare al caso di specie, soprattutto in termini di informazioni disponibili.

Si evidenzia comunque che, in alcuni casi, alcune indicazioni relative al modello da seguire per giungere al prezzo equo e ragionevole sono fornite dalla stessa regolamentazione dell'Autorità. Nel procedimento di cui alla Delibera n. 111/11/CIR, ad esempio, l'Autorità ha definito il prezzo equo e ragionevole del servizio di raccolta verso numerazioni non geografiche con addebito al chiamato sulla base di quanto stabilito nei considerando della Delibera n. 65/09/CONS (che peraltro aveva ritenuto non suscettibile di analisi di mercato il servizio di raccolta da rete mobile) [32]. In applicazione del criterio ivi indicato, l'Autorità aveva stabilito che il prezzo del servizio di raccolta dovesse essere pari al prezzo di terminazione più un *mark up*, individuato tenendo conto, tra l'altro, della

remunerazione dei costi relativi a servizi accessori e dei principi di equità e ragionevolezza.

In assenza di punti di riferimento normativi, l'analisi della prassi decisionale dell'Autorità mostra un certo ricorso al *benchmark* internazionale, la cui rilevanza è stata già riconosciuta sia in sede di risoluzione di controversie tra operatori (come mostra la Delibera n. 14/06/CIR [33]), sia nella definizione di obblighi *ex ante* (quale criterio utilizzabile per definire il prezzo transitorio del servizio bitstream fino alla successiva determinazione del prezzo orientato al costo) [34]. Discorso diverso riguarda le modalità con le quali il *benchmark* internazionale potrà essere concretamente applicato (ad esempio utilizzando il "miglior" prezzo oppure una media dei "migliori" tre prezzi), visto che, a seconda delle circostanze, tale questione può anche dipendere dalle informazioni disponibili e dalla tipologia di prezzo da quantificare.

Il modello di *benchmark* potrebbe in teoria essere preso in considerazione anche in relazione alle condizioni economiche applicate in Italia per servizi analoghi o per il medesimo servizio fornito da altri operatori. Questo procedimento, tuttavia, andrebbe utilizzato con estrema cautela dal momento che, a meno che non sia svolta una specifica analisi in merito, non si può escludere a priori che i prezzi applicati nel mercato da operatori terzi (non coinvolti dal procedimento di risoluzione della controversia) siano anch'essi eccessivi e non del tutto coerenti con il quadro regolamentare. In questo caso, si rischierebbe quindi di quantificare un prezzo come equo e ragionevole quando esso, in realtà, riflette le distorsioni del mercato poiché, ad esempio, non vi sono stati incentivi alla competizione interoperatore a causa dei modelli di tariffazione all'utente finale.

Un ulteriore modello che può essere utilizzato, soprattutto per la quantificazione del prezzo di un servizio all'ingrosso, è quello del *retail minus*, attraverso il quale, a partire da un prezzo al dettaglio, viene definito il corrispondente prezzo all'ingrosso in maniera tale da assicurare un adeguato margine e remunerazione delle attività per il soggetto che opera nel mercato intermedio [35]. Questo modello di definizione di un prezzo all'ingrosso è stato più volte utilizzato dall'Autorità (in particolare nelle fasi di transizione rispetto all'introduzione di un servizio innovativo oppure nella fissazione di nuovo modello di costo) e può rappresentare per alcuni servizi un modello di definizione di un prezzo equo e ragionevole abbastanza semplice e rapido nella sua implementazione, consentendo all'Autorità di gestire una fase di transizione verso una diversa definizione di un prezzo, sia ai sensi dell'art. 50 CCE che verso un modello maggiormente competitivo.

Si ritiene infine che la determinazione di un prezzo equo e ragionevole possa portare ad esiti distorsivi e paradossali qualora si tenga in considerazione anche della media storica dei prezzi applicati in passato tra le parti del procedimento (come invece ha fatto l'Autorità nella Delibera n. 111/11/CIR): in questo modo, infatti, si potrebbe arrivare a determinare un prezzo equo e ragionevole più elevato nei casi in cui il fornitore del servizio abbia imposto nel passato prezzi più alti, rispetto ai casi nei quali, viceversa, esso abbia praticato prezzi più bassi, premiando quindi in maniera irragionevole proprio il soggetto che ha applicato per un tempo più lungo condizioni economiche non ragionevoli.

Al di là dei pregi e dei difetti dei diversi modelli proposti e della possibile ponderazione nell'applicazione congiunta di essi, è opportuno evidenziare che l'Autorità dovrà rapidamente definire, nel crescente esercizio dei poteri attribuiti

dall'art. 23 CCE, criteri univoci applicabili ai diversi mercati interessati affinché, da un lato, gli operatori possano essere indotti, in modo virtuoso, ad adottare meccanismi di *self-regulation* e, dall'altro, le attuali "sacche" di extraprofitti ingiustificati che non sono oggetto di regolamentazione *ex ante* possano essere rimosse a beneficio dell'evoluzione competitiva del mercato e del benessere dei consumatori.

Note:

[*] Il presente articolo, pur essendo frutto di un'analisi congiunta e condotta in stretta collaborazione tra gli autori, è stato redatto da Gilberto Nava per i par. da 1 a 3, e da Valerio Mosca per i par. da 4 a 7. Le riflessioni contenute nel presente articolo derivano, tra l'altro, dall'analisi dei provvedimenti adottati fino ad oggi dall'Autorità, non potendosi tuttavia escludere che la futura evoluzione dei mercati possa portare a conclusioni differenti.

[1] L'art. 23 CCE costituisce il recepimento dell'art. 20 della direttiva "quadro" n. 2002/21/CE. Il comma 1 di tale disposizione è stato da ultimo emendato dalla Direttiva 2009/140/CE, che ha introdotto le seguenti modifiche: (i) le controversie oggetto del procedimento possono sussistere non più solo tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, ma anche tra queste ultime e le altre imprese che beneficiano di obblighi in materia di accesso o interconnessione; (ii) il termine di quattro mesi per la definizione della controversia può essere superato in casi eccezionali. Tali emendamenti sono contenuti anche nello schema di d.lgs. di modifica al CCE posta in consultazione dal Ministero dello Sviluppo Economico nel dicembre 2011, in attuazione della delega di cui all'art. 9 della Legge n. 217/2001 (Legge Comunitaria 2010).

[2] Il termine di quattro mesi per lo svolgimento del procedimento è comunque considerato di natura ordinatoria (si veda, inter alia, Sent. Tar Lazio, sez. III-ter, 14 dicembre 2006, n. 14517) e non è raro che una controversia venga definitiva dall'Autorità anche dopo 6-12 mesi dalla presentazione dell'istanza introduttiva.

[3] Per l'analisi degli aspetti generali della risoluzione delle controversie tra operatori (con particolare riguardo alla sua natura giuridica di strumento contenzioso, paragiurisdizionale o amministrativo, nonché agli aspetti procedurali di cui al Regolamento adottato dall'Agcom con Delibera n. 352/08/CONS), si vedano: E.L. CAMILLI – M. CLARICH, I poteri quasi giudiziali delle autorità indipendenti, in *Arbitri dei mercati*, a cura di M. D'Alberti – A. Pajno, Il Mulino, 2010, pag. 107 ss.; A. LEONE, La risoluzione delle controversie tra operatori, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, a cura di F. Bassan, Giuffrè, 2010, pag. 273 ss.; F. DONATI, L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni, Giappichelli, 2007, pag. 207 ss.; G. PESCE, Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese, in *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, a cura di M. Clarich e G.F. Cartei, Giuffrè, 2004, pag. 405 ss.; M. CLARICH, L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Il Mulino, 1996, pag. 41 ss. Con particolare riferimento alla giurisprudenza che ha esaminato la natura giuridica del procedimento di risoluzione di controversie tra operatori, si vedano in particolare la Sent. Cass., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341 (secondo la quale "l'ordinamento anzitutto non conosce un tertium genus tra amministrazione e

giurisdizione [...] non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a sé stante” e “risulta pertanto decisivo, in adesione alla dominante dottrina, ad escludere la natura giurisdizionale, o paragiurisdizionale, se con tale termine si intende richiamare la predetta fonte giudiziaria del provvedimento, la sottoposizione della decisione dell'organo pubblico, comunque adottata, al vaglio di un giudice nei termini della domanda introduttiva del giudizio di controllo che ha negato la natura di procedimento paragiurisdizionale”) e la Sent. Tar Lazio, sez. III-ter, 14 dicembre 2006, n. 14517 (secondo cui l’Autorità, nell’adottare una decisione ai sensi dell’art. 23 CCE “non ha esercitato funzioni amministrative ma paragiurisdizionali”, in quanto è “intervenuta come giudice di una controversia, con la conseguenza che l'intero procedimento che davanti ad essa si è svolto segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo”).

[4] Nel periodo aprile 2009-marzo 2010 sono stati avviati tredici procedimenti contenziosi dalle imprese (fonte: Relazione Annuale Agcom 2010, pag. 215), mentre nel periodo maggio 2009 - aprile 2010 ne sono stati instaurati dodici (fonte: Relazione Annuale Agcom 2009, pag. 180).

[5] Tali obblighi riguardano: trasparenza (art. 46 CCE), non discriminazione (art. 47 CCE), separazione contabile (art. 48 CCE), accesso e di uso di determinate risorse di rete (art. 49 CCE), controllo dei prezzi e di contabilità dei costi (art. 50 CCE).

[6] Si precisa che l’utilizzo del procedimento di risoluzione di controversie tra operatori ha sollevato una serie di problematiche giuridiche (relative non solo all’inquadramento dell’istituto nell’ordinamento ma anche, ad esempio, alla possibile applicazione dei principi relativi alle garanzie ed ai diritti delle parti previsti dall’ordinamento processual-civile nei procedimenti di natura giurisdizionale, al potere dell’Autorità di incidere - attraverso l’intervento su aspetti regolamentari - anche su profili sinallagmatici di contratti bilaterali stipulati tra le imprese, alla possibilità per l’Autorità di pronunciarsi su questioni non direttamente collegate alla domanda di parte, al rapporto tra questa tipologia di contenzioso ed il giudizio avviato in sede civile sul medesimo oggetto da una delle parti e le implicazioni sull’efficienza dell’azione amministrativa) che, pur essendo molto rilevanti, per la loro complessità non possono essere compiutamente affrontate nel presente articolo.

[7] Si evidenzia fin d’ora che, in una prospettiva de jure condendo, il legislatore comunitario sta esaminando l’ulteriore rafforzamento dei poteri di intervento delle Autorità di regolamentazione nazionali in sede di risoluzione di controversie tra operatori e, a tale riguardo, la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all’interno dell’Unione, presentata nel luglio 2011, stabilisce espressamente, al considerando n. 19, che le richieste ragionevoli di accesso all’ingrosso alle reti mobili al fine di fornire servizi di roaming “possono essere rifiutate solo sulla base di criteri obiettivi e debitamente fondati, che devono essere determinati caso per caso dalle autorità nazionali di regolamentazione a seguito della procedura di risoluzione delle controversie”.

[8] Si veda, inter alia, Delibera n. 29/07/CIR del 3 aprile 2007 (definizione della controversia H3G / Vodafone in materia di tariffe di terminazione su rete mobile), relativa alla richiesta di H3G di accertare il proprio diritto ad applicare nei confronti di Vodafone un prezzo della terminazione differente rispetto a quello stabilito in via contrattuale. Cfr. anche Sent. Tar Lazio, sez. III-ter, 14 dicembre 2006, n.

14517, nella quale il giudice afferma che, pur in presenza di un contratto di interconnessione bilaterale, “la fonte regolatrice del rapporto di interconnessione [...] è dunque la delibera dell’Autorità n. 11/03/Cons e non il contratto stipulato [...], a nulla rilevando che la soluzione che il Garante avrebbe dato alla controversia [...] avrebbe riverberato i suoi effetti anche sulla disciplina pattizia”.

[9] In questo senso si veda il condiviso orientamento espresso in merito in F. DONATI, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., pag. 209.

[10] A tale riguardo, nella Delibera n. 14/06/CIR del 14 marzo 2006 relativa alla controversia tra Wind e Vodafone in materia di terminazione mobile, l’Autorità ha esplicitamente affermato che “per permettere allo stesso principio [nel caso di specie, l’orientamento al costo di un prezzo della terminazione] di dispiegare in concreto la sua finalità di interesse pubblico il minimo che si possa fare è di considerare da esso integrata ex lege la singola disciplina contrattuale, nel senso che tale principio accorda, anche nel silenzio del contratto sul punto, una facoltà di recesso per giusta causa delle clausole contrattuali regolatrici delle pertinenti tariffe, le quante volte emergano — come nella specie è avvenuto — dati obiettivi ed inequivocabili di fonte imparziale comprovanti l’avvenuta lesione in concreto del principio stesso”.

Nello stesso senso si sono espressi anche F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2006, pag. 46 (“[quando l’Autorità emana] atti sostitutivi di negozi privati [...] fa quello che i privati non fanno o non vogliono fare, sostituendo a negozi privati decisioni amministrative”) e F. DONATI, in *L’Ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., pag. 132 (“i contratti di interconnessione e accesso si perfezionano dunque secondo un modello di “negoziato regolato” rispetto alla quale l’AGCom riveste un ruolo decisivo”). In senso contrario, per quanto riguarda il potere dell’Autorità di incidere sui contratti di interconnessione negoziati dagli operatori, si veda V. MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni)*. Prime riflessioni, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, II, pag. 325 ss.

[11] Resta in ogni caso fermo che i principi generali dovranno essere valutati, oltre che in base alle caratteristiche del caso di specie, anche attraverso un bilanciamento reciproco tra gli stessi (si consideri, ad esempio, l’equilibrio tra obblighi di accesso alla rete e sostenibilità degli investimenti), così da evitare che determinati obiettivi della regolamentazione siano pregiudicati dall’applicazione di altri principi. Per un’analisi complessiva dei principi generali stabiliti dagli artt. 4 e 13 CCE si veda M. CLARICH, *Disposizioni e principi generali*, in *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, a cura di M. Clarich e G.F. Cartei, Giuffrè, 2004, pag. 51 ss.

[12] A. LEONE, *La risoluzione delle controversie tra operatori*, cit., pag. 278, mette in evidenza l’importanza del richiamo ai principi di promozione della concorrenza, di sviluppo del mercato interno e di tutela dei cittadini in quanto essi rappresentano finalità estranee al giudice ordinario e, per contro, peculiari alla tutela dinanzi all’Autorità (oltre che ad altre autorità pubbliche, quali l’Agcm), e sottolinea altresì che “poiché il Codice enumera una serie di obblighi a carico delle imprese di telecomunicazione da attuare nell’ambito dei loro reciproci rapporti, l’Autorità ha il potere di imporne l’osservanza nell’ambito di controversie individuali in modo coerente con gli obiettivi generali indicati dall’art. 13”.

[13] Anche secondo F. DONATI, L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni, cit., pag. 208, "in sede di soluzione delle controversie tra operatori, quindi, le autorità nazionali di regolamentazione sono chiamate a svolgere un'attività sostanzialmente regolatoria".

[14] La rilevanza delle decisioni di autorità amministrative indipendenti nell'ambito di procedimenti giudiziali di risarcimento danni è evidente soprattutto nel caso di violazioni della normativa antitrust di cui alla Legge n. 287/1990. Si veda in questo senso, ex multis, Sent. App. Roma 20 gennaio 2003, in cui Telecom Italia è stata condannata a risarcire Albacom (nonché, con distinte sentenze aventi analogo contenuto, anche altri operatori) per i danni prodotti da condotte anticoncorrenziali di margin squeeze che erano state già accertate dall'Agcm nel Procedimento A285 Infostrada/Telecom Italia-Tecnologia Adsl, Decisione del 27 aprile 2001 (che coinvolgeva comunque anche profili connessi al rispetto della regolamentazione dell'Agcom).

[15] Anche l'art. 42, comma 1, CCE stabilisce che, nel perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 13 CCE, l'Autorità esercita le proprie competenze, oltre che per promuovere l'efficienza economica ed una concorrenza sostenibile, anche al fine di "recare il massimo vantaggio agli utenti finali".

[16] La nuova formulazione dell'art. 4, comma 1, della Direttiva "accesso" 2002/19/CE (corrispondente all'art. 41, comma 1, CCE), emendata dalla Direttiva n. 2009/140/CE, ha definitivamente chiarito che l'obbligo di negoziare l'interconnessione alla propria rete sussiste qualora "richiesto da altre imprese titolari di un'autorizzazione ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2002/20/CE". Anche con la previgente formulazione di tale disposizione, la Corte di Giustizia era giunta all'analoga conclusione che "l'obbligo di negoziare l'interconnessione incombe all'insieme degli operatori di reti pubbliche di comunicazioni dal momento che lo richieda un'altra impresa, titolare di un'autorizzazione" (sentenza C-192/08 TeliaSonera, par. 28).

[17] L'art. 41, comma 1, CCE richiama "il rispetto dei principi di cui all'articolo 13, comma 5, lettera b)". Quest'ultima disposizione stabilisce l'adozione di una disciplina dell'accesso e dell'interconnessione "compatibilmente con le condizioni competitive del mercato e [...] in coerenza con gli obiettivi generali di cui all'articolo 4". Tra tali obiettivi generali rientrano quello di "promuovere lo sviluppo in regime di concorrenza delle reti e servizi di comunicazioni elettronica", nonché quello di "garantire in modo flessibile l'accesso e l'interconnessione [...] in modo da assicurare concorrenza sostenibile, innovazione e vantaggi per i consumatori".

[18] Nella Delibera n. 65/09/CONS del 13 febbraio 2009 relativa al mercato della raccolta da rete mobile l'Autorità, dopo aver sottolineato che "nel mercato in esame [...] si ravvisa tanto più l'esigenza di un monitoraggio attento e continuo, al fine di evitare che comportamenti ostruzionistici degli operatori infrastrutturali ostacolino l'operatività di nuovi soggetti" (par. n. 168), ha richiamato (i) il proprio "ruolo di monitoraggio e vigilanza [...] sui rapporti commerciali fra operatori di rete e virtuali, [...], e che comunque rimarrà operante, nonché la competenza in materia di risoluzione delle controversie fra gli operatori succitati", nonché (ii) il proprio "ruolo dirimente delle controversie fra MNO e operatori che offrono servizi di chiamata verso NNG, nel caso di istanza di una delle parti" (par. D3.44). Anche nella Delibera n. 2/10/CONS del 15 gennaio 2010, relativa al mercato della fornitura all'ingrosso di segmenti di linee affittate su circuiti interurbani, l'Autorità ha evidenziato che "in ogni caso, quale garanzia della vigilanza e rimozione di

eventuali comportamenti anticoncorrenziali, l'Autorità rammenta sia il consueto monitoraggio delle condizioni di mercato e competitive, sia la possibilità di intervento in sede di controversie" (par. D5.4. Si veda, analogamente, anche il par. D13.7).

[19] Cfr. par. D4.10 della Delibera n. 179/10/CONS del 28 aprile 2010 relativa ai mercati dei servizi di raccolta e terminazione nella rete telefonica pubblica fissa: "l'Autorità ritiene che una eventuale violazione dei contratti di interconnessione debba essere rappresentata nelle sedi opportune, anche mediante instaurazione di una controversia presso i competenti Uffici dell'Autorità, ma non possa in alcun modo costituire oggetto di un intervento di regolamentazione ex-ante".

[20] In senso contrario, si veda F. DONATI, L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni, cit., pag. 208, secondo il quale "l'AGCom non potrebbe dunque, ad esempio, imporre obblighi di regolamentazione asimmetrica a carico di operatori privi di significativo potere di mercato: si veda peraltro la delibera n. 14/06/CIR, in cui l'AGCom ha discutibilmente assoggettato ad obblighi di prezzo le tariffe di terminazione di un operatore non avente significativo potere di mercato".

[21] Si ricorda comunque che, ai sensi dell'art. 3, commi 3 e 4, del Regolamento adottato con Delibera Agcom n. 352/08/CONS, la domanda proposta all'Autorità è improcedibile qualora riguardi una questione per la quale sia adita, anche solo in parte, l'autorità giudiziaria.

[22] Il considerando n. 32 della Direttiva "quadro" n. 2002/21/CE indica gli obblighi relativi all'accesso o all'interconnessione come esempio "emblematico" in cui l'autorità di regolamentazione nazionale può intervenire in sede di risoluzione di controversie tra operatori ("Nell'eventualità che sorgano controversie fra imprese dello stesso Stato membro nel settore disciplinato dalla presente direttiva o dalle direttive particolari, ad esempio per quanto riguarda gli obblighi relativi all'accesso o all'interconnessione ovvero le modalità di trasferimento di elenchi di abbonati, la parte lesa che abbia negoziato in buona fede un accordo senza riuscire a raggiungerlo, dovrebbe avere il diritto di rivolgersi a un'autorità di regolamentazione nazionale per risolvere la controversia. Le autorità nazionali di regolamentazione devono avere il potere di imporre una soluzione alle parti").

[23] "L'art. 5, n. 4, della direttiva accesso consente alla detta autorità di adottare iniziative in tal senso [i.e. per obbligare un'impresa a negoziare l'interconnessione], in virtù di un potere di intervento che le è conferito dall'art. 20, n. 1, della direttiva quadro [corrispondente all'art. 23 CCE]" (C-192/08 TeliaSonera, conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer del 14 maggio 2009, par. 114).

[24] "Occorre comunque constatare che il suddetto obbligo di negoziare [l'interconnessione] è indipendente dalla detenzione da parte dell'impresa interessata di un significativo potere di mercato" (Sentenza C-192/08 TeliaSonera, par. 36).

[25] I primi commentatori del CCE erano invece piuttosto orientati a limitare l'intervento dell'Autorità in sede di risoluzione di controversie tra operatori al rispetto delle regole già specificamente stabilite dal contesto regolamentare e non anche desumibili dai principi generali del settore. Si veda a tale riguardo G. PESCE, Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese, cit., il quale evidenzia che l'art. 23 CCE presuppone la violazione di "regole specifiche imposte dal Codice all'impresa" e che "vi sarebbe, insomma, una corrispondenza

tra l'oggetto della possibile controversia tra imprese a cui si riferisce l'art. 23 ("obblighi derivanti dal Codice") e gli obblighi che l'Autorità può imporre nella sua veste di Autorità di regolamentazione e vigilanza del settore".

[26] Secondo una visione più cautelativa, con riferimento agli obblighi di interconnessione, M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2005, 195 ss, osserva che "la peculiarità del mercato dell'interconnessione sta nel fatto che i relativi contratti, dal momento che prevedono tipicamente obbligazioni reciproche e sono fondati su un obbligo legale a negoziare, possono richiedere, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, un intervento vincolante di arbitraggio da parte dell'autorità di regolazione. Ciò può portare al risultato di una qualche forma di controllo amministrativo (indiretto) dei prezzi anche a carico di operatori nuovi entranti. [...] Può esservi un limite di buona fede anche nella determinazione del prezzo di terminazione del nuovo entrante, ma ciò è cosa ben diversa dall'imporre a tutti criteri di rigido orientamento al costo o di parità di trattamento".

[27] Cfr. art. 45, commi 1 e 2, CCE.

[28] "Occorre comunque constatare che il suddetto obbligo di negoziare [l'interconnessione] è indipendente dalla detenzione da parte dell'impresa interessata di un significativo potere di mercato" (Sentenza C-192/08 *TeliaSonera*, par. 36).

[29] In quel procedimento la concreta determinazione del prezzo era stata subordinata dall'Autorità al previo esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio che, tuttavia, non è stata completata a causa dell'intervento del Tar del Lazio (che, con Sent. 14517/2006, ha annullato la Delibera n. 16/06/CIR nella parte in cui non consentiva a Telecom Italia di accedere alla documentazione di Fastweb rilevante per la determinazione del prezzo di terminazione) e del successivo accordo transattivo intervenuto tra le parti.

[30] Tale delibera non risulta pubblicata.

[31] "L'Autorità ritiene che attraverso la misura, adottata nell'ambito del presente procedimento contenzioso, si possa pervenire ad un ulteriore affinamento del quadro regolamentare nei trasferimenti delle utenze di rete fissa, secondo il ben noto paradigma della "regulation by litigation". Tale misura cautelare può, pertanto, anticipare le corrette indicazioni regolamentari per tutti gli operatori nell'ambito delle procedure di trasferimento di utenza su rete fissa" (Delibera n. 124/10/CIR, par. 4).

[32] "Il costo del servizio di originazione da rete mobile non si discosti significativamente da quello del servizio di terminazione (tuttavia, a differenza della rete fissa, è ragionevole che una differenza sia presente per via della necessità di localizzare il terminale nel servizio di terminazione mobile)" (Delibera n. 65/09/CONS, par. D2.21).

[33] "Il regolatore può avvalersi di criteri ispirati a ragionevolezza, quali la reciprocità differita o il benchmark internazionale, indicati, ad esempio, dalla "ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework" adottata nella seduta dell'8 aprile 2004" (Delibera n. 14/06/CIR, par. V).

[34] "Il criterio dell'allineamento alle migliori pratiche europee in tema di pricing dei servizi bitstream, ai fini della determinazione dei prezzi dei servizi bitstream in Italia, potrà essere utilizzato, almeno fino a che la contabilità regolatoria non sarà sufficientemente stabile da condurre a prezzi propriamente allineati ai costi

sottostanti” (art. 23, comma 3, della Delibera n. 249/07/CONS del 23 maggio 2007).

[35] Si fa riferimento, ad esempio, alla Delibera n. 6/03/CIR del 15 aprile 2003 (Offerte di servizi x-DSL all'ingrosso da parte della società Telecom Italia e modifiche all'offerta per accessi singoli in modalità flat) che, per disciplinare un servizio innovativo quale era l'accesso a banda larga xDSL e consentire un tempestivo ingresso di operatori concorrenti, decise di applicare un modello semplificato di retail minus rispetto ai prezzi applicati all'utente finale, arrivando a determinare un minus nell'ordine del 55%. Si veda anche la Delibera n. 541/08/CONS del 17 settembre 2008 (Procedure e regole per l'assegnazione e l'utilizzo delle bande di frequenza a 900 e 2100 MHz da parte dei sistemi di comunicazione elettronica) in cui l'Autorità, nel disciplinare l'offerta di un servizio di accesso, quale il roaming, ha stabilito che “in caso di contestazione da parte del gestore mobile nuovo entrato o del gestore mobile solo UMTS delle condizioni economiche e tecniche praticate per il roaming nazionale da un gestore obbligato, quest'ultimo ha l'onere di provare all'Autorità che i prezzi richiesti sono orientati ai principi di equità, trasparenza e non discriminazione e che le condizioni tecniche non sono immotivatamente restrittive, nonché di fornire all'Autorità tutte le informazioni necessarie alla verifica del rispetto delle condizioni di cui al presente articolo. Nell'effettuare le proprie verifiche l'Autorità può utilizzare il confronto con le migliori tariffe retail per i servizi on-net”.

Identità personale nel sistema delle comunicazioni elettroniche: dai social network alla normativa comunitaria

di
Francesco Soro e Annalisa De Luca

Sommario: 1. La privacy: una public choice; 2. Le accezioni di privacy: dall'ambito generale al contesto dei social network; 3. I dati personali come elemento chiave della privacy; 4. Privacy e dati personali: il punto d'incontro nell'ordinamento europeo; 5. Il tentativo di applicare la normativa ai social network; 6. L'interpretazione prevalente: i doveri del social provider; 7. Sfide da affrontare e promesse disattese.

1. La privacy: una public choice.

All'indomani dell'ennesimo aggiornamento delle impostazioni sulla privacy operato da Facebook, si rende necessario un ripensamento a più livelli da parte delle istituzioni in merito al significato della privacy che consenta di determinare, con maggior precisione rispetto all'attuale assetto giuridico, l'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di trattamento dei dati personali, nonché l'ambito di competenza territoriale degli organi di vigilanza europei su servizi offerti online da parte di soggetti spesso non facilmente collocabili geograficamente.

Se da una parte è indubbio che sia strettamente compito delle istituzioni influenzare la scelta su ciò che è, o può diventare, di pubblico dominio e ciò che afferisce invece alla sfera privata, non altrettanto immediato sembra essere identificare i confini del ruolo delle istituzioni. Hansen [12] esemplifica tale criticità con il rifiuto di un'azienda di elaborare in modo trasparente i dati personali, facendo leva sul diritto concorrente alla proprietà intellettuale che l'azienda esercita, o vorrebbe esercitare, sui dati da essa detenuti a scopo commerciale. Si configura così il rischio, laddove le istituzioni non si facciano carico del compito di tracciare suddetti confini, che un soggetto privato si faccia portatore di una public choice nell'ambito della privacy.

2. Le accezioni di privacy: dall'ambito generale al contesto dei social network.

Il termine privacy può essere interpretato da diversi punti di vista. Philips [16] utilizza la seguente suddivisione: libertà dalle intrusioni; gestione delle identità; sorveglianza; separazione pubblico/privato. La libertà da intrusioni costituisce la nozione classica di privacy ed è strettamente legata alla definizione originale offerta da Warren e Brandeis [23], i quali hanno definito la privacy come "il diritto di essere lasciato solo". Gurses e Berendt [11] pongono invece l'accento sulla "privacy come forma di occultazione", concentrandosi quindi sull'aspetto della riservatezza.

La gestione delle identità è anche la capacità di costruirsi molteplici identità sociali, ovvero - con riferimento alla definizione di privacy Westin [24] - il diritto di un individuo di "controllare, modificare, gestire ed eliminare le informazioni su loro e

decidere quando, come e in quale misura tali informazioni siano comunicate ad altri". In [11], gli autori configurano la "privacy come forma di controllo", ponendo quindi l'accento sulla sfera individuale e sul diritto di autodeterminazione degli individui in merito alla diffusione di informazioni personali. Quest'ultima accezione è accolta anche dalla Direttiva europea 95/46/CE [8], con la quale si impone il dovere di trasparenza nel trattamento dei dati personali.

D'altra parte, secondo Philips [16], la sorveglianza "... si concentra meno sui danni cagionati specificamente agli individui e più sulle pratiche di creazione e gestione della conoscenza sociale, in particolare la conoscenza di gruppi della popolazione", pertanto focalizzandosi sulla segmentazione e classificazione di gruppi all'interno di una popolazione.

Secondo Clauß et al. [4], l'insieme delle caratteristiche degli utenti che vengono registrate elettronicamente possono essere ricomprese sotto il termine "identità digitale", poiché tale insieme di attributi o caratteristiche viene utilizzato per individuare l'identità dell'utente nel contesto di uno specifico dominio. Hansen e Meissner [13], d'altra parte, forniscono una definizione più ampia del termine identità - senza la specificazione "digitale". Così ogni persona possiede una sola identità e l'identità digitale non è altro che un suo sottoinsieme. Contrariamente a questa definizione, Pfitzmann e Hansen [17] la definiscono come l'insieme di attributi che potrebbe condurre ad associare un utente con la sua identità. In altre parole, ogni utente possiede identità multiple che, nel loro complesso, costituiscono la sua identità completa; tuttavia, solitamente l'utente non fornisce la propria identità completa ai service provider (es. un social network) ma solo un suo sottoinsieme costituito da un determinato numero di attributi, generalmente detto "identità parziale". Sebbene parziale, tale identità è sufficiente a rappresentare l'utente in un determinato contesto.

Il contesto definisce quali attributi personali l'utente è tenuto ad includere nella propria identità parziale. Lo stesso contesto può essere rappresentato dai soggetti con cui si instaura un rapporto di comunicazione. Pertanto, a ciascun contesto corrisponde l'attitudine naturale degli individui a gestire la propria identità in maniera intuitiva, spontanea. Mentre un'identità (digitale) definisce esplicitamente un utente, altrettanto non si verifica necessariamente per le identità parziali. A seconda del volume e del tipo di attributi personali inclusi in un'identità parziale, l'utente può essere identificabile o rimanere nell'anonimato. Per esempio, un utente rimane anonimo all'interno di un gruppo di utenti laddove l'insieme di attributi personali che costituiscono la sua identità parziale non siano sufficienti ad identificarlo inequivocabilmente [17].

D'altra parte, la connettività costituisce una seria minaccia per il principio di autodeterminazione, permettendo a terzi di acquisire informazioni che conducono all'identificazione vera e propria dell'individuo. Soprattutto nel social web, che si basa precipuamente sull'utilizzo e lo scambio di dati personali, la combinazione delle differenti identità parziali - come riconosciuto anche nel rapporto di ENISA [5] - può facilitare i furti di identità.

Secondo Pfitzmann e Hansen [17] due identità parziali non sono collegabili se non è possibile stabilire l'esistenza di una relazione fra di esse. Dal punto di vista tecnico, due identità parziali sono collegabili se un attributo personale risulti identico in entrambe le identità parziali o se una combinazione degli attributi personali permette di stabilire una relazione [13].

La difficoltà nell'individuare possibili minacce di connessione risiede nell'identità nascosta dell'aggressore. Soprattutto nel social web, dove le identità parziali sono disseminate su numerosi siti, è difficile prevedere le intenzioni dell'aggressore. Per esempio, mentre Giordano permette a Daria di accedere alla sua identità parziale 1, che non contiene informazioni che permettano di identificarlo, Daria potrebbe essere in grado di costruire un'identità parziale che contiene più informazioni parziali di quelle che Giordano aveva originariamente deciso di rendere note a Daria. Nel peggiore dei casi, Daria potrebbe rivelare l'identità di Giordano. È questa la situazione di pericolo che molti osservatori contestano ai dirigenti di Facebook con ancor più veemenza dallo scorso settembre.

3. I dati personali come elemento chiave della privacy.

Dopo aver definito i termini identità e identità parziale, passiamo a definire i "dati personali". Stando al testo della Direttiva europea 95/46/CE (c.d. Data Protection Directive), i dati personali si definiscono come "qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile («persona interessata»); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale"[8].

La stessa fonte suddivide i dati personali in sei gruppi di attributi utili a descrivere una persona, includono fra cui i dati fisici, fisiologici, mentali, economici, culturali e sociali. In aggiunta, i dati relativi a un utente identificabile permettono la diretta identificazione della persona interessata. L'Independent Centre for Privacy Protection identifica i seguenti quali attributi unici di una persona [14]: sesso, nome di battesimo, cognome, data di nascita, luogo di nascita, numero del certificato di nascita, identità dei genitori, nazionalità, luogo di residenza e professione. Molti di questi attributi sono indicati nei documenti di identità e rappresentano pertanto un elemento di grande valore per l'identificazione, sebbene tale valore dipenda strettamente dall'entità del gruppo in cui l'individuo cerchi l'anonimato.

Mentre è indubbio che suddetti punti di vista sulla privacy restino validi, la definizione deve necessariamente essere estesa in modo da essere applicabile al social web, che intrinsecamente riguarda la condivisione di informazioni personali, investendo pertanto gli obblighi di legge, l'interesse dei policy maker di farsi interprete delle esigenze della società, nonché la richiesta dell'utente finale di tutela della propria privacy. In ultima istanza, si tratta di elaborare un modello multilaterale di tutela della privacy mirando ad un equilibrio tra le diverse esigenze dei diversi soggetti coinvolti.

4. Privacy e dati personali: il punto d'incontro nell'ordinamento europeo.

Analizziamo dunque le direttive europee pertinenti nell'ambito della privacy al fine di individuare le radici normative per il trattamento dei dati personali, in particolare nel campo dei social media - in particolare, la Direttiva Protezione Dati 95/46/CE [8] e la Direttiva relativa alla vita e alle comunicazioni elettroniche 2002/58/CE [7], che contiene norme speciali per l'elaborazione dati nelle comunicazioni elettroniche. La prima direttiva è stata adottata dopo

l'approvazione, da parte del Parlamento europeo nell'ottobre 1995, di una Risoluzione per regolare il trattamento dei dati personali, ma ci sono voluti diversi anni affinché gli Stati membri recepissero e dessero attuazione alla direttiva nell'ambito del diritto nazionale. La Germania, ad esempio, non l'ha recepita prima del 2001, il che mostra chiaramente la complessità della legge che regola il trattamento dei dati personali.

Le due direttive sopra menzionate sono integrate da pubblicazioni di follow-up elaborate dal Gruppo di lavoro sulla protezione dei dati del Commissario europeo per la protezione dei dati (c.d. Article 29 Data Protection Working Party poiché istituito dall'art. 29 della Direttiva del '95), un organo indipendente di consulenza chiamato ad offrire soluzioni a problemi pratici e a fornire linee guida per l'applicazione delle direttive di cui sopra [9].

La normativa europea è poi stata integrata con Direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione [21], dal Regolamento CE n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori [22] e, da ultimo, dalla Direttiva 2009/136/CE recante modifiche alle precedenti [20], sebbene nel 2008 il Consiglio europeo sia intervenuto con una Decisione Quadro - la 2008/977/JHA - sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale [6].

Come anticipato, la locuzione "dati personali" comprende tutte le informazioni riguardanti una persona fisica identificata o identificabile. Una persona è identificabile, ad esempio, quando utilizza un identificativo (ID) univoco ovvero uno o più elementi specifici della propria identità fisica, economica, culturale o sociale. Pertanto, la Direttiva si concentra esclusivamente sulle persone fisiche.

La Direttiva non fa distinzione tra trattamento dei dati automatico e manuale; si dice, pertanto, che essa sia agnostica rispetto alla tecnologia (technology agnostic). Sono state inoltre operate alcune eccezioni nel trattamento dei dati personali per cui non è previsto il rispetto delle disposizioni dettate dalla Direttiva: si tratta delle informazioni raccolte nel perseguimento della tutela e della sicurezza nazionale.

I principali capisaldi della Direttiva possono essere riassunti come segue: 1) legalità; 2) consenso; 3) limitazione delle finalità; 4) necessità; 5) trasparenza; 6) sicurezza dei dati; 7) controllo. Se da una parte suddetti aspetti forniscono una prima panoramica su come applicare la direttiva, corre tuttavia l'obbligo di approfondire ulteriormente ciascuno di essi. Infatti, la Direttiva 95/46/CE è stata adottata nel 1995, un periodo in cui il World Wide Web ha iniziato a guadagnare slancio, ma in cui termini come web 2.0 e social web erano ancora sconosciuti. Ciò solleva la questione se la Direttiva sia applicabile a questi nuovi ambiti, che si affidano pesantemente alla partecipazione degli utenti e alla contribuzione di questi ultimi con i propri dati personali.

La legittimità della domanda è sostenuta dalla moltitudine di pubblicazioni del Data Protection Working Group, di diversi progetti europei correlati (come PrimeLife [18]) e altre pubblicazioni scientifiche (tuttavia per lo più incentrate specificamente sui social network e sull'aspetto tecnologico legato alla salvaguardia dei dati personali, piuttosto che sull'aspetto normativo). Del resto, l'applicazione della direttiva non è un compito banale, poiché non esiste una definizione coerente dei termini social web e social media, la cui evoluzione,

associata all'invenzione costante di nuove tecnologie e applicazioni, rende ancor più arduo l'ambizioso compito. E del resto, la normativa europea sulla protezione dei dati non risulta aggiornata sufficientemente spesso per rimanere al passo con tale evoluzione del social web, causando disambiguità e lasciando spazio a pericolose interpretazioni, quanto meno per il rischio che si discostino dalla volontà del legislatore europeo. Così Garrie et al. [10] propongono che il Data Protection Working Group si riunisca a cadenza regolare per rivalutare l'attuale quadro normativo di regolamentazione e per offrire adeguate policy recommendations.

5. Il tentativo di applicare la normativa ai social network.

Il Data Protection Working Group pone l'accento sulle questioni di attualità legate alla privacy soprattutto per quanto riguarda i social network [1]. In particolare, è oggetto di dibattito la capacità dei service provider di creare facilmente database di grandi dimensioni e di renderli fondamento del loro modello di business. Per esempio, l'accesso a tali dati può essere venduto a terzi per permettere forme di pubblicità personalizzata.

La ricerca che si è occupata dell'applicabilità della Direttiva, come anticipato, è stata condotta nell'ambito del progetto PrimeLife [18]. In esso gli autori concludono che la normativa europea si applica anche agli operatori con sede legale al di fuori dell'Unione Europea solo al ricorrere di almeno una di due condizioni: "1) se il trattamento dei dati personali avviene all'interno del SEE (SEE sta per Spazio Economico Europeo); 2) se il trattamento dei dati avviene al di fuori del SEE ma avvalendosi di attrezzatura con base all'interno del SEE". Secondo questa interpretazione, i cookie ("frammenti di testo inviati da un server ad un web client (di solito un browser) e poi rispediti dal client al server - senza subire modifiche - ogni volta che il client accede allo stesso server [25]") sono identificabile quale "attrezzatura" poiché comunemente usati per tracciare un utente nel corso di più sessioni e per memorizzare informazioni aggiuntive lato client. Poiché i cookie memorizzati di appartengono a client cittadini dell'UE, i fornitori di servizi utilizzano apparecchiature all'interno dell'Unione europea. Analogamente, il Data Protection Working Group [1] conclude che la Direttiva trovi quasi sempre applicazione nei confronti dei provider di social network, benché la loro sede principale si trovi al di fuori dell'Unione europea.

6. L'interpretazione prevalente: i doveri del social provider.

I fornitori del social web sono pertanto chiamati a rispettare pienamente i sette requisiti elencati cui si accennava precedentemente. In tal modo la sicurezza dei dati diventa di fondamentale importanza per stabilire l'affidabilità delle applicazioni social web: i fornitori di servizi sono infatti chiamati ad adottare appropriate misure tecniche e organizzative di sicurezza, sia nella fase di progettazione di nuovi sistemi informativi (che elaborano dati personali) che nella fase di piena operatività. Sintetizzando i risultati, i fornitori di servizi sono chiamati a [1]:

- informare l'utente circa lo scopo di elaborazione dati, ad esempio per la pubblicità personalizzata, la condivisione dei dati con terzi e il trattamento dei dati altamente sensibili;

- fornire meccanismi per ridurre il rischio che terzi possano accedere ai dati personali. Inoltre i dati personali devono essere esclusi dall'indicizzazione operata dai motori di ricerca;
- offrire modalità semplici per cancellare completamente i propri dati;
- richiedere il consenso della persona interessata a includere i riferimenti alla propria persona (per esempio per il "tag" di foto su Facebook);
- informare l'utente su eventuali rischi legati alla violazione della privacy;
- pubblicare dati personali sensibili solo se la persona interessata abbia esplicitamente dato il suo consenso.

Analogamente il Working Group stabilisce i seguenti diritti della persona interessata: utilizzare un servizio specifico nel social web senza ricorrere all'utilizzo di dati personali, ma ricorrendo a uno pseudonimo; veder garantita, da parte del fornitore di servizi, la conformità dei diritti del soggetto interessato (sia che si tratti di soci del servizio che a soggetti non ne siano soci) con gli articoli 12 e 14 della Direttiva Protezione Dati.

Il 4 novembre 2010 la Commissione europea ha pubblicato una bozza di comunicazione con la quale proponeva "un approccio globale alla protezione dei dati all'interno dell'Unione europea", al fine di modernizzare il sistema giuridico europeo per la protezione dei dati personali. La comunicazione è il risultato della revisione effettuata dalla Commissione del quadro giuridico attuale, iniziato con una Conferenza di Alto Livello tenutasi a Bruxelles nel maggio 2009 e seguita da una consultazione pubblica e ulteriori consultazioni mirate con gli stakeholder, tenutesi nel corso di tutto il 2010. Benché la Commissione ritenga che i principi fondamentali della Direttiva siano ancora validi, la Comunicazione riconosce che l'attuale quadro giuridico per la protezione dei dati nell'Unione europea non sia più in grado di affrontare le sfide poste dai rapidi sviluppi tecnologici e dalla globalizzazione. La comunicazione pone poi sfide specifiche, compresa l'esigenza di:

- chiarire e specificare l'applicazione dei principi di protezione dei dati alle nuove tecnologie (ad esempio, al social web e al cloud computing);
- migliorare l'armonizzazione tra le leggi di protezione dei dati fra Stati membri dell'UE;
- semplificare il trasferimento transfrontaliero di dati, rendendolo meno gravoso;
- aumentare l'effettiva applicazione da parte delle autorità nazionali preposte alla protezione dei dati.

La Comunicazione dovrà servire come base per ulteriori future discussioni e valutazioni; in particolare, la Commissione ha invitato le parti interessate e il pubblico a commentare le proposte entro il 15 gennaio 2011, con l'intenzione di raccogliere spunti di riforma normative e di valutare la necessità di adeguare altri strumenti giuridici al nuovo quadro di protezione dei dati.

7. Sfide da affrontare e promesse disattese.

I risultati indicano che esiste un divario tra la direttiva 95/46/CE e la rapida evoluzione del web sociale. Mentre la direttiva è tecnologicamente agnostica, essa trova applicazione nell'ambito delle recenti tecnologie, come il social web, e dei problemi di privacy a esse connessi. Tuttavia, mentre la direttiva fornisce una solida base per proteggere la privacy dell'utente negli Stati membri dell'Unione europea, lo scambio di dati con i paesi terzi non risulta sufficientemente

regolamentato, generando implicazioni legate alla privacy, la cui protezione al di fuori dell'Unione europea non può essere garantita. La Commissione europea non ha mancato di riconoscere le sfide attuali, pubblicando, quale documento per la consultazione, la bozza della Comunicazione per modernizzare l'applicazione dei principi di protezione dei dati alle nuove tecnologie. Tuttavia, sono duecentottantotto i documenti pervenuti alla Commissione da parte di pubbliche amministrazioni, organizzazioni e liberi cittadini, ma del testo definitivo della Comunicazione ad oggi ancora non si conoscono i risultati.

Note:

- [1] ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, Opinion 5/2009 on online social networking, June 2009.
- [2] CAMENISCH, J., ET AL, Privacy and Identity Management for Everyone, 2005.
- [3] CARTER, V., Privacy Please: A Privacy Curriculum Taxonomy (PCT) for the Era of Personal Intelligence. College Teaching Methods & Styles Journal. 2007. Third Quarter 2007: 3 (3).
- [4] CLAUß, S., KESDOGAN, D., KOLSH, T., Privacy Enhancing Identity Management: Protection Against Re-identification and Profiling, 2005.
- [5] ENISA Position Paper, Security Issues and Recommendations for Online Social Networks, 2007.
- [6] EUROPEAN UNION, Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, Official Journal L 350 , 30/12/2008 P. 0060 - 0071, 2008.
- [7] EUROPEAN UNION, Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, 2002.
- [8] EUROPEAN UNION, Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, 1995.
- [9] FISCHER-HÜBNER, S., Hedbom, H., Karlstad, U. Privacy and Identity Management for Europe - Framework V3. March 2008
- [10] GARRIE, D.B., DUFFY-LEWIS, M., WONG, R., GILLESPIE, R.L., Data Protection: The Challenges Facing Social Networking, 2010. In: Brigham International Law and Management Review 6 (2010), May, S. 127-152.
- [11] GURSES, S., BERENDT, B., The Social Web and Privacy: Practices Reciprocity and Conflict Detection in Social Networks, 2009.
- [12] HANSEN, M., User-controlled identity management: the key to the future of privacy, 2008.
- [13] HANSEN, M., MEISSNER, S., Verkettung digitaler Identitäten, 2007.
- [14] INDEPENDENT CENTRE FOR PRIVACY PROTECTION and Studio Notarile Genghini, Identity Management Systems, Identification and Comparison Study, 2003
- [15] KOBASA, A., Tailoring Privacy to Users' Needs, Department of Information and Computer Science, In: M. Bauer, P.J. Gmytrasiewicz, and J. Vassileva (eds.): UM 2001, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, pp. 303-313, 2001.
- [16] PHILLIPS, D.J., Privacy policy and PETs - the influence of policy regimes on the development and social implications of privacy enhancing technologies, 2004.

- [17] PFITZMANN, A., HANSEN, M., Anonymity, Unlinkability, Undetectability, Unobservability, Pseudonymity, and Identity Management - A Consolidated Proposal for Terminology, 2008.
- [18] PRIMELIFE, Privacy Enabled Communities. Deliverable D1.2.1, April 2010.
- [19] STAZI, A., La comunicazione elettronica delle informazioni, la loro utilizzazione commerciale e le esigenze di tutela della privacy e sicurezza dei dati, Diritto Mercato Tecnologia, 2011.
- [20] UNIONE EUROPEA, Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, 2009.
- [21] UNIONE EUROPEA, Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, 2006.
- [22] UNIONE EUROPEA, Regolamento CE n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori («Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori»), 2004.
- [23] WARREN, S., BRANDEIS, L., The right to privacy, 1890.
- [24] WESTIN, A.F., Privacy and Freedom, 1967.
- [25] WIKIPEDIA, voce: "cookie" [disponibile online] <http://it.wikipedia.org/wiki/Cookie> [ultimo accesso 6 ottobre 2011]
- [26] WONG, R., SAVIRIMUTHU, J., All or nothing: this is the question?: The application of Art. (2) Data Protection Directive 95/46/EC to the Internet, 2008. In: John Marshall Journal of Computer & Information Law 2 (2008), S. 241 - 266.

Barriers to the creation of cross-european video on demand services and compatibility of the existing practice of market fragmentation with the freedom of movement of goods and services

di

Lisa Di Feliciantonio e Sara Rinaldi

Executive Summary: Development of Video On Demand services and other online marketplaces for audio-visual content is hampered by the complexity of building cross-national services capable to exploit the benefits of the Single Market. Commercial practices currently put in place by rights-holders in licensing online content rights, based on the principle of territorial exclusivity, make it very complex, if not impossible, to launch such cross border services. The authors assess the compatibility of such practices with the cornerstone of the EU Treaty, i.e. the freedom of movement of goods and services, in the light of the recent decision of the European Court of Justice concerning the use of foreign satellite decoder cards for the broadcasts of Football Association Premier League. Alternative possible policy approaches to balance conflicting interest are explored, including principles applied to distribution agreements by the EU Guidelines on Vertical Restraints 2010/C130/01.

1. The cross-national dimension of VOD

Following the digitization of content, the IP based distribution of entertainment and information services is proliferating, representing a valuable opportunity for Europe. The online distribution of audio-visual content has, in fact, the twofold potential to improve the consumer welfare, by responding to the end users' growing needs and demand to shift to online services, as well as to increase business opportunities for all the operators involved in the audio-visual value chain.

Video on demand (VOD) is emerging in many countries as the most promising business model for IP-based distribution of content. It involves developing and making available a library of premium and other content (movies, documentaries, series) so that user may select and view what he wants when he wants it. VOD is the natural chain substitute of the more traditional physical Home Video rental/sell-through business, making content distributed online available to end users for a limited period or permanently, either through streaming, download or different mechanisms such as the "digital locker" in which the content is stored in the cloud and made accessible by the purchaser via multiple devices.

Although its flexibility and potential makes VOD appealing to consumers and distributors of audio-visual content throughout Europe, the impossibility to launch a cross-national service represents a huge barrier and slows down its development. Scale is, in fact, a key element in the successful deployment of any VOD business. Unlike the traditional Home Video distribution system - in which distribution costs were very much proportional to the number of users potentially reached by the service - IP distribution has dramatically changed this paradigm. An online service

has very similar fixed costs whether the service is provided in one or all EU countries. The development of a digital single market may therefore play a critical role in the success of these new distribution models.

2. Barriers to the development of VOD services

Although in theory there is no formal legal provision which prevents the development of a unique continental marketplace for digital content and the launch of cross-border VOD services, the commercial practices currently put in place by rights-holders in licensing content rights, as well as the existing regulatory framework, make it very complex, if not impossible, to launch such cross border services.

As a legacy from the brick-and-mortar Home Video rental business, licensing of content by right holders (major studios, independent producers, broadcasters) is, in fact, still managed at national level based on the concept of the “territorial exclusivity”. This means that, after licensing the content in a given country, the VOD operator can only make it available locally and has to apply DRM measures (such as geo-filtering of IP addresses) to prevent EU citizens living in different countries from accessing that content. A provider willing to put together a cross-national EU VOD service, thus exploiting the low distribution costs of digital distribution, would therefore need to negotiate and sign a specific contract in each specific territory. This has very much to do with the fact that online rights are still managed in many cases in bundle with other forms of distribution (traditional linear broadcasting for instance) for which the territorial dimension still makes more sense than the European one.

Besides the complexity and the huge transaction costs entailed, this mechanism makes it extremely difficult to build a homogenous offer as in many countries rights for online distribution are dealt by the right holders on an exclusive basis and under very different terms. This has two different negative impact:

1. Many titles may simply be not available in some territories, as they have been licensed exclusively to one distribution platform. In countries where traditional broadcasters enjoy for historical reason a high bargaining power, the number of “current” movies potentially made unavailable for VOD is very high, as traditional broadcaster license a bundle of exclusive rights, often including free-to-air, pay and online distribution [1].
2. VOD has, in fact, been perceived by traditional broadcasters as a threat as it may lead to the establishment of alternative and powerful distribution models for video, in direct competition with broadcasting. As a consequence, whereas rights for traditional Home Video have never been dealt on “exclusive” basis, broadcasters ask in many cases to acquire exclusive rights for online VOD rights in bundle with traditional broadcasting rights. This reduces enormously the capability of emerging VOD players to build attractive legal offers.

The need to negotiate and acquire right on a country by country basis does not entail simply having different libraries for each territory, but also different economic conditions, retail prices, availability dates, usage limitations, as again the conditions at which the rights are negotiated depends by the local branch dealing it. This creates another huge barrier for a would-be pan European VOD service, as it makes extremely difficult for the VOD operator to explain to its users why a specific title is available on a specific date for its French audience and only few

weeks later for the Italian users, or why a different price is applied in different countries or why the usage conditions attached to the transaction (how many hours the user has to watch the movie after the transaction, how many devices can be connected to the same account, etc.) vary from country to country.

Beside the above issues, the impact of the collective right management system on the digital single market is also relevant, creating additional complexities.

Fact is, even when rights are acquired by VOD platform operators for each country, a further territory-by territory clearance has to be gained through the national based Collective Management Organizations (CMOs). The relevance of the behaviour of collecting societies was confirmed by the European Commission in the antitrust decision of 2008 [2].

As a result, audio-visual content that could easily be distributed through one online VOD platform to the potential audience of the entire continent is instead subject to several deals and to clearance 27 times through 27 different CMOs. All such deals involve transaction costs and potential restrictions, which dramatically hamper the rollout of cross-border services.

The situation described seriously frustrates the possibility to develop EU-wide VOD platforms and puts Europe at serious disadvantage compared to the USA, where VOD/online rights are licensed in a one-stop shop approach for the whole territory and in a non-exclusive way, allowing several players to compete on quality of service and business models. The artificial fragmentation of digital distribution in Europe instead, used by the right holders to extract the highest monopoly rent in each country, is possibly the biggest reason for the low level of development and penetration of VOD and other digital distribution platforms in Europe.

Territorial segmentations of rights and the artificial partitioning of the single market.

3. Territorial segmentations of rights and the artificial partitioning of the single market

Having set the problem, we want to explore more in depth whether this artificial partitioning of the single market is an inherent and inevitable effect of the exclusive rights granted under the intellectual property system and whether and to what extent it is compatible with the Treaty.

As it is well known, intellectual property rights such as copyright are monopoly privileges granted to creators and owners of works that are results of human intellectual creativity which provide their owners the right to exclude others from accessing to or using such works without the authorization of the right holders for a limited period of time [3].

By creating and protecting such right to exploit exclusively the creative work and exclude others from using their ideas or forms of expression, IPRs provide economic agents the incentives for innovation and for the creation of new forms of artistic expression.

So the ultimate rationale of IPRs is to encourage firms to innovate and thus engage in a competition based on increasing quality and diversity of goods and services, which is also the objective of competition policy.

As both IPRs and competition policy are essential to promote innovation, it is critical to strike the right balance and ensure a competitive exploitation of the legal

monopoly granted to the innovators by IPRs. It is therefore necessary to guarantee their co-existence by ensuring that IPRs are not abused [4].

When exploiting such rights in the European Union though, there is a further limitation to the way in which the legal monopoly created by Intellectual Property rights may be exploited, and that is represented by the Single Market.

As well known the creation of a single market based on the free movement of goods, people and services and the capability of EU citizens to get goods and services everywhere in the EU territory is the cornerstones of the EU Treaty.

The restrictions to competition imposed by the exploitation of exclusive IP right are therefore compatible with the Treaty only if they do not arbitrarily discriminate or contain a disguised restriction on trade between Member States. The European Court of Justice (ECJ) has the power to further fine-tune the relationship between the freedom of circulation of audio-visual goods on the one hand, and the effects of the exclusivity of intellectual property rights on the other.

Nevertheless, although efforts have been made during the past twenty years to harmonize some aspects of copyright law in the European Union, the current copyright system is still based on the principle of territoriality.

This means that the scope of the copyright protection is determined “per territory” and rights can be exploited on a territorial basis. As stressed above, from the perspective of media platforms willing to distribute audio-visual works, this means that in order to be able to operate on a pan-European basis they must obtain from the right holders a specific licence per each territory of the EU in which the work is to be made available, so as to avoid liability for copyright infringement

It is evident how this practice made a lot of sense in the traditional broadcasting environment, where television had, for inherent linguistic and cultural barriers, a specific national dimension. Broadcasters were national entities, interested in reaching their national audiences, hence acquiring rights that were limited to the territory in which they were operating (and on an exclusive basis) was the logical consequence. Even the emergence of satellite DTH distribution did not challenge the local nature of broadcasting: although from a technical point of view TV signals could reach continental dimension, broadcasting – i.e. the editorial organization of a line-up of programs by a broadcaster - remained a strictly local rather than a continental business.

IP based distribution of non-linear services introduces, instead, a new concept which, for the first time, can have a continental dimension and thrive in the Single Market. Creating a library of on demand content - which can have different language soundtracks and vary considerably so to cater to audiences with diversified tastes - is a venture that can and should be built having in mind a European dimension. Still, even rights for IP distribution such as for VOD platforms are dealt by local branches of international majors and independent producers on a territory by territory basis. Therefore, unless the VOD player acquires rights for every single territory in the EU, although technically it may potentially make its VOD library accessible to any EU citizen, it will have to artificially block potential customers living in a different country from accessing it.

4. The European Court of Justice Decision on Football Association Premier League case

So far, this artificial segmentation had never been challenged as potentially in contrast with the Treaty, as the right of the IPR holder to negotiate and license content on a territorial basis and through territorial exclusivity was considered key to achieve a fair remuneration.

Nevertheless, in a recent decision [5] concerning the use of foreign satellite decoder cards for broadcasts of Football Association Premier League matches, the ECJ has taken a different - and potentially disrupting - approach in identifying the right balance between copyrights in the broadcast of football matches and the principle of the freedom to provide services, as well as the interface with EU competition law.

The above decision provides interesting elements that can shed light also on the more general issue on whether the artificial fragmentation of the market in the exploitation of audio-visual rights can be deemed to be compatible with the Treaty. With specific regard to relationship between freedom of service and exclusive right of digital transmission, the ECJ confirmed that any restriction of a fundamental freedom can be justified only if it pursues a legitimate objective or by overriding reasons of public interest, and in any case if it does not go beyond what is necessary to achieve the objective or interest in question. The ECJ held therefore that, although IPRs are intended to protect the holder's right to exploit commercially the content in return for remuneration, only appropriate and reasonable remuneration should be protected.

With regard this point the Court observed that: *"It is clear from settled case-law that the specific subject-matter of the intellectual property is intended in particular to ensure for the right holders concerned protection of the right to exploit commercially the marketing or the making available of the protected subject-matter, by the grant of licences in return for payment of remuneration (...) However, the specific subject-matter of the intellectual property does not guarantee the right holders concerned the opportunity to demand the highest possible remuneration. Consistently with its specific subject-matter, they are ensured - as recital 10 in the preamble to the Copyright Directive and recital 5 in the preamble to the Related Rights Directive envisage - only appropriate remuneration for each use of the protected subject-matter. In order to be appropriate, such remuneration must be reasonable in relation to the economic value of the service provided. In particular, it must be reasonable in relation to the actual or potential number of persons who enjoy or wish to enjoy the service (...) Thus, with regard to television broadcasting, such remuneration must in particular - as recital 17 in the preamble to the Satellite Broadcasting Directive confirms - be reasonable in relation to parameters of the broadcasts concerned, such as their actual audience, their potential audience and the language version (...)"* [6].

The principle of territorial exclusivity provides the right holder the capability to get a premium price from a broadcaster in each territory, in exchange for the possibility granted to the broadcaster to become the only distributor of that specific content. Nevertheless, with regard to such premium price, the ECJ held that if such exclusivity has the effect of partitioning markets and creating artificial

price differences between Member States, then this approach to licensing content is to be considered in contrast with the single market objectives of the Treaty.

With regard this point the Court has observed that: 114 – *“Finally, as regards the premium paid by broadcasters in order to be granted territorial exclusivity, it admittedly cannot be ruled out that the amount of the appropriate remuneration also reflects the particular character of the broadcasts concerned, that is to say, their territorial exclusivity, so that a premium may be paid on that basis. None the less, here such a premium is paid to the right holders concerned in order to guarantee absolute territorial exclusivity which is such as to result in artificial price differences between the partitioned national markets. Such partitioning and such an artificial price difference to which it gives rise are irreconcilable with the fundamental aim of the Treaty, which is completion of the internal market. In those circumstances that premium cannot be regarded as forming part of the appropriate remuneration which the right holders concerned must be ensured.”*

Consequently, as observed by the ECJ, such a premium goes beyond what is necessary to ensure appropriate remuneration for those right-holders and therefore territorial exclusivity - and the restriction to trade it entails - are not justified.

5. The implications of the ECJ Decision for VOD and the relevance of Guidelines on Vertical Restraints 2010/C130/01

The ECJ arguments are particularly relevant for licensing mechanisms currently applied to VOD rights: the territory by territory licensing and the territorial exclusivity seem even less justified in the commercialization of VOD right, as through the so called “revenue sharing” mechanism the right holder gets a remuneration that is directly proportional to the amount of transactions, normally based on a percentage of the price paid by each user that rents or buys the single title.

Based on this mechanism, should the VOD operator make the content available also to users outside its territory this would immediately and automatically grant the right holders additional and proportional revenues. Therefore limiting the capability of the VOD operator to provide the content to users living outside the Member State where the VOD operator is established (and for which it has acquired the rights) may not be necessary to guarantee the right holders a fair remuneration.

It is obvious then that the only rationale beyond the fragmentation of the market is that it leaves the right holder the capability to license the content exclusively in each country to a single distributor, hence getting a “premium” fee associated to such exclusivity. But this premium is exactly what the ECJ deemed not justified or in any case not defensible when it jeopardises the principle of the single market limiting the free circulation of goods and services.

It should also be noted how such premium price is in most cases paid by dominant players (generally pay broadcasters operating on traditional platforms) to acquire rights for new platforms, often in a defensive approach, i.e. for pre-emption or in general anticompetitive purposes, to prevent the entrance in the market of new players and the development of innovative on demand services.

Not only the behaviour described harms the development of the single market, but also directly the consumers, as in many cases the broadcaster that acquires the

VOD right has no intention to make such a service available but is primarily interested in preventing others to do so.

The dilemma between the legitimate right of an IPR owner to exploit commercially its good or service on one hand and the superior common interest represented by the implementation of the single market has been faced by the Commission already and it has, in fact, led to imposing limits and constraints to the way other kinds of IPR rights can be exploited.

Specifically, the capability of an IPR holder to organise an exclusive distribution agreement - i.e. to arrange for a single distributor in each territory and prevent potential customers to acquire that service/product from a different distributor established in a foreign country (even via IP based platforms) - is strongly limited in the new Guidelines on Vertical Restraints 2010/C 130/01 ("Guidelines").

In drafting the new Guidelines the Commission acknowledges that the Internet is a powerful tool to reach a greater number and variety of customers compared to more traditional sales methods and could represent a powerful enabler to implement the single market at a whole new level. The capability of a distributor to use a website may have effects that extend beyond the distributor's own territory and customer group because the technology allows easy access from everywhere.

Such features of Internet has induced the EU Commission to limit use of territorial exclusivities on the Internet environment in the market of goods and services and to modify existing guidelines to stress that a customer must be allowed to access the web site of a distributor in a different country and contact such distributor to acquire the product or service.

Consequently, the same Guidelines provide that a commercial agreement between the owner or producer of goods and services and a distributor in a given Member State which prevents customers located in a different Member State from accessing the website of the distributor must be considered unlawful.

To reinforce such a concept the ECJ, in a recent decision on e-commerce for goods [7], has judged unlawful any contractual clause which de facto prohibits the Internet as a method of marketing or limits the capability of the distributor to engage in so called "passive sales" to end users wishing to purchase online and located outside the physical trading area of the member of the selective distribution system.

It should also be noted that only under very specific and exceptional circumstances and, in any case, for a very limited time the Guidelines allow the introduction of clauses preventing distributors from passive internet sales: *"§65 A distributor which will be the first to sell a new brand or the first to sell an existing brand on a new market, thereby ensuring a genuine entry on the relevant market, may have to commit substantial investments where there was previously no demand for that type of product (...). Such expenses may often be sunk and in such circumstances the distributor may not enter into the distribution agreement without protection for a certain period of time against (active and) passive sales into its territory or to its customer group by other distributors. (...). Where substantial investments by the distributor to start up and/or develop the new market are necessary, restrictions of passive sales by other distributors into such a territory or to such a customer group which are necessary for the distributor to recoup those investments generally fall outside the scope of Article 101(1) during the first two years that the distributor is selling the contract goods or services in that territory*

or to that customer group, even though such hardcore restrictions are in general presumed to fall within the scope of Article 101(1)”.

The provisions above clearly show how the possibility, under specific circumstances, for the IPR holder to prevent distributors to sell via Internet a product/service to customers established in a territory covered by a different member of the selective distribution system is justified by the need to protect the distributor, rather than to guarantee a fair remuneration for the IPR holder.

In any case, it appears even less evident why holders of different kinds of IPRs – such as copyright related to audiovisual content - should be entitled to a higher degree of protection, and excluded by the balance between different interests identified by the Guidelines. Such a higher degree of protection and the absolute capability to apply the territorial exclusivity seems rather a legacy from the traditional approach to audiovisual content distribution than the consequence of specificities of the audiovisual industry. Economic analysis of intellectual property has, in fact, already clarified the exercise of copyrights should balance incentives to innovation with the effort to limit any contractual clause aimed at restricting access [8], so any rhetoric suggestion about exclusivities in IP can't be considered as a valid argument.

On the other hand, it could be argued that should IPR holders of audiovisual content keep being granted this special protection, the same principle may be eventually be extended to holders of IPR for different products and services, hence slowly jeopardizing even in other sectors the very concept of the single market.

Alternatively, identifying tools that prevent the right holders from applying the territorial exclusivity – at least for a temporary period and for those rights that are strictly related to Internet - could prove to be key in unleashing the potential of online content distribution, ultimately generating huge benefits for authors, European citizens and the same right holders, as well as putting a stop to anticompetitive behavior of traditional broadcasters that appear to be the only players in the value chain benefiting from the existing framework.

There is no doubt, in fact, that the worries expressed by the recent case law by the ECJ indicate how the exploitation of IP rights on territorial exclusivity, besides not being compatible with the new technological and economic framework of e-content distribution, is not deemed compliant with the Treaty and needs to be reformed based on what expressed in whereas 17 of Directive 93/83/EC that provides that “in arriving at the amount of the payment to be made for the rights acquired, (...) should take account of all aspects of the broadcast, such as the actual audience, the potential audience and the language version”.

To this respect, the Guidelines then seem to offer a reasonable point of balance between the reason of different categories of stakeholders. Introducing the “passive sale” concept in the VOD market and allowing EU citizen to access content made available in any territory in the EU would prove the sound approach to allow the Internet to play a key role as a distributing platform, reinforce the digital single market, while not disrupting the existing structure of the market. The language fragmentation in the continent would, in fact, still largely protect the territory and audience of the distributors.

It would then be sufficient for the Commission, in interpreting the indication of the ECJ, to simply extend the Guidelines to the licensing of online content so to introduce a clear prohibition for right holders to prevent a VOD provider from limiting access to its service to any European citizen living in any of the EU

member states, irrespective of how and where the VOD operator has acquired the rights. This would allow a VOD operator that has acquired rights for a library and agreed to remunerate the right holder based on the number of transactions, to provide that service throughout the single market, not preventing potential users living in other countries to access its service. By acquiring content in multiple languages, the would-be pan-european VOD player would extend its potential reach, while at the same time guaranteeing a proportional and coherent stream of revenues to the right holders.

By making content, no matter where licensed, legally available to any potential user in Europe would ultimately provide advantages for right holders, as it would put several providers in competition, therefore leading to those operators competing not only on price but on features of the service and maximise the exposure of the work and the possibility of a higher number of end users to access it.

Notes:

[1] Due to exclusivity deals for content rights signed by several Major Studios with traditional platforms (i.e. satellite/cable/ broadcasters), it is very complex for new players to develop offers including a complete range of titles. Broadcasters usually acquire online rights in a bundle with linear free-to-air or pay-tv rights having in mind, as a primary concern, the protection of their traditional revenues rather than the development of a new business. As a result, in many cases the acquisition of these rights does not lead to the creation of online marketplaces. The rights are bought and not used, thus hindering the development of online market and harming consumers. Major studios are reluctant to abandon such tying practices because they prefer to favour the consolidated relationships with the broadcasters.

[2] Commission Decision of 16 July 2008 (Case COMP/C2/38.698 – CISAC), C (2008) 3435 final, Brussels, 16 Jul. 2008, available online at: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/38698/en.pdf>

[3] HURT, SCHUCHMAN, (1966), *The Economic Rationale for Copyright*, in *American Econ. Rev.*, vol. 56, p. 421-432; KITCH E., *The Law and Economics of Rights in Valuable Information*, (1980), in *J. Leg. Stud.*, vol. 9, p. 683-723; LANDES, POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, (1989), in *J. Leg. Stud.*, vol. 18, p. 325-366; ID, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003; MACKAAY E., *An Economic View of Information Law*, (1992) in KORTHALS ALTES et al., *Information Law Towards the 21st Century*, Deventer, Kluwer, p.. 43-65; PALMER T G, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, (1989) ,in *Hamline L. Rev.*, vol. 12, p. 261-304; PLANT A, (1934), *The Economic Aspects of Copyright in Books*, in *Economica*, vol. 1, p. 167-195.

[4] The TRIPS Agreement allows WTO members to apply national competition law to IPR-related anti-competitive practices. In the TRIPs agreement, the general considerations in paragraph 1 of the Preamble, read with Article 8(2), allows Members to take appropriate measures to prevent the abuse of intellectual property rights by rights holders. See *Reductionist Competition Rules: A TRIPS Perspective*”, in Keith E. Markus, & Jerome H. Reichman, (eds.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, 2005, pp. 730-731; Pedro Roffe, “Control of Anti-competitive Practices in Contractual Licences under the TRIPS Agreement”, in

Carlos M. Correa & Abdulqawi A. Yusuf (eds.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, Kluwer Law International, 1998, pp. 279-280.

[5] European Court of Justice Decision in Cases C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League and Others v QC Leisure and Others Karen Murphy v Media Protection Services Ltd* available on line at <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=en&num=79888995C19080403&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>

[6] Par 107 Judgment in Cases C-403/08 and C-429/08.

[7] European Court of Justice Decision in Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la Concurrence and Others* available on line at <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0439:EN:HTML>

[8] See Richard A. Posner “Intellectual Property: The Law and Economics Approach” in *Journal of Economic Perspectives—Volume 19, Number 2—Spring 2005—Pages 57–73*; Ullrich (2001), *Intellectual Property, Access to Information, and Antitrust: Harmony, Disharmony, and International harmonisation*, p.366, published in Dreyfuss, Zimmerman and First (ed.), “Expanding the Boundaries of Intellectual Property”, Oxford University Press, 2001 2 US Federal Trade Commission (2003), *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, Chapter 1, p.2

Brevi osservazioni sulle ultime iniziative legislative in materia di applicazione del diritto d'autore alle opere del disegno industriale

di

Carlo La Rotonda e Federico Mastrolilli

Sommario: 1. Il contesto normativo; 2. La prima questione: la modifica della durata del regime transitorio; 3. La seconda questione: la modifica dell'oggetto della protezione; 4. Considerazioni conclusive.

1. Il contesto normativo.

Lo spunto per le presenti riflessioni sul tema della protezione riconosciuta dal diritto d'autore alle opere del disegno industriale è rappresentato da alcune recentissime iniziative legislative di modifica del regime transitorio previsto dall'art. 239 del d.lgs. n. 30/2005, recante il Codice della Proprietà Industriale (CPI).

Come noto, la direttiva n. 98/71/CE sulla tutela giuridica dei disegni e modelli (*cd.* Direttiva design), recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 95/2001, ha stabilito la cumulabilità della protezione accordata dal diritto d'autore con quella specifica derivante dalla registrazione dei disegni e modelli a beneficio delle opere dell'industrial design che presentano particolare pregio, ovvero, per usare la terminologia della legge italiana sul diritto d'autore, che presentano di per sé "carattere creativo e valore artistico" (art. 2, legge n. 633/41).

Il decreto attuativo della Direttiva design è stato successivamente integrato da un regime transitorio (introdotto dal d.lgs. n. 164/2001 e confermato dall'art. 239 CPI) che, nella sua formulazione iniziale, prevedeva una moratoria decennale, a decorrere dal 19 aprile 2001 (data di entrata in vigore della normativa UE nel nostro Paese), della tutela riconosciuta dal diritto d'autore ai disegni e modelli che erano (in quanto mai registrati) o erano divenuti (a seguito della scadenza della registrazione) di pubblico dominio, nei confronti di coloro che avevano intrapreso la produzione o la commercializzazione di copie dei prodotti originali.

La disciplina è stata successivamente modificata dal decreto legge n. 10/2007, che ha eliminato la moratoria decennale e quindi ha escluso qualsiasi protezione da diritto d'autore sui prodotti realizzati in conformità ai disegni o modelli che, anteriormente al 19 aprile 2001, non erano stati registrati oppure erano divenuti di pubblico dominio. In seguito, la legge n. 99/2009 (*cd.* Legge sviluppo) ha riformulato l'art. 239 CPI, ma senza variazioni sostanziali rispetto alla precedente previsione, fissando soltanto i limiti quantitativi e qualitativi del preuso alle attività dei produttori non originali avviate prima della data del 19 aprile 2001.

Da ultimo, il decreto correttivo del Codice della Proprietà Industriale (d.lgs. n. 131/2010, art. 123) ha nuovamente - e, in apparenza, definitivamente - riformulato la norma transitoria, per adeguare la disciplina interna alla Direttiva design, dal momento che le modifiche del 2007 e del 2009 avevano eccessivamente ristretto l'ambito di applicazione del principio della cumulabilità delle tutele. In particolare, è stato reintrodotta un limitato regime transitorio, pari non più a dieci ma a cinque anni, in relazione alla possibilità di produrre e

commercializzare opere realizzate in conformità a disegni o modelli di pubblico dominio.

La disciplina vigente prevede dunque che la tutela di diritto d'autore per le opere del disegno industriale sia sospesa per un periodo di 5 anni a decorrere dal 19 aprile 2001 nei confronti di coloro che, prima di tale data, hanno prodotto o commercializzato copie dei disegni e modelli che a quell'epoca erano o erano diventati di pubblico dominio.

Per effetto di questa moratoria, i terzi che, nei 12 mesi precedenti al 19 aprile 2001, hanno fabbricato o commercializzato copie dei prodotti dell'*industrial design* allora in pubblico dominio, non rispondono della violazione del diritto d'autore compiuta proseguendo questa attività dopo tale data, anche se limitatamente ai prodotti fabbricati o acquistati prima del 2001 e a quelli fabbricati nei cinque anni successivi (quindi, fino al 19 aprile 2006), e purché detta attività si sia mantenuta nei limiti anche quantitativi del preuso.

In definitiva, il legislatore del 2010 ha ritenuto adeguato un periodo transitorio di cinque anni per consentire alle imprese che, prima del 2001, avevano avviato la produzione di copie di opere del design in pubblico dominio, di recuperare gli investimenti effettuati, di smaltire le scorte in magazzino e di riconvertire le loro produzioni senza incorrere nella violazione dell'altrui diritto d'autore.

2. La prima questione: la modifica della durata del regime transitorio.

La prima riflessione sulla disciplina che tutela le opere del design attraverso il diritto d'autore prende le mosse da un emendamento inserito durante l'*iter* di conversione in legge del decreto legge cd. "proroga termini" (art. 22-*bis* del DL 216/2011), che, nel momento in cui viene pubblicato questo articolo, si trova in discussione in Parlamento (Atto Senato n. 3124). Tale disposizione mira a modificare ancora una volta la disciplina transitoria di cui all'art. 239 CPI, al fine di estendere fino a 15 anni la durata della sospensione dell'applicazione della tutela del diritto d'autore ai prodotti copia delle opere del disegno industriale.

Al di là della tendenza del legislatore ad intervenire in maniera ripetuta ed imprevedibile sulla durata del regime transitorio (prima dieci, poi cinque, ora quindici anni), pregiudicando così le esigenze di certezza e di affidamento dei diversi soggetti interessati circa l'applicabilità del cumulo delle tutele, si vuole qui notare come la modifica contenuta nel decreto "proroga termini" non sembri affatto coerente con le indicazioni che arrivano dall'ordinamento comunitario. In particolare, la norma - qualora venisse approvata - si porrebbe in aperto contrasto con i principi affermati dalla Corte di Giustizia UE proprio nell'ambito di un procedimento diretto ad accertare la compatibilità dell'art. 239 CPI con la Direttiva design (sentenza 27 gennaio 2011, procedimento C-189/2009, Flos vs Semeraro, cd. caso "Flos").

In tale occasione, la Corte ha ritenuto illegittima una normativa nazionale che escluda dalla protezione del diritto d'autore, completamente o anche per un periodo sostanziale di tempo, i disegni e i modelli divenuti di pubblico dominio prima della sua entrata in vigore. Nello specifico, i giudici comunitari hanno considerato eccessivamente estesa proprio la moratoria decennale prevista dall'art. 239 CPI nella formulazione precedente all'intervento correttivo del 2010, in quanto un periodo così lungo avrebbe ridotto in maniera sostanziale la tutela dei creatori

delle opere e dei loro aventi causa, senza essere giustificata dall'esigenza di salvaguardare gli interessi economici dei produttori in buona fede.

Il ragionamento della Corte è stato motivato dalla necessità di garantire un corretto bilanciamento tra gli interessi dei titolari dei diritti d'autore, da un lato, e i diritti acquisiti e l'affidamento dei terzi in buona fede, dall'altro.

In altri termini, la sentenza ha tenuto conto, per un verso, dell'esigenza di salvaguardare gli atti di sfruttamento dei disegni e modelli (fabbricazione e commercializzazione di prodotti-copia) avviati prima della rinascita della protezione del diritto d'autore sull'industrial design, stabilendo che le eventuali misure di tutela previste dal diritto d'autore non potessero riguardare le attività definitivamente compiute in vigenza della normativa precedente. Questo principio è stato temperato con la tutela dei titolari del diritto d'autore sui disegni e modelli caduti in pubblico dominio, al fine di evitare che la previsione di un regime di inopponibilità a vantaggio dei terzi avesse l'effetto di escludere o rinviare per un periodo sostanziale di tempo il beneficio della protezione riconosciuta dal diritto d'autore, di fatto pregiudicandola.

La Corte di Giustizia non ha, quindi, escluso *a priori* la possibilità che la normativa di uno Stato membro preveda un regime transitorio di sospensione della protezione del diritto d'autore in favore dei terzi, ma ha condizionato tale possibilità al fatto che la misura sia limitata, sul piano soggettivo, ai terzi in buona fede e, sul piano oggettivo, al periodo di tempo strettamente necessario a garantire lo sfruttamento dei prodotti-copia da parte dei terzi, in modo da salvaguardare i loro interessi economici.

Sulla base di queste premesse, come anticipato, la sentenza "Flos" ha ritenuto sproporzionata sul piano oggettivo della durata la norma transitoria contenuta nell'art. 239 CPI. Tale orientamento è stato confermato anche da una successiva decisione della Corte di Giustizia (ordinanza 9 settembre 2011, procedimento C-198/10, nel caso "Cassina vs Alivar").

Risulta pertanto con tutta evidenza che anche il proposto innalzamento fino a quindici anni del regime di sospensione della tutela d'autore per le opere del disegno industriale sarebbe - a maggior ragione - contrario al diritto UE. Ed infatti, esso rinvierebbe per un ulteriore periodo sostanziale di tempo l'applicazione della tutela del diritto d'autore, sottraendo ben quindici anni dalla durata della protezione di un'opera (durata che copre la vita dell'autore fino a 70 anni dopo la sua morte), senza che tale sacrificio sia compensato dalla necessità per i terzi in buona fede di beneficiare di un lasso di tempo così ampio per cessare progressivamente l'attività fondata sull'uso anteriore dei prodotti-copia e, quindi, di smaltire le scorte in magazzino.

Peraltro, la proposta di modifica che qui si commenta, che autorizzerebbe *ex lege* la produzione e la commercializzazione fino al 19 aprile 2016 di copie di opere dei maestri del design in pubblico dominio, legittimando quindi una vera e propria pratica di *free riding* da parte di alcuni produttori a svantaggio di altri, appare poco comprensibile anche sotto il profilo della politica industriale di un Paese riconosciuto nel mondo per le capacità artistiche dei suoi designer e la qualità e bellezza dei suoi prodotti. Essa rischia, infatti, di danneggiare ingiustamente e per un periodo di tempo eccessivo quelle eccellenze italiane del settore del design, che hanno investito nella creatività e nello sviluppo di opere innovative, apprezzate sul mercato sotto l'insegna del *made in Italy* originale.

3. La seconda questione: la modifica dell'oggetto della protezione.

La seconda riflessione prende invece spunto dalle proposte di modifica dell'art. 239 CPI che, con riferimento al diverso aspetto dell'oggetto della protezione riconosciuta dal diritto d'autore, sono state presentate nel corso dell'*iter* di approvazione del disegno di legge comunitaria 2011 (AC n. 4623, approvato dalla Camera dei Deputati il 2 febbraio 2012 e trasmesso al Senato).

Il riferimento è a due emendamenti di contenuto sostanzialmente identico, che mirano a limitare l'applicazione della disciplina di sospensione transitoria della tutela del diritto d'autore alle sole opere del disegno industriale che prima dell'aprile 2001 erano state registrate come disegni e modelli. L'effetto sarebbe quindi quello di escludere *tout court* la protezione di diritto d'autore per tutte quelle opere di design che, alla data del 19 aprile 2001, erano in pubblico dominio per non essere mai state registrate come disegni e modelli industriali.

Anche queste proposte di modifica, che peraltro riprendono sostanzialmente il contenuto di una norma inserita nel cd. Decreto sviluppo dello scorso maggio (DL 70/2011, art. 8, co. 10) e successivamente soppressa durante la fase di conversione in legge, appaiono *ictu oculi* incompatibili con i principi fondamentali in materia di diritto d'autore.

In particolare, l'insieme di facoltà patrimoniali e personali che compongono il diritto d'autore sorge nel momento stesso in cui l'opera viene ad esistenza, senza che il riconoscimento della tutela possa essere condizionato da vincoli di forma, quale ad esempio una precedente registrazione.

A livello internazionale, questo principio viene affermato già nella Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 1886 (ratificata dall'Italia con L. n. 399/1978), che prevede espressamente che il godimento e l'esercizio dei diritti spettanti agli autori non sono subordinati ad alcuna formalità (art. 5). Coerentemente, il Codice civile italiano individua nella creazione dell'opera il titolo originario e giustificativo dell'acquisto del diritto d'autore (art. 2576 c.c., *cfr.* anche l'art. 6 della L. n. 633/41), stabilendo in questo modo una rilevante differenza rispetto allo statuto dei diritti di privativa industriale (brevetti, marchi, modelli e disegni).

Il legislatore nazionale può, quindi, subordinare la tutela del diritto d'autore per i disegni e modelli unicamente a requisiti di carattere contenutistico, nel rispetto delle indicazioni del legislatore comunitario, che affida agli Stati membri il potere di determinare l'estensione della protezione e le condizioni alle quali essa è concessa, compreso il grado di originalità che il disegno o modello deve possedere (art. 17 della Direttiva n. 98/71). È in tal senso che la legge sul diritto d'autore richiede le condizioni del valore artistico e del carattere creativo ai fini dell'applicazione del diritto d'autore alle opere del disegno industriale.

Se dunque è pacifico che il diritto d'autore sorge con la creazione dell'opera, deve conseguentemente riconoscersi tale protezione anche alle opere del design dotate di "carattere creativo e valore artistico", create e pubblicate anteriormente al 19 aprile 2001, le quali si trovavano a quell'epoca in dominio pubblico per non essere mai state oggetto di registrazione (in questo senso, tra gli altri, si è autorevolmente espresso anche SENA, *Design*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2/2011, p. 48).

Ne deriva un vizio insanabile nelle proposte di modifica dell'art. 239 CPI qui prese in considerazione, le quali – come si è visto – escluderebbero dalla tutela le opere del disegno industriale per le quali, anteriormente al 19 aprile 2001, non era stato

depositato un disegno o modello ornamentale ai sensi della normativa a quel tempo in vigore (RD n. 1411/1940). La modifica, peraltro, non tiene conto del fatto che questa scelta era in passato obbligata, in quanto la registrazione come disegno o modello avrebbe precluso l'applicazione della tutela del diritto d'autore alle opere del design a causa del divieto, all'epoca previsto, di cumulare le due forme di protezione. Gli autori delle opere in questione, pertanto, per poter beneficiare della tutela accordata dal diritto d'autore, dovevano rinunciare alla protezione brevettuale, o viceversa.

La legge sul diritto d'autore, dal canto suo, riconosceva tale protezione a condizione che il valore artistico delle opere del design fosse separabile dal carattere industriale del prodotto al quale erano associate (art. 2, n. 4, *cd.* criterio della scindibilità). Questo criterio era stato interpretato in maniera molto restrittiva dagli esperti del settore, con la conseguenza che molte opere del design (specie quelle tridimensionali) finivano per essere escluse in automatico dalla tutela del diritto d'autore e cadevano, quindi, in pubblico dominio.

Tale situazione penalizzante per il design era stata superata solo con il recepimento della Direttiva comunitaria. In tale occasione, il legislatore italiano aveva eliminato il divieto di cumulo tra i due tipi di tutela e modificato le norme sul diritto d'autore, cancellando il requisito della "scindibilità" e determinando la rinascita del diritto d'autore anche su quelle opere dotate di carattere creativo e valore artistico, ma precedentemente cadute in pubblico dominio.

L'illegittimità di una modifica normativa che escluda dalla tutela del diritto d'autore le opere del design mai registrate come disegni e modelli, oltre che dalle considerazioni precedenti, può desumersi anche dall'esame svolto sul punto dalla già citata sentenza della Corte di Giustizia UE nel caso "Flos".

La Corte, in particolare, ha affermato che "non si può escludere che la protezione del diritto d'autore per le opere che possano costituire disegni o modelli non registrati possa risultare da altre direttive in materia di diritto d'autore e, in particolare, dalla Direttiva 2001/29, se ricorrono le condizioni per la sua applicazione, il che deve essere verificato dal giudice del rinvio" (paragrafo 34). Nel caso dell'Italia, è la legge sul diritto d'autore a concedere la protezione del diritto d'autore a tutte le opere del disegno industriale che presentino carattere creativo e valore artistico, a prescindere, quindi, dalla loro registrazione ai sensi della disciplina specifica dei disegni e modelli. Né, come già chiarito, la normativa italiana avrebbe potuto disporre altrimenti, dal momento che la richiamata Convenzione di Berna e le direttive comunitarie sul diritto d'autore vietano di condizionare tale tutela a formalità costitutive e, quindi, a registrazione.

È significativo sottolineare come le pronunce giurisprudenziali italiane successive alla sentenza "Flos" abbiano rafforzato in maniera inequivoca il concetto da essa stabilito (in particolare nel paragrafo 34), confermando come la normativa comunitaria non possa essere in alcun modo interpretata nel senso di escludere dalla tutela del diritto d'autore le opere del design che non sono mai state registrate come disegni e modelli.

Il riferimento è alle due ordinanze del 2011, rispettivamente del 7 luglio e del 10 ottobre, con cui le Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale del Tribunale di Milano e del Tribunale di Firenze hanno riconosciuto la piena tutela ai sensi del diritto d'autore, fin dalla loro creazione, di alcuni oggetti "classici" di arredamento del noto designer Le Corbusier, benché queste

opere non fossero mai state registrate come disegni e modelli prima del 19 aprile 2011.

In particolare, i due provvedimenti hanno ribadito che, in conformità ai principi tradizionali che regolano la materia a partire dalla Convenzione di Berna, la tutela del diritto d'autore non può essere subordinata ad alcun onere di preventiva registrazione dell'opera, trovando il suo unico titolo costitutivo nell'atto di creazione dell'opera stessa. I giudici nazionali hanno altresì evidenziato come una differenziazione di trattamento fondata sul solo presupposto dell'esistenza o meno di una precedente registrazione probabilmente non sarebbe stata esente da possibili censure di incostituzionalità per violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza.

4. Considerazioni conclusive.

Volendo provare a trarre una conclusione dalle brevi osservazioni che precedono, può affermarsi che, a dispetto delle proposte di modifica continuamente avanzate in sede legislativa, l'attuale normativa italiana in materia di tutela del disegno industriale attraverso il diritto d'autore appare pienamente in linea con i principi contenuti nelle convenzioni internazionali e nelle direttive europee, nonché con l'interpretazione delle norme comunitarie fornita dalla Corte di Giustizia UE.

In particolare, nonostante l'ipertrofia propositiva del legislatore italiano, non sembra richiedere alcun adeguamento normativo l'art. 239 CPI, che, in seguito all'intervento correttivo del 2010, ha risolto in anticipo le problematiche legate alla durata e all'oggetto della tutela, poi evidenziate dalla sentenza "Flos".

Al contrario, qualsiasi modifica dell'art. 239 CPI diretta a ridurre l'ambito di applicazione del diritto d'autore alle opere del design, sia estendendo il periodo di sospensione della tutela oltre quello attuale di cinque anni, sia escludendo *tout court* la tutela prevista dal diritto d'autore per alcune opere del design, quali quelle mai registrate come disegni e modelli prima del 2001, oltre che poco funzionale alla protezione della creatività e dell'innovazione di tante piccole e medie imprese italiane, avrebbe il probabile effetto di porsi in contrasto con la normativa UE, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, e rischierebbe, pertanto, di esporre l'Italia ad una sicura procedura di infrazione.

La classificazione dei brevetti tra presente e futuro: l'accordo EPO-USPTO ed la Cooperative Patent Classification (CPC)

**di
Eleonora Ciccone**

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'idea; 3. Perché un sistema condiviso per la classificazione dei brevetti; 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

Classificare i brevetti significa organizzare, catalogare e indicizzare il contenuto tecnico di tali documenti in modo tale da poterli facilmente e accuratamente identificare, nonché ricercare.

La letteratura brevettuale è talmente ampia che il reperimento dell'informazione è difficile senza l'utilizzo della classificazione.

Sono gli stessi esaminatori degli uffici brevetti nazionali e internazionali (EPO, USPTO) ad

attribuire uno o più codici di classificazione alle domande di brevetto.

Anche se quella internazionale è senz'altro la più utilizzata, esistono altre tipologie di

classificazioni brevettuali, tra le più note, quella europea (ECLA- European Classification), e quella statunitense (USPC- United States Patent Classification).

La classificazione internazionale dei brevetti (IPC - International Patent Classification) è un sistema per classificare e ricercare non solo brevetti, ma anche articoli scientifici. Lo scopo principale è di creare un efficace sistema di ricerca, indipendentemente dal tipo di linguaggio utilizzato.

Lo schema di classificazione applicato dall'Ufficio Europeo Brevetti (ECLA) alla sua raccolta interna di documenti brevettuali è basato sul sistema IPC, ma è più dettagliato e sottoposto a maggiori revisioni.

È proprio alla luce di questo quadro piuttosto complesso e diversificato, che nasce l'idea di creare un sistema di classificazione uniforme che, per la sua natura e le sue caratteristiche, potremmo definire "ibrido".

2. L'idea.

L'Ufficio Europeo Brevetti (EPO) ed il suo corrispettivo statunitense, lo United States Patent and Trademark Office (USPTO) hanno lanciato un nuovo sito web per supportare un'iniziativa molto ambiziosa: la Cooperative Patent Classification (CPC). Il progetto congiunto CPC, che conta di partire il 1 Gennaio 2013, ha lo scopo di sviluppare uno schema di classificazione per le invenzioni che sarà usato da entrambi gli uffici per la ricerca e l'esame delle applicazioni sui brevetti.

Ci si pone l'obiettivo di promuovere l'armonizzazione a livello globale e tale progetto rappresenterà il primo modello di classificazione internazionale dei brevetti, utile per tutti coloro che studiano ed esaminano le pratiche brevettuali, al fine di raggiungere risultati sempre più efficienti e nel minor tempo possibile.

Il CPC incorporerà le migliori pratiche di classificazione sia del sistema statunitense che di quello europeo. Gli uffici in questione, sono certi che ciò

comporterà una condivisione di iniziative ed uno snellimento del lavoro, evitando sforzi inutili di duplicazione e spesso incompatibilità dei lavori, sia sul versante europeo, sia oltre Oceano.

3. Perché un sistema condiviso per la classificazione dei brevetti.

EPO e USPTO hanno lavorato congiuntamente per giungere ad un risultato degno di nota, un piano di armonizzazione di best practices in ambito brevettuale. Infatti, la gran parte dei documenti sui brevetti statunitensi, sono già classificati secondo il sistema ECLA, quelli europei secondo quello USPC. Il passaggio da ECLA (European Classification System) a CPC, assicurerebbe all'Ufficio Europeo Brevetti la possibilità di garantire conformità con gli standard fissati dall'attuale sistema IPC (International Patent Classification), amministrato dall'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (WIPO), ed eliminerebbe il bisogno di convertire i risultati provenienti dalla classificazione USA[1]. Presso l'USPTO, la conversione garantirebbe un sistema di classificazione sempre aggiornato e compatibile a livello internazionale.

Un gruppo di lavoro formato da rappresentanti di entrambi le organizzazioni, denominato "CPC IG", è stato formato per gestire tale processo di conversione, creazione ed implementazione dei risultati finora a disposizione.

Senza dubbio, la strada che si sta intraprendendo è frutto di una decisione strategica da parte di entrambi gli uffici ed è vista come un passo significativo verso un processo di unificazione e semplificazione, un grosso traguardo nel più ampio scenario di attività degli IP5 (Uffici della P.I.)[2], che stanno da tempo portando avanti il progetto indirizzato verso la cosiddetta Common Hybrid Classification (CHC)[3]. Comune denominatore delle iniziative è la voglia e la necessità di equilibrare il sistema della ricerca e l'ambiente in cui si opera, attraverso un processo di standardizzazione e condivisione delle informazioni.

Tra i principali obiettivi del nuovo sistema ci sono, in primis, la possibilità di migliorare la ricerca in ambito brevettuale; secondo, condividere e scambiare il maggior numero di risorse e informazioni a disposizione.

Infatti, la creazione di un unico sistema avente una struttura molto simile al sistema di classificazione internazionale, sarà il punto di inizio di un meccanismo sempre più dettagliato di analisi e di miglioramento continuo.

Inoltre, il mantenimento di un'ossatura di base già nota, rappresenterà sicuramente uno schema di analisi collaborativo, più user friendly e di immediata comprensione. Le risorse a disposizione potranno in questo modo essere condivise ed utilizzate per stilare i documenti di classificazione, revisionare gli schemi esistenti e infine, riclassificare i documenti. Di certo si sta avanzando verso una posizione che cambierà il modo di gestire ed amministrare i beni intangibili ed in particolare le informazioni sui brevetti a livello globale. Il sistema garantirà un grande progresso offrendo servizi all'avanguardia sia agli innovatori che all'industria.

Dal punto di vista della ricerca, questo risultato ha avuto non a caso grande enfasi e si prevede che il 2012 sarà un anno di forte sviluppo, progresso tecnologico, con una solida struttura di governance, ed un processo di gestione della qualità flessibile ed innovativo. Le pratiche di classificazione standardizzate saranno di grande aiuto per una ricerca brevettuale sempre più aperta.

Sarà un passo importante per la realizzazione di un sistema ibrido di classificazione largamente condiviso e volto ad armonizzare le informazioni provenienti da ciascun ufficio competente per i titoli di Proprietà Industriale.

4. Conclusioni.

Una delle principali difficoltà nell'uso della classificazione attuale, deriva dal fatto che non esiste uno schema unificato e pertanto l'esaminatore o il documentalista brevettuale che consulta diverse banche dati deve imparare a conoscere i vari sistemi di classificazione (IPC, ECLA, USPC). Alcuni codici di classificazione si applicano solo ai brevetti nazionali e pertanto, affinché una ricerca possa considerarsi completa, è preferibile utilizzare i sistemi IPC ed ECLA.

Lo scopo primario di un sistema di classificazione è la creazione di uno strumento efficace di ricerca, ma se un sottogruppo contiene un numero elevato di documenti non è di nessuna utilità. Per questo motivo i codici di classificazione sono sottoposti ad un processo di revisione da parte degli esaminatori nel caso di nuove tecnologie oppure perché le dimensioni dei sottogruppi sono troppo ampie: lo scopo è di rendere più efficienti le ricerche documentali [4].

È in questo quadro così complesso, che si inserirebbe il nuovo sistema CPC.

Esso darebbe senza dubbio un enorme valore aggiunto al sistema vigente, che si auspica possa diventare molto più preciso, dettagliato e dinamico.

Non a caso, gli addetti ai lavori e non solo, sono estremamente ottimisti sul futuro del sistema brevettuale e della ricerca.

Note:

[1] Il 25 Ottobre 2010, il Sottosegretario al Commercio per la Proprietà Intellettuale e Direttore dell'USPO David Kappos, ed il Presidente dell' EPO, Benoît Battistelli, si sono accordati sulla seguente dichiarazione congiunta “..per il significativo beneficio che un approccio trasparente e armonizzato porterà agli stakeholders grazie ad un sistema di classificazione globale per i documenti sui brevetti; per rendere il processo di ricerca più efficiente...”

[2] Cfr.: <http://www.fiveipoffices.org/index.html>.

[3] Il Comunicato congiunto definito “a milestone achievement” da parte dei cinque Uffici della Proprietà Intellettuale (Five IP Offices (IP5)) – che comprendono EPO, USPTO, Ufficio dei brevetti giapponese (JPO), Ufficio della Proprietà Intellettuale Coreano (KIPO), e Ufficio della Proprietà Intellettuale Cinese (SIPO) – porterà gli IP5 sempre più vicini alla cosiddetta Common Hybrid Classification, che è uno dei dieci progetti portati avanti da questi.

[4] Cfr.: J. Michel - Considerations, challenges and methodologies for implementing best practices in patent office and like patent information departments, “World Patent Information”, 28 (2006).

***Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali scorrette: excursus
normativo e profili evolutivi***

di
Michele Contartese

Sommario: Introduzione; 1. La pubblicità ingannevole: gli esordi; 2. La direttiva europea 84/450; 3. La pubblicità ingannevole nel Codice del Consumo, prima dei Decreti Legislativi 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146; 4. Il recepimento della direttiva comunitaria 2005/29 in Italia; 5. Le scelte del legislatore Italiano; 6. Il d.lgs. n. 146/2007 e i nuovi articoli del Codice del Consumo; 7. Conclusioni.

Introduzione

La pubblicità ha assunto un ruolo di notevole influenza con l'evolversi del mercato. I modi e le forme con cui si presenta, la sua rilevanza economica, la sua efficacia persuasiva fanno in modo che la stessa possa essere assunta a "vero e proprio emblema delle società moderne" [1].

Le origini della pubblicità commerciale si fanno risalire alla seconda metà dell'800, prima dell'affermarsi del capitalismo, quando la pubblicità era volta unicamente ad informare il consumatore, riguardava la sola fase dell'acquisto e coinvolgeva esclusivamente il dettagliante e l'acquirente del prodotto.

La pubblicità ricopriva, dunque, il ruolo di mera rassicurazione del commerciante verso i propri clienti, ed era legata al ruolo del rivenditore nel processo di produzione e di distribuzione della merce. Il consumatore era così vincolato al negoziante da un rapporto personale e confidava nelle informazioni specifiche che lo stesso gli forniva. Le informazioni assumevano una veste di garanzia della bontà della merce e della convenienza dell'acquisto.

Con l'affermarsi delle prime forme di concentrazione monopolistica e con le alterazioni del mercato libero, da esse provocate, mutarono anche il ruolo e la funzione della pubblicità commerciale. Iniziava, così, una transizione dalla pubblicità volta ad informare il pubblico a quella in grado di orientare i consumi, stimolare i bisogni e promuovere l'assorbimento della domanda.

Iniziavano, però, anche a diffondersi forme deviate di pubblicità come la pubblicità ingannevole, nella quale poco si identificava il vero valore del prodotto.

1. La pubblicità ingannevole: gli esordi.

In Italia la prima embrionale normativa in materia di pubblicità ingannevole risale ai primi anni del regime fascista: oltre ad interventi legislativi specifici (tra i quali va ricordato l'art. 51 del R.D.I. n. 2033 del 15 ottobre 1925 in materia di produzione e commercio dei prodotti agrari), infatti, nelle fattispecie di comunicazione pubblicitaria mendace o ingannevole trovavano applicazione le norme del Codice Penale (vedi gli artt. 515, 516 e 517 c.p.), che pur senza uno specifico riferimento alla comunicazione pubblicitaria, colpivano qualsiasi forma di frode in commercio.

Il Regime all'epoca, interveniva con una sorta di censura preventiva sulla pubblicità, equiparandola, così, ad ogni altra forma di manifestazione del pensiero. Dopo la caduta del fascismo, il panorama della disciplina giuridica della pubblicità, tuttavia, non subì significative evoluzioni, fatta eccezione per l'abolizione del nullatenente preventivo dell'Autorità di Pubblica Sicurezza, dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale del 1956, anche se rimase immutata la specifica disciplina censoria riguardante alcuni singoli settori o specifici prodotti [2].

A partire dagli anni '60, invece, le Corti di Giustizia cominciarono a prestare attenzione al fenomeno pubblicitario e vi furono alcune sporadiche pronunce di censura di quei messaggi pubblicitari che contenevano affermazioni palesemente false.

In quegli anni, in applicazione della disciplina del Codice Civile in tema di concorrenza sleale veniva ritenuta mendace la pubblicità con la quale un soggetto economico poneva in essere una falsa rappresentazione della propria realtà economica, purchè la stessa fosse idonea ad arrecare un diretto pregiudizio ai propri concorrenti, non tenendo affatto in considerazione gli interessi dei consumatori. Soltanto a partire dagli anni settanta, la giurisprudenza si è mostrata più attenta alla tutela di soggetti diversi dai concorrenti, ritenendo sufficiente, al fine di qualificare una pubblicità come ingannevole, la semplice condizione che l'informazione mendace potesse distogliere un individuo dall'acquistare analoghi prodotti da altre imprese.

2. La direttiva Europea 84/450.

Il mercato in continua espansione e la sempre maggiore concorrenza tra le imprese avevano amplificato il bisogno di quest'ultime di individuare strategie di *marketing* sempre più puntuali e mirate, poste in essere attraverso l'utilizzo di comunicazioni commerciali e forme pubblicitarie volte ad influenzare in maniera significativa il proprio *target* di riferimento.

Il legislatore europeo, in considerazione dell'importanza crescente che assumevano le comunicazioni aziendali nell'orientare la scelta di acquisto di un bene da parte del consumatore, ritenne così necessario dare, nel 1984, un quadro normativo uniforme e chiaro dell'intera disciplina attraverso l'emanazione della direttiva 450 CEE [3], "*relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole*".

Il termine "pubblicità ingannevole" veniva già inteso in senso proprio, cioè con contenuti decettivi, perché nei considerando presentati nel preambolo della direttiva si precisava che questa avrebbe costituito solo il primo segmento di disciplina comunitaria, succedendo ad essa una direttiva sulla pubblicità sleale, e se necessario, una direttiva sulla pubblicità comparativa.

La direttiva veniva recepita in Italia con il d.lgs. 74/1992 [4] con lo scopo, in base a quanto sancito dall'articolo 1, di "*tutelare da un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*".

Nel disposto di tale articolo non si rinveniva alcun riferimento alla pubblicità comparativa, dal momento che in Italia non era considerata lecita.

La finalità del d.lgs. del 1992 era garantire tre diverse dimensioni: a) il singolo acquirente; b) i rapporti fra imprenditori; c) l'interesse generale che si estrinseca nella collettività e nel mercato.

Negli articoli successivi del decreto si rinvencono le definizioni di pubblicità e di pubblicità ingannevole.

Per pubblicità si intende: *“qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi, oppure la prestazione di opere o di servizi”*, mentre la decettività si manifesta per *“qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente.”*

Alla luce del disposto normativo si può ritenere ingannevole anche la pubblicità che informa, ma non informa: la c.d. pubblicità suggestiva.

Tornando al decreto del '92, premesso che i primi tre articoli ripetono pedissequamente il disposto della direttiva, si osservi come gli artt. 4, 5, 6, della norma di recepimento, non portarono alcuna novità al panorama legislativo italiano in quanto la disciplina di controllo dei messaggi pubblicitari corrisponde, nelle linee di fondo, alle norme del Codice di autodisciplina.

In particolare l'art. 4 (Trasparenza della pubblicità) riprende il contenuto degli artt. 7 (Identificazione della Pubblicità) e dell' art. 5 (Garanzie) della direttiva; mentre l'art. 5 del d.l. (Pubblicità di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori) si modella sul contenuto dell'art. 12 (Sicurezza).

L'art. 5 doveva essere coordinato con le disposizioni del D.p.r. 24 maggio 1988 n. 224 sulla responsabilità del produttore. Il produttore che usa messaggi ingannevoli può essere considerato responsabile, anche se di per sé il prodotto non presenta difetti, ma richiede da parte dell'utente l'impiego di regole di prudenza e vigilanza che l'utente non abbia osservato perché a ciò indotto dal modo di presentare il prodotto.

Con l'introduzione del Codice del consumo, d.lgs. n. 206 del 30 giugno 2005, la normativa in materia di pubblicità ingannevole è stata trasposta nel titolo III agli articoli 19-27.

La disciplina di recepimento ha attribuito le funzioni di controllo dei messaggi ingannevoli all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Sono ormai migliaia i provvedimenti con cui l'Autorità ha passato al vaglio i messaggi pubblicitari, dando non solo concreta attuazione alla direttiva ma estendendo le forme di tutela del disposto del testo legislativo [5].

Il controllo della pubblicità è divenuto uno dei settori di maggior lavoro dell'Autorità [6].

L'Autorità come ente pubblico ha ovviamente un ruolo molto importante anche rispetto al Giurì di autodisciplina. L'esame di un messaggio pubblicitario da parte dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria (IAP) non esclude che vi possa essere una successiva valutazione non conforme da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto il d.lgs. 74/92 prima, il Codice del consumo, oggi, pur prevedendo norme di coordinamento tra procedimento autodisciplinare e procedimento innanzi all'Autorità non pongono disposizioni in merito alla

conformità e non fanno, comunque, venir meno l'obbligo dell'Autorità garante a valutare integralmente il messaggio nella versione in corso al momento della segnalazione.

Il principio che assiste l'Autorità nel controllo del messaggio è dato dalla sua idoneità a consentire al consumatore di operare scelte consapevoli: per tale ragione le informazioni devono essere chiare ed esaurienti [7].

L'Autorità ha svolto, infatti, in questi anni, un ruolo di nomofilachia [8], individuando i due presupposti che portano a qualificare come pregiudizievole un messaggio pubblicitario:

- a. che l'errore provocato dal messaggio pubblicitario debba essere in grado di indurre i destinatari a comportamenti che essi non avrebbero tenuto ove fosse stato loro correttamente prospettata la realtà del messaggio;
- b. che tali comportamenti risultino economicamente svantaggiosi per il soggetto indotto in errore.

3. La pubblicità ingannevole nel Codice del consumo, prima dei Decreti Legislativi 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146.

Al fine di capire meglio la vera portata dei cambiamenti introdotti dall'Unione Europea, è opportuno porre l'attenzione sul disposto del Codice del consumo e precisamente sulla sezione "Pubblicità e altre comunicazioni commerciali", voluta fortemente dal legislatore italiano, il quale ha provveduto a distinguere e differenziare tali attività dalle restanti tipologie di tutela. All'interno di questa sezione del Codice del consumo sono stati riportati quasi pedissequamente i contenuti della direttiva comunitaria 84/450/Cee e del d.lgs. 74/1992, ridotti, almeno da un punto di vista sistematico, nell'orbita del diritto dei consumatori.

L'articolo 19 del Codice del consumo [9], nella versione antecedente le modifiche derivanti dal recepimento della direttiva comunitaria 2005/29, conteneva la *ratio legis* dell'intera sezione del Codice dedicata alla pubblicità ingannevole e comparativa [10].

All'interno dell'articolo 20 del Codice si rinvenivano tutte le definizioni [11] di pubblicità, da ingannevole a comparativa, che sono le medesime presenti nel d.lgs. 74/1992. Le nozioni hanno dei margini interpretativi davvero ampi, tanto che qualsiasi tipologia di comunicazione può essere inclusa all'interno di questa classificazione: perfino la comunicazione istituzionale, in cui l'invito alla fruizione di un oggetto o di un servizio è solo indiretta, ad esempio, è stata inclusa tra i messaggi soggetti a giudizio dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [12].

In linea con quanto modificato a partire dal 21 settembre 2007, inoltre, compaiono come elementi necessari alla definizione di un'attività scorretta l'idoneità della pubblicità a indurre in errore i destinatari di essa e l'idoneità a pregiudicare il comportamento economico del consumatore che riceve il messaggio.

Tra gli elementi che segnano una continuità, nonostante i cambiamenti degli ultimi anni, si rileva come *in primis*, le fattispecie di illecito previste dalla norma abbiano un carattere puramente oggettivo, dal momento che prescindono completamente dalle categorie colpevolistiche della colpa o del dolo [13], rendendo irrilevante l'intenzionalità del professionista a diffondere informazioni mendaci al fine di qualificare una pubblicità come ingannevole.

Prima dell'avvento del Codice del consumo, infatti, la disciplina della pubblicità ingannevole era stata oggetto di interventi ripetuti e così l'emanazione del *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea* (2001), uno dei primi interventi dell'Unione Europea che ha concentrato l'attenzione sulla massima protezione del consumatore verso tutte le pratiche sleali, ivi compresa l'informazione mendace, e l'armonizzazione della disciplina in materia di tutela del consumatore [14].

I dibattiti con le parti interessate, che siano stati enti o individui, hanno portato all'espressione di una serie di considerazioni importanti in termini sia politici che di carattere economico-giuridico. Il "*Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*" introduce, infatti, la locuzione [15] di "comunicazione commerciale" che riguarda "*tutte le forme di pubblicità, marketing diretto, sponsorizzazione, promozione delle vendite e relazioni pubbliche*". Queste attività, seppure non trovino una formalizzazione e una distinzione da un punto di vista tecnico, a livello giuridico, sono tutte accomunate dalla volontà di incentivare la circolazione dei beni e dei servizi nel mercato e, quindi, di fare pressione sul comportamento del consumatore.

Il Parlamento Europeo, avendo rilevato anche le numerose reazioni positive da parte delle imprese e delle organizzazioni dei consumatori nel seguito dato al "*Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea*" dell'11 giugno del 2002, nell'aprile 2004 approvava la proposta di emanare una nuova direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra le imprese e il mercato interno. Il Parlamento, infatti, esaminando le indicazioni pervenute dalla Commissione, ne condivideva i principi di base, in forza dei quali si evidenziava l'opportunità di individuare un divieto generale per tutte quelle pratiche commerciali che erano da considerarsi sleali, progettando la redazione di una lista, una *black list*, che riportasse esempi fulgidi di pratiche da considerarsi in ogni caso scorrette.

Tutti questi lavori "preparatori" portavano alla definitiva realizzazione della direttiva 2005/29/Ce [16] che solo nel 2007 è stata recepita nell'ordinamento italiano.

La direttiva oggetto di studio riguardava le pratiche commerciali il cui "*intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti*".

La direttiva, infatti, tutela direttamente gli interessi dei consumatori e solo indirettamente le attività che possono danneggiare i concorrenti. Ai sensi dell'art. 2 lett. d) la nozione di pratica commerciale scorretta proprio perché è da questa definizione che è possibile individuare le differenze, le modifiche e le eventuali integrazioni con il concetto di pubblicità e di comunicazione commerciale, è definita come "*qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posto in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita, fornitura di un prodotto ai consumatori*".

E' chiaro che è difficile per il diritto esprimere dei concetti legati al mondo aziendale nei canoni del linguaggio formale e giuridico, e per tale ragione il legislatore finisce per fornire delle classificazioni troppo ampie e di modesta utilità tecnica.

Infatti, aver accomunato nello stesso articolo termini quali *marketing*, comunicazione commerciale e pubblicità non aiuta chi legge ad individuare in modo semplice processi e funzioni distinte dell'intera attività d'impresa. Si nota,

comunque, a partire dal 1984, in ambito europeo, fino al recepimento nel 2007 in Italia dell'ultima normativa, una graduale operazione di allargamento dei campi di protezione del consumatore, per cui si è passati dalla protezione, alquanto contestualizzata, di messaggio pubblicitario ingannevole ad un più totalizzante tentativo di copertura dell'intero processo negoziale fra il consumatore e l'imprenditore [17].

Una differenza importante tra le pratiche commerciali e le comunicazioni commerciali è rappresentata, dal fatto che sono diversi i soggetti che vengono considerati destinatari di queste stesse e di riflesso anche quelli che vengono tutelati.

Se prima del 2005, quindi, non sussisteva questa differenziazione, attualmente, invece, le pratiche commerciali attengono alla protezione del solo consumatore, mentre la direttiva del 1984 è stata modificata restringendo la disciplina della pubblicità ingannevole al controllo del rapporto dei soli professionisti.

L'art.14 della direttiva 2005/29 Ce, infatti, ha radicalmente cambiato l'art. 1 della 84/450 CEE che ora recita: *“la presente direttiva ha lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e di stabilire condizioni di liceità della pubblicità comparativa”*.

La direttiva 84/450/CEE è stata, dunque, più volte modificata in modo sostanziale e, per ragioni di chiarezza e razionalizzazione, il legislatore europeo ha ritenuto opportuno emanare, in data 12 dicembre 2006, una nuova direttiva, la numero 114, “concernente la pubblicità ingannevole e comparativa”, in cui è stata codificata l'intera disciplina sulla pubblicità ingannevole e sulla pubblicità comparativa, contenente tutte le modifiche apportate nel corso degli anni, così da far ritenere abrogata la precedente direttiva del 1984.

Gli organi comunitari hanno previsto un “doppio termine” per il recepimento della direttiva 29/2005 Ce da parte degli stati membri dell'Unione Europea.

L'art. 19 della succitata direttiva stabiliva, infatti, che gli stati membri dovessero adottare e pubblicare entro il 12 giugno 2007 le disposizioni legislative indispensabili all'adeguamento dell'apparato normativo salvo poi applicarle e farle, dunque, entrare in vigore entro il termine ultimo del 12 dicembre 2007.

A partire, appunto, da quest'ultima data era prevista l'entrata in vigore del nuovo sistema comunitario delle “pratiche commerciali” sebbene le disposizioni dell'art. 19 [18] non siano state rispettate in modo omogeneo da tutti i Paesi considerando che nel mese di settembre del 2008 non si erano uniformati ai dettami comunitari né la Germania, né il Lussemburgo e né la Spagna. I legislatori di ogni Stato membro dell'Unione Europea, comunque, si sono trovati di fronte a delle questioni importanti da risolvere per poter adeguatamente conformare il proprio ordinamento con quanto previsto dalla 2005/29 CE e, soprattutto, con poche opportunità di scelta, dal momento che la tensione ad armonizzare la dottrina in ogni paese aderente al patto, offriva loro ridottissimi margini di manovra e di autonomia [19].

4. Il recepimento della direttiva comunitaria 2005/29 in Italia.

La direttiva 2005/29 CE è stata recepita dal nostro Legislatore attraverso due distinti decreti legislativi, entrati in vigore nello stesso giorno, il 02/08/2007, rispettivamente il n. 145 e il n. 146, Il primo di questi decreti contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa, in modo particolare le norme

di recepimento della direttiva 84/450 CE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE e dall'art. 14 della stessa direttiva 2005/29/CE. L'intitolazione di questo decreto, "*Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/Ce che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 2002/65/CE e il Regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla pubblicità ingannevole*", porta erroneamente a credere che al suo interno possano essere stati inseriti esclusivamente gli articoli necessari all'adeguamento dell'ordinamento italiano alla normativa, mentre, in realtà, in esso è stato trasposto l'intero *corpus* che, in origine, era contenuto nel d.lgs. 74 del 28 gennaio 1992 e già trasferito, in un primo tempo, negli articoli 18-27 del d.lgs. 206/2005, una trasposizione questa che ha stabilito la definitiva abrogazione del d.lgs. n.74/1992.

Nel d.lgs. 146/2007 si rinviengono, invece, le disposizioni di recepimento degli articoli 1-13 e 15-17 della direttiva sulle pratiche commerciali sleali.

L'attuazione della direttiva 2005/29 Ce si è per così dire conclusa [20] con l'emanazione del d.lgs. del 23 ottobre del 2007, n. 211, che contiene le "*Disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*" poiché il Governo, sfruttando la delega conferita dall'art. 20 *bis* della legge 229/2003 [21] che conferiva il potere di modificare uno o più decreti legislativi per apportare correzioni e integrazioni, ha inserito gli articoli provenienti dal d.lgs. 146/2007 nel d.lgs. 206/2005.

Il legislatore Italiano ha deciso, infatti, di modificare i contenuti del Codice del consumo, estromettendo la disciplina sulla pubblicità ingannevole che prima era contenuta negli articoli 18-27 del d.lgs. 206/2005 e sostituire questi articoli con quanto disposto dalla normativa sulle pratiche commerciali sleali. Suscita perplessità, però, la collocazione delle disposizioni attuative degli articoli 1-13 della direttiva 2005/29/Ce nell'ambito del Titolo III della Seconda Parte del Codice del consumo intitolata "Educazione, Informazione e Pubblicità" poiché, dal momento che la definizione di "pratica commerciale", come già più volte sottolineato, include qualsiasi condotta rivolta a promuovere l'acquisto di beni e servizi ai consumatori ed è indubabilmente legata alla stipulazione di contratti, sarebbe stato più consono e più coerente, per una questione sistematica e contenutistica, inserire tali articoli nella Parte III del d.lgs. 206/2005 intitolata "Il rapporto di consumo".

La soluzione più idonea sarebbe stata probabilmente quella di introdurre le nuove disposizioni nell'attuale Titolo II della Parte III, risolvendo contemporaneamente la questioni inerenti al precetto normativo proposto dall'art. 39 [22] che sarebbe stato, in questo caso, inglobato nelle modifiche in oggetto. L'articolo 39 del Codice del consumo, infatti, all'atto della redazione del d.lgs. 206 nel 2005, faceva già riferimento non ad atti o contratti, ma all'intera attività commerciale, non considerando l'esistenza di un rapporto contrattuale, e volendo tutelare il consumatore in ogni fase del processo di consumo.

Si crea, invece, con questa scelta, una sorta di commistione con la direttiva europea più volte citata tanto da poter ravvisare nell'articolo 39 una norma pensata dal legislatore nazionale per accogliere in modo più armonioso possibile la disciplina europea.

5. Le scelte del legislatore Italiano.

Nell'ordinamento italiano si è rispettata, dunque, la diversificazione di tutela imposta dalla comunità europea, dal momento che si è realizzato un sistema bipolare di protezione, uno riservato esclusivamente al consumatore, con il d.lgs. 146/2007, e un altro che regola i rapporti con la concorrenza, sebbene la soluzione italiana presenti "un'indubbia originalità". Se da un lato, infatti, la parte "sostanziale" delle pratiche sleali e della pubblicità ingannevole e comparativa risulti completamente uniforme ai precetti contenuti nelle due discipline e sono ben evidenti le differenze, non si può analogamente individuare un'autonomia da un punto di vista "procedimentale", dal momento che la competenza ad accertare le violazioni è stata attribuita, di fatto, alla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato. Natura, entità, tipologia delle sanzioni sono le medesime sia in un caso che nell'altro.

A causa di ciò, dunque, si riduce drasticamente la portata pratica di queste normative poiché, sebbene la divisione teorica resti senza dubbio, si porta a confondere su un piano squisitamente operativo le applicazioni e le delimitazioni delle singole discipline. Un'ulteriore sovrapposizione si verifica anche perché nel d.lgs. 146/2007, come riportato nell'art. 27 co. 2 del Codice del consumo, si prevede che sia concessa l'opportunità di chiedere l'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a chiunque ne abbia un interesse, che sia un singolo individuo o un'organizzazione. Questa condizione comporta che il professionista, i cui affari o la propria reputazione siano lesi da un comportamento concorrenziale scorretto riconducibile alla pubblicità ingannevole e/o a quanto tutelato dal d.lgs. 145/2007, possa difendere i propri interessi appellandosi alla protezione offerta dal d.lgs. 206/2005. Un'eventualità del genere non può considerarsi remota dal momento che è lecito che un imprenditore, piuttosto che ricorrere al giudice ordinario per far valere i propri diritti in base al Codice di proprietà industriale o agli articoli 2598 - 2601 c.c., preferisca, in termini di spesa e di rapidità, grazie all' "apertura" lasciata dal succitato articolo 27 co. 2, l'iter previsto dall'Antitrust [23].

Questa suddivisione e questo tentativo di concedere piena autonomia alla disciplina in esame, inoltre - per quanto non si voglia criticare in pieno l'impostazione del legislatore - appare poco funzionale poiché è difficilmente immaginabile il caso in cui una lesione del comportamento economico del consumatore non danneggi, a sua volta, un possibile concorrente.

È complesso individuare, infatti, ipotesi in cui possa trovare applicazione solo una delle due normative e, quindi, l'effetto più immediato di quella che può considerarsi come una sorta di idealizzazione legislativa, è il concretizzarsi di un *surplus* di procedure e di possibili rimedi che scaturiscono dallo stesso comportamento sleale [24].

Continuando la disamina che induce a porre l'attenzione sulle relazioni intercorrenti fra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e le altre norme con essa afferenti, è il caso di rilevare quali sono i meccanismi di tutela presenti nel codice civile che si attivano allorquando un consumatore non abbia stipulato ancora un contratto, ma si renda conto prima della sottoscrizione della presenza di un'attività commerciale non lecita.

Il consumatore, in questo caso potrà chiedere un risarcimento per ogni pratica chiaramente contraria alla buona fede pre-contrattuale, ma ovviamente, dal

momento che non è stato sottoscritto nulla, non potrà richiedere misure di carattere invalidatorio.

Nel caso in cui la slealtà di un'operazione commerciale si attui in una condizione non definibile come "pre-contrattuale", l'acquirente potrà far ricorso solo all'articolo generale della responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., seppur in questo caso diventerebbe complesso stabilire con assoluta certezza un nesso di causalità forte tra un comportamento economico errato di un individuo e un'eventuale trattativa non giunta neanche ad un livello che può intendersi come attività precontrattuale. In ultimo, è importante rilevare la scelta dal legislatore italiano di non avvalersi di alcune opzioni e deleghe concesse nella direttiva sulle pratiche commerciali scorrette.

La direttiva 2005/29/Ce autorizza, infatti, gli Stati membri a mantenere e/o ad introdurre norme interne ed autonome [25] accordando, di riflesso, la creazione di un sistema normativo a "ragnatela" [26] e non piramidale che avrebbe origine grazie alla commistione fra fonti pubbliche di produzione del diritto e fonti private volte alla regolamentazione della stessa fattispecie. L'adozione di atti di autoregolamentazione è stata auspicata in più occasioni dalla Comunità Europea e, al considerando n. 20 della succitata direttiva, la previsione delle elaborazioni di norme di buona condotta da parte delle associazioni dei consumatori è tesa a confutare qualsiasi dubbio circa la potenziale parzialità dei codici deontologici proposti dalle imprese.

Secondo quanto previsto a livello comunitario, i presupposti per l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette inerenti ai codici deontologici sono tre: l'emanazione di un codice deontologico stesso da parte di un'azienda, l'indicazione in un'attività commerciale da parte del professionista di essere vincolato al rispetto delle norme autoimposte e che l'impegno assunto sia fermo e verificabile (si interpreta il termine fermo come impegno irrevocabile, assunto verosimilmente in forma scritta).

Quanto previsto dalla direttiva comunitaria non è in alcun modo menzionato nel d.lgs. n. 146/2007 dal momento che si rileva solamente nell'art. 18 lett. f) del Codice del consumo una definizione di codice di condotta, ma che ha una valenza del tutto marginale rispetto all'intero *corpus* normativo che si sta attualmente analizzando.

La direttiva europea 2005/29/CE, infine, lascia l'opportunità agli Stati membri di introdurre o mantenere "limitazioni e divieti motivati e giustificati per tutelare la salute e la sicurezza dei consumatori nel territorio in cui risiedono, quale che sia il luogo di stabilimento dei professionisti", di inserire regole più severe nel settore che ha come oggetto i servizi finanziari o i beni immobili e di vietare pratiche commerciali che contrastano le regole di buon gusto o il decoro comunemente osservate dalla popolazione residente in uno degli Stati membri. Il legislatore italiano, ancora una volta e come già accaduto per i codici deontologici, non ha apportato modifiche alla direttiva comunitaria.

Va evidenziato, infine, che con l'art. 2 della Legge 23 luglio 2009 n. 99 è stata inserito un nuovo articolo: il 22 bis intitolato "La pubblicità ingannevole delle tariffe marittime"[27].

6. Il d.lgs. n. 146/2007 e i nuovi articoli del Codice del Consumo.

Il legislatore italiano ha optato per l'utilizzo del termine "scorrette" in luogo di sleali per evitare qualsiasi confusione con la materia della concorrenza sleale, regolamentata dagli artt. 2598 - 2601 c.c.

Il capo del Codice del consumo, come modificato dal d.lgs. 146/2007, propone nell'articolo 18 la definizione dei termini chiave e più ricorrenti nell'ambito della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette in cui è inserita, appunto, come già scritto in precedenza, la nozione di pratica commerciale stessa e quali ambiti tutela e regola. La definizione di pratica commerciale scorretta presente all'art. 18 lett. d) ricalca quella contenuta nell'articolo 2 lett. d) della direttiva comunitaria 29/2005, scelta senza dubbio coerente con la volontà del legislatore comunitario di armonizzare la disciplina. L'ampiezza della normativa si evince soprattutto sotto il profilo della natura giuridica della condotta vietata, *"che può consistere tanto in dichiarazioni quanto in comportamenti materiali, tanto in omissioni; si apprezza poi sotto il profilo sostanziale, in quanto si richiede una semplice "relazione" fra la condotta e la promozione, la vendita o la fornitura di un prodotto ai consumatori"*. La portata della norma è estesa anche perché, come si rinviene nell'articolo 18 lett. c, si intende per prodotto *"qualsiasi bene, servizio, diritto e obbligazione"*, offrendo, quindi, una definizione onnicomprensiva l'art. 18 alla lettera d) prevede l'inclusione di tutte le forme di promozione, di commercializzazione dei prodotti, sia vecchie che nuove, e ogni tipo di condotta che va dalla prima presa di contatto fra i soggetti coinvolti in un'operazione commerciale fino alla conclusione della stessa. Ricadono nella nozione di pratica commerciale, nello specifico, pertanto, sia i veri e propri messaggi pubblicitari sia quelle attività che, pur appartenendo al *genus* delle comunicazioni d'impresa, si tendono solitamente ad essere esclusi o distinti dal *battage* vero e proprio come, ad esempio, le sponsorizzazioni o quelle comunicazioni che hanno quale obiettivo primario quello di promuovere l'immagine e la reputazione dell'inserzionista e incitare all'acquisto in maniera indiretta.

Tra i concetti più rilevanti presenti nell'articolo 18 del d.lgs. 206/2005 è da citare quello di *"diligenza professionale"* il quale, proprio a causa della vaghezza definitoria con il quale è stato descritto dal legislatore, merita un ulteriore approfondimento. L'articolo 18, lett. h, del d.lgs. 206/2005 propone la diligenza professionale come *"il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista"* Si palesa, anche in questo caso, una difficoltà interpretativa simile a quella che si è già affrontata per l'art. 39 del Codice del Consumo e per l'art. 5 lett. a) della direttiva comunitaria 2005/29, dal momento che se buona fede e correttezza possono essere considerati sinonimi e afferiscono ad un preciso obbligo di trasparenza e lealtà in qualsiasi relazione fra persone al di là di ogni vincolo normativo, la diligenza, invece, si muove nell'ottica di misurare l'impegno profuso da uno dei due contraenti per soddisfare le esigenze di un altro soggetto sempre in relazione alle promesse effettuate e alle aspettative minime che è lecito attendersi.

Per quel che concerne, dunque, la buona fede oggettiva e la correttezza è legittimo riferirsi a quanto previsto dall'art. 2 della Costituzione in cui si *"richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"*

poiché in tal modo si vincolano tutte le parti di un contratto ad agire onestamente non in virtù di clausole o penali, ma per un generale dovere extracontrattuale di non danneggiare l'altrui interesse.

Nel d.lgs. 146/2007, però, si offre una visione più estesa del concetto di diligenza professionale in cui non solo si ribadisce l'accuratezza con cui si adempiono gli obblighi assunti, ma si inserisce in tale definizione anche l'aspetto essenzialmente solidaristico che mira ad una protezione giuridica totalizzante della controparte.

Si nega, anche, che l'art. 18, lett. h) del D.lgs. 206/2005 possa fare riferimento a un concetto di diligenza, prudenza e perizia la cui mancata adozione consente di qualificare come colposa, in base all'art. 2043 del codice civile, la condotta del soggetto che danneggi un altro individuo con le proprie azioni. La contrarietà alla diligenza professionale non va mai ricollegata alla colpa come elemento soggettivo dell'illecito civile [28], bensì è una nozione che vanta la propria autonomia rispetto a quanto previsto dal codice civile e che trova una sua particolare applicazione in merito alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Il criterio della aspettativa di un comportamento *ragionevole* dell'imprenditore da parte del consumatore introduce in questa definizione di diligenza professionale un'ulteriore alea di incertezza che in sede di applicazione della normativa può dar luogo ad interpretazioni ampiamente discrezionali.

La definizione di diligenza professionale così come introdotta nell'ordinamento italiano dal nostro legislatore presenta alcune differenze con quanto proposto in sede comunitaria dalla direttiva 2005/29 dal momento che l'art. 2 lett. h) osserva la diligenza professionale "*rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori*". Si evince facilmente, mettendo a confronto l'art. 2 lett. h) e il succitato art. 18 lett. h) del Codice del Consumo, come le differenze siano palesi. In *primis*, la competenza e l'impegno, che devono essere posti in essere per dar origine ad una pratica commerciale lecita, non sono misurati in base a ciò che è onesto attendersi da parte di un professionista secondo un'ottica di un consumatore, così come espresso nell'ordinamento italiano, bensì si stima quale sia il comportamento giusto di un professionista.

Nel caso dell'art. 18 e delle discrepanze con la direttiva europea è lecito chiedersi se, in un'ottica di armonizzazione completa, le modifiche apportate dal nostro legislatore possano essere considerate in netto contrasto con la norma comunitaria e se, in futuro, potrebbe essere intrapresa una procedura di infrazione nei confronti dello Stato Italiano. Se da un lato è pur vero che l'art. 18 del d.lgs. 206/2005 contiene solo una definizione generica rispetto alla quale non è improbabile che si accordino margini di discrezionalità in vista di un'applicazione concreta in altri articoli più rispondenti alla direttiva 2005/29, dall'altro il concetto di diligenza professionale rappresenta un elemento costitutivo fondamentale della nozione di base delle pratiche commerciali sleali e, dunque, la Corte di Giustizia europea potrebbe essere spinta ad analizzare tale situazione e valutare la conformità della scelta italiana rispetto alla direttiva [29].

7. Conclusioni.

Alla luce del breve *excursus* proposto in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette, pare doveroso fare alcune considerazioni finali in ordine ai profili evolutivi della disciplina.

In una dimensione sociale globalizzata come la nostra, assumono un ruolo fondamentale i poteri di controllo e sanzionatori attribuiti all'AGCM, ciò in quanto il potere veicolativo del messaggio pubblicitario è tanto più forte quanto il soggetto che vuole diffondere quel messaggio ha disponibilità economiche e/o di mezzi di diffusione.

Per tale ragione, in una realtà in cui i consumatori ricevono quotidianamente decine di migliaia di messaggi, attraverso differenti media come quotidiani, televisione, volantaggio, internet, messaggi sul cellulare, si corre il rischio di credere che un determinato prodotto possa essere indispensabile solo per il continuo palesarsi della sua promozione. Naturalmente, laddove il prodotto fosse davvero utile e fossero risaltate le sue reali qualità non vi sarebbe alcun problema, il problema sussiste quando di un prodotto vengono esaltate qualità che, invece, non possiede e quando lo stesso viene acquistato solo per la soggezione da parte dell'acquirente alla pubblicità effettuata, con la sua conseguente insoddisfazione.

Proprio in virtù di tale constatazione è necessario che gli organi preposti, siano sempre pronti ad intervenire per punire, o quantomeno per arginare il fenomeno.

Paradossalmente, oggi le informazioni più complete e più veritiere si hanno negli acquisti che si effettuano sul *web*, dove benché le parti non si conoscano, il venditore è tenuto (secondo quanto disposto dal d. lgs 70/2003) a fornire tutta una serie di informazioni che nelle altre realtà quotidiane non sono fornite. Sembrerebbe, pertanto, opportuno fare riferimento alla disciplina del commercio elettronico, per una futura maggiore tutela della società contro i messaggi ingannevoli.

Note:

[1] Così Guido Alpa in *"Introduzione al diritto dei consumatori"*, Editori La terza, pag. 86.

[2] Così *"Commentario al Codice del Consumo"* di Sciancalepore - Stanzione, pag. 102, IPSOA 2008

[3] Tale direttiva viene considerata "un testo normativo estremamente generico, dal momento che si limita ad indicare, secondo formule generali, gli strumenti tramite i quali gli stati membri possono sanzionare le fattispecie di pubblicità ingannevole nell'interesse sia dei consumatori che del pubblico in generale. La disciplina comunitaria definisce "ingannevole" la pubblicità che induca o sia atta ad indurre in errore i suoi destinatari, ma non prende in considerazione né la pubblicità scorretta, né quella comparativa, inizialmente previste nelle prime bozze del testo": così opera appena citata pag. 107.

[4] Tale Decreto è intitolato: "Attuazione della Direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa".

[5] Così Alpa, opera citata pag. 96

[6] Nella relazione del 1997 si sottolinea che lo sviluppo degli investimenti pubblicitari nel nostro paese aveva avuto una crescita fortissima, ed il 60% degli stessi è stato investito nei messaggi trasmessi con il mezzo televisivo. Gli interventi dell'autorità hanno riguardato il settore finanziario, le telecomunicazioni, i prodotti alimentari, i prodotti parafarmaceutici ed i cosmetici, i servizi di distribuzione commerciale, le vendite a distanza, il settore turistico, la pubblicità occulta. L'ambito di controllo è molto esteso. L'autorità è stata particolarmente severa per i messaggi relativi ai servizi finanziari, settore nel quale l'alto tecnicismo impone una maggior trasparenza del messaggio, posto che il consumatore risparmiatore è in posizione subalterna, ignaro del linguaggio tecnico e facilmente esposto agli affidamenti suscitati da questo. Per ragioni di ripartizione delle proprie competenze rispetto a quelle riservate alla Consob, l'Autorità non è intervenuta sui messaggi autorizzati in via preventiva dalla Consob.

[7] Il messaggio di per sé deve essere sufficiente ad informare il pubblico e non può essere integrato successivamente, con rinvio al prospetto o ad altri documenti.

[8] Così Alpa, opera citata, pag. 99.

[9] L'articolo 19 del Codice del Consumo, nella versione non modificata, recitava: "Le disposizioni della presente sezione hanno lo scopo di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa". Oggi, invece, la normativa sulla pubblicità ingannevole disciplinata in questa sede, tende ad offrire una protezione onnicomprensiva: tutela, infatti, non solo l'acquirente che può compiere scelte che altrimenti non avrebbe mai preso, ma anche quanti agendo nello svolgimento della propria attività commerciale non sono definibili come consumatori e sono suscettibili, in egual modo, di essere vittime di attività decettive. Si garantisce, in questo modo, protezione ai soggetti impegnati nell'ultima fase del contatto con l'utente finale, ai fornitori e a tutti gli intermediari che lavorano all'interno della filiera produttiva. Tali considerazioni determinano che, almeno da un punto di vista soggettivo, questa disciplina non coincide esclusivamente con il diritto dei consumatori poiché è applicabile a più tipologie di contratti, da quelli di consumo a quelli d'impresa.

[10] Cfr. S. Sica, V. D'Antonio, "Pubblicità ingannevole e comparativa", in "Commentario del Codice del consumo - inquadramento sistematico e prassi applicativa", a cura di P. Stanzone, G. Sciancalepore, 2006, Ipsoa, p. 104.

[11] L'articolo 20 del D.lgs. 206/2005 assume le stesse funzioni che assurge l'articolo 18 nel Codice del consumo come modificato dai decreti 145/2007 e 146/2007.

[12] Così come sono incluse anche le sponsorizzazioni, le televendite e le telepromozioni. Sono escluse, invece, da questo elenco i messaggi diffusi senza scopo di lucro o la pubblicità sociale appartenente alla categoria di *advocacy*. La diffusione del messaggio, invece, trattandosi di forme di *battage* pubblicitario è *conditio sine qua non* per la formazione dell'illecito.

[13] Cfr. S. Sica, V. D'Antonio, *Pubblicità ingannevole e comparativa*, in op.cit, p. 112.

[14] Il legislatore europeo ha constatato, infatti, che le divergenze fra le leggi degli stati membri, in questo settore, rappresentavano il maggior deterrente per uno sviluppo consono del commercio sia per gli imprenditori che per gli acquirenti. Gli

imprenditori erano costretti ad adottare prassi commerciali e campagne pubblicitarie difformi in relazione al paese di riferimento adeguandone, di volta in volta, contenuti e promozioni, con un dispendio di risorse davvero troppo oneroso. Si è osservato, invece, che a frenare i consumatori ad effettuare acquisti al di fuori della propria nazione d'origine erano l'inesperienza e l'ignoranza delle leggi vigenti in altre realtà. La soluzione più idonea, quindi, per porre fine a tali problematiche si è rivelata quella di uniformare le leggi degli stati e quella di ottenere una disciplina quanto mai omogenea.

[15] Cfr. E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 30.

[16] La direttiva può, per semplicità d'analisi, dividersi in due parti: la prima parte che interessa gli articoli 2-13 e che contiene la nuova regolamentazione delle pratiche commerciali sleali, mentre la seconda parte prevede la modifica di alcuni provvedimenti comunitari già vigenti, come la direttiva sulla pubblicità ingannevole del 1984 e quella sulla pubblicità comparativa.

[17] Viene definita pratica commerciale scorretta *“qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posto in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita, fornitura di un prodotto ai consumatori”*. A differenza di quanto stabilito dall'articolo 2 let. d del 2005/29CE in cui la pratica commerciale è tale se direttamente connessa alla promozione e alla vendita, il legislatore italiano ha preferito utilizzare la dicitura *“in relazione a”* per includere in questo articolo qualsiasi atto del professionista idoneo a incidere nella sfera del consumatore, seppur di riflesso. Lasciare quanto previsto della direttiva europea, infatti, avrebbe potuto comportare l'esclusione dal novero delle pratiche commerciali determinati atti di concorrenza sleale come ad esempio il boicottaggio o l'abuso di posizione dominante.

[18] Tale articolo così dispone: *“Gli stati membri adottano e pubblicano le disposizioni legislative regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 12 giugno 2007. Essi ne informano immediatamente la Commissione e comunicano senza indugio a quest'ultima ogni eventuale successiva modifica. Essi applicano tali disposizioni entro il 12 dicembre 2007. Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono stabilite dagli Stati membri”*.

[19] Il problema principale si è palesato all'atto di scegliere tra la creazione di un *corpus* normativo unitario, organicamente inserito all'interno di preesistenti leggi nel quale introdurre quindi le modifiche della direttiva, oppure di dare vita a due discipline separate (una per la tutela del consumatore dalle pratiche commerciali sleali e un'altra che proteggesse i concorrenti dalla pubblicità ingannevole o dalla scorretta pubblicità comparativa). Un'altra questione di primaria importanza, inoltre, è rappresentata dalla necessità di concordare qualsiasi trasformazione dell'ordinamento con le leggi vigenti in materia di concorrenza sleale e di tutela dei consumatori e che in Italia, ad esempio, riguardano, per la prima ipotesi, gli articoli 2598-2601 del codice civile mentre, per la seconda, il d.lgs. 206/2005 in cui è contenuto il Codice del Consumo.

[20] Il recepimento della direttiva europea da parte del legislatore italiano non è stato esente da critiche poiché, in alcune occasioni, si è limitato a riportare nel

nostro ordinamento termini che possono ritenersi appropriati se utilizzati in ambito comunitario, senza provvedere ad adattarli alle peculiarità dell'ordinamento nazionale e con scarsa armonia con le previgenti leggi afferenti con tale disciplina.

[21] "Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione" - "Legge di semplificazione 2001".

[22] L'articolo 39 del d.lgs. 206/2005 recita: " le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori". I principi di buona fede, correttezza e di lealtà rappresentano dei sinonimi, ma il problema si pone allorché si vuole interpretare questa norma in relazione alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali e alla singolare contaminazione che la 2005/29/Ce opera tra buona fede oggettiva, ragionevolezza e diligenza nell'art.5, comma 2, lettera *a*. Per il diritto italiano, infatti, diligenza e buona fede oggettiva non sono certamente dei sinonimi ed è addirittura sconosciuta la definizione di ragionevolezza se non per alcune eccezioni (art.117 del codice del Codice del Consumo). Il unto debole dell'art.39, come si evince facilmente, è la totale assenza di sanzioni. Cfr. E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *op. cit.*, p. 80.

[23] Cfr con Cassazione Civile Sezioni Unite Sentenza n. 794, 9 maggio 2009.

[24] Oltre alla succitata problematica relativa alla possibile dislocazione della disciplina delle pratiche commerciali e dei rapporti concorrenziali in più ambiti normativi, è utile capire anche come le scelte del legislatore, nell'applicare la direttiva 2005/29/Ce, abbiano influito in settori normativi affini e preesistenti alle modifiche che si sono stabilite nel corso di questi ultimi due anni. Sono palesi, infatti, le interferenze con la teoria del contratto e quelle con la responsabilità civile dal momento che le pratiche commerciali mirano a tutelare. Tutti i rapporti posti in essere "*prima, durante e dopo*" un'operazione commerciale assimilando, di conseguenza, sotto la propria tutela qualsiasi trattativa fino all'adempimento di tutte le clausole contrattuali. L'articolo 19 del d.lgs. 206/2005 permette di affermare, dunque, che non è necessario che un'operazione commerciale giunga a compimento per poterla definire come una pratica commerciale scorretta, bensì è sufficiente che questa stessa sia atta ad alterare o modificare, facendo leva su *escamotage* ingannevoli, le capacità decisionali del consumatore medio, pregiudicandone negativamente il comportamento economico. Quando il consumatore stipula il contratto può solo ricorrere a rimedi di carattere invalidatorio che gli consentano di svincolarsi da quanto sottoscritto e richiedere, ove ce ne sia la possibilità, eventuali risarcimenti danni. Nell'ambito del codice civile e quindi non facendo riferimento per il momento alle pratiche commerciali sleali e al d.lgs. 206/2005, si può ricorrere all'articolo 1418 che rende nullo un contratto qualora la violazione del contratto stesso rifletta la trasgressione di una norma imperativa e concretamente nel non rispetto di quanto previsto dall'articolo 1325 c.c. (l'accordo delle parti, causa, oggetto e la forma se prescritta dalla legge sotto pena di nullità) o per l'assenza nell'oggetto delle indicazioni richieste dall'art. 1346 del codice civile. Questa condizione porta a riflettere che un contratto, però, potrebbe essere redatto senza alcun vizio di forma, ma rappresentare comunque una pratica commerciale scorretta nei confronti del consumatore in base a quanto disposto dagli artt. 20 co.1, e 18, let d) ed e) del Codice del Consumo. L'introduzione nel *corpus* normativo italiano della nozione di pratica commerciale scorretta fa sì che un presupposto di illiceità contrattuale non è da rintracciarsi esclusivamente nelle parti sostanziali che caratterizzano la

formazione di un contratto, bensì anche ad un fattore esterno alla pattuizione stessa e cioè la volontà dell'acquirente il quale deve essere libero e consapevole prima di accettare qualsiasi proposta. La disciplina regolata dal d.lgs. 206/2005, quindi, se analizzata sotto questi determinati aspetti, presenta molti punti di analogia con la teoria del contratto e ciò porta a stabilire che, qualora il Codice del consumo non dovesse coprire tutte le pratiche commerciali scorrette e non presentasse soluzioni per dei casi specifici, il consumatore sarebbe ugualmente tutelato dalle norme precedentemente previste nel codice civile e potrebbe appellarsi ad un vizio di volontà per ottenere l'annullamento del contratto o parte di esso.

[25] Art. 3, § 8 della direttiva comunitaria 2005/29 afferma che: *“la presente direttiva non pregiudica le eventuali condizioni relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici di condotta o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, volti a mantenere livelli elevati di integrità dei professionisti, che gli Stati membri possono, conformemente alla normativa comunitaria, imporre a questi ultimi”*.

[26] Cfr. F. Pinto, I codici deontologici e la direttiva 2005/29/Ce in Minervini - Rossi Carleo (a cura di), Le pratiche commerciali sleali, cit, pag. 220 ss.

[27] L'articolo così dispone: *“E' considerata ingannevole la pubblicità che, riguardando le tariffe praticate da compagnie marittime che operano sul territorio italiano direttamente o in code-sharing, reclamizzi il prezzo del biglietto dovuto alla compagnia marittima separatamente dagli oneri accessori, dalle tasse portuali e da tutti gli oneri comunque destinati a gravare sul consumatore, dovendo la compagnia marittima pubblicizzare un unico prezzo che includa tutte queste voci.*

[28] Cfr. De Cristofaro, *op.cit*, p.150, nota 13. *“osservatore”* terzo, neutro ed esterno non considerando il parere dell'acquirente al quale è rivolta l'operazione commerciale stessa.

[29] Si riporta l'elenco presente nel primo comma dell'art. 21 del d.lgs. 206/2005 per offrire una visione d'insieme che può favorire la comprensione dell'impostazione voluta dal legislatore europeo. L'elenco è il seguente: a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità' allo scopo, gli usi, la quantità', la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo e' calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.

Lo sviluppo del social advertising tra mercato e regole

di
Andrea Stazi

I social network – è ormai evidente – trovano la propria fonte essenziale di ricavi nel c.d. social advertising, una nuova forma di pubblicità commerciale che va ad inserirsi nel “contesto sociale” dell’utente che visualizza il messaggio, basandosi sulle informazioni conosciute riguardo all’utente stesso.

Le attività sociali attraverso cui avviene la comunicazione della marca o del prodotto/servizio si svolgono essenzialmente attraverso i social game, le applicazioni e i siti web, e consistono ad esempio nell’invio di un virtual gift, nel giocare un livello sponsorizzato da un’impresa all’interno di un videogioco, o nel partecipare a un photo contest. Oppure, più semplicemente, può esservi una combinazione del messaggio promozionale a un’azione sul social network, come il “condividere”, il “seguire” o il cliccare “mi piace”. A tali scopi, le imprese possono avvalersi di soggetti che diffondano post, tweet, etc. per loro conto, della c.d. social media optimization (ossia dell’uso degli strumenti social quali bottoni di condivisione, classifiche degli utenti e strumenti per sondaggi, rss feed, etc.) della creazione di video “virali”, dell’utilizzo di c.d. social ambassador, etc.

Fondamento del social advertising è la c.d. profilazione dell’utenza, ossia la capacità di tenere traccia dei dati del profilo degli utenti presenti all’interno della rete sociale e di organizzare i contenuti promozionali a seconda dello specifico utente che utilizza la piattaforma. La profilazione può essere esplicita, basata sulle informazioni richieste dal sito all’utente, oppure implicita, senza che l’utente ne sia consapevole. Attraverso la profilazione, possono essere raccolti dati sulle scelte di navigazione dell’utente, sui suoi interessi o preferenze, sui suoi dati demografici, sulle sue risposte a promozioni o contenuti particolari.

D’altronde, l’agevole comunicazione di dati relativi agli utenti non solo tra questi ma anche a soggetti terzi, consentita dai social network, dà luogo a una serie di potenziali lesioni della privacy degli utenti stessi. In materia, fra il 2007 e il 2008 sono stati emanati tre documenti, rispettivamente dall’International Working Group on Data Protection in Telecommunications, dall’ENISA e dalla Conferenza Internazionale delle Autorità per la protezione dei dati e della privacy, in cui sono contenute un insieme di raccomandazioni rivolte sia ai gestori di tali servizi sia agli utenti.

Di recente, la Federal Trade Commission statunitense ha promosso una consultazione pubblica volta ad aggiornare il suo documento “Dot Com Disclosures: Information About Online Advertising” (adottato nel 2000 per indicare alle imprese le modalità di applicazione della legislazione federale sull’advertising alla pubblicità on line), soprattutto alla luce dello sviluppo del social networking. Tra le questioni poste dal documento di consultazione, di particolare interesse risultano quelle relative a quali istanze siano sorte in base alle caratteristiche o attività delle tecnologie digitali e di internet negli ultimi anni e quali siano poste dalle nuove leggi o regolamentazioni nel frattempo emanate, quali eventuali specifici tipi di disclosure delle informazioni siano necessari on line rispetto a quelli previsti in generale, quali istanze di disclosure sorgano dai rapporti multilaterali del commercio elettronico (ad esempio venditori on line che

forniscono una piattaforma ad altre imprese per promuovere e vendere i loro prodotti o servizi, gestori di siti web compensati per indirizzare gli utenti su altri siti che offrano prodotti o servizi, etc.).

Una guida utile, sul piano autoregolamentare ma anche per future normative in materia, appare fornita dalle “Social Advertising Best Practices” adottate nel 2009 dall’Interactive Advertising Bureau, per contribuire a tutelare la privacy dei consumatori/utenti, assicurare la trasparenza sugli scopi e i modi di utilizzo dei dati, e definire le forme di consenso dei consumatori/utenti stessi. In particolare, si raccomanda che fin dalla creazione del profilo l’utente abbia la piena comprensione degli scopi, modi, tempi e destinatari della comunicazione dei suoi dati o preferenze a fini di social advertising, anche tramite una preview degli eventuali messaggi in cui i dati o preferenze siano inseriti, con la possibilità di opporsi in qualsiasi momento a tali usi o di limitarne la condivisione a specifici amici o reti cui sia connesso. Quindi, oltre al rispetto delle regole generali in materia di privacy, si prevede l’adozione di regole ulteriori rispetto alla data capture, alla data disclosure e al data usage, con necessità del consenso dell’utente per l’accesso e l’utilizzo dei suoi dati per social advertising, specifico avviso nel caso di accesso e divieto d’immagazzinamento dei dati da parte di terzi senza tale consenso, e limitazione dell’utilizzo dei dati all’interno del social network in cui sono raccolti (salvo consenso dell’utente all’utilizzo in altri ambiti).

Il nuovo strumento promozionale del social advertising, dunque, offre importanti opportunità di marketing. A queste si affianca, peraltro, al fine di allontanare lo spettro del “Grande fratello” che diversi commentatori ritengono si aggiri per la Rete, la necessità di individuare le regole più adeguate per la tutela dei diritti fondamentali dei consumatori/utenti destinatari dei messaggi, di per sé evidentemente più utili (in quanto più mirati) rispetto a quelli tradizionali.

Dalle cellule staminali embrionali alla “pluripotenza indotta”: una nuova frontiera per una biotecnologia “dal volto umano”

di
Mario Ganau e Lara Prisco

Da tempo, ormai, si assiste ad un acceso dibattito sull'impiego delle cellule staminali, particolarmente su quelle embrionali. La confusione su questo argomento e soprattutto sulle sue applicazioni cliniche è palese. Di recente, gli scienziati sono per la prima volta riusciti a riprogrammare cellule di pazienti ormai anziani, riportandole ad una fase di “pluripotenza indotta” e dimostrando che l'invecchiamento non è un processo irreversibile, almeno dal punto di vista puramente cellulare.

Il gruppo di ricerca che si è reso protagonista di questa importante scoperta proviene dall'Istituto di Genomica dell'Università di Montpellier. Gli articoli scientifici prodotti dal gruppo transalpino dimostrano inequivocabilmente quanto questa scoperta rappresenti una svolta epocale nell'interpretazione dei meccanismi cellulari che regolano l'invecchiamento, l'apoptosi e la degenerazione neoplastica. Sebbene tutti noi siamo sempre stati abituati a pensare alla differenziazione cellulare come un processo progressivo, il lavoro appena pubblicato su *Genes and Development* ha dimostrato come anche cellule non solo differenziate, ma addirittura prelevate da pazienti geriatriche, possano regredire ad uno stato di pluripotenza; tutto questo grazie ad un processo di reingegnerizzazione con l'inserimento nel loro genoma di un apposito “cocktail genico”, composto da sei specifici geni che, adeguatamente manipolati, hanno permesso agli scienziati francesi di riportare sperimentalmente le cellule verso la fase S (replicazione) del loro ciclo cellulare.

Le cellule staminali pluripotenti indotte rappresentano una sfida ambiziosa per la comunità scientifica, perché alimentano la speranza di risolvere le problematiche etiche e tecniche che l'uso delle cellule staminali embrionali ha da sempre posto. Sebbene già i primi lavori del gruppo giapponese diretto dal Prof. Yamanaka avessero gettato le basi per riuscire a fare regredire le cellule specializzate verso uno stadio più immaturo, finora ciò era stato possibile solo partendo da cellule giovani prelevate da donatori adulti. Così, già dallo scorso decennio numerosi laboratori erano riusciti nell'intento di fare regredire ad uno stato di pluripotenza delle cellule mature quali i fibroblasti (cellule del tessuto connettivo) prelevati da giovani donatori. Il limite invalicabile era però costituito dai processi che regolano le varie fasi di replicazione del materiale genetico e di invecchiamento cellulare. Oggi, per la prima volta, questa barriera viene abbattuta riuscendo a fare regredire verso la pluripotenza anche cellule prelevate da pazienti ultracentenari. Ciò dimostra che finalmente l'età della cellula e del suo donatore non sono più un limite sul piano sia teorico che pratico, ma soprattutto fa presupporre che a breve sarà possibile intervenire su qualsiasi aspetto genico di differenziazione e regressione cellulare.

Non solo, il protocollo sperimentale appena descritto ha anche chiarito meglio quali siano i meccanismi non genetici che contribuiscono all'invecchiamento delle cellule. Questo processo è infatti causato da diversi stress cellulari che risultano in specifiche lesioni a carico del genoma, con la conseguente attivazione di risposte a

catena in cui il diverso ruolo svolto dalla cromatina e dalla duplicazione del DNA non era mai stato del tutto chiarito. Per la prima volta, lo studio francese ha suggerito che il processo d'invecchiamento può verificarsi indipendentemente dall'attivazione dei geni proapoptotici (quali p53, p21 e p16), la cui alterazione gioca un ruolo cruciale nella trasformazione neoplastica, mostrando finalmente un meccanismo cromatina-dipendente d'invecchiamento che potrebbe a sua volta essere sfruttato nella lotta ai tumori. In futuro, ciò potrebbe aprire nuove strade alla farmacogenomica, poiché sarebbe possibile indurre la morte delle cellule neoplastiche senza dover altresì causare ulteriori danni al loro patrimonio genetico.

Oltre alle tematiche tumorali, per le quali sono prevedibili tempi più lunghi, all'atto pratico il risvolto clinico di tali esperimenti laboratoristici potrebbe giungere nell'arco di un decennio circa, aprendo nuove prospettive non solo per il trattamento di patologie degenerative quali l'Alzheimer o il Parkinson, ma anche per la produzione artificiale di tessuti autologhi (sangue, midollo osseo, *etc.*) impiegabili in trapiantologia.

Se tutto ciò attualmente appare ancora abbastanza di là da venire, fin d'ora si rilevano però le relative - importanti - implicazioni filosofiche e bioetiche. In particolare questi progressi scientifici, che rappresentano per il settore biomedico un passaggio epocale, da un lato potrebbero consentire di bypassare il dilemma posto dall'impiego nella ricerca scientifica di cellule staminali di origine embrionale, che finora ha interpellato duramente la coscienza e la responsabilità del legislatore, della giurisprudenza e degli studiosi; dall'altro, l'abbattimento del processo di invecchiamento cellulare comporta evidentemente ulteriori importanti implicazioni filosofiche e bioetiche. Infatti, l'acquisizione delle competenze necessarie per realizzare artificialmente "pezzi di ricambio" autologhi, e quindi privi di immunogenicità, significa non solo poter offrire una risposta ai tanti pazienti in attesa di trapianto, ma soprattutto - "a monte" - aver in prima istanza inquadrato tali competenze sia sul piano scientifico che su quello giuridico.

Ballando versus Baila: spunti su come considerare il plagio di un format televisivo

di
Michele Contartese

Lo scorso 23 settembre 2011 il Tribunale di Roma, sezione proprietà intellettuale, ha accolto l'istanza presentata dalla RAI Radio Televisione Italiana di inibire la trasmissione del programma "Baila" a RTI ed Endemol.

L'ordinanza di accoglimento del reclamo contiene degli spunti nuovi in ordine alla tutela di un format televisivo [1], in quanto non si sofferma solo sul disposto dell'art. 2598 c.c., ma riconosce tutela ad un programma televisivo in quanto opera dell'ingegno e solo come tale meritevole di tutela.

Ma, andando per ordine, occorre chiarire che la vicenda affrontata attiene alla programmazione da parte di RTI ed Endemol di un programma intitolato "Baila" che prevede una gara di ballo tra personaggi non noti, che partecipano alla gara per realizzare un proprio sogno; tale programma viene realizzato sulla base del format più famoso, e da parecchi anni trasmesso su Rai Uno, "Ballando con le stelle", in cui vi è una gara tra personaggi famosi che mirano alla vittoria esibendosi dinanzi ad una giuria.

La Rai insieme agli autori ritenendo "Baila" un plagio di "Ballando con le stelle" ha deciso di proporre un'istanza al Tribunale civile di Roma volta ad ottenere la cancellazione della trasmissione "Baila".

Il Tribunale adito ha accolto l'istanza inibendo la rappresentazione televisiva del programma.

Così RTI ed Endemol, hanno deciso di proporre un reclamo avverso tale provvedimento, muovendo le proprie contestazioni dall'assunto che il giudice ha emesso il provvedimento pur non sussistendo i presupposti idonei all'emissione dello stesso.

I reclamanti rappresentano che il giudice di prima istanza si è fermato solo ad un'analisi "sulla carta" della questione senza tenere nelle dovute considerazioni le differenze tra i due programmi. Di contro la RAI ha spiegato a sua volta reclamo incidentale, sostenendo che i due programmi televisivi possono essere confusi dal pubblico e ravvisando nella condotta di RTI ed Endemol una forma di concorrenza sleale.

Così lo scorso 21 ottobre il Collegio giudicante ha deciso in ordine a tali reclami, ricostruendo, però, prima gli istituti sottesi alla disciplina della tutela delle opere dell'ingegno.

Il collegio, infatti, ritiene che la creatività non deve "necessariamente essere riferibile all'idea" ma deve apportare delle novità, deve personalizzare un'idea in modo da dare un'impronta espressiva differente dalle altre opere analoghe così da far risaltare l'originalità apportata dall'autore [2].

Più specificamente l'opera in oggetto è un'opera audiovisiva che rientra, pertanto nella tutela dell'opera cinematografica, e la cui tutela accordata dalla legge n. 633/41 prevede che l'opera deve presentare sufficienti elementi di originalità e creatività relativamente alla struttura narrativa [3]. Solo laddove questi elementi non sono riscontrabili si può avere il plagio.

Infatti, al fine di rilevare un'impronta plagiaria, sostiene il collegio, occorre che *"l'idea che trovi sviluppo nell'opera sia la medesima, che ne sia omologo il modo concreto di realizzazione"* che vi sia una sostanziale appropriazione degli elementi creativi dell'opera ideata da altri. Si rappresenta, dunque, quando non vi è una forte distinzione in ordine all'idea narrativa portante, al mezzo espressivo utilizzato, alla caratterizzazione dei personaggi e, soprattutto, quando l'opera plagiaria non offra spunti o contenuti originali tali da differenziarla qualitativamente dalla plagiata [4].

La Corte ha rilevato questi caratteri nel caso di specie in quanto ha ritenuto che "Baile" non presenta quei caratteri di distinzione e di originalità atti a differenziarla dall'opera plagiata

Inoltre, il Collegio contrariamente a quanto affermato dai resistenti che avevano proposto reclamo incidentale ravvisando il pericolo di confusione tra i prodotti ed i produttori, ha rigettato il reclamo non ravvisando la possibilità di confusione in quanto sussiste una chiara differenza delle emittenti che diffondono le trasmissioni. Il plagio, qui considerato non è funzionale all'imitazione servile del prodotto, né fa ravvisare i criteri della concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c., qui il plagio consiste nel rivedere i tratti essenziali dell'opera anteriore nell'opera plagiaria.

Con la decisione sopra riportata, per la prima volta si riconosce importanza ad un format televisivo, in quanto sono qui fissati i criteri per rendere tutelabile il lavoro creativo di qualsiasi autore, compreso l'autore, appunto, di un format televisivo.

Tuttavia, la controversia non pare ancora del tutto risolta, considerato che la coautrice del programma "Ballando con le stelle" ha richiesto 2 milioni di euro di danni a Mediaset.

Note:

[1] E. Prosperetti, *Ballando con i format: brevi considerazioni sull'ordinanza cautelare del Trib. di Roma, sez. IP, 26.09.2011*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2011, 2.

[2] Format è una nozione che nella prassi, è comprensiva di tutte quelle realizzazioni dell'intelletto che costituiscono un "contenitore" per trasmissioni radio-televisive. Si veda: Prosperetti, Tozzi, Comandini, *I format televisivi tra acquisto di know how e tutela della proprietà intellettuale*, in *Dir. Informatica*, 2007, n. 1.

[3] Tra le altre: Tribunale di Cagliari 26 gennaio 2007 Soc. Sardegnacanta c/ Soc. Videolina e altro, in *Riv. Giuridica sarda* 2008, n. 1, pag. 69, con nota di Madau, *Lo schema di programma televisivo, c.d. format, è tutelato dal diritto d'autore solo nel caso in cui l'idea elaborata è dotata di creatività e originalità*; Tribunale di Roma 27 gennaio 2000- Soc. Artespettacolo c/ Soc. R.T.I., in *Dir. Autore* 2000, pag. 545: *"Esclusa la protezione di diritto d'autore per un format televisivo privo di elementi di originalità e creatività e carente di espressione formale non può ammettersi la possibilità di ricorrere, per la relativa tutela, alle disposizioni in materia di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. e di quelle di cui alla normativa speciale di cui agli artt. 100 e 102 Legge sul diritto d'autore."*

[4] Vedi Cass. 16 giugno 2011, n. 13249: La Corte qui riconosce *"l'astratta tutelabilità dei format qualora in essi siano riscontrabili la condizione della creatività di cui alla Legge sul diritto d'autore (vedi Cass. 3817/2010) dovendosi a*

tal proposito rilevare che il concetto giuridico di creatività cui fa riferimento la norma L. n. 633/1941 ex art. 1 non coincide con quello di creazione originalità e novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della Legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceva protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore con la conseguenza che la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza in materia. (Cass. 2 dicembre 1993 n. 11953; Cass. 12 marzo 2004 n. 5089)".

Ballando con i format: brevi considerazioni sulla ordinanza cautelare del Trib. Roma, sez. IP, 26.9.2011

di
Eugenio Prosperetti

La sezione specializzata proprietà intellettuale del Tribunale di Roma è intervenuta, nello scorso mese di settembre, con una ordinanza cautelare in materia di format televisivi, la quale sembra indicare una nuova direzione della tutela di queste particolari tipologie creative e paracreative che nella prassi ricomprendono qualsiasi “contenitore” giuridico, negoziale e/o autoriale, idoneo a racchiudere gli elementi necessari a guidare il processo di produzione di un programma televisivo. L’occasione è fornita da una accesa contrapposizione tra due programmi appartenenti al genere del “talent show” particolarmente fecondo in questo periodo.

Gli autori del rodato “Ballando con le Stelle” (attuazione italiana del format “Strictly come dancing” della BBC), una gara di ballo tra personaggi famosi (i c.d. “VIP”) in onda sulla RAI chiedono un provvedimento cautelare avverso il programma “Baila” (attuazione italiana del format “Bailando por un sueño”). Tale ultimo programma prevede, in sintesi, una gara tra personaggi non noti (i c.d. “NIP” – Not Important Persons come riferisce l’ordinanza) con la differenza che, mentre nel primo programma si vince la gara, nel secondo si balla per la realizzazione di un “sogno”, un particolare desiderio dei partecipanti.

L’ordinanza giudica minimali ed insufficienti gli elementi di caratterizzazione dell’una trasmissione rispetto all’altra.

Questa volta, il tema centrale della questione non è, tuttavia, inerente alle tecniche utilizzabili per rendere un format televisivo distintivo rispetto ad altro similare: in casi passati, anche programmi televisivi praticamente identici sono stati ritenuti ammissibili, con modifiche di dettaglio per la intrinseca inidoneità del “format” ad essere qualificato opera dell’ingegno.

La particolarità della decisione che si annota risiede, allora, nel fatto che essa esprime un passo avanti dell’analisi giurisprudenziale sul format televisivo: l’ordinanza sembra infatti riconoscere diretta tutela ad un format, proprio in quanto “opera”, con un esplicito richiamo all’ambito di protezione di cui agli articoli 1 e 2 LdA.

La generalità delle pronunce giurisprudenziali sinora rese sull’argomento, pur individuando come possibile la tutela tramite l’art. 2598 c.c. sotto il profilo della concorrenza sleale parassitaria per contrastare un programma televisivo derivato da un format senza apprezzabili differenze, ha sempre subordinato l’esperibilità di tale tutela alla condizione che il format originario fosse riconducibile nella categoria delle “opere dell’ingegno” [1]; tale condizione, in concreto, è stata raramente verificata dai giudicanti e mai sono state registrate pronunce che riconducessero format relativi a uno spettacolo televisivo caratterizzato da meccanismi competitivi, nella categoria delle opere dell’ingegno [2].

In questo senso, si comprende la particolarità dell’ordinanza in commento, la quale descrive un percorso possibile per ricondurre un format, di marca decisamente commerciale, nell’ambito della tutela.

L'approccio seguito dal Tribunale di Roma nell'ordinanza che si annota è diverso ed innova anche rispetto al generale dibattito dottrinale sul format [3].

Al giudicante non sfugge che il format "Ballando" nasce nell'ambito di attività di impresa e per esigenze dell'impresa: su questa implicita premessa pare fondato il ragionamento sul particolare tipo di "creatività" del format, dove si pone in evidenza "il rilievo attribuito all'elemento soggettivo": un format quale "Ballando con le stelle", in sostanza, trae la sua forza dalla circolazione dell'opera come oggettivo frutto dell'attività di impresa nell'ambito di contratti di licenza; si può dire che qualora "Ballando con le stelle" fosse un format solo su carta, ancora in cerca di una produzione, esso non avrebbe ancora una piena qualifica di opera creativa ed originale. La forza distintiva del format RAI deriva dunque dall'investimento produttivo della BBC, della produzione Ballandi e della stessa RAI, nonché dal lavoro autoriale sulle singole puntate che, indirettamente, valorizza il "format", conferendo allo stesso - pur opera atipica - una qualità creativa che altrimenti non avrebbe.

Ed infatti l'ordinanza non tarda a parlare di "gradiente di creatività ancorché modesto" a proposito di entrambi i format a confronto definendo i parametri utilizzati nel contesto di un "abbassamento dello standard di creatività".

In sostanza, Ballando con le stelle, in virtù del consolidato avviamento, ha acquisito forza distintiva sufficiente rispetto ad altre gare di ballo e deve essere perciò tutelata.

Non si tratta perciò ancora di conferire piena tutela ad un format che non abbia trovato la strada verso la produzione: la avvenuta produzione di un programma continua a prevalere rispetto al solo formato, fermo restando che il formato può ben essere definito come opera intellettuale complessa e così incorporare opere suscettibili di autonoma tutela o godere di tutela per via negoziale (ma inter partes).

Il passo avanti compiuto grazie alla ordinanza del 26 settembre sembra dunque coincidere con la possibilità di riconoscere tutela ad un format, ancorché non dotato di elementi particolarmente distintivi, per il fatto di essere stato prodotto e sviluppato attraverso investimenti che lo rendono riconoscibile [4].

Il criterio richiama quello sui generis attraverso cui viene conferita tutela alle banche dati e rappresenta una interessante linea di ragionamento, nel senso, cui si accennava sopra, dell'individuazione di criteri di tutela legati all'impresa e al mercato ed operanti con meccanismi, in parte autonomi, rispetto alla tradizionale tutela autoriale, basata sul solo atto di creazione.

Note;

[1] Cfr. per una ricognizione della giurisprudenza italiana e straniera sul punto sia consentita la citazione di PROSPERETTI E., TOZZI F., VISCO COMANDINI V., I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale, in Riv. Dir. Inf., 2007, 1,1;

[2] Cfr. Tribunale di Roma 27/1/2000 Artespettacolo s.a.s. e Rti s.p.a, in Riv. Dir. Aut., 2000, 545 ss.; recentemente Cass. civ. Sez. I, Sent., 17-02-2010, n. 3817;

[3] Cfr. F. TOZZI, Il Format Televisivo - prospettive di tutela giuridica, in Nuova Giur. Civ. Comm., XIX, 2003, pp. 429 ss.; GRANDINETTI O., La tutelabilità erga omnes dei formati radiotelevisivi, in Riv. Dir. Aut., 2000, 30 ss.

COMMENTI

[4] Il ragionamento, se pure fondato su premesse diverse, arriva a conclusioni simili a quello fondante l'elaborazione tedesca in materia di format, la cui base si trova nel caso BGH, GRUR 2003, S. 876, 877. Kinderquatsch mit Michael (conforme BGH NJW 1981, 2055, 2056 - Quizmaster). In Germania infatti il format viene definito attraverso gli elementi che rendono gli episodi trasmessi riconoscibili per gli spettatori.

**«AdWords» di Google implica un controllo editoriale ?
Tribunal de grande instance de Paris, 17^e chambre,
Presse-civile, sentenza del 14 novembre 2011**

di
Iacopo Pietro Cimino

Abstract: Interpretando i principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la Corte di Parigi ha negato a Google, quale fornitore del noto servizio pubblicitario di posizionamento sul proprio motore di ricerca "Adwords", il beneficio del regime di responsabilità applicabile all' hosting provider, di cui alla Direttiva europea 2000/31 sul commercio elettronico.

Con sentenza del 14 novembre 2011, la Corte di Parigi ha definito e fatto prima applicazione dei canoni fissati nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui, per qualificarsi quale hosting provider, ai sensi della Direttiva europea 2000/31, l'attività di prestatore on line deve assumere carattere puramente tecnico, automatico e passivo e pertanto, il prestatore non deve né conoscere né controllare le informazioni trasmesse o memorizzate dall'utilizzatore del servizio . Vale a tal riguardo rammentare che la limitazione della responsabilità di cui all'art. 14, n. 1, della Direttiva 2000/31 si applica nel caso di «prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio». Ciò significa che il prestatore di un tale servizio non può essere ritenuto responsabile per i dati che abbia memorizzato su richiesta di un destinatario del servizio; salvo che tale prestatore, dopo aver preso conoscenza, mediante un'informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo, della natura illecita di tali dati, abbia omesso di rimuoverli prontamente dal proprio server o disabilitare l'accesso telematico agli stessi.

Più in particolare la Corte di Parigi è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla responsabilità derivante dall'utilizzazione di una specifica forma di advertising on line adottata da quasi tutti i principali motori di ricerca, il c.d. keyword advertising. L'oggetto di doglianza, nel caso di specie, era costituito dal servizio «AdWords» di Google.

Come ben noto, mediante il servizio di posizionamento a pagamento «AdWords», qualsiasi inserzionista on line, scegliendo una o più parole chiave può far apparire, tra i risultati di ricerca di Google, un link promozionale che rinvia al proprio sito, ogni qual volta la parola chiave prescelta dall'inserzionista venga digitata da un utente di Internet nell'ambito del motore di ricerca. Tale collegamento promozionale è visualizzato nella apposita sezione «link sponsorizzati», che compare vuoi nella parte destra dello schermo, a destra dei c.d. risultati naturali, vuoi nella parte superiore dello schermo, al di sopra dei detti risultati. Il predetto link promozionale è accompagnato da un breve messaggio commerciale scelto anch'esso liberamente dall'inserzionista. Il link ed il messaggio compongono, pertanto, congiuntamente l'annuncio commerciale visualizzato nel suddetto spazio dedicato del motore di ricerca. L'inserzionista è ovviamente tenuto a pagare un corrispettivo per il servizio di keyword advertising «AdWords», che è commisurato ad ogni click sul link promozionale, eseguito dagli utenti del motore di ricerca .

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte di Parigi, riguardava nella circostanza l'attore francese Olivier Martinez. Quest'ultimo si era lamentato per il fatto che, digitando il proprio nome nella form di ricerca di Google, fosse visualizzato, nella sezione «link sponsorizzati», un collegamento ipertestuale che rinviava ad un articolo asseritamente lesivo della propria identità personale, pubblicato on line dal rotocalco francese Gala, al sito www.gala.fr.

La Corte di Parigi, accogliendo le domande del sig. Olivier Martinez, ha ritenuto responsabile Google per l'annuncio pubblicato mediante il servizio «AdWords» dal rotocalco Gala, avendo reso disponibile, attraverso link promozionale, il testo dell'articolo diffuso dal precitato rotocalco francese, a partire dalla digitazione sul motore di ricerca della parola chiave costituita dal nome completo dell'attore.

La Corte di Parigi ha escluso che Google potesse avvantaggiarsi del regime di responsabilità accordato ai sensi della Direttiva europea 2000/31 in relazione all'attività dell'hosting provider, osservando che: "la modification de l'ordre d'apparition des annonces caractérise déjà un rôle actif, qui ne saurait être assimilé à ce qui est décrit par le considérant 42 de la directive 2000/31, à savoir une activité qui « revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées », que ce rôle est non négligeable compte tenu de l'importance pour un annonceur de figurer en page une des résultats plutôt qu'en page cent".

I giudici parigini hanno inoltre ritenuto che Google non potesse giovare del suddetto regime di cui alla Direttiva europea 2000/31 in materia di hosting, anche poiché, ai sensi delle condizioni generali di contratto per il servizio «AdWords», la stessa Google aveva riservato il diritto: "in qualsiasi momento di rifiutare o eliminare annunci". Sicché: "se déduit que Google a connaissance du message publicitaire et a la possibilité de le contrôler; que ce pouvoir de contrôle est d'ailleurs expressément prévu par l'article 4.5 de ces conditions générales qui prévoit la possibilité pour Google de « rejeter ou de retirer toutes publicités, messages publicitaires et/ou cible quelle qu'en soit la raison»".

L'esattezza di tali argomentazioni dipende, in ultima analisi, dalla preliminare individuazione del ruolo assunto da Google mediante il servizio «AdWords», in relazione alla emergente necessità di enucleare un comportamento, di quest'ultima, consistente nella: "redazione del messaggio commerciale che accompagna il link pubblicitario o nella determinazione o selezione di tali parole chiave".

In quest'ottica, il tentativo della Corte transalpina non sembra essere andato a buon fine.

Premesso che Google non appare svolgere - nella normalità dei casi - alcun ruolo nella scelta delle parole chiave, per essere tale preferenza demandata agli stessi inserzionisti, non sembra contestabile il fatto che il prestatore di un servizio di posizionamento (alias, Google) trasmetta informazioni fornite dal destinatario di detto servizio (alias, l'inserzionista), ospitando: "sul proprio server, taluni dati, quali le parole chiave selezionate dall'inserzionista, il link pubblicitario e il messaggio commerciale che lo accompagna, nonché l'indirizzo del sito dell'inserzionista". Come pure riconosciuto dalla Corte di Giustizia, Google, tramite software da essa sviluppati, effettua infatti un trattamento automatizzato dei dati inseriti dagli inserzionisti, ottenendo la visualizzazione di annunci a

condizioni stabilite dalla stessa Google. Quest'ultima stabilisce, in particolare, l'ordine di visualizzazione dei «link sponsorizzati» in funzione soprattutto della disponibilità di pagamento manifestata dagli inserzionisti.

La circostanza, ricavabile dalle condizioni generali di contratto per il servizio «AdWords», che Google abbia diritto di rifiutare o eliminare annunci anche immotivatamente, non sembra ancora sufficiente ad affermare che la stessa svolga un ruolo attivo nella “redazione del messaggio” commerciale che accompagna il link promozionale. Parametro questo, che abbiamo detto essere stato individuato dalla Corte di Giustizia, quale rilevante al fine di valutare se il servizio prestato debba essere escluso dal regime agevolato di responsabilità di cui all'art. 14 della Direttiva 2000/31. Non può essere trascurato, infatti, che l'eventuale intervento di Google risulta limitato, appunto, alla mera rimozione del messaggio (o più a monte, non pubblicazione) e non alla “redazione” dello stesso: sicché, nel senso proprio del termine, il diritto riservato non implica affatto la stesura o composizione del testo ad opera di Google .

D'altra parte la mera eventualità che l'informazione veicolata dal destinatario del servizio possa essere rimossa o non pubblicata dal provider, non sembra ancora consentire di ravvisare, in capo al provider stesso, una embrionale forma di controllo editoriale; solo a voler considerare la circostanza che quasi tutte le condizioni contrattuali utilizzate dai principali prestatori di puro e semplice hosting (locazione di spazio web) - soggetti pacificamente rientranti nell'alveo dell'art. 14 della Direttiva 2000/31 - contengono clausole atte a riservare al provider detta facoltà di rimozione dei contenuti veicolati, vuoi per ragioni tecniche (quale, esaurimento della capacità di memoria messa a disposizione) o anche di autoregolamentazione (si pensi, ad esempio, alla determinazione del provider di non consentire l'utilizzo di turpiloquio).

Verò è che, sempre ai sensi delle condizioni generali di contratto per il servizio «AdWords», Google ha inoltre riservato il diritto di: “modificare gli annunci nella misura ragionevolmente necessaria ad assicurare la conformità alle specifiche tecniche (...)” .

Vale tuttavia rilevare che è solo nel caso in cui Google abbia effettivamente esercitato tale diritto - modificando pertanto il testo - che può concretamente predicarsi un ruolo attivo della stessa nella “redazione del messaggio” commerciale che accompagna il link. Come da altri già osservato, peraltro: “this approach would be in line with the American approach where the equivalent provisions of DMCA were interpreted extensively to encompass services distributing third-party content. Similar lines of argumentation are presented in the British literature offering a wide interpretation of hosting exemption in the UK implementation of the Directive 2000/31/EC” .

Non sembra pertanto convincente il ragionamento assunto dalla Corte Parigina, in base al quale la sola astratta possibilità in capo a Google di intervenire, eliminando o modificando il testo degli annunci, debba reputarsi equivalente allo svolgimento di una attività di effettivo controllo editoriale, tale da far ricadere il servizio «AdWords» al di fuori dell'ambito applicativo di cui all'art. 14 della Direttiva 2000/31.

Valga al proposito una osservazione banale: un conto è la mera evenienza di poter conoscere il contenuto dell'annuncio ed eventualmente eliminarlo (o non pubblicarlo affatto), siccome reputato dal prestatore del servizio incompatibile con le regole tecniche o di condotta imposte ai propri inserzionisti (circostanza questa,

COMMENTI

lo si ribadisce, non incompatibile con il ruolo di mero hosting provider), altro conto è aver assunto una effettiva conoscenza del singolo annuncio o avere, in qualche modo, contribuito a redigerne il contenuto.

In altri termini, contrariamente a quanto sostenuto dai giudici d'oltralpe, la semplice "possibilità" di esercitare una verifica accidentale sugli annunci commerciali veicolati, non sembra potersi assimilare tout-court all'esercizio fittivo di un controllo para-editoriale, ai sensi e per gli effetti della Direttiva 2000/31.

*Copyright related aspects of the broadband distribution of content**

di
Francesco Graziadei

An initial and important critical aspect relating to the distribution of content in a broadband environment is the absence at this point in time of mechanisms governing access to and negotiations for works and rights within the context of multi-platform and multi-territory distribution.

As recently pointed out by the Commission in the Communication on Single Market for Intellectual Property, in line with the general philosophy expressed by the Authority in the long but beneficial work that it is preparing on the protection of copyright on electronic communication networks, “attractive and affordable legal offers of digital content to consumers must be developed in parallel to any measures to further strengthen IPR enforcement”.

By contrast, currently “licensing transactions are impaired by high costs, complexity and legal uncertainty for creators, users and consumers”.

This calls for a rethink on the mechanisms for the circulation of rights (“Europe must become a world leader in innovative licensing solutions”) and a greater level of harmonisation (there is talk of a “European Copyright Code”, which also through revisiting the information society directive would clarify the group of rights involved in online circulation and the rules governing exceptions and limitations) or even a sort of single European right (regarding which, however, I would be somewhat puzzled).

According to what the Commission has proposed in relation to music rights, the objective could be attained through a close synergy between law and technology. In fact, technology can provide a more suitable instrument for speeding up transactions and increasing the amount of information available (in particular, on the ownership of the rights in the works that one wishes to use).

From a legal standpoint the “European framework for online copyright licensing” would seem to be based on two pillars: collective management and the granting of multi-territory licenses.

On a technological level express reference is made to an “automated and integrated standard-based rights management infrastructure” operating as a rights management tool (databases, transactions and distribution of royalties) .

It has been also discussed about mechanism to facilitate negotiation of licenses such as collective management bodies who negotiate a license (standard, including as regards pricing, in relation to the various uses requested) with interested parties with automatic extension of the effects thereof also to those who did not expressly participate in the negotiations, save for the right of the latter to opt out once they become aware of the negotiation of their rights by the collective management body.

The system of collective licenses could be the means through which one could then offer users subscriptions with license (where members can download everything they want) and subscriptions without license.

The point is quite discussed. It is a solution not unknown in Eu and Italian law (as it is the case of licenses for cable retransmission rights - except the ones granted by broadcasters, who are entitled to negotiate directly - according to Directive

93/83/EEC and article 110-bis and 180-bis of the Italian Copyright Law) but the opting out mechanism rises many problems about freedom of contract by right holders, depriving right holders from the right to exclude and reduce that right to the status of a mere compensation (one of the big issues of the future of copyright), creating conflict with the principle (in the Berne Convention) that no formalities are required to create a copyright and to the fact that this mechanism could be inefficient because the owners of the most precious content (and hence most appealing for users), like the majors, would surely exercise their right to opt out and would individually negotiate (on more advantageous economic terms).

Furthermore, the fixed cost of a subscription with license would be an expense for the user that may well not be warranted having regard to the effective access to the protected content and could deprive the user of the economic resources to devote to other online purchases of protected works.

Another problematic aspect in the online circulation of content derives from the articulated structure of rights involved in audiovisual works allied to the various rules on managing those rights that differentiate them. Given that online exploitation requires the acquisition of further rights compared to those involved in the very first use of the work through broadcasting (satellite or terrestrial) or simultaneous redistribution by cable, i.e. the right of reproduction (necessary, for example, for storage on the servers of the suppliers of libraries on demand) and the right of making available (accessing them from a place and at a time individually chosen by the user, according to the wording of Directive 2001/29/EC).

A crucial aspect, as mentioned before, is the territorial scope of the licenses for online exploitation.

As is known, in the matter of intellectual property rights the principle of territoriality applies. In this regard one can cite article 5 of the Berne Convention concerning specifically copyright, article 54 of Law No. 218/1995 under which rights in intangible assets are governed by the law of the country of use and now article 8 of Regulation (EC) No. 864/2007 of 11 July 2007 providing that the applicable law shall be that of the country for which protection is claimed.

The problem of the extraterritoriality of the exploitation (the fact that work broadcast by satellite can be seen in all of the satellite's footprint) has been resolved by adopting the principle of the country of origin. It was considered that the relevant exploitation of the work occurred at the time of emitting the signal (input of the work into the flux of the signal of the terrestrial segment).

The concept of country of origin is also beginning to take hold for online transmissions.

An important aspect of the circulation and availability of audiovisual content, as already outlined, is so-called "broadcasting windows". This is a mostly legal aspect of the market because the parties are totally free to negotiate it as they see fit (although within the legal framework of article 9 of the Copyright Law envisaging the multiplicity and independence of the rights that comprise copyright and hence their possible ways of exploitation).

The Authority too has highlighted that a restructuring of the broadcasting/exploitation windows is necessary, for example, to facilitate faster growth in the on demand market for audiovisual content.

ANICA (at the time of consultations on AGCOM Resolution 668/10/CONS) has pointed out that release windows still serve to better value content and that "it is

necessary to avoid the legal offer - offer contemporaneous with theatrical release equation because the current market would not reward such a distribution strategy". It argues that "a different modulation of the windows would not guarantee the cinematographic industry a proper return on investment".

From its hand, the Commission (in the Green Paper on the online distribution of audiovisual works) did cite the case of the Faith Akin movie "The Edge of Heaven", whose theatrical release was accompanied by an on demand offer, available online just for the 15 days following the release of the film at about the same price as a theatre ticket, and this actually increased sales of tickets at the box office.

Last but not least, I would like to spend just few words about the protection against copyright violation on line. Given all the possible solutions to get contents in a legal way, and to develop a rich market for European works, what happens in case something "goes out without permission". Who will care about and how? Are service provider involved in the story or not? The issue is quite complicated but may be not too much.

We have to consider laws and principles. From the first side we have some rules that clearly states that access and service providers do not have a general control duty on what happens in the web. This is what is written in article 17 of the D.lgs 70/2003 according to the e-commerce Directive.

They can be involved in the issue when (i) they have clear knowledge of an illegal use of their service (the majority of Italian courts seems to converge toward an approach which avoid every strict liability (responsabilità oggettiva) over the ISP see *Fapav/Telecom PFA Film Yahoo*, Trib. Roma. Even if we have also the Supreme Court on *Pirate bay* and the Court of Milan on *google/Vividown*);

(ii) when an authority (a Court or an administrative authority) tells them that something wrong is happening. In this case the service provider (as a third intermediary) can be asked by the authority involved to protect copyrighted works from violation. This is what is provided for in articles 156 of the Italian Copyright Law. But how? And here is the principle. The European Court of Justice recently (*SABAM Scarlet*, C-70/10 and C- 360/10) stated that IPR protection is not an untouchable right and it has to be balanced with other values such as the freedom of undertaking.

An Italian Court has recently (in *PFA Film Vs. Yahoo!*) said that the Italian - as well European - copyright law, striking a balance between opposite values (i.e. one is the protection of copyright), has deemed crucial to promote the free circulation of services in the information society.

So again, an ISP can not be asked, after a violation of copyright has taken place, to have a general control duty for the future and to carry heavy obligation and cost to manage control on any possible copyright violation in the present and in the future.

Footnotes:

* *Paper presentato in occasione dell' "AGCOM-IIC Workshop on The Challenges of Convergence: Innovation, Rights Protection and Competition", Rome, 13 December 2011.*

[1] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, "A Single Market for Intellectual property Rights Boosting creativity and innovation

COMMENTI

to provide economic growth, high quality, jobs and first class products and service in Europe, COM (2011) 287 final, 24.5.2011.

See also the Green Paper on the online distribution of audiovisual works in the European Union: opportunities and challenges towards a digital single market, COM (2011) 427 del 13.7.2011).

The Court of Rome on hosting liability

di
Giovanni Maria Riccio

The Court of Rome held an interesting decision, stating that a hosting provider is liable only if he has “not promptly complied with the order of the judicial or administrative authority aimed at preventing access to illegal information, or where he is aware of the illicit nature of the contents of a service he provides access to, and he has failed to inform the competent authority”.

The Court has dismissed an application made by RTI/Mediaset against Choopa, an US company which offers several services including a video-sharing platform.

RTI’s summons asked for “the immediate removal and the access disabling of all contents reproducing - in whole or in part, directly or indirectly, by any method of transmission - sequences of images of the TV programs “Squadra Antimafia 3 Palermo Oggi” and “RIS Roma 2” as well as the inhibition to “the continuation of the infringement of all RTI’s IP rights”.

According to the decision a formal notice sent by the rights-owners - RTI in this case - must include “detailed and specific instructions in order to remove the videos and the related web pages”. In other words, rights-owners are expected to report the list of the URLs of the infringing web-pages as well as any other technical instructions which can be useful for blocking or removing their own contents.

Furthermore, the Court of Rome reminded an important principle, repeatedly betrayed and forgotten by the Italian courts in the recent past, stating that judges are not entitled to order ISPs to “exercise a preventive control over any and all contents [published by third parties] on the web-sites that are hosted on their servers”.

Thus, ISPs providing hosting services can not be requested by the courts to prevent publication of similar contents to those originally reported because such a measure would be a general monitoring obligation, prohibited by article 15 of the e-commerce directive.

“Facebook et similia (profili specifici dei social network)”
XX incontro di diritto industriale
Università di Pavia, 30 settembre – 1 ottobre 2011
Resoconto del convegno

di
Federico Mastrolilli

I giorni 30 settembre e 1 ottobre si è svolto presso l'Università di Pavia il XX incontro di diritto industriale organizzato dal Prof. Luigi Carlo Ubertazzi, i cui atti saranno pubblicati in Aida 2011. Il convegno ha avuto ad oggetto l'analisi giuridica del fenomeno dei social network.

La prima sessione – rubricata “Organizzazione, mercati, imprese e concorrenza” – si è aperta con l'introduzione del Prof. Paolo Spada, presidente del *panel*, che ha individuato tre importanti punti di riflessione. In primo luogo, i siti condivisi (o social network) rappresentano una comunità che, sebbene virtuale, reclama la protezione che l'art. 2 della Costituzione garantisce alle formazioni sociali. Pur non trattandosi di una formazione associativa ai sensi del diritto privato, non è tuttavia escluso che le relazioni che sorgono in virtù della condivisione dell'artefatto elettronico possano assumere rilevanza giuridica (in questo senso, anche in veste di formazioni associative). Infine, è stato segnalato che queste nuove realtà determinano una maggiore disintermediazione nelle relazioni economiche e favoriscono fenomeni di democrazia diretta.

Il Prof. Juan Carlos De Martin, auspicando una maggiore decentralizzazione della rete, ha ripercorso la storia delle differenti tipologie di reti sociali e ne ha spiegato l'attuale organizzazione in termini di modelli di business. Gli attuali social network sono delle piattaforme centralizzate e specializzate che offrono gratuitamente agli utenti una serie di applicazioni sociali, secondo le regole unilateralmente poste e modificate dai gestori del sito. In questa logica gli utenti finiscono così per assomigliare a dei “prodotti” che soffrono, tra le altre cose, un deficit di portabilità dei propri dati da una piattaforma all'altra.

Il Prof. Luca Barbarito ha delineato le caratteristiche economiche del mercato dei social network. Si tratta di un mercato in cui le piattaforme, sia quelle generaliste che quelle specializzate, offrono servizi che consentono di creare relazioni sociali tra soggetti diversi. Mentre le prime si spartiscono il mercato in forma di duopoli, se non proprio di monopoli, le seconde approfittano di nicchie di consumatori, ma finiscono per scontare il problema della massa critica, vale a dire di riuscire ad essere profittevoli nel medio-lungo termine. In alcuni territori, inoltre, si registrano dei veri e propri monopoli geografici su base linguistica (è il caso, ad esempio, della Cina e della Russia). Dal punto di vista dei dati economici attualmente disponibili, è sorprendente riscontrare che la maggior parte degli operatori di questo settore (compreso Facebook) opera ancora in perdita o comunque genera bassi profitti. Ci troviamo ancora, pertanto, in una fase di raccolta di capitali.

Il Prof. Pedro A. De Miguel Asensio ha affrontato i profili di diritto internazionale privato, e in particolare dei conflitti di legge, relativi ai social network. Permangono significative differenze tra la normativa europea e quella statunitense in materia di provider della società dell'informazione (gli ISP), segnatamente in relazione ai profili della protezione dei dati personali, dei diritti dei consumatori e

del commercio elettronico. È stata quindi segnalata l'importanza, dalla prospettiva comunitaria, che gli ISP, nella maggior parte dei casi entità di diritto americano, siano soggetti alla più stringente disciplina comunitaria ogniqualvolta prestano il proprio servizio ai consumatori europei. Speciale attenzione deve essere prestata agli accordi di utilizzo dei social network accettati al momento dell'iscrizione dagli utenti, ai quali, in tutti i casi in cui operano per fini diversi da quelli professionali, dovrebbero applicarsi le norme speciali poste dai regolamenti Roma I e Bruxelles I a protezione dei consumatori. Criticità non ancora del tutto risolte dal legislatore si riscontrano inoltre in tema di responsabilità extra-contrattuale, avuto riguardo alla legge applicabile ai prestatori di servizi per violazione di diritti di proprietà intellettuale da parte di contenuti messi in rete dagli utenti.

Il Prof. Giovanni Sartor ha riflettuto sull'opportunità di responsabilizzare gli intermediari della società dell'informazione nei confronti degli illeciti subiti dai terzi a causa dei contenuti prodotti e caricati dagli utenti sulle proprie piattaforme. Premessi gli aspetti positivi della decentralizzazione della produzione dei contenuti propria delle reti sociali, che favoriscono democrazia e libertà informativa, ed enucleati gli interessi dei vari soggetti in gioco, è stato argomentato che una responsabilità oggettiva gravante sui provider per tutti i danni legati alla propria attività (d'impresa) avrebbe il vantaggio di identificare agevolmente (nella figura del provider stesso) il soggetto responsabile, incentivando altresì la previsione di un sistema di prevenzione degli illeciti. D'altro canto, è stato obiettato che, oltre ad essere tecnicamente difficile, un filtro generalizzato dei contenuti prodotti dagli utenti, traducendosi in una generalizzata rimozione o preclusione all'accesso, rischierebbe di vulnerare eccessivamente la libertà d'espressione degli internauti. Una possibile alternativa consiste nel prevedere una responsabilità dei provider per colpa, intesa come mancata predisposizione di misure capaci di prevenire la pubblicazione dei contenuti illeciti (la prova della quale spetterebbe ai titolari dei diritti). Tuttavia, è stato rilevato come non sia corretto parlare di colpa perché, al momento, manca un obbligo di controllo a carico dei provider. In conclusione, si propende per salvaguardare la neutralità dei gestori dei social network, anche quando operano a scopo di lucro, in quanto forniscono agli utenti gli spazi per sviluppare la propria libertà di espressione.

Il Dott. Pierdanilo Beltrami ha relazionato sugli aspetti di diritto dell'impresa dei social network, con riferimento ai soggetti che utilizzano i servizi messi a disposizione da queste piattaforme con finalità imprenditoriali. Sotto il profilo soggettivo, devono considerarsi imprenditori anzitutto i gestori dei social network, nel momento in cui offrono il servizio sul mercato. Maggiore incertezza suscita l'ipotesi dell'utente che organizza un gruppo su Facebook per condividere un interesse, anche nel caso in cui questo abbia natura economica. Al riguardo, è stata segnalata una recente sentenza del Tribunale di Torino che ha ritenuto applicabile ad un gruppo su Facebook la disciplina della concorrenza sleale per utilizzo non abusivo di un marchio altrui. Diversa è l'ipotesi dell'impresa che utilizza il social network a fini di marketing e pubblicità: in questo caso, la piattaforma online rappresenta solo un ulteriore strumento attraverso cui l'impresa svolge la propria attività economica. Alcuni dubbi sorgono in riferimento alla disciplina applicabile ai cd. soggetti virtuali, che "abitano" realtà parallele, come gli avatar di Second Life (tra cui si registrano anche società quotate in borse valori virtuali). A questo proposito, il Prof. Paolo Spada ha espresso la sua

perplessità circa l'applicazione dello statuto dell'imprenditore a realtà simulate come Second Life.

La prima sessione è stata conclusa dal Prof. Giuseppe Rossi che ha dedicato la propria relazione ai profili antitrust dei social network, partendo dal presupposto che i gestori sono imprenditori e quindi possono interessare la disciplina sulla concorrenza. Particolare attenzione deve essere prestata alla valutazione di possibili posizioni di potere di mercato acquisibili dai gestori nel mercato rilevante dei servizi (perfettamente sostituibili) erogati dai social network. A tal fine, occorre studiare la contendibilità di questo mercato, verificando la possibilità concessa agli utenti di lasciare la piattaforma cui sono iscritti e trasferire tutte le proprie informazioni su un'altra piattaforma (cd. portabilità dei dati). Tema attualmente molto conflittivo è quello dei rapporti tra i gestori dei social network e gli sviluppatori dei software (di solito applicazioni) che vengono utilizzati all'interno dei siti. La conflittualità è testimoniata da un recente esposto depositato dagli sviluppatori di *social games* nei confronti di Facebook, avente ad oggetto un abuso di posizione dominante con riferimento ai beni virtuali venduti all'interno dei giochi di ruolo virtuali (in particolare, Facebook non permetterebbe agli sviluppatori di software di vendere fuori da Facebook, a prezzi più bassi, i crediti per acquistare questi beni). La particolarità del mercato dei *social games*, spia di possibili abusi antitrust, risiede nel fatto che, a differenza di ciò che normalmente avviene nel mercato offline, sono gli sviluppatori (i fornitori di contenuti) a pagare il social network per accedere alla sua base di utenti.

La seconda sessione – rubricata “Impresa e contratti” – è stata presieduta dal Prof. Luca Nivarra. Partendo dalla citazione della sesta tesi su Feuerbach di Marx, è stato ricordato come i social network siano dei potenti strumenti di integrazione sociale, delle comunità nelle quali si sviluppa la personalità degli individui, e che pertanto il giurista ha il compito di tutelare i soggetti che fanno parte di queste comunità (gli utenti). È stato introdotto anche il tema della giuridicità del rapporto tra il social network e l'utente, riconducibile ad una relazione contrattuale o comunque da contatto sociale. Questo rapporto è caratterizzato dalla presenza di interessi sottostanti, di solito non suscettibili di valutazione economica, comunque meritevoli di tutela da parte dello Stato. È stato poi rimarcato il rischio di possibili abusi di posizione dominante (se non proprio di posizione di monopolio) dei gestori dei social network nei confronti degli sviluppatori dei software, con i primi che smettono di innovare e si limitano ad estrarre valore dal lavoro dei secondi, trasformando il profitto in rendita.

Il Prof. Raffaele Caterina, calando la teoria generale del contratto alla realtà virtuale dei social network, ha compiuto una disamina del contenuto standard delle condizioni generali di contratto offerte agli utenti da questi siti (ad es., ambito di applicazione, lingua, condizioni economiche, capacità delle parti, legge applicabile e giurisdizione, durata). Criticità sono state rilevate con riferimento al diritto, che i social network si riservano, di modificare unilateralmente il contenuto del contratto, integrando i termini e le condizioni accettate dagli utenti al momento dell'iscrizione, anche senza previa notifica a questi ultimi. Analoghe perplessità suscita il diritto dei gestori di social network di sospendere, in qualsiasi momento, il servizio senza preavviso o giustificazione. Sono state poi condivise alcune riflessioni, e segnatamente: che le condizioni di contratto si applicano solo agli utenti iscritti alla piattaforma; che si tratta normalmente di rapporti a titolo gratuito, a meno che non si voglia considerare come corrispettivo il trattamento dei dati personali; che gli utenti sono da considerare come

consumatori e quindi le clausole devono essere sottoposte al controllo di vessatorietà. Alla luce delle esposte peculiarità delle condizioni generali di contratto (titolo gratuito, facoltà di modificare il contenuto, libertà di recesso), il relatore ha ipotizzato che, nei casi in cui l'utente non è un consumatore ma un professionista, le norme di utilizzo del social network non integrano un vero e proprio contratto, ma sono semplicemente uno strumento di rinuncia all'azione giudiziaria. Al riguardo, è stato integrato dal Prof. Nivarra che, al di là del contratto, gli obblighi di protezione in capo ai social network sorgerebbero comunque da contatto ex art. 1174 c.c.

Il Prof. Francesco Astone ha affrontato il tema del rapporto verticale tra gestore e utente del social network, che si instaura attraverso la presa visione di quest'ultimo delle condizioni generali contenute nei contratti standard di iscrizione alla piattaforma online. Si tratta di un di una disciplina contrattuale atipica, in cui mancano obbligazioni primarie reciproche, e in cui sono invece presenti obbligazioni senza prestazione che generano doveri di protezione, al di là delle clausole di esonero della responsabilità (che sono comuni in questo genere di testi contrattuali). Il reale contenuto del contratto tende ad avere ad oggetto il rischio dell'illecito, nel senso che il gestore del social network, tramite la presa visione da parte dell'utente delle condizioni generali, tende a esternalizzare il rischio di dover sostenere il costo degli eventuali illeciti commessi sulla propria piattaforma (ad esempio, in materia di violazione dei dati personali o di contraffazione). L'efficacia di questa disciplina contrattuale dell'illecito extra-contrattuale dipende dalla legge applicabile secondo i criteri di diritto internazionale privato, fatte salve le norme di ordine pubblico e quelle di applicazione necessaria a tutela dei consumatori. Quanto al diverso problema degli illeciti commessi dagli utenti mediante la piattaforma, il relatore ha richiamato la disciplina del contratto di rete, da cui deriverebbe la responsabilità del soggetto che ha creato la struttura anche per gli illeciti commessi dagli utenti verso altri utenti o verso terzi.

Il Prof. Massimiliano Granieri si è occupato della disciplina consumeristica comunitaria applicabile ai rapporti contrattuali (atipici) tra social network e utente, come è noto predisposti - non senza inesattezze, anche linguistiche - dai gestori dei social network stessi. Il problema principale riguarda l'ambito di applicazione soggettiva di tale disciplina, non essendo sempre agevole comprendere quando l'utente dei social network possa essere considerato un consumatore (non lo è, ad esempio, il professionista che si iscrive sul sito LinkedIn, o chi usa Facebook per fini imprenditoriali). Ulteriore complessità è data dal possibile uso promiscuo del social network, allo stesso tempo in qualità di mero utente e per finalità collegate alla attività professionale. In una tale ipotesi di compresenza dell'attività privata e di quella professionale, occorre valutare quanto quest'ultima sia marginale rispetto all'utilizzo della piattaforma come utente/consumatore. È stato quindi concluso che, in linea di principio, l'uso promiscuo del social network esclude la tutela consumeristica.

Il Prof. Enrico Camilleri ha analizzato i profili antitrust delle clausole contrattuali ricorrenti in materia di social network, con particolare riferimento ai rapporti aventi ad oggetto i *social games*. La premessa è che i social network in sé considerati non costituiscono un mercato rilevante, ma, in veste di intermediari remunerati, mettono a disposizione le proprie piattaforme per il loro utilizzo imprenditoriale su altri mercati. Ne è un esempio paradigmatico il mercato dei giochi sui social network, che ha raggiunto un giro d'affari di 600 milioni di euro.

In particolare, Facebook pone in essere dei comportamenti nei confronti degli sviluppatori (ad es., divieto di accettare moneta reale ma solo cd. *Facebook credit*, divieto di vendere i beni virtuali fuori dal sito del social network, diritto di Facebook di regalare pacchetti di crediti in cambio di pubblicità, tassi di commissione sulle transazioni pari ad oltre il 30%) che rischiano di integrare ipotesi di abuso di posizione dominante. Negli Stati Uniti si propone una lettura evolutiva, meno stringente, della disciplina anti-trust applicabile alla realtà virtuale, ma è stato ricordato che occorre prestare attenzione a non stravolgere completamente il senso di questa disciplina e a tenere sempre conto delle indicazioni comunitarie. In particolare, non convince l'obiezione per cui, secondo l'interpretazione statunitense, al maggior prezzo sopportato dagli sviluppatori si accompagnerebbero aspetti positivi per i consumatori. Non è escluso, infatti, che, nel medio termine, la barriera all'entrata del mercato potrebbe determinare un danno potenziale ai consumatori in termini di risalita dei prezzi. Il rischio è quindi quello che di innestare una dinamica per cui più aumenta la massa critica di Facebook più si drena il terreno dei concorrenti. Al riguardo, il presidente del *panel* ha chiosato che le ragioni americane a difesa delle posizioni dominanti dei social network sono sempre più impalpabili, e che ci troviamo ormai nel campo della pura rendita.

Il Prof. Filippo Donati ha valutato le clausole contrattuali dei social network sotto il profilo dei diritti dell'uomo, ricordando come per sua natura Internet debba supportare la libertà di espressione e di informazione, rappresentando uno strumento essenziale per l'esercizio di queste libertà da parte degli utenti. Il ruolo che viene svolto dagli intermediari è quindi cruciale e pone una serie di dubbi in tutti quei casi in cui i social network sono tecnicamente in grado di condizionare l'esercizio di queste libertà. Si è fatto riferimento al problema della compatibilità con i diritti di natura costituzionale (in particolare con la libertà di informazione "elettronica") delle clausole che prevedono il potere dei social network di rimuovere unilateralmente i contenuti caricati dagli utenti o di sospendere o addirittura revocare il servizio, laddove non siano previste una serie di tutele a favore degli utenti (riserva di legge, rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, procedura che garantisca il contraddittorio, etc.). In materia di tutela dei diritti fondamentali degli utenti e responsabilità degli intermediari su Internet, il principio fondamentale è che questi ultimi rispondono degli illeciti commessi sulla propria piattaforma solo quando sono a conoscenza dell'esistenza di contenuti illeciti caricati dagli utenti, normalmente in seguito alla richiesta di rimozione degli stessi (che segue l'espletamento delle procedure di *notice and take down* normalmente predisposte dagli operatori) da parte dei titolari dei diritti lesi. Esiste però la possibilità di commettere degli abusi dei diritti degli utenti nel momento in cui la valutazione dell'illiceità del contenuto caricato sul social network viene rimessa esclusivamente ai gestori, i quali potrebbero non disporre della necessaria competenza tecnica ovvero, nel dubbio, potrebbero essere incentivati a censurare sempre i contenuti sospetti per non incorrere in responsabilità nei confronti dei titolari dei diritti. Sarebbe opportuno che nell'ambito di queste procedure venisse assicurato rispetto di almeno due garanzie, vale a dire la riserva di legge e il contraddittorio, che peraltro non appaiono attualmente rispettate dal regolamento posto in consultazione dall'AGCOM. In conclusione, ha affermato il relatore che le clausole di attribuzione di un potere censorio ai gestori dei social network sono lecite solo in presenza di un procedimento trasparente che garantisca il contraddittorio, mentre sono

sempre illecite le clausole che permettono al gestore di disattivare *tout court* il servizio nei confronti dell'utente.

Il Dott. Stefano A. Cerrato ha esaminato l'eterogeneo sottobosco delle relazioni che si instaurano tra gli utenti dei social network, le quali, peraltro, il più delle volte si esauriscono in meri rapporti di cortesia. Ad esempio, la concessione dell'amicizia su Facebook ha una valenza abdicativa della riservatezza, ma non ha rilevanza contrattuale, salvo il caso in cui la richiesta di amicizia è preordinata a offrire o ottenere una prestazione giuridicamente rilevante. Quando l'utente è un imprenditore che utilizza il social network per fini estranei alla propria sfera personale il rapporto con gli altri utenti assume una maggiore valenza economica, perlomeno potenziale, ad esempio in termini di strumento di pubblicità. In questo senso si è espresso il Tribunale di Torino con la sentenza del 7 luglio 2011, rilevando che il gruppo dell'impresa su Facebook non è un mero fatto sociale ma costituisce un elenco di clienti economicamente valutabile, la cui sottrazione può costituire un'ipotesi di concorrenza sleale. È stato poi fatto accenno al fenomeno dell'economia parallela realizzata dai social network, grazie alla moneta virtuale che consente di acquistare beni e servizi virtuali. È stato precisato che i *social games* non sono beni e che, quindi, non diventano oggetto di contratti di compravendita, integrando invece la fattispecie di licenza d'uso di software. L'ultimo punto analizzato riguarda la creazione sui social network di associazioni che non sono pre-esistenti nel mondo reale. In assenza di un regolamento ad hoc occorre valutare se esiste almeno un elemento minimo organizzativo. In conclusione, è stato sottolineato il livello ancora insoddisfacente degli attuali regolamenti contrattuali predisposti dai siti di social network, i cui gestori sembrano propendere per l'auto-regolamentazione degli utenti, in attesa di possibili interventi del legislatore.

L'intervento conclusivo della sessione ad opera del Dott. Walter Virga ha avuto ad oggetto il tema dell'inadempimento contrattuale e delle sanzioni private in materia di social network, normalmente poco studiato a causa della normale gratuità dei rapporti contrattuali che regolano queste realtà virtuali, che rende quindi difficile l'individuazione dei danni risarcibili. Si tratta di contratti gratuiti di prestazione di servizi che richiedono, come condizione del loro perfezionamento, l'adesione dell'utente alle condizioni generali d'uso, e che non prevedono il sorgere di alcun obbligo a carico del gestore (che, anzi, esplicitamente dichiara di non rispondere per eventuali danni patrimoniali sofferti dall'utente in connessione all'utilizzazione del servizio). Al contrario, le condizioni generali predisposte dal gestore prevedono sia una serie di obblighi e divieti (in tema di accesso, di utilizzazione, etc.), normalmente di origine consuetudinaria (cd. *netiquette*), cui l'utente deve sottostare, sia le sanzioni private negoziali, di natura endoassociativa, che discendono dalla violazione di tali regole, colpendo alle volte anche inadempimenti contrattuali del tutto inoffensivi (quando la violazione ha ad oggetto più che altro delle regole di organizzazione, come quelle previste in tema di età).

La terza e ultima sessione - rubricata "IP e concorrenza" - è stata presieduta dal Prof. Luigi Carlo Ubertazzi, che, tra le altre cose, ha ricordato la grande crescita di visibilità e attenzione che il diritto d'autore ha conosciuto negli ultimi venti anni.

L'intervento del Dott. Domenico Giordano ha riguardato la tutela della grafica dei social network, con particolare riferimento all'interfaccia grafica che appare all'utente che si collega al sito web e al software sottostante. Si tratta di interfacce grafiche cd. *look and fill*, in cui convivono elementi funzionali, obbligati dalla

specifica funzione del sito, e elementi estetici rimessi alla volontà del gestore. Per poter valutare la creatività delle interfacce grafiche ed eventualmente tutelarle ai sensi del diritto d'autore occorre filtrare previamente gli aspetti tecnico-funzionali e quindi passare alla verifica della creatività degli aspetti rimanenti. I risultati di questo test soffrono tuttavia dell'incertezza collegata al diverso standard di creatività che viene richiesto in ogni paese. Ancora meno convincente appare l'ipotesi di apprestare tutela alle interfacce grafiche ai sensi della disciplina della concorrenza sleale, perché in seguito ad una valutazione complessiva di confusorietà si tutelerebbe solo l'insieme e non le singole parti dell'interfaccia. Una via alternativa di tutela, in grado di dare maggiore certezza agli operatori, passa attraverso la disciplina del design, se non fosse che la legge esclude espressamente i software dal proprio ambito di protezione. Tuttavia, può obiettarsi che non c'è differenza tra l'interfaccia grafica di un social network e lo stampato di un tessuto: quella del web è infatti una realtà virtuale, ma non effimera.

Il Dott. Giulio Sironi ha affrontato la questione dell'utilizzo dei segni distintivi sui social network. È stato anzitutto evidenziato, con riferimento ai segni distintivi dei social network, che l'interfaccia grafica dotata di sufficiente capacità distintiva (anche per *secondary meaning*) potrebbe astrattamente svolgere funzioni di marchio, senza che la protezione si estenda agli elementi funzionali. Quanto ai segni distintivi altrui, si registrano forme variegata di utilizzo sui social network, che il più delle volte pongono seri problemi di contraffazione. Al riguardo occorre verificare se vi è in concreto un uso non autorizzato del marchio nell'attività economica, nel mercato (inteso come contatto qualificato, non essendo sufficiente la mera visibilità del sito Internet), tale da ledere le funzioni protette del marchio così come riconosciute dalla giurisprudenza comunitaria (non solo l'origine del prodotto o del servizio, ma anche la funzione pubblicitaria e quella di investimento). La responsabilità del social network per episodi di contraffazione del marchio dovuti all'attività dell'utente è un tema complesso che è risolto in Europa soprattutto in termini di diligenza del gestore della piattaforma (il riferimento è alla Direttiva sul commercio elettronico), mentre negli Stati Uniti tramite l'applicazione del principio del *contributory infringement*.

Il Prof. Marco Ricolfi ha dedicato la propria relazione al tema delle utilizzazioni libere dei diritti di proprietà intellettuale sui social network, quando esse sono realizzate da utenti senza fini imprenditoriali (cd. *user-generated content*), mediante elaborazioni di contenuti già pubblicati *online* o *offline* dai legittimi titolari. È stata evidenziata l'importanza di realizzare un bilanciamento tra gli interessi sottostanti dei titolari dei diritti e dei creatori in via derivativa, senza dimenticare che esiste anche un interesse pubblico alla creazione di spazi di libertà d'espressione, oltre che allo sviluppo di nuove forme di educazione e apprendimento basate sull'audiovisivo. È stato inoltre analizzato il ruolo dei nuovi intermediari della rete, *in primis* i gestori di social network, i quali utilizzano i contenuti (altrui) per aumentare l'appetibilità della propria piattaforma, ma che in fondo sono indifferenti alla natura e al tipo di questi contenuti (ad esempio Amazon). Con riferimento alla disciplina del diritto d'autore, è stato rilevato che in via normativa non sono previste espressamente eccezioni o limitazioni (ad es. usi trasformativi non commerciali) che autorizzino queste libere utilizzazioni degli utenti, a differenza delle nuove licenze *creative commons* che consentono l'elaborazione di carattere creativo in ambiente digitale delle opere preesistenti.

Il Dott. Alessandro Cogo, dopo aver dato una definizione restrittiva del gestore del social network (colui che lo predispone e ne ha la responsabilità, relazionandosi con gli utenti), ha analizzato la disciplina in materia di utilizzo della proprietà intellettuale contenuta nel contratto tra gestore del social network e utente. La prima questione riguarda la necessità o meno per il gestore di ottenere una licenza di sfruttamento dei contenuti caricati dagli utenti, considerando che – secondo la giurisprudenza comunitaria, che prende come riferimento il concetto di “pubblico rilevante” – vengono comunicati al pubblico. La licenza non appare necessaria per le attività di *uploading* e *sharing* dei contenuti, che sono imputabili esclusivamente all’utente, mentre l’autorizzazione è richiesta nel caso del *feeding*, vale a dire quando il social network seleziona dei contenuti e successivamente li invia agli utenti. Dal punto di vista del diritto d’autore, questa licenza potrebbe tuttavia considerarsi implicita con l’accettazione da parte dell’utente delle condizioni di utilizzazione del servizio, poiché è necessaria per permettere al social network di svolgere le proprie prestazioni. In caso, potrebbe pensarsi ad un suo controbilanciamento mediante il meccanismo dell’equa remunerazione, laddove non si debba direttamente ricorrere alla disciplina consumeristica, come è successo in Germania.

Il Prof. Massimo Cartella ha esaminato il contenuto dei contratti tra gestori di social network e fornitori di contenuti (o *content provider*), riscontrando una grande difficoltà di reperirli (a differenza dei contratti con gli utenti, liberamente consultabili sui siti dei social network). Non è risultato agevole definire la figura del *content provider*, che potrebbe essere sia un operatore professionale, pubblico o privato, dell’industria culturale, sia l’utente stesso. Anche i contenuti caricati sulle piattaforme sono eterogenei, potendosi trattare di opere intellettuali ovvero di servizi di natura diversa (informazioni personali, meta-dati, applicazioni, etc.). Alcune volte i contenuti vengono concessi a titolo gratuito, altre volte a titolo oneroso, laddove nel corrispettivo può anche rientrare la pubblicità. Problemi possono sorgere a causa della estensione geografica della licenza, con riferimento alla legge applicabile.

Il Dott. Andrea Ottolia ha trattato la questione della privacy sui social network, con riferimento sia ai trattamenti “verticali” dei dati degli utenti ad opera del gestore, sia all’uso “orizzontale” dei dati tra gli utenti stessi. Quanto al primo aspetto, i dati che l’utente comunica espressamente al gestore al momento dell’iscrizione al sito sono coperti dal consenso, al contrario di quelli fuoriusciti da comunicazioni tra utenti (ad es. le manifestazioni di preferenza *I like*) che il gestore raccoglie e tratta senza il consenso dell’utente e quindi, almeno secondo la disciplina europea, illegittimamente. Quanto ai rapporti orizzontali, è stato premesso che attraverso l’utilizzo dei servizi offerti dai social network gli utenti diventano soggetti attivi, quasi a loro volta dei gestori, fornendo contenuti sotto forma di informazioni personali destinate allo scambio. Si tratta pertanto di capire se gli utenti diventano responsabili del trattamento dei dati personali degli altri utenti con cui hanno relazioni sul social network. Al riguardo, ragioni di opportunità dirette a permettere un uso più agevole del social network, oltre che a realizzare un corretto bilanciamento tra libertà d’espressione e diritto di privacy, favoriscono una interpretazione estensiva dell’eccezione domestica in tema di privacy, per cui il singolo utente diviene responsabile del trattamento dei dati altrui solo nei casi limite in cui utilizza tali dati a fini associativi o imprenditoriali. Il rischio tuttavia è quello di una resa del modello europeo di fronte alle minori preoccupazioni del sistema nordamericano, per cui l’iscrizione ad un social

network determina una diminuzione della protezione per l'utente in materia di privacy rispetto all'*offline*.

Il Prof. Jan Nordemann ha relazionato sugli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di responsabilità dei gestori di social network per i contenuti prodotti e caricati dagli utenti sulle piattaforme. In primo luogo è stata richiamata la nota decisione L'Oreal vs. EBay, dove è stato stabilito che gli intermediari, per godere delle esclusioni di responsabilità previste dalla normativa sul commercio elettronico, non devono svolgere un ruolo attivo nella presentazione delle informazioni caricate dagli utenti e devono cooperare con diligenza con i titolari dei diritti di proprietà intellettuale ogniqualvolta venga segnalata una violazione di tali diritti. Al riguardo, è stato ricordato che la sentenza della Corte di Amburgo del 3 settembre 2010 ha ritenuto Youtube direttamente responsabile per la violazione del diritto d'autore realizzata dai video caricati dagli utenti, dal momento che questa piattaforma non si limita ad ospitare contenuti altrui, ma, intorno a questi, realizza una serie di attività collaterali, anche di carattere lucrativo. Sotto altro profilo, è stato ricordato che, a prescindere dall'accertamento della responsabilità dei gestori dei social network, la giurisprudenza ammette la possibilità per i titolari dei diritti di richiedere dei provvedimenti inibitori (cd. *injunctio claims*) nei confronti degli intermediari, al fine di prevenire ulteriori violazioni future dello stesso tipo di quelle accertate. Si sta quindi andando oltre un sistema basato sul solo *notice and take down*, verso un sistema di filtri in grado di prevenire le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale.

Il Dott. Roberto Flor ha concluso la sessione affrontando il discorso della responsabilità penale dei gestori di social network per le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale, anche per fatti commessi dagli utenti. Dopo aver premesso il difetto di armonizzazione del diritto penale in questo settore (con le relative differenze da paese a paese quanto alla condotta tipica punita, al dolo richiesto, etc.), è stato ricordato che in Europa non si rinvengono fattispecie penali specificamente dirette ai social network. È comunque sanzionata, a vario titolo, la circolazione abusiva di opere dell'ingegno che avvenga per fatto proprio o per concorso di colpa del gestore. Diversamente, non esiste un obbligo di controllo posto in capo agli intermediari, sotto forma di reati omissivi, diretto ad impedire i reati che possono essere commessi sulla piattaforma dagli utenti, anche per i problemi di monitoraggio e le perplessità di natura costituzionale che un sistema del genere determinerebbe. Le prospettive auspicabili sono quelle di un minore ricorso all'intervento penalistico, ridotto ai soli casi di stretta necessità, e di un più ampio spazio a strumenti di cooperazione e auto-regolamentazione, più adattabili all'evoluzione tecnologica e alle finalità di Internet.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA
N. 3 - 2011

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA
Numero 3 - 2011
Anno I
www.dimt.it
ISSN (Online edition): 2239-7442