

QUADERNI DI

diritto mercato tecnologia



Numero 2
Anno III
Aprile/Giugno 2013

CON CONTRIBUTI DI:

Alberto Gambino, Filippo Vari, Valeria Falce

e di

Alessio Baldi, Francesco Minazzi, Gilberto Nava, Davide Mula, Giulio Pascali, Eugenio Prosperetti, M. Morena Ragone.

ISSN (Online edition): 2239-7442

SOMMARIO

Cultura, industria e proprietà intellettuale

Creatività e contenuti in rete

di Alberto M. Gambino

pag. 7

La tutela ultramerceologica del marchio di rinomanza: nota alla sentenza della Corte di cassazione n. 13090, 27 maggio 2013 che ripercorre anni di evoluzione normativa

di Alessio Baldi

pag. 19

La circolazione dei contenuti mediante link ad opere protette tra diritto d'autore, responsabilità del prestatore e concorrenza

di Eugenio Prosperetti

pag. 41

Mercato, concorrenza e regolazione

Aiuti di Stato e concorrenza sleale

di Valeria Falce

pag. 68

Biotecnologie, ogm e vita

Il finanziamento della ricerca da parte dell'Unione europea e il diritto alla vita: nuove prospettive alla luce della sentenza Brüstle della Corte di giustizia?

di Filippo Vari

pag. 79

Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie

La dicotomia tra trasparenza e dati aperti

di M. Morena Ragone e Francesco Minazzi

pag. 89

Prime osservazioni sulle tematiche regolamentari e comunitarie relative alla separazione della rete di accesso di Telecom Italia

di Gilberto Nava

pag. 101

SOMMARIO

Diritti della persona e responsabilità in rete

Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal contenuto anomalo.

di Davide Mula

pag. 149

Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo Spam. Ricognizione della delibera n.330/2013 del Garante Privacy.

di Giulio Pascali

pag. 176

COMITATO SCIENTIFICO

- Prof. Guido Alpa
- Prof. Vincenzo Di Cataldo
- Prof.ssa Giusella Finocchiaro
- Prof. Giorgio Florida
- 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 DI REFEREE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Fernando Bocchini
- Roberto Bocchini
- Francesco Di Ciommo
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Enrico Minervini
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Cristina Schepisi
- Antonella Tartaglia Polcini
- Raffaele Trequattrini
- Daniela Valentino
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

COMITATO DI REDAZIONE

- Andrea Stazi, Università Europea di Roma (Coordinatore di Redazione)
- Davide Mula, Università Europea di Roma (Vice - Coordinatore di Redazione)
- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)

- Mattia de Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa Maria de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
- Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Anna Chiara Calabrese, Università Europea di Roma
- Oreste Calliano, Università degli studi di Torino
- Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
- Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
- Philipp Fabbio, Università degli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
- Monica La Pietra, Università Europea di Roma
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma

- Giuseppina Napoli, Università Europea di Roma
- Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
- Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
- Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre
- Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza
- Ana Ramalho, Università di Amsterdam
- Andrea Renda, LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna
- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna

- Claudia Stazi, Università degli studi Roma Tre
- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Ferdinando Tozzi

Creatività e contenuti in rete

di
Alberto M. Gambino

Sommario: 1. Il problema del diritto d'autore nel web; il dilemma digitale: il diritto di autore e la tutela del diritto alla conoscenza, della libertà di espressione e del diritto di cronaca. - 2. Accessibilità ai contenuti creativi ed alla conoscenza nel nuovo ambiente tecnologico. Una possibile soluzione per riequilibrare il sistema. - 3. Nozione delle Eccezioni e Limitazioni. - 4. Il Fair Use. - 5. Modello statunitense e modello comunitario a confronto. - 6. Poteri di vigilanza dell'AGCOM in materia di diritto d'autore.

1. Il problema del diritto d'autore nel web; il dilemma digitale: il diritto di autore e la tutela del diritto alla conoscenza, della libertà di espressione e del diritto di cronaca.

L'affermazione globale di internet e la rapida diffusione delle reti di comunicazione elettroniche, che hanno innovato il sistema di produzione e fruizione della cultura hanno posto le basi di quello che oggi è conosciuto come "dilemma digitale" [1] del diritto di autore, ossia come la necessità di ricercare un giusto equilibrio tra diffusione dei contenuti e tutela della proprietà intellettuale nel nuovo contesto telematico.

È infatti sempre più complesso il bilanciamento tra i diritti specifici dell'autore e quelli generali della collettività che è portata a considerare la cultura come bene di fruizione più che di appartenenza.

Tuttavia, il quadro normativo attributivo di entrambi i diritti non pare essere messo in crisi dalla sfida portata dalle nuove tecnologie. Basti considerare che oggetto del diritto di autore sono, ai sensi della legge 22 aprile 1941 n. 633 (da ora anche solo LDA), le opere dell'ingegno di carattere creativo «*qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*», essendo così possibile ricomprendervi le opere digitali e confermando, pertanto, l'adattamento della disciplina di settore al mutare del nuovo ambiente dell'*online*.

Sono però le norme che rendono operativi detti principi, in quanto più specifiche e tecniche, ad essere soggette ad un inarrestabile fenomeno di obsolescenza e dunque a necessitare di un adattamento al rinnovato contesto delle nuove tecnologie.

2. Accessibilità ai contenuti creativi ed alla conoscenza nel nuovo ambiente tecnologico. Una possibile soluzione per riequilibrare il sistema.

Per cercare di affrontare il menzionato dilemma digitale - e dunque garantire accessibilità ai contenuti autorali ed incentivare l'offerta lecita avvalendosi dei vantaggi legati alle nuove tecnologie - è opportuno che gli utenti finali abbiano piena contezza di quali sono i comportamenti leciti in Rete e di quanti costituiscono, invece, una violazione dei diritti degli autori. In tale ottica, muove il tema legato alle eccezioni e limitazioni, quali strumenti di demarcazione tra il lecito e l'illecito.

Le eccezioni, sono un'essenziale «valvola di sfogo» del sistema del diritto di autore e conseguentemente elemento portante di un mercato equilibrato e simmetrico, essendo volte a consentire utilizzazioni altrimenti vietate - stante il regime di esclusiva - in funzione di interessi costituzionalmente garantiti, come l'informazione, la ricerca e l'insegnamento, l'accesso alla cultura.

Limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore forniscono quindi un meccanismo rivolto all'eliminazione di posizioni anti-concorrenziali sul mercato e, al contempo, espresse ipotesi di bilanciamento tra i diritti autorali e quelli della collettività.

Allo stato attuale, tuttavia, si registra un disallineamento tra il «sistema» delle eccezioni e limitazioni in ambiente *online* ed *offline* [2] a discapito proprio della corretta accessibilità ai contenuti creativi. La ragione che ha determinato tale disarmonia è legata al fatto che gli artt. 65 e ss LDA presuppongono vincoli impliciti di carattere materiale legate alla tecnica reprografica, oggi, ampiamente superata. La realizzazione di copie di opere letterarie, musicali, audiovisive era all'epoca della redazione della LDA costosa in termini di tempo e di risorse. Per altro le copie comunque realizzate risultavano qualitativamente inferiori rispetto agli originali e difficilmente potevano avere un uso in concorrenza con lo sfruttamento del titolare del diritto. Ciò ovviamente non accade in ambiente digitale, dove i *file* possono essere copiati infinite volte, a costi tendenti allo zero, senza mai subire una perdita qualitativa.

Tale disarmonia è da rinvenirsi anche nella risposta del legislatore alla rivoluzione tecnologica, recepita sul versante della definizione delle facoltà che competono ai titolari dei diritti ma non su quello delle eccezioni e limitazioni [3].

Su queste ultime, infatti, il legislatore internazionale, comunitario e nazionale - presumibilmente temendo un'estensione indiscriminata di utilizzazioni dell'opera al di fuori del controllo del titolare dei diritti - ha esercitato una vera e propria opzione negativa, limitando le eccezioni alle utilizzazioni tradizionali, salva l'unica eccezione obbligatoria al diritto di riproduzione.

Probabilmente, nel timore che le eccezioni potessero rappresentare una grave breccia nella gestione dei diritti di autore, il legislatore ha preferito delineare come libere e lecite le sole utilizzazioni – ormai in gran parte del tutto obsolete – esercitabili in ambiente non digitale, quindi al di fuori della Rete portando, tuttavia, al paradosso che comportamenti leciti in ambiente analogico, rischiano di essere atti di pirateria in ambiente telematico.

Calando quanto appena evidenziato nella normativa nazionale basta osservare come sia esclusa, proprio con riferimento alle utilizzazioni delle opere *online*, la rimozione delle Misure Tecniche di Protezione (o *Digital Rights Management - DRM*) dell'opera dell'ingegno.

Solo con riferimento alla valutazione della liceità delle utilizzazioni *online* il legislatore ha adottato il c.d. *three steps test* di cui all'art. 71 *nonies* a mente del quale «*le eccezioni e limitazioni disciplinate al presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelti individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere e degli altri materiali ne arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari*».

Pertanto, uno degli obiettivi comuni per riequilibrare il sistema del diritto di autore è riportare in un rapporto di simmetria le eccezioni e limitazioni con lo *ius excludendi omnes alios* dell'autore, così da garantire che la cultura nel *web* sia legittimamente accessibile e le problematiche del diritto di autore nel contesto telematico siano risolte [4].

3 . Nozione delle Eccezioni e Limitazioni.

Le «eccezioni e limitazioni», come anticipato al precedente paragrafo, rappresentano tutti quegli utilizzi consentiti dalla legge in deroga ai diritti dell'autore e ai diritti connessi e sono regolate nel nostro ordinamento dal Capo V del Titolo primo della LDA, sez. I, rubricata «Reprografia ed altre eccezioni e limitazioni» negli artt. 65-71 *decies* LDA.

Si tratta della manifestazione più esplicita della diade di diritti dell'uomo che la disciplina sul diritto d'autore deve contemplare: da un lato la tutela della proprietà intellettuale e dall'altro la tutela del diritto alla conoscenza da parte di ogni essere umano, entrambi diritti fondamentali, già così delineati nella Dichiarazione universale dei diritti umani nel 1948.

Si usa distinguere tra «eccezioni e limitazioni» che tutelano interessi generali e altre che interessano gli «usi privati». Fra le prime vengono in rilievo le deroghe all'esclusiva finalizzate alla didattica, alla discussione, alla critica, all'insegnamento o alla ricerca scientifica, ovvero alla pubblica informazione; fra le seconde si annoverano, invece, quella relativa alle fotocopie di opere letterarie (art. 68 LDA), nonché le norme previste in

materia di copia privata, le eccezioni in favore dei portatori di handicap e quelle che consentono la riproduzione delle emissioni radiotelevisive in ospedali pubblici e istituti di prevenzione e pena. L'utilizzazione dell'opera talvolta è libera e gratuita, talaltra presuppone una degradazione del diritto esclusivo d'autore in un semplice «diritto di compenso», ma comunque non incidono mai sui diritti morali di autore (di per se intangibili) [5].

Secondo prevalente dottrina e uniforme giurisprudenza, le norme recanti «utilizzazioni ed eccezioni» devono sempre essere interpretate in modo restrittivo attesa la loro qualificazione come norme di natura eccezionale, non suscettibili di interpretazione analogica.

Gli usi consentiti per libere utilizzazioni riguardano riassunto, citazione, riproduzione di brani a scopo di insegnamento, esecuzione, rappresentazione o recitazione di opere e spettacoli nella scuola (cerchia familiare), accesso e consultazione banche dati, riproduzione di *software* per uso didattico (temporanea e in ambito ristretto) oltre alla riproduzione, al prestito e ad alcune altre eccezioni al diritto di comunicazione per scopi di studio e di ricerca, come vedremo meglio nel seguito.

La disciplina contenuta nella LDA su eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione degli autori (o degli editori se vi è stata cessione) è stata innovata dall'art. 9 del D. Lgs. 9 aprile 2003 n. 68, che ha recepito la Direttiva 2001/29, in forza del quale le operazioni effettuabili senza autorizzazione e senza corresponsione di compenso sono:

- riproduzione di articoli di attualità, carattere economico, politico, religioso pubblicati su giornali o riviste (se ne deve indicare la fonte);
- riproduzione di discorsi politici o amministrativi, indicando autore, data e luogo;
- riproduzione di opere, indicandone la fonte, nel corso di procedure giudiziarie;
- citazione, riassunto o riproduzione di brani o parti di opere, citando la fonte e non per fini economici.

Anche la riforma del 2003, tuttavia, ha ommesso di fornire strumenti in grado di far sapere all'utente della Rete se l'opera di cui il soggetto intende fruire sia ancora soggetta al diritto d'autore. In questo senso, merita particolare menzione l'art. 70 LDA che legittima il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali. Nel 2008 [6] tale ultimo inviso è stato specificato dal comma *1 bis* in forza del quale in caso di «*pubblicazione attraverso la rete internet*» le immagini o le musiche (usate per finalità illustrative e non per fini commerciali) devono essere a «*bassa risoluzione o degradate*» [7]. Tale modifica palesa la scarsa capacità di dare indicazioni

precise agli utenti in ordine alla liceità o meno di determinati comportamenti in Rete ed ha, infatti, sollevato notevoli critiche da parte di tutti gli studiosi del settore.

Nella sezione II del Capo V, rubricata «riproduzione privata ad uso personale», sono, invece, regolate le eccezioni per usi privati (c.d. copia privata); gli artt. 71 *quinquies* e seguenti, consentono la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche e dietro compenso (quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore o importo fisso per apparecchio).

Tutte le eccezioni e limitazioni, ai sensi dell'art. 71 *nonies*, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente (digitale), non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari secondo il *three step test* e, dunque, solo: 1) in determinati casi che; 2) non contrastino con il normale sfruttamento dell'opera; e che 3) non arrechino ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti.

Tale *test* si caratterizza per una natura *open ended* e dunque può essere letto anche dando maggior risalto alla funzione di bilanciamento degli interessi non solo dei titolari ma anche della ricerca e della conoscenza. Quanto più la destinazione della domanda di accesso corrisponda ad un interesse collettivo fortemente garantito sul piano costituzionale (si pensi alla libertà di ricerca) l'accesso dovrà essere tanto meno (o, in casi estremi, per nulla) oneroso.

4. Il Fair Use. Brevi cenni.

La nascita del *fair use* negli Stati Uniti si registra verso la fine del XIX secolo, quando assunse rilevanza centrale nel diritto dell'autore il valore di mercato dell'opera, così superando la precedente visione che riduceva la portata del diritto alla protezione delle riproduzioni letterali o evasive [8], la c.d. *fair abridgement doctrine*.

La giurisprudenza statunitense, con i casi *Gray v. Russel* [9] e *Folsom v. March* [10], prese una nuova coscienza del significato del *copyright*, e cercò pertanto di espandere la tutela del diritto dell'autore, in modo tale da proteggere l'essenza dell'opera e la sua valenza economica, andando a qualificare alcune condotte di riproduzione come non illegittime.

Nel secondo caso vennero inoltre indicati i parametri cui le Corti devono fare ricorso per decidere se l'estrapolazione da un'opera protetta sia

illegittima, prendendo in esame, secondo il *four factor test*, (i) la natura e (ii) l'oggetto di tale selezione, (iii) la quantità e il valore del materiale utilizzato, (iv) il grado in cui l'uso possa arrecare pregiudizio alla vendita o diminuirne il profitto, o sostituirne l'oggetto.

L'introduzione del *fair use* non fu, quindi, solo coincidente all'espansione del diritto accordato agli autori, ma fu uno strumento fondamentale alla base di questa espansione: provocò infatti un'estensione del diritto dei titolari, proprio stabilendo un principio limite che subordinava l'interesse pubblico all'uso dell'opera, all'interesse economico dell'autore [11].

Il ruolo strutturale del *fair use* è stato visto in prospettiva della regolazione dell'utilizzo di opere protette nella sfera privata, ed in tale ottica ne è stata fatta applicazione dai giudici, riuscendo a sviluppare la disciplina del *copyright* in modo molto più specifico e sottile, rispetto ai risultati che avrebbe potuto ottenere il Congresso intervenendo astrattamente *ex ante*.

In tale modo, sono state delineate due importanti caratteristiche del *fair use*: in primo luogo, la sua *funzione di contrappeso* che permette diritti d'autore più flessibili. In secondo luogo, questa flessibilità è stata raggiunta tramite una delega del Congresso di funzioni di *policy-making* ai giudici.

Molte teorie hanno giustificato il *fair use* come soluzione a fallimenti del mercato [12]: di fronte a situazioni di fallimento quali gli alti costi di transazione per il raggiungimento delle negoziazioni nel mercato, ampie esternalità che non possono essere internalizzate all'interno di uno scambio che ci si aspettava, o l'esistenza di interessi non monetizzabili che non sono inseriti all'interno della negoziazione tra le parti, il *fair use* rileva proprio perché permette usi non autorizzati di opere protette da *copyright*, che altrimenti sarebbero illegittimi.

Occorre tenere in mente che la tutela del *copyright* si realizza garantendo il monopolio sullo sfruttamento dell'opera all'autore, ed in questo modo produce un'artificiale scarsità di copie dell'opera, al fine di garantire agli autori la possibilità di ottenere guadagni superiori al costo marginale che essi affrontano nei meccanismi di produzione [13].

Il *fair use* agisce, in questi casi, consentendo una crescita di consumo che superi il danno derivante dalla riduzione della produzione, cioè che in sostanza non comporti gravi perdite alla produzione delle opere protette. Permette inoltre agli autori di costruire sulle opere dei propri predecessori [14], promuove i valori sociali di un sistema democratico ed evita la nascita di possibili dubbi costituzionali sulla struttura della normativa autoriale [15].

Le corti hanno spesso distinto tra usi produttivi, trasformativi, ed usi non trasformativi, trovando molto più semplice giustificare eccezioni al *copyright* per i primi che non per i secondi. Nel noto caso *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc.* [16], la Corte portò alla base del proprio ragionamento la distinzione tra usi non trasformativi e trasformativi,

notando infatti la minore capacità dei primi, per esempio nel caso di fotocopie o riproduzioni tramite videoregistratore, ad aggiungere qualcosa al patrimonio culturale da offrire alla società.

A differenza delle eccezioni e limitazioni, quindi, il *fair use* esula da qualsiasi possibilità di definizione teorica, mentre all'atto pratico presuppone un insieme di criteri che dovrebbero rifarsi ad un generale principio di equità e di bilanciamento degli interessi in contrasto, tessendo una serie di limiti al *copyright* in ragione del suo stesso scopo: lo sviluppo e la diffusione della cultura.

Con l'introduzione del c.d. *four factor test*, nella Sezione 107 del *Copyright Act* del 1976, si è tentato di codificare a livello normativo la difesa del *fair use* contro le violazioni del *copyright*, in quanto, tale difesa, rappresenta la più importante limitazione agli straordinariamente estesi diritti garantiti ai titolari delle opere dalla sezione 106 dell'*Act*. La maggior parte delle azioni poste in atto dagli utenti, per i risvolti economici e di tipo comunicativo che le caratterizzano, rischierebbero infatti di costituire una violazione di questi diritti senza la presenza della difesa del *fair use*.

La Sezione 107 del *Copyright Act* fornisce quattro criteri per la determinazione del *fair use*, senza tuttavia ritenerli esaustivi né vincolanti, ma puramente esemplificativi [17].

Essendo stata la forza della *fair use doctrine* riconosciuta nella sua *flessibilità*, grazie alla quale bilanciare gli interessi degli autori con quelli degli utenti (nonché potenziali nuovi autori) [18], resta tuttavia da chiedersi se, effettivamente, l'introduzione del c.d. *four factor test* della Sezione 107 abbia in qualche modo vincolato l'analisi delle corti, e se l'attuale configurazione del *fair use*, dipendendo all'atto pratico da una valutazione dei giudici, garantisca realmente una elasticità al sistema delle eccezioni al *copyright* americano.

In questa prospettiva, analizzando i casi giurisprudenziali, è emerso come i giudici riconoscano chiaramente che il *four factor test* non debba essere applicato alla lettera, e come del resto, per via della sua interpretazione, il *test* dovrebbe semplicemente fornire piccole linee guida per poter predire se un particolare utilizzo sarà ritenuto *fair*. Pertanto, se da un lato si è notato positivamente come l'atteggiamento c.d. non «*rule-liking*» adottato dal Congresso eviti problemi di sovra/sotto inclusività normativa, dall'altro lato è stata criticata da molti l'incertezza concreta prodotta da questo sistema, il cui problema sembra destinato ad aumentare progressivamente nel mondo digitale, data l'invocazione della difesa del *fair use* in una molteplicità di nuove situazioni.

Nei casi di violazione del *copyright* il tasso medio di vittoria della difesa del *fair use* è piuttosto basso. Va infatti sottolineato come il numero di casi di *fair use* non sia particolarmente alto, a dispetto dell'ampio numero di violazioni del *copyright* accertate. Ciò è dovuto in gran parte al fatto che molte dispute sul *fair use* non raggiungono le corti, cioè non prendono

forma di azioni legali. La non prevedibilità dei risultati di tali azioni processuali, la gravità delle somme da pagare in caso di affidamento sbagliato sul *fair use* e la mancanza di incentivi per difendere nuove interpretazioni del *fair use*, portano infatti la maggioranza degli utenti ad accettare patteggiamenti a seguito delle numerosissime minacce legali dei titolari del *copyright*.

5. Modello statunitense e modello comunitario a confronto.

Rispetto al sistema statunitense appena delineato il sistema delle eccezioni al *copyright* viene interpretato in modo più rigido e restrittivo, e la creazione di qualsiasi ulteriore eccezione, in assenza di apposita previsione legislativa, risulta impossibile.

L'articolo 5.5 della Direttiva 2001/29/CE, stabilisce che l'utilizzo delle eccezioni e limitazioni al *copyright* debba essere conforme alle obbligazioni in vigore a livello internazionale, e che tali limitazioni ed eccezioni siano applicabili (i) solo in certi casi, (ii) senza essere in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera, e (iii) senza causare un irragionevole pregiudizio ai legittimi interessi del titolare dei diritti, pertanto sembrando così confermare la natura restrittiva delle eccezioni. Non è chiaro se questo *three step test* sia rivolto solo ai legislatori nazionali o invece anche ai giudici, per i quali, nel caso, dovrebbe fungere da principio guida per l'applicazione della legge, allo stesso tempo rappresentando tuttavia un rischio, poiché le eccezioni del *copyright* possono essere messe in discussione dai giudici stessi [19].

Ci si è chiesti quindi se le tre condizioni dovessero essere applicate singolarmente oppure congiuntamente, così generando diversi timori sull'eccessiva rigidità che ne deriverebbe. Nel caso *Google Inc. v. Copiepresse*, si sostenne che, analizzando l'eccezione a scopo di citazione e critica, le suddette condizioni debbano essere applicate cumulativamente, sottolineando come i presupposti di validità di tale eccezione debbano essere interpretati restrittivamente [20]. Tale applicazione del *three step test* da parte della corte non passò quindi priva di critiche, e rende perfettamente l'idea del rischio che questo strumento legale rappresenta se applicato impropriamente.

Ciò che preoccupa infatti non è il ricorso al *three step test*, ma il modo in cui è stato utilizzato. L'astratto riferimento al concetto di sfruttamento dell'opera porta ad intravedere dei rischi di arbitrarietà, poiché se da un lato è ovvio che il nuovo ambiente digitale comporta dei rischi per i titolari delle opere, ciò non dovrebbe permettere la neutralizzazione di un limite imposto dalla legge, e per di più senza una motivazione ben argomentata. In conclusione, dovrebbe affermarsi come il *three step test*, se concepito correttamente, potrebbe assicurare una certa flessibilità alla previsioni

normative in tema di limiti del diritto d'autore, e pertanto costituire un interessante strumento per garantire l'equilibrio del *copyright*. In particolare, notando come la regolamentazione del *copyright*, per quanto riguarda i diritti, è stata oggetto di numerosi interventi di aggiornamento alle modificate esigenze della società dell'informazione, che porta ad una costante estensione degli stessi diritti, il campo delle eccezioni è rimasto confinato ad un concetto ristretto. Se si è spesso sottolineato come il *copyright* stia andando verso una crisi di legittimità, risulta di grande importanza garantire che il sistema tenga conto di un certo numero di valori fondamentali, e pertanto è necessario che i giudici siano in grado di disporre di una serie di strumenti per aggiustare lo scopo e ristabilire il giusto equilibrio degli interessi coinvolti.

In questa prospettiva nel caso *Google v. Caching*, la Corte d'Appello di Barcellona spiegò come il *three step test* non debba funzionare solo per regolare lo scopo delle eccezioni esistenti, ma anche per modificare ed imporre limiti al diritto di esclusiva dell'autore.

Ciò permetterebbe la combinazione della sicurezza di un sistema chiuso di eccezioni con la flessibilità del sistema del *fair use*, rendendo possibile che l'applicazione dei limiti venga temperata non solo in relazione all'interesse economico del titolare dei diritti, ma anche tenendo conto dei diversi interessi degli utenti. Si è così prospettata la soluzione di leggere il *test* come se individuasse una serie di fattori che il giudice debba tenere in considerazione seguendo il modello della *fair use doctrine* [21].

Come notato per il *fair use*, tale impostazione porterà ad una significativa incertezza normativa, e ad una difficoltà di previsione dei risultati di un'azione legale, sottoponendo gli utenti, interessati ad un certo utilizzo, ai c.d. *chilling effects*, ma sarebbe il prezzo da pagare per una maggiore elasticità del sistema. Non si vuole arrivare a sostituire la lista di eccezioni con un criterio generale, poiché nella maggioranza dei casi l'uso in questione cadrà nell'ambito di applicazione dei limiti legali, tuttavia in certe ipotesi sarebbe desiderabile un criterio di maggior apertura, che porti il sistema a divenire più elastico, soprattutto adeguandosi alle nuove circostanze.

6. Poteri di vigilanza dell'AGCOM in materia di diritto d'autore.

Il D.lgs. n. 70 del 2003, nel disciplinare specifiche fattispecie di responsabilità degli internet *provider* (art. 14: nell'attività di semplice trasporto - *mere conduit*; art. 15: nell'attività di memorizzazione temporanea - *caching*; art. 16: nell'attività di memorizzazione di informazioni - *hosting*), attribuisce all'Autorità «*amministrativa, avente funzioni di vigilanza*» il potere di «*esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore [...] impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*».

Ne consegue la legittimità del «*doppio binario*», autorità giudiziaria - autorità amministrativa, ove tuttavia inteso non come espressione di un potere dell'autorità amministrativa genericamente alternativo a quello dell'Autorità giudiziaria, ancorché non sostitutivo di esso, ma di un potere che, nei limiti dettati dalla legge e dalle previsioni regolamentari finalizzate al conseguimento dello scopo, ma sempre all'interno della cornice fissata dalla normativa primaria, ben può in concreto, a mezzo delle singole misure, intervenire e mostrarsi alternativo.

L'esercizio di tale potere presuppone, dunque, il bilanciamento del diritto d'autore con il diritto alla manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. imponendo all'Autorità un attento vaglio dell'effettiva lesività dei singoli contenuti segnalati. Suo precipuo compito sarà quello di assicurare il rispetto delle prerogative autorali in parallelo al rispetto dei diritti fondamentali di informazione, istruzione, ricerca.

In tale attività l'AGCOM ben potrà giovare degli arresti giurisprudenziali in materia di *three step test* precedentemente richiamati, osservandosi come rispetto ai tradizionali poteri di vigilanza e controllo della stessa gli accertamenti compiuti nel settore di cui si discute dovranno verificare nel merito che i fini perseguiti da chi ha caricato il contenuto in rete non integrino una o più delle eccezioni sopra descritte.

Taluni *stakeholders* nel corso della consultazione pubblica sulla proposta di regolamento di cui alla Delibera 398 /11/CONS, hanno sostenuto che a dispetto degli altri settori in cui l'Autorità esercita poteri sanzionatori, nel caso di specie l'inottemperanza all'ordine di rimozione impartito dall'Autorità sia l'unica ipotesi nella quale sia possibile comminare sanzioni agli operatori, ai sensi del D.Lgs. n. 70/2003 sopra richiamato [22].

Tuttavia, ciò è vero solo in parte giacché mentre di norma il potere di vigilanza attribuito all'AGCOM, negli altri settori di competenza [23], ed alle altre *Authorities* nei propri ambiti, si declina nel potere di irrogare sanzioni a seguito dell'accertamento della violazione, deve ritenersi che, nell'ambito dell'esercizio dei poteri di vigilanza in materia di diritto d'autore, la sanzione possa essere irrogata dall'Autorità solo nell'ipotesi in cui l'ISP non ottemperi al precedente ordine di inibizione che, a seguito dell'accertamento della violazione, impone all'ISP la rimozione del contenuto, atteggiandosi, dunque, come strumento di condanna per il mancato rispetto dell'ordine impartito e non come sanzione diretta per la violazione del diritto d'autore.

Appare evidente come l'attività dell'AGCOM, così intesa, non vada a sostituirsi a quella del Giudice, cui solo compete il potere di condannare condotte lesive del diritto d'autore, ma si collochi entro i corretti confini di un sistema legislativo che ne indica inequivocabilmente la competenza ad esercitare un potere, esercitabile con le più ampie misure atipiche, finalizzato all'attuazione di un obbligo giuridico che passa per il comportamento del terzo.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[**] Testo dell'intervento preparato dall'autore per il Workshop su "Il diritto d'autore online: modelli a confronto" organizzato il 24 maggio 2013, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, presso la Camera dei Deputati.

[1] "I contenuti digitali nell'era di internet - Executive summary", Commissione Interministeriale sui contenuti digitali nell'era di internet, 2005.

[2] Ex multis vedasi: L.C. Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., Cedam, pag. 1817, nonché e soprattutto pag. 1679 sub VIII; B. Tassone, *DRM e rifiuto di licenza nel caso Virgin v. Apple: questione di FairPlay?*, in *AIDA*, 2005, pag 376 e ss.

[3] Vedasi *ex multis* l'art. 16 LDA, sui mezzi di diffusione a distanza che include anche «la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente»

[4] Non certo trasponendo, *sic et simpliciter*, la disciplina delle eccezioni e limitazioni dall'off-line all' on-line ma perseguendo un adattamento che, garantendo la conformità dell'uso effettivo a quello dichiarato, possa fare chiarezza sui diritti disponibili ed incentivare l'offerta lecita.

[5] *Ex multis* vedasi, *Codice commentato della proprietà industriale ed intellettuale*, a cura di C. Galli e A.M. Gambino, Utet, 2011.

[6] Il comma è stato introdotto dalla Legge 9 gennaio 2008 n. 2, "Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 25 gennaio 2008, Art. 2, "Usi liberi didattici e scientifici".

[7] Il testo del comma prevede l'emanazione di decreti attuativi da parte del Ministero per i Beni e le attività culturali, mai emanati.

[8] M. Sag, *God in the machine: a new structural analysis of copyright's fair use doctrine*, in *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.*, 2005, pag. 407.

[9] *Gray v. Russell*, 10 F.Cas. 1035 (C.C.D. Mass. 1839).

[10] *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

[11] M. Sag, *God in the machine: a new structural analysis of copyright's fair use doctrine*, *op. cit.*, pag. 408.

[12] W. Gordon, *Fair Use as Market Failure*, in *Columbia Law Review*, 1982, pag. 1600; L. P. Loren, *edefining the market failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, in *Journal of Intellectual Property Law*, 1997. 6, pag. 11.

[13] P. N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, in *Harvard Law Review*, 1990, pag. 1107 ss. Il giudice Leval sottolineò in effetti come la protezione del *fair use* non sia un'antagonista del concetto di monopolio del *copyright*, ma una parte necessaria di un disegno collettivo. Per questo il *fair use* proteggerebbe solo quegli usi che incontrano due criteri: devono servire l'obiettivo del *copyright* di stimolare la produttività delle idee e la pubblica istruzione, senza diminuire eccessivamente gli incentivi per la creatività.

[14] P. N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, op. cit., pag. 1108; L. Lessig, *Free Culture*, Apogeo, 2004, cap I.

[15] L. Ray Patterson, S.W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*, in *University of Georgia Press*, 1991, pag. 109 ss.

[16] *Campbell, v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 U.S. 1164 (1994).

[17] L. Weinreb, *Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*, in *Harvard Law Review*, 1990, pag. 1137.

[18] P. Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, in *Fordham Law Review*, 2009, pag. 2537.

[19] Christophe Geiger, *The Three-Step-Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?*, in *IIC*, 2006, pag. 683.

[20] Decisione della Brussels Court of First Instance (Tribunal de première instance), 12 febbraio 2007, *Google Inc, v. Copiepresse, Sofam, S.A.J., S.C.A.M., Assucopie and Pressbanking*; IIC vol 38, 7-2007, 849; poi confermata (la condanna a Google) dalla Corte di Appello Belga con decisione del 9th Chamber) May 5, 2011.

[21] K. J. Koelman, *Fixing the Three-Step Test*, in *E.I.P.R.*, 2006, pag. 410.

[22] Cfr. G. Colangelo, *Comunicazioni elettroniche, contenuti digitali e diritto d'autore: commento al Regolamento Agcom - Electronic Communications Networks and Copyright Protection: Remarks about the Agcom Regulation*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, pag. 575 ss.; S. Albanini, A. Cassinelli, *I (possibili) nuovi poteri di AGCom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, in *Il Diritto industriale*, 2011, pag. 543 ss.

[23] Cfr. M. De Benedetto, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcom*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, pag. 240.

La tutela ultramerceologica del marchio di rinomanza: nota alla sentenza della Corte di Cassazione n. 13090, 27 maggio 2013 che ripercorre anni di evoluzione normativa.

di
Alessio Baldi

Sommario: 1. Iter processuale. - 2. Il D.lgs. n. 480/1992 di attuazione della Direttiva n. 89/104/CEE: problemi di successione della legge nel tempo. - 3. La tutela ultramerceologica, alla luce della Direttiva n. 89/104/CEE e del D.lgs. n. 480/1992. - 4. Il marchio che gode di rinomanza e l'articolo 20 lett. c) del Codice di Proprietà Industriale. - 5. Conclusioni.

Suprema Corte di Cassazione

Sezione I

Sentenza 27 maggio 2013, n. 13090

MARCHI E BREVETTI - MARCHIO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CARNEVALE Corrado - Presidente
Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere
Dott. RAGONESI Vittorio - rel. Consigliere
Dott. CULTRERA Maria Rosaria - Consigliere
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 24098/2006 proposto da:

CURATELA DEL FALLIMENTO (OMISSIS) S.R.L. (C.F. (OMISSIS)), già (OMISSIS) S.R.L., in persona del Curatore Dott.ssa (OMISSIS), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso l'avvocato (OMISSIS), rappresentata e difesa dall'avvocato (OMISSIS), giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -
contro

(OMISSIS), PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI FIRENZE, (OMISSIS) S.P.A. IN LIQUIDAZIONE E PROCEDURA IN CONCORDATO PREVENTIVO E CESSIONE BENI;

- intimati -

sul ricorso 27417/2006 proposto da:

(OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso l'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), giusta procura in calce al controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

CURATELA DEL FALLIMENTO (OMISSIS) S.R.L., già (OMISSIS) S.R.L., in persona del Curatore Dott.ssa (OMISSIS), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso l'avvocato (OMISSIS), rappresentata e difesa dall'avvocato (OMISSIS), giusta procura in calce al controricorso al ricorso incidentale;

- controricorrente al ricorso incidentale -

contro (OMISSIS) S.P.A. IN LIQUIDAZIONE E IN CONCORDATO PREVENTIVO E CESSIONE BENI, PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI FIRENZE;

- intimati -

sul ricorso 28369/2006 proposto da:

(OMISSIS) S.R.L. IN LIQUIDAZIONE E IN CONCORDATO PREVENTIVO, in persona del Liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso l'avvocato (OMISSIS), rappresentata e difesa dall'avvocato (OMISSIS), giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

(OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso l'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), giusta procura in calce al controricorso al ricorso incidentale;

- controricorrente al ricorso incidentale -

contro

FALLIMENTO DELLA (OMISSIS) S.R.L., PROCURATORE GENERALE DELLA CORTE DI APPELLO DI FIRENZE;

- intimati -

avverso la sentenza n. 1319/2005 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 26/09/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19/04/2013 dal Consigliere Dott. VITTORIO RAGONESI;

udito, per la controricorrente e ricorrente incidentale (OMISSIS), l'Avvocato (OMISSIS), con delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso principale;

udito, per la controricorrente e ricorrente incidentale (OMISSIS), l'Avvocato (OMISSIS), con delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso principale;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio, che ha concluso per l'accoglimento del primo e secondo motivo del ricorso principale; accoglimento del primo, secondo e terzo motivo del ricorso incidentale (OMISSIS) assorbiti gli altri; rigetto del primo motivo assorbito il secondo motivo del ricorso incidentale Curatela.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Firenze, con sentenza 23.01/13.04.02, in parziale accoglimento delle domande proposte dalla (OMISSIS) nei confronti della Spa (OMISSIS) in liquidazione e della Srl (OMISSIS), riteneva le convenute - la prima quale titolare del marchio (OMISSIS) reg.to il 16.11.92 con il n.579701, e la seconda quale licenziataria del marchio medesimo - responsabili della violazione e contraffazione del marchio (OMISSIS) concesso il 29.09.86 coi n. 449146 all'attrice; nonché responsabili delle condotte previste dall'articolo 2598 c.c., nn. 1 e 3. Per l'effetto, ordinava sia la distruzione di tutto il materiale riportante il marchio in contraffazione, sia l'inibizione di qualsiasi attività avente ad oggetto detto materiale, sia, infine, la pubblicazione del dispositivo della decisione su alcuni quotidiani nazionali.

Al contempo rigettava le domande di risarcimento del danno, e di nullità del marchio (OMISSIS) concesso alla spa (OMISSIS) col n. (OMISSIS), pure introdotte dall'attrice.

Riteneva la decisione, in fatto, che: a) la Soc. (OMISSIS) aveva presentato nel 1980 domanda di registrazione del marchio (OMISSIS) - cui era seguito l'accoglimento in data 29.09.86 con il n. (OMISSIS) - per la classe 25 (capi di abbigliamento); b) la spa (OMISSIS) aveva presentato, il 20.11.89 analoga domanda per lo stesso marchio - ma per le classi 16 e 18 (prodotti di cartoleria, pelletteria e valigeria) - concesso in data 16/11/92 con il n. (OMISSIS); c) le prove raccolte avevano dimostrato che le convenute, in particolare la srl (OMISSIS) quale licenziataria della spa (OMISSIS), avevano iniziato l'utilizzo del marchio a partire dall'autunno 1995.

Sosteneva la sentenza in diritto che: 1) il marchio (OMISSIS) godeva di notorietà (essendo associato a capi di abbigliamento esclusivi come risultava dalla pubblicità dell'epoca e da un'indagine di mercato condotta su richiesta dell'attrice); le convenute avevano sfruttato - come risultava dal brevetto concesso e dai cataloghi e campioni prodotti - la forza evocativa del marchio; 2) di conseguenza era applicabile, avuto riguardo all'affinità esistente tra la classe 25 e 18 (pelletteria) di cui sopra per quanto attiene agli zainetti col marchio (OMISSIS) commerciati dalle convenute, la disciplina di cui all'articolo lettera b) e c), Legge Marchi nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal Decreto Legislativo n. 480 del 1992, secondo cui il titolare del marchio d'impresa registrato ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare un segno

identico o simile al marchio registrato per prodotti e servizi anche non affini se il marchio registrato gode nello Stato di rinomanza e se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio, o reca pregiudizio allo stesso; 3) conseguentemente, doveva convalidarsi il sequestro concesso all'attrice *ante causam*", oltre all'accoglimento delle domande di distruzione e di inibitoria di quanto oggetto di contraffazione. Viceversa il Tribunale riteneva che la domanda di nullità del brevetto rilasciato alla convenuta soc. (OMISSIS) non fosse accoglibile ostandovi la norma transitoria del Decreto Legislativo n. 480 del 1992, articolo 89, che, per i marchi concessi prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, rinviava alle norme precedenti, non contemplanti le ipotesi di nullità invocate dall'attrice; come pure non era accoglibile la domanda di risarcimento del danno da concorrenza sleale, non potendosi utilizzare il ricorso, invocato dall'attrice, al criterio equitativo di cui all'articolo 1226 c.c., nella carenza di qualsiasi prova del danno subito (sia delle asserite spese sostenute, prima del sequestro, per l'introduzione della sua attività nel settore della cartoleria e valigeria giovanile; sia delle difficoltà di ordine economico incontrate per l'inserimento in detto settore). Invece il provvedimento di pubblicazione della sentenza poteva essere adottato come misura sufficiente ad evitare ulteriore pregiudizio all'immagine dell'attrice.

Avverso la sentenza proponevano appello - in via principale - la Curatela del fallimento Srl (OMISSIS) (nuova denominazione della srl (OMISSIS)), dichiarata nel frattempo fallita con sentenza del Tribunale di Firenze, nonché - in via incidentale - la spa (OMISSIS) in liquidazione, rappresentata anche dal liquidatore giudiziale della procedura di concordato preventivo con cessione dei beni, deducendo l'insanabile contraddizione in cui era incorso il Tribunale allorché, da un lato, aveva dichiarato illecito l'uso, da parte di (OMISSIS) (licenziataria del marchio registrato dalla spa (OMISSIS)), del marchio medesimo, e, dall'altro, aveva accertato la legittimità di tale segno distintivo (rigettando la domanda di nullità proposta dall'attrice); al riguardo, sempre secondo gli appellanti, la sentenza aveva erroneamente fatto applicazione della norma transitoria del Decreto Legislativo n. 480 del 1992, articolo 88, giacché tale disposizione riguardava solo i marchi di fatto (e non quelli registrati), sicché a nulla rilevava la dichiarata - ma comunque non provata - notorietà del marchio (OMISSIS) dell'attrice; mentre doveva farsi riferimento al successivo articolo 89 (che esentava dalle cause di nullità, previste dalla nuova Legge Marchi, quei marchi che fossero stati registrati prima dell'entrata in vigore di quest'ultima e, tra le cause di nullità stabilite dalla "vecchia" disciplina, non vi era quella di avere utilizzato il marchio registrato per settori produttivi non affini - tali essendo stati definiti dallo stesso Tribunale, quello della cartoleria e l'altro dell'abbigliamento - a quelli protetti dalla notorietà del segno distintivo).

Infine, rilevavano che la statuizione sulla concorrenza sleale era stata affermata senza alcuna motivazione.

La Spa (OMISSIS) in liquidazione, in più, osservava che erroneamente il Tribunale aveva asserito che vi era affinità tra la classe 18 (articoli di pelletteria) e la classe 25 (abbigliamento), rilevando che gli zaini facevano parte di prodotti della "linea scuola" venduti soltanto nei negozi di cartoleria, e non senza contare che il raffronto tra prodotti, per accertarne l'affinità o meno, doveva essere fatto con riguardo alla destinazione degli stessi ed alla clientela cui erano diretti (sicché appariva evidente la non affinità tra zaini ed articoli di abbigliamento).

L'appellante incidentale altresì lamentava il mancato esame, da parte del Tribunale, dell'eccezione di decadenza dal marchio per non uso dello stesso da parte dell'attrice.

Si costituiva la (OMISSIS) resistendo al gravame e proponendo appello incidentale per sentir dichiarare la nullità del brevetto concesso alla spa (OMISSIS) (dovendosi applicare la nuova disciplina della Legge marchi di cui al Decreto Legislativo n. 480 del 1992, che tutela il marchio celebre anche per prodotti non affini a quelli per i quali il marchio era stato riconosciuto); e ciò in quanto l'attività della concorrente era iniziata nell'anno 1995.

Interveniva il P.G. che chiedeva l'accoglimento dell'appello.

La Corte d'appello di Firenze, con sentenza n. 1319/05, rigettava entrambi gli appelli.

Avverso la detta sentenza ha proposto ricorso il fallimento della (OMISSIS) srl con atto notificato il 19-20/7/06 cui ha resistito con controricorso la (OMISSIS) che ha proposto altresì ricorso incidentale cui ha resistito con controricorso la curatela fallimentare.

Successivamente ha proposto ricorso per cassazione la (OMISSIS) srl con atto notificato il 17-19-20/10/10 cui ha resistito con controricorso la (OMISSIS).

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente osservato che, essendo il primo ricorso proposto (n. 24098/06) quello del fallimento della (OMISSIS) srl notificato il 19-20/7/06, lo stesso è il ricorso principale, mentre quello successivamente proposto dalla (OMISSIS) srl (n. 28369/06), con atto notificato il 17-19-20/10/10, va qualificato come ricorso incidentale.

Riveste ovviamente la natura di ricorso incidentale quello (n. 27417/06) proposto dalla società (OMISSIS).

Cio' posto i tre ricorsi vanno riuniti ex articolo 335 c.p.c.. Con il primo motivo di ricorso principale il fallimento (OMISSIS) S.r.l. (già (OMISSIS) S.r.l.) lamenta che la Corte d'Appello di Firenze, ha erroneamente ritenuto che il marchio n. (OMISSIS), registrato da (OMISSIS), ancorché concesso prima

dell'entrata in vigore del Decreto Legge n. 480 del 1992, ed ancorché valido al momento della concessione, non potesse essere utilizzato dopo l'entrata in vigore della riforma in quanto non usato prima di essa. La ricorrente sostiene, in particolare, che la Corte di merito non ha tenuto conto che il Decreto Legge n. 480 del 1992, articoli 88 e 89, disciplinano fattispecie diverse: l'articolo 88, il regime transitorio del marchio di fatto e l'articolo 89, il regime transitorio dei marchi registrati e alla fattispecie in esame sarebbe applicabile solo l'articolo 89, trattandosi di marchio registrato da (OMISSIS) prima dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 480 del 1992. Con il secondo motivo la (OMISSIS) srl lamenta la violazione dell'articolo 42 L.m. che consentiva a chi aveva registrato un marchio di iniziarne l'utilizzazione senza incorrere in decadenza entro tre anni dalla data del rilascio.

Con il terzo motivo la ricorrente principale lamenta che la Corte d'Appello sia incorsa in un errore in procedendo allorché ha ritenuto non ritualmente proposta dalla (OMISSIS) l'eccezione di decadenza per non uso del marchio n. (OMISSIS) di cui (OMISSIS) è titolare.

Secondo la ricorrente la Corte d'Appello aveva il potere-dovere di esaminare d'ufficio la validità del marchio di cui la (OMISSIS) si era avvalsa nei confronti delle convenute.

Con il quarto motivo contesta la contraddittorietà della sentenza impugnata laddove ha confermato la sentenza del Tribunale, ma, a differenza di quanto ritenuto dal primo giudice, ha affermato che gli zainetti da essa commercializzati potevano considerarsi prodotti affini rispetto a quelli commercializzati dalla (OMISSIS) con il proprio marchio.

Con il primo motivo di ricorso incidentale la società (OMISSIS) deduce l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte d'Appello di Firenze nel respingere la richiesta avanzata di veder dichiarata la nullità del marchio (OMISSIS) registrato da (OMISSIS) nel 1992. Evidenzia che, a norma del Decreto Legislativo 412/1992 n. 480, articolo 1, il titolare del marchio ha diritto di vietare ai terzi di usare un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi non affini, se il marchio registrato goda di tutela nello Stato e se l'uso del segno, senza giusto motivo, consenta di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio. Deduce ulteriormente che, comunque, anche prima della entrata in vigore del Decreto Legislativo 480/92, la protezione del marchio notorio si estendeva anche nei confronti dei prodotti non affini. Con il secondo motivo contesta la sentenza impugnata laddove ha rigettato la domanda di risarcimento dei danni. La ricorrente (OMISSIS) srl deduce con il primo motivo di ricorso incidentale la medesima doglianza posta con il primo motivo del ricorso del fallimento (OMISSIS) lamentando l'errore della sentenza impugnata laddove ha ritenuto che il marchio n. (OMISSIS), registrato da (OMISSIS), ancorché concesso prima dell'entrata in vigore del Decreto Legge n. 480 del 1992, ed ancorché valido al momento della

concessione, non potesse essere utilizzato dopo l'entrata in vigore della riforma in quanto non usato prima di essa.

Con il secondo motivo di ricorso lamenta che la Corte d'appello non abbia pronunciato sulla contestata notorietà del marchio (OMISSIS).

Con il terzo motivo di ricorso riprende le stesse doglianze di cui al secondo motivo del ricorso principale del fallimento (OMISSIS) sostenendo che tutto il sistema della legge - quale risulta anche dagli articolo 42 e 91 L.M. - non consente di ritenere che possa essere inibito l'uso di un marchio, quale quello in oggetto, perfettamente valido allorché sia stato utilizzato nei termini di legge.

Con il quarto motivo fa proprie le doglianza svolte dal fallimento (OMISSIS) con il terzo motivo di ricorso principale; in aggiunta contesta l'affermazione della Corte d'appello secondo cui l'eccezione di nullità del marchio (OMISSIS) per non uso per tre anni non sarebbe stata sollevata da essa (OMISSIS) mentre invece siffatta eccezione era stata sollevata sia in primo che in secondo grado.

Con il quinto motivo riprende il quarto motivo di ricorso della curatela fallimentare.

Con il sesto motivo lamenta l'omessa pronuncia sulla propria eccezione di carenza di legittimazione passiva poiché la produzione e la commercializzazione degli zainetti era comunque addebitabile alla (OMISSIS) cui aveva affittato l'azienda. Va esaminato per primo, in quanto riveste carattere preliminare, il secondo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) srl con cui si contesta la violazione dell'articolo 112 c.p.c., e comunque la mancanza di motivazione in ordine alla notorietà del marchio (OMISSIS).

Il motivo è infondato e per altri aspetti inammissibile.

E' certamente infondato per quanto concerne l'omessa pronuncia di cui all'articolo 112 c.p.c., poiché la Corte d'appello, a conferma della già riconosciuta notorietà del marchio da parte della sentenza di primo grado, espressamente ne conferma il predetto carattere (v. pag 6 della sentenza) ponendo lo stesso alla base della decisione.

Quanto alla mancanza di motivazione sulla pretesa censura in ordine alla notorietà del marchio, il motivo è inammissibile.

La sentenza da atto nella parte narrativa che la sentenza di primo grado aveva accertato e riconosciuto il detto carattere e, nel riassumere poi il contenuto dell'atto di appello del fallimento (OMISSIS) srl, ha rilevato che questo sosteneva che "la sentenza aveva erroneamente fatto applicazione della norma transitoria del Decreto Legislativo n. 480 del 1992, articolo 88, giacché tale disposizione riguardava solo i marchi di fatto (e non quelli registrati), sicché a nulla rilevava la dichiarata - ma comunque non provata notorietà del marchio (OMISSIS) dell'attrice".

Da quanto riportato nella narrativa della impugnata sentenza non risulta in alcun modo che il fallimento odierno ricorrente principale o la ricorrente

incidentale (OMISSIS) srl avessero proposto uno specifico motivo di appello con cui si contestava il carattere notorio del marchio della (OMISSIS).

La Corte d'appello ha infatti rilevato soltanto che nell'ambito di una censura rivolta a contestare l'erronea applicazione del Decreto Legislativo n. 480 del 1992, articolo 88, si era rilevato che in tale contesto la questione della notorietà o meno del marchio non rivestiva rilevanza alcuna mentre la questione circa la mancata prova di detta caratteristica non costituiva una doglianza specifica ma un semplice inciso dell'argomentazione.

Era pertanto onere della (OMISSIS) srl con il motivo di ricorso in esame indicare in modo specifico, riportandone il contenuto l'asserito motivo di appello che sarebbe stato proposto sul punto al fine di consentire a questa Corte, cui è inibito l'accesso alla visione degli atti della fase di merito, di valutare l'eventuale omessa motivazione sul punto da parte della sentenza impugnata.

Il mancato adempimento del sopradetto onere rende il motivo non sindacabile in questa sede di legittimità.

Si aggiunge tuttavia, ancorché superflualmente, che in ogni caso la Corte d'appello ha fornito idonea motivazione in ordine alla notorietà del marchio sia pure in riferimento alla decisione relativa alla concorrenza sleale per confusione laddove ha affermato (v. pag 8) che "i consumatori, i quali, acquistando zaini ed oggetti di cartoleria marchiati (OMISSIS) sono portati a ritenere, vedendo anche la pubblicità relativa, che si tratti di oggetti prodotti dalla ditta inglese (avuto riguardo al fatto che è innegabile - come si evince dalla documentazione in atti ed anche per fatto notorio - che il nome (OMISSIS) richiama alla mente un particolare stile di abbigliamento, divenuto famoso nel mondo occidentale, sia per essere i relativi capi indossati da i personaggi dello spettacolo o della politica ritratti su pubblicazioni usualmente acquistate da *quavis de populo*, sia per essere stata più volte narrata la storia della famiglia che, sotto il suo nome, ha iniziato quell'attività di produzione".

Dal mancato accoglimento del motivo in esame discende che deve considerarsi definitivamente accertato in giudizio il carattere notorio del marchio (OMISSIS).

Seguendo l'ordine logico delle questioni va ora esaminato il primo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) ltd. Con tale motivo si deduce, con una prima censura, l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte d'Appello di Firenze, nel respingere la richiesta avanzata di veder dichiarata la nullità del marchio (OMISSIS) registrato da (OMISSIS) nel 1992. Evidenzia la ricorrente incidentale che, a norma del Decreto Legislativo 412/1992 n. 480, articolo 1, il titolare del marchio ha diritto di vietare ai terzi di usare un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi non affini, se il marchio registrato goda di tutela nello Stato e se l'uso del

segno, senza giusto motivo, consenta di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio.

La ricorrente incidentale sostiene, in sostanza, che la nuova normativa del 1992 si applichi integralmente al caso di specie per cui doveva dichiararsi la nullità del marchio (OMISSIS) ottenuto dalla (OMISSIS).

Il motivo si sofferma a sostenere il carattere notorio del marchio di cui essa è titolare, ma tali argomenti sono privi di rilevanza essendo già stato accertato dalla sentenza impugnata il detto carattere.

Il ricorrente sostiene poi l'applicazione al caso di specie del Regio Decreto 21 giugno 1942, n. 929, articolo 1, come sostituito dal Decreto Legislativo n. 480 del 1992, laddove prevede che "il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare: b) un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi non affini, se il marchio registrato goda nello stato di rinomanza e se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi".

Tale assunto appare del tutto incomprensibile in quanto avulso dal contesto argomentativo della sentenza impugnata che ha di fatto applicato il predetto articolo ma tramite l'interpretazione delle disposizioni di diritto transitorio di cui al Decreto Legislativo n. 480 del 1992, articolo 88 e 89.

Deduce poi, con una seconda censura, la società ricorrente incidentale che già la giurisprudenza nel vigore della normativa antecedente alla riforma del 1992 prevedeva la protezione dei marchi notori in relazione ai prodotti non affini.

Tale doglianza appare fondata.

Già una risalente decisione di questa Corte ha affermato che i marchi celebri, pur esplicando prevalentemente funzione distintiva del prodotto, tendono altresì a diffondere e far conoscere la provenienza dei prodotti o merci al consumo e vengono presi in considerazione dal pubblico per ricollegarvi non solo un prodotto, ma un prodotto di qualità soddisfacente. Essi, pertanto, estendono il campo di protezione al di là dei prodotti uguali o strettamente affini (secondo la nozione di affinità che interessa i marchi ordinari), dovendosi al loro riguardo accogliere una nozione più ampia di affinità che tenga conto del pericolo di confusione, in cui il consumatore medio può cadere attribuendo al titolare del marchio celebre la fabbricazione di altri prodotti ovvero ritenendo falsamente l'esistenza di legami giuridici od economici tra le due imprese, sempre che non esista una rilevante distanza merceologica tra il vecchio ed il nuovo prodotto ovvero l'uno o l'altro siano altamente specializzati. (Cass. 2060/83). Tale orientamento giurisprudenziale ha trovato seguito anche nella successiva giurisprudenza di questa Corte che ha osservato che il giudizio di "affinità" di un prodotto rispetto ad un altro coperto da un marchio notorio o rinomato deve essere formulato - anche nel sistema normativo previgente alle modifiche introdotte con il Decreto Legislativo n. 480 del 1992, e così

come da interpretarsi conformemente alla direttiva n. 89/104/CEE secondo un criterio più largo rispetto ai marchi comuni.

Il giudizio di affinità non può prescindere, infatti, dalla forza individualizzante che il marchio medesimo ha conseguito sul mercato. Attraverso la divulgazione del marchio notorio, si rende partecipe il pubblico dei consumatori della stessa provenienza dei prodotti immessi al consumo ed il successo del prodotto è garantito, appunto, a parte le sue qualità intrinseche, dalla rinomanza che la fonte produttiva ha acquisito nel tempo. (Cass. 14315/99).

In siffatta circostanza, alla luce della direttiva comunitaria 89/104, si deve tener conto del pericolo di confusione che si determina quando un marchio si mette al traino di altro che sia tuttavia noto, (in ciò infatti consiste il vantaggio di tale comportamento) per distinguere un prodotto il cui grado di affinità con quello contrassegnato dal marchio noto non è grande. Tale situazione giustifica che si tenga conto ai fini della affinità del pericolo che il consumatore medio attribuisca al fabbricante di un prodotto noto l'offerta di un prodotto ulteriore non rilevantemente distante sul piano merceologico, cosicché il prodotto meno noto si avvantaggia di quello noto e del suo segno (Cass. 23787/04).

Questa Corte ha poi rilevato che l'orientamento interpretativo assunto risultava ulteriormente rafforzato dalla tutela che il marchio rinomato aveva espressamente ricevuto dalla modifica normativa introdotta dal Decreto Legislativo n. 480 del 1992, da cui emergeva un vero e proprio *favor legis* nei confronti dei marchi notori. (Cass. 14315/99).

La sentenza impugnata, dopo avere dato atto che la sentenza di primo grado aveva ritenuto che tra il marchio della (OMISSIS) e quello delle ricorrenti principali, quanto meno in relazione alle classi 25, da un lato, e 18, dall'altro, vi era affinità, e che la (OMISSIS) e la (OMISSIS) spa avevano sfruttato la forza evocativa del marchio (OMISSIS), ha ritenuto di escludere la sussistenza di tale condizione sulla base della diversità della clientela e dei luoghi di smercio.

Tale motivazione non appare conforme ai principi dianzi enunciati.

La sentenza impugnata infatti non ha tenuto conto in alcun modo nel giudizio di affinità sommariamente espresso della estensione naturale del concetto di affinità che discende dalla notorietà del marchio ne' del pericolo di confusione per il consumatore.

La doglianza va pertanto accolta.

Da ciò discende l'assorbimento del primo motivo del ricorso principale, nonché del primo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) srl, che pongono entrambi la medesima questione, essendo evidente che potrà addivenirsi all'esame della questione di diritto transitorio posta dall'interpretazione del Decreto Legislativo n. 480 del 1992, articoli 88 ed 89, solo se il giudice del rinvio, nel rivalutare la questione della affinità dei prodotti cui si riferiscono i marchi oggetto di giudizio, non reputi che il

marchio rilasciato alla (OMISSIS) srl prima della entrata in vigore del citato decreto legislativo sia non affine rispetto al quello della (OMISSIS) ltd e non sia quindi nullo alla luce della normativa antecedente al Decreto Legislativo n. 480 del 1992.

Per le medesime ragioni risultano assorbiti il secondo motivo del ricorso principale ed il terzo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS).

Entrambi i motivi pongono la medesima questione della violazione dell'articolo 42 l.m., che, per effetto del richiamo operato dal Decreto Legislativo n. 480 del 1992, articolo 91, consentiva a chi aveva registrato un marchio di iniziarne l'utilizzazione senza incorrere in decadenza entro tre anni dalla data del rilascio purché non fosse già incorso nella detta decadenza al momento della entrata in vigore del decreto legislativo.

Tale questione inerisce infatti alla questione dell'applicazione e dell'interpretazione del Decreto Legislativo n. 480 del 1992, articoli 88 e 89.

Il terzo motivo del ricorso principale può essere esaminato con il quarto motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS), ponendo i motivi la medesima questione con cui si lamenta che la Corte d'Appello sia incorsa in un *error in procedendo* allorché ha ritenuto non ritualmente proposta dalla (OMISSIS) l'eccezione di decadenza per non uso del marchio n. (OMISSIS) di cui (OMISSIS) è titolare.

Secondo la curatela ricorrente principale nonché secondo la società ricorrente incidentale la Corte d'Appello aveva il potere-dovere di esaminare d'ufficio a validità del marchio di cui la (OMISSIS) si era avvalsa nei confronti delle convenute.

Tale assunto è erroneo alla luce della giurisprudenza di questa Corte che ha affermato che il Regio Decreto 21 giugno 1942, n. 929, articolo 42, in tema di decadenza dal brevetto, non prevede che tale decadenza possa essere rilevata dal giudice d'ufficio, ma la stessa deve essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ciò da chi impugna il brevetto, il quale ha inoltre l'onere non solo di allegare la nullità o la decadenza, ma di fornirne la prova (articolo 58), ovvero dal pubblico ministero, in contraddittorio con gli aventi diritto al marchio, nell'Esercizio di un potere di azione (articolo 59). (Cass. 6259/82; Cass. 7583/83).

I due motivi vanno pertanto respinti.

Assorbiti risultano invece il quarto motivo del ricorso principale ed il quinto del ricorso incidentale della (OMISSIS) srl che pongono la medesima questione circa la contraddittorietà nella sentenza impugnata tra la motivazione ed il dispositivo laddove in quest'ultimo si confermata la sentenza del tribunale ma, a differenza di quanto ritenuto dal primo giudice, mentre si e' affermato nella parte motiva della sentenza che gli zainetti da esse commercializzati potevano considerarsi prodotti affini rispetto a quelli commercializzati dalla (OMISSIS) con il proprio marchio.

E' evidente che a seguito dell'accoglimento per quanto di ragione del primo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) il giudice del rinvio dovrà riesaminare ex novo anche tale questione.

Con il sesto motivo del ricorso incidentale la (OMISSIS) lamenta l'omessa pronuncia sulla propria eccezione di carenza di legittimazione passiva poiché la produzione e la commercializzazione degli zainetti era comunque addebitabile alla (OMISSIS) cui aveva affittato l'azienda.

Il motivo e' manifestamente infondato.

La sentenza impugnata ha motivato sul punto avendo rilevato (v. pag. 7 della sentenza) che entrambe le società avevano concorso nel compimento di atti di concorrenza sleale "consentendo la prima, attraverso la concessione dell'uso del marchio alla seconda, che questa potesse commercializzare anche prodotti, come gli zaini, aventi affinità con quelli di abbigliamento commercializzati dalla (OMISSIS)".

Il secondo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS), con cui contesta la sentenza impugnata laddove ha rigettato la domanda di risarcimento dei danni, e' inammissibile.

Osserva il collegio che il giudice del merito ha ritenuto che la prova della esistenza del danno, ancorché ne sia richiesta la liquidazione equitativa spetta alla parte richiedente. Quindi ha ritenuto che tale prova non sia stata fornita. La sentenza impugnata su tale punto ha motivato diligentemente, rilevando che non era stata fornita la prova della commercializzazione di prodotti analoghi a quelli della (OMISSIS) ne' che, per effetto della cattiva qualità degli zainetti venduti dalle controparti, si fosse verificato un calo delle vendite dei prodotti di essa (OMISSIS). Le censure che quest'ultima muove a siffatta motivazione sono del tutto generiche ed apodittiche limitandosi alla affermazione di uno sviamento della clientela senza alcun riferimento in ordine alle prove fornite in giudizio in ordine a siffatta circostanza. In conclusione, dunque, va accolto nei termini di cui in motivazione il primo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) dichiarato inammissibile il secondo; vanno dichiarati assorbiti il primo il secondo ed il quarto motivo del ricorso principale, rigettato il terzo; vanno dichiarati assorbiti il primo, il terzo, ed il quinto motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) spa, rigettati il secondo ed il quarto ed il sesto.

La sentenza impugnata va pertanto cassata in relazione alla censura accolta del primo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) con rinvio anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione che dovrà valutare - dandone atto con adeguata motivazione - circa l'esistenza di un rapporto di affinità tra i prodotti cui si riferisce il marchio della (OMISSIS) e quelli cui si riferisce il marchio della (OMISSIS) e della (OMISSIS) tenendo conto del principio di diritto, sopra enunciato, che il giudizio di affinità di un prodotto rispetto ad altro coperto da marchio notorio o rinomato deve essere formulato, secondo il sistema previgente interpretato in modo conforme alla direttiva

n.89/104/CEE, secondo un criterio piu' largo di quello adoperato per i marchi comuni, traendo a seguito della decisione che si assumerà le necessarie conseguenze nella valutazione dei motivi assorbiti.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi. Accoglie nei termini di cui in motivazione il primo motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) dichiarato inammissibile il secondo; dichiara assorbiti il primo, il secondo ed il quarto motivo del ricorso principale, rigetta il terzo; dichiara assorbiti il primo, il terzo, ed il quinto motivo del ricorso incidentale della (OMISSIS) spa, rigettati il secondo, il quarto ed il sesto; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione.

COMMENTO

1. Iter processuale.

La sentenza in commento ribadisce un orientamento giurisprudenziale che deve essere interpretato alla luce del particolare momento storico in cui i fatti di causa si sono svolti. Difatti, l'affermazione che "per i marchi celebri bisogna considerare il pericolo di confusione in cui il consumatore può cadere attribuendo al titolare del marchio celebre la fabbricazione anche di altri prodotti non rilevantemente distanti sotto il piano merceologico" [1], risulta comprensibile se inserita in un contesto normativo come quello oggetto di causa, mentre potrebbe apparire scorretta se letta alla luce della disciplina attuale in materia di tutela ultramerceologica del marchio notorio.

E' opportuna una seppur sommaria ricostruzione dei fatti controversi.

Oramai oltre un decennio fa, la nota casa di moda britannica J. Barbour & Sons Ltd (per brevità, Barbour) citava in giudizio due società italiane (rispettivamente, la titolare del segno ritenuto in violazione della privativa di parte attrice e la società licenziataria dello stesso) per contraffazione del proprio marchio, nonché per contestare una loro responsabilità ai sensi dell'articolo 2598 n. 1 e n. 2 del codice civile [2], domandando al contempo la dichiarazione di nullità del marchio concesso alla convenuta.

La vertenza in questione, nonostante sia giunta soltanto adesso a definizione [3], ha ad oggetto registrazioni risalenti: al settembre del 1986 quella della Barbour ed al novembre del 1992 quella della convenuta società italiana, titolare di un marchio identico a quello di parte attrice.

Il Tribunale di Firenze, partendo dall'assunto che il marchio della Barbour godesse già di notorietà al momento dei fatti oggetto di causa, ha

riconosciuto che controparte stava sfruttando la forza evocativa del medesimo segno, attraverso la produzione di articoli corrispondenti a classi merceologiche (la 16 e la 18) diverse da quella coperta dal diritto di esclusiva della Barbour (la 25). [4]

Il giudice di prime cure, ritenuto provato l'uso del marchio da parte delle convenute a partire dall'autunno del 1995, posta la notorietà del segno e la sussistenza di affinità tra le classi 25 e 18, ha perciò stabilito l'applicabilità dell'articolo 1 lett. b) e c) della Legge Marchi come modificata dal D.lgs. n. 480 del 1992, così accogliendo le domande di parte attrice circa la distruzione e l'inibitoria di quanto era stato contraffatto.

Con la medesima decisione il Tribunale non ha accolto però né la domanda di risarcimento né quella di nullità del brevetto di controparte, in virtù della disciplina transitoria disposta dall'articolo 89 del D.lgs. n. 480 del 1992 [5].

La due società italiane hanno proposto appello contro questa sentenza contestando gravi profili di contraddittorietà della decisione del Tribunale fiorentino - da un lato la riconosciuta illegittimità dell'uso del segno oggetto di giudizio e dall'altro la contestuale dichiarazione di "non nullità" del medesimo (equivalente ad una dichiarazione di legittimità della privativa in sé considerata) - nonché lamentando l'assenza di affinità tra la classe 25 e la classe 18.

Poiché tutte queste censure sono state respinte dalla Corte di Appello di Firenze, le due società italiane soccombenti hanno proposto ricorso in Cassazione avverso la decisione di secondo grado, deducendo - in via preliminare - la carenza di motivazione in ordine alla notorietà del marchio, ed inoltre denunciando - nuovamente - i già citati profili di contraddittorietà della sentenza impugnata.

La Suprema Corte ha invece accolto un solo motivo di doglianza, presentato in via incidentale dalla Barbour per contestare la mancata dichiarazione di nullità del marchio di controparte, relativo al fatto che già prima della riforma del 1992 era riconosciuta, da parte della giurisprudenza, la protezione dei marchi notori in relazione a prodotti non affini.

2. Il D.lgs. n. 480/1992 di attuazione della Direttiva n. 89/104/CEE: problemi di successione della legge nel tempo

2. Ai fini di una compiuta analisi di questa sentenza è doveroso, in primo luogo, analizzare brevemente le successive modifiche intervenute nella normativa richiamata dai giudici di Cassazione.

Il marchio di titolarità della Barbour è stato concesso nel 1986, mentre la registrazione dell'altro identico, della convenuta, risale al novembre del 1992.

Posto che il D.lgs. n. 480, emesso al fine di dare attuazione alla Prima Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 21 dicembre del 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (Direttiva n. 89/104/CEE), è entrato in vigore a dicembre del 1992, la Corte di Cassazione ha correttamente definito per la sua non applicabilità al caso di specie.

Tuttavia, considerando che al momento in cui si son svolti i fatti la Direttiva era già stata emanata, i giudici della Suprema Corte hanno stabilito che il caso in esame era da decidersi tenendo conto di quanto in essa disposto.

In altre parole, la Corte ha affermato che l'ordinamento previgente rispetto al D.lgs. n. 480 del 1992, deve essere interpretato in modo conforme alla direttiva n. 89/104/CEE, adottando per i marchi celebri "un criterio più largo di quello adoperato per i marchi comuni".[6]

3. La tutela ultramerceologica, alla luce della Direttiva n. 89/104/CEE e del D.lgs. n. 480/1992

Ciò premesso, non è possibile esimersi dal chiarire quali modifiche sono state apportate dalle normative appena citate.

Partendo dalla prassi giurisprudenziale nazionale precedente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 480 del 1992, si nota che già allora alcune sentenze avevano riconosciuto la protezione dei marchi notori in relazione a prodotti non affini.[7]

La tutela ultramerceologica del marchio celebre era riconosciuta dai giudici nazionali e spesso a condizioni non troppo dissimili da quelle di cui alla Direttiva n. 89/104/CEE (e dunque al D.lgs. n. 408 del 1992).

Tuttavia, fino all'entrata in vigore della normativa comunitaria appena richiamata, il criterio fondamentale per riconoscere una più ampia protezione al marchio celebre consisteva nel "pericolo di confusione in cui il consumatore medio può cadere attribuendo al titolare del marchio celebre la fabbricazione di altri prodotti, o ritenendo falsamente l'esistenza di legami giuridici o economici fra le due imprese".[8] Tale requisito della tutela ultramerceologica del marchio celebre era stato, appunto, elaborato dalla giurisprudenza e non trovava riscontro positivo a livello nazionale o sovranazionale.[9]

Con la nuova legge del 1992 è stato posto un discrimine tra marchi notori o meno, sia sotto il profilo della sussistenza del rischio di confusione sull'origine del prodotto, sia in merito all'ambito di applicabilità ai prodotti o servizi identici o affini piuttosto che a quelli non affini.

In merito al "pericolo di confusione", il legislatore non ha inserito tale elemento tra i requisiti dell'articolo 1 lett. c) del D.lgs. n. 480 del 1992 così da escluderne la sussistenza al fine di poter garantire ai marchi di rinomanza la tutela "allargata" ivi prevista. Al contrario tale requisito era

stato invece inserito nella lett. b) del medesimo articolo, relativamente ai marchi non notori. [10]. Se il legislatore avesse voluto dichiarare necessaria la sussistenza del “rischio di confusione” anche per i marchi notori, non avrebbe certo esitato a legiferare sul punto come ha fatto per i “non notori” di cui alla lettera b), inserendo detto requisito nella norma in oggetto. Tale assenza ha dunque fatto presumere che la tutela ultramerceologica riconosciuta ai marchi notori fosse disposta a prescindere dalla sussistenza del pericolo di confusione per il consumatore.[11]

Per quanto concerne l’ambito di applicabilità della tutela in esame, con l’articolo 1 lett. c) del D.lgs. n. 480 del 1992, è stato stabilito che “il titolare [di un marchio notorio] ha il diritto di vietare ai terzi, salvo il proprio consenso, di usare [...]” c) un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi non affini, se il marchio registrato goda nello Stato di rinomanza e se l’uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio”. La norma ha quindi richiamato espressamente i “prodotti o servizi non affini”. Diversamente detta tutela è stata limitata a “prodotti o servizi identici o affini” per i marchi non notori. [12]

Da ciò, è sorto il dubbio circa la possibilità di estendere anche ai prodotti o servizi “affini”, la tutela prevista dall’articolo 1 lett. c) a favore dei marchi notori per prodotti o servizi non affini.

La dottrina è stata fin da subito (ed a ragion veduta, noti gli sviluppi normativi che sono poi intervenuti sul punto) chiara ad interpretare l’articolo 1 lett. c) nel punto in cui si riferisce solo ai “prodotti e servizi non affini”, nel senso di considerare sottintesa a tale statuizione, la volontà del legislatore di tutelare il marchio notorio anche nei confronti di prodotti o servizi affini a quelli corrispondenti alla registrazione della privativa. [13]

Questa interpretazione è coerente con la volontà della Direttiva n. 89/104/CEE, di prevedere una c.d. “tutela allargata” del marchio notorio, anche per un suo uso non confusorio su prodotti affini a quelli per cui il segno è stato registrato [14]. Ciò, a condizione che l’utilizzo fattone sia idoneo a determinare un indebito vantaggio a favore dell’utilizzatore o quantomeno un pregiudizio alla notorietà o alla distintività del segno contraffatto.

Il risultato normativo è stato il frutto della volontà, storicamente perseguita dal legislatore comunitario e poi di conseguenza da legislatori nazionali – di estendere l’ambito di protezione del marchio oltre il principio di specialità, così passando da una tutela collegata meramente alla funzione distintiva o d’origine ad una funzione pubblicitaria; il marchio è così venuto ad assumere un intrinseco valore quale “collettore di clientela”. [15]

4. Il marchio che gode di rinomanza e l'articolo 20 lett. c) del Codice di Proprietà Industriale

La Direttiva prima e il D.lgs. n.480 del 1992 poi, si sono posti come prototipi per l'articolo 20 lett. c) del Codice di Proprietà Industriale, che attualmente disciplina la tutela ultramerceologica per i marchi che godono di rinomanza [16].

L'articolo in questione, infatti, nello stabilire che “i diritti del titolare del marchio d'impresa registrato consistono nella facoltà di fare uso esclusivo del marchio. Il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nell'attività economica [...] c) un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, se il marchio registrato goda nello stato di rinomanza e se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi”, statuisce proprio che la caratteristica fondamentale di tale tutela è quella di non essere minimamente condizionata dalla sussistenza o meno del rischio di confusione sull'origine né dalla presenza o assenza di affinità tra prodotti o servizi; ciò, purché tuttavia sussistano situazioni di agganciamento parassitario al marchio notorio oppure effetti pregiudizievoli per il medesimo segno [17].

Per quanto attiene alla estensione merceologica di detta tutela, la norma in esame ha eliminato qualsiasi dubbio circa la sua applicabilità ai casi di affinità o non affinità di prodotti o servizi. Aver espressamente introdotto nell'articolo 20 lett. c) la parola “anche” in riferimento ai prodotti e servizi non affini ha certamente chiarito che la protezione merceologica è estesa sia oltre sia nell'ambito della o delle classi per cui un marchio è registrato.

5. Conclusioni

In conclusione, in presenza di un marchio che gode di rinomanza, si deve soltanto considerare se l'identità o somiglianza dei segni distintivi posti a raffronto comporti o meno, anche in alternativa tra loro: 1) il pregiudizio all'immagine del marchio derivante da un indesiderato accostamento; 2) l'indebito e ingiustificato vantaggio conseguito parassitariamente dal contraffattore. [18]

Dunque, la sentenza che ci occupa nel considerare il rischio di confusione come requisito necessario per il riconoscimento della tutela ultramerceologica dei marchi notori o di rinomanza, richiama - a ragione - la disciplina applicabile al caso di specie al momento in cui si è verificata la violazione oggetto di controversia, cioè nel particolare momento dopo l'emanazione della Direttiva ma prima del suo recepimento con il Decreto legislativo.

Ed in tale ottica soltanto deve essere considerata.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Così I. Nocera, *Una tutela più ampia per i marchi celebri*, Diritto & Giustizia, Giugno 2013. Per un inquadramento circa la tutela ultramerceologica dei marchi che godono di rinomanza, *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, quarta edizione, TORINO, 2012, P. 182.

[2] Si riporta il testo integrale dell'articolo 2598 c.c. "atti di concorrenza sleale. Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda".

[3] I giudici della Suprema Corte hanno cassato la sentenza impugnata, decidendo per il suo rinvio alla Corte d'Appello di Firenze, affinché quest'ultima emetta una nuova decisione ridefinendo il merito della controversia.

[4] La registrazione della convenuta ed anche i prodotti di fatto realizzati dalla stessa, ricadevano nelle classi 16 e 18 (cartolibreria, pelletteria, valigeria, etc.) a differenza di quanto tutelato con la registrazione della Barbour per la classe 25 (abbigliamento, scarpe e cappelleria).

[5] Si legge nella sentenza della Corte di Cassazione n. 13090 del 2013, che il Tribunale di Firenze ha ritenuto non accoglibile la domanda di nullità "ostandovi la norma transitoria dell'art. 89 D.lgs. 480/92 che, per i marchi concessi prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, rinviava alle norme precedenti, non contemplanti le ipotesi di nullità invocate dall'attrice".

[6] In tal senso la Corte di Cassazione ha così enunciato il principio di diritto (che la Corte di Appello di Firenze, quale giudice del rinvio dovrà tenere presente per la sua futura decisione nel merito della controversia): "la sentenza impugnata va pertanto cassata in relazione alla censura accolta [...] con rinvio [...] alla Corte d'Appello di Firenze in diversa

composizione che dovrà valutare - dandone atto con adeguata motivazione - circa l'esistenza di un rapporto di affinità tra i prodotti cui si riferisce il marchio della Barbour Ltd e quelli cui si riferisce il marchio [di controparte] tenendo conto del principio di diritto [...] che il giudizio di affinità di un prodotto rispetto ad altro, coperto da marchio notorio o rinomato, deve essere formulato, secondo il sistema previgente interpretato in modo conforme alla direttiva n. 89/104/CEE secondo un criterio più largo di quello adoperato per i marchi comuni”.

[7] Si veda quanto stabilito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 2060 del 1983: “i marchi celebri, pur esplicitando prevalentemente funzione distintiva del prodotto, specie quando si risolvono nel nome patronimico dell'imprenditore, tendono altresì a diffondere e far conoscere la provenienza dei prodotti o merci al consumo e vengono presi in considerazione dal pubblico per ricollegarvi non solo un prodotto, ma un prodotto di qualità soddisfacente. Essi, pertanto, estendono il campo di protezione al di là dei prodotti uguali o strettamente affini (secondo la nozione di affinità che interessa i marchi ordinari), dovendosi al loro riguardo accogliersi una nozione più ampia di affinità che tenga conto del pericolo di confusione, in cui il consumatore medio può cadere attribuendo al titolare del marchio celebre la fabbricazione di altri prodotti ovvero ritenendo falsamente l'esistenza di legami giuridici od economici tra le due imprese, sempre che non esista una rilevante distanza merceologica tra il vecchio ed il nuovo prodotto ovvero l'uno o l'altro siano altamente specializzati”.

[8] In tal senso, *ibidem*, Cass. 2060/1983: “la protezione del marchio celebre, da realizzare secondo una nozione di affinità più ampia che tenga conto del pericolo di confusione in cui il consumatore medio può cadere attribuendo al titolare del marchio celebre la fabbricazione di altri prodotti, o ritenendo falsamente l'esistenza di legami giuridici o economici fra le due imprese, non ha luogo, né ove esiste una rilevante distanza merceologica fra il vecchio e il nuovo prodotto né qualora l'uno o l'altro prodotto siano altamente specializzati.”

[9] Autorevole dottrina si era espressa a riguardo affermando che “nel vigore della vecchia legge un rischio di confusione non era esplicitamente contemplato come elemento costitutivo della fattispecie illecita, e tanto meno vi si parlava di una confondibilità sull'origine”, *La nuova legge marchi*, seconda edizione aggiornata con i d.lgs. nn. 198/96 e 447/99, A. VANZETTI, C. GALLI, MILANO, 2001, P. 27. In merito si veda anche la sentenza n. 2060 del 1999 con la quale si è pronunciata la Corte di Cassazione affermando che “Il giudizio di "affinità" di un prodotto rispetto ad un altro coperto da un marchio notorio o rinomato deve essere formulato - anche nel sistema normativo previgente alle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 480 del 1992, e così come da interpretarsi conformemente alla direttiva n. 89/104/Cee - secondo un criterio più largo

di quello adoperato per i marchi comuni. In relazione ai marchi cosiddetti "celebri", infatti, deve accogliersi una nozione più ampia di "affinità" la quale tenga conto del pericolo di confusione in cui il consumatore medio può cadere attribuendo al titolare del marchio celebre la fabbricazione anche di altri prodotti non rilevantemente distanti sotto il piano merceologico e non caratterizzati - di per sé - da alta specializzazione".

[10] Si riporta integralmente il testo dell'articolo 20 del Codice di Proprietà Industriale: "diritti conferiti dalla registrazione. 1. I diritti del titolare del marchio d'impresa registrato consistono nella facoltà di fare uso esclusivo del marchio. Il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nell'attività economica: a) un segno identico al marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato; b) un segno identico o simile al marchio registrato, per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza fra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o servizi, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni; c) un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, se il marchio registrato goda nello stato di rinomanza e se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi. 2. Nei casi menzionati al comma 1 il titolare del marchio può in particolare vietare ai terzi di apporre il segno sui prodotti o sulle loro confezioni; di offrire i prodotti, di immetterli in commercio o di detenerli a tali fini, oppure di offrire o fornire i servizi contraddistinti dal segno; di importare o esportare prodotti contraddistinti dal segno stesso; di utilizzare il segno nella corrispondenza commerciale e nella pubblicità. 3. Il commerciante può apporre il proprio marchio alle merci che mette in vendita, ma non può sopprimere il marchio del produttore o del commerciante da cui abbia ricevuto i prodotti o le merci".

[11] In merito si veda, per tutte, "*Adidas-Salomon* del 23 ottobre 2003, pronunciata dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea nel procedimento C-408/01, nel punto in cui conclude affermando che "la tutela prevista dall'art. 5, n. 2, della direttiva 89/104 non è subordinata alla constatazione di un grado di somiglianza tra il marchio notorio e il segno tale da generare, nel pubblico interessato, un rischio di confusione tra gli stessi. E' sufficiente che il grado di somiglianza con il marchio notorio ed il segno abbia come effetto che il pubblico interessato stabilisca un nesso tra il segno ed il marchio d'impresa". Conclusione peraltro in linea con quanto attualmente pacifico per i marchi di rinomanza alla luce dell'articolo 20 lett. c del Codice di Proprietà Industriale ed anche con la giurisprudenza maggioritaria. In tal senso, chiaro era l'orientamento dei giudici comunitari già dalla fine degli anni '90; si veda per tutte la decisione del 14 settembre 1999 emessa nella causa C-375/97. "La fattispecie [i marchi che godono di rinomanza] rappresenta uno scavalco del principio di relatività e

della stessa possibilità di confusione, attribuendo a certe condizioni la capacità di sottrarre novità, e quindi un potere invalidante, a marchi anteriori registrati per prodotti o servizi *non affini*”, così in *Manuale di diritto industriale*, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, MILANO, 2012, p. 203.

[12] Sul punto si veda la sentenza *Davidoff* del 9 gennaio 2003, pronunciata nel procedimento C-292/00, con la quale è stato ribadito in merito all’ambito di applicazione dell’articolo 5.2 della Direttiva, l’orientamento della medesima Corte sulla “questione se il testo dell’art. 5, n. 2, della direttiva, in quanto si riferisce espressamente soltanto all’uso di un segno per prodotti o servizi non simili, osti all’applicazione di tale disposizione anche in caso di uso del segno per prodotti o servizi identici o simili. 24. A questo proposito occorre subito rilevare che l’art. 5, n. 2, della direttiva non dev’essere interpretato esclusivamente alla luce del suo testo, ma anche in considerazione dell’economia generale e degli obiettivi del sistema del quale fa parte. 25. Orbene, in considerazione di questi elementi, non si può fornire del detto articolo un’interpretazione che comporti una tutela dei marchi notori minore in caso di uso di un segno per prodotti o servizi identici o simili rispetto al caso di uso di un segno per prodotti o servizi non simili”.

[13] Così si è espresso A. Vanzetti, affermando che “anche se questa disposizione è dettata per estendere merceologicamente la protezione del marchio rinomato a prodotti o servizi non affini a quelli per i quali è stato registrato, sembra ragionevole ritenere che essa possa a più forte ragione trovare applicazione nell’ipotesi in cui i prodotti o i servizi del contraffattore siano dello stesso genere di quelli del titolare del marchio e, ciò nonostante, non vi sia pericolo di confusione, purché si verifichino le condizioni cui il legislatore subordina l’operatività della norma e cioè da una parte la notorietà del segno imitato e dall’altra parte l’esistenza di un pregiudizio o di un approfittamento”, in *La nuova legge marchi*, seconda edizione aggiornata con i d.lgs. nn. 198/96 e 447/99, A. VANZETTI, C. GALLI, MILANO, 2001, P. 40; sul punto si veda anche *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza* a cura di L. C. Ubertazzi, G. E. SIRONI, PADOVA, P. 890.

[14] Sul punto *ibidem*, sentenze *Davidoff* e *Adidas-Salomon*.

[15] In Italia il marchio ha sempre assunto la funzione di indicazione di origine del prodotto o servizio fornito da una determinata impresa, poiché il segno distintivo è sempre stato collegato inscindibilmente a quest’ultima. In relazione al principio di specialità si veda *Il diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*, G. SENA, MILANO, 2007, P. 147 e ss..

[16] E’ opportuno sottolineare che la specifica disciplina a favore dei marchi di rinomanza è giustificata in considerazione del vantaggio che il terzo può conseguire dall’adozione di un segno distintivo che “è già nell’orecchio del pubblico”: risparmiando per l’affermazione del suo prodotto sul mercato e godendo degli effetti derivanti dall’agganciamento parassitario alla buona

fama del titolare della privativa. Il quale potrà così subire un “offuscamento dell'immagine del suo marchio per l'adozione di esso da parte del terzo per prodotti non affini, ma di natura vile, di qualità scadente o comunque non in linea con l'immagine connessa al marchio; sia [un] indebolimento del carattere distintivo del marchio a causa del venire meno della sua unicità sul mercato, sul punto si veda *Manuale di diritto industriale*, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, MILANO, 2012, p. 263; *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, quarta edizione, TORINO, 2012, P. 74 E ss..

[17] La legge non dice espressamente cosa si debba intendere per marchio che goda di rinomanza. Autorevole dottrina si è espressa in merito affermando che “si potrebbe perciò pensare che la rinomanza sia un dato da accertare di volta in volta, ad esempio mediante indagini demoscopiche dirette a stabilire quale percentuale del pubblico conosce un determinato marchio”, così in *Manuale di diritto industriale*, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, MILANO, 2012, p. 261. Si riporta l'articolo 20 lett. c) per esteso: “diritti conferiti dalla registrazione. 1. I diritti del titolare del marchio d'impresa registrato consistono nella facoltà di fare uso esclusivo del marchio. Il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nell'attività economica: a) un segno identico al marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato; b) un segno identico o simile al marchio registrato, per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza fra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o servizi, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni; c) un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, se il marchio registrato goda nello stato di rinomanza e se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi. 2. Nei casi menzionati al comma 1 il titolare del marchio può in particolare vietare ai terzi di apporre il segno sui prodotti o sulle loro confezioni; di offrire i prodotti, di immetterli in commercio o di detenerli a tali fini, oppure di offrire o fornire i servizi contraddistinti dal segno; di importare o esportare prodotti contraddistinti dal segno stesso; di utilizzare il segno nella corrispondenza commerciale e nella pubblicità. 3. Il commerciante può apporre il proprio marchio alle merci che mette in vendita, ma non può sopprimere il marchio del produttore o del commerciante da cui abbia ricevuto i prodotti o le merci”.

[18] In tal senso si veda *Codice della Proprietà Industriale*, A. VANZETTI, Milano, 2013, pagg. 368 e segg.; *Protezione allargata del marchio di rinomanza e prodotti affini*, in *Rivista di diritto industriale*, G. SOTRIFER, 2010, pag. 5.

La circolazione dei contenuti mediante link ad opere protette tra diritto d'autore, responsabilità del prestatore e concorrenza

di
Eugenio Prosperetti

Sommario: 1. Definizione del tema. - 2. Il *link* è un oggetto di diritto d'autore? - 3. Illiceità nella costruzione e presentazione della relazione tra ipertesto ed opera *linkata*. - 4. Il tema del *linking* nella giurisprudenza italiana ed internazionale. - 5. Il *linking* nella proposta di Regolamento AGCOM 2013 sulla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. - 6. Il problema del *legal risk* sopportato dalle piattaforme web 2.0 e le implicazioni antitrust - cenni.

1. Definizione del tema

Il *linking* è la modalità principale di circolazione delle informazioni in Internet e, segnatamente, nel *world wide web*, che funziona per il tramite di ipertesti, cioè parti di testo "attive" che, una volta selezionate, portano il *browser* a navigare verso un certo indirizzo del World Wide Web a cui, per l'appunto, "connettono" a qualcosa di diverso (da qui la denominazione inglese di *link* - connessione).

Chiunque predispose un sito Internet inserisce in esso connessioni ipertestuali per collocarlo nel contesto del *web* e della "rete" e, così facendo, dimostra di accettare il metodo del *linking* quale forma espressiva e di indirizzamento tipica del contesto del *web*.

La dottrina giuridica, come si dirà, ha avuto modo in varie occasioni ed ambiti di confrontarsi con la tecnologia ipertestuale dei *link* e, in particolare, ha valutato se potesse esistere un diritto ad inibire a terzi di realizzare *link* particolarmente invasivi (*deep linking*), le problematiche derivanti da *link* scarsamente trasparenti (*framing* ed *indirect linking*), i casi derivanti dal porre il *link* in collocazioni pregiudizievoli per ragioni di dignità o concorrenza sleale ed infine anche casi che vedevano associazioni tra testo del *link* e oggetto del *link* che causare problemi di concorrenza sleale [1].

Successivamente all'ampia attenzione al tema del *linking* prestata dalla giurisprudenza, la tecnologia dei *link* e, soprattutto, dei dispositivi in grado di utilizzarli, si è evoluta; rispetto a tale evoluzione, tuttavia, le pronunce sono rare e non affermano principi chiari; è inoltre del tutto assente l'intervento della Corte di Giustizia Europea.

Il presente breve saggio si propone pertanto di indagare, alla luce del mutato quadro tecnologico, il tema del *linking* ad opere digitali [2], di verificare se esistano situazioni di illiceità del *link* ad opere digitali e di asseverare quali siano i criteri per determinarli/riconoscerli.

Le analisi sinora svolte, in dottrina e giurisprudenza sul tema del *linking*, hanno tutte dato per presupposto che il *link* fosse proposto ed operato nel contesto di un *browser* ed utilizzato da una postazione di *computer*. Tale assunto non è più necessariamente vero; in particolare, non è detto che, con le tecnologie attuali, l'utilizzatore sia consapevole di azionare un *link* o di aver aperto un contenuto grazie ad una azione di *linking*; nemmeno è scontato che l'utilizzatore sia messo in grado di distinguere tra contenuto presente su un sito Internet esterno e contenuto interno ad un *software*.

Il *link* nella sua essenza è un elemento contenente dati ed informazioni in tecnologia ipertestuale, tesi ad azionare l'apertura di una risorsa attraverso il "protocollo IP", caratteristico di Internet; esso è utilizzato da una lunga lista di oggetti tecnologici e relativi *software*, che hanno, come si diceva, modalità molto diverse per proporlo all'utilizzatore. Distinguerai però tra la proposizione del *link* e la proposizione del contenuto che risulta dall'attivazione del *link* medesimo. Al secondo dei due momenti citati si applica infatti il normale regime di tutela previsto per l'opera dell'ingegno su sito web (o sulla piattaforma che viene aperta). Lo stesso non può, invece, dirsi per il primo momento, quello della presentazione di un *link*, almeno sino a che non avviene una interazione con il contenuto (l'apertura del *link*, in buona sostanza).

Un *caveat* da tenere presente nell'indagine è che il *link* è connaturato all'essenza di Internet come la conosciamo: qualora si ritenesse accettabile l'idea che qualsivoglia *link* debba essere "autorizzato", Internet cambierebbe la propria natura e non potrebbe più funzionare; basti pensare che l'inventore del *World Wide Web* Tim Berners Lee [3] non fece altro che predisporre il linguaggio HTML ed il relativo protocollo di comunicazione HTTP, al fine di rendere possibile a scienziati e ricercatori di predisporre attraverso *links* ai lavori e alle ricerche di terzi una più agevole comunicazione a distanza i propri trovati.

Qualora il *link* fosse oggetto di privativa, il *web* diverrebbe qualcosa di non molto diverso dalla televisione commerciale: ogni sito che propone contenuti al pubblico diverrebbe scarsamente interattivo, in quanto ogni azione su IP richiederebbe di azionare o predisporre un *link* e si dovrebbe dunque ottenere l'autorizzazione del titolare chiamato in causa: si eliminerebbe perciò la gran parte della possibilità di interagire, per evitare di dover continuamente chiedere autorizzazioni.

Cesserebbe la possibilità di realizzare siti individuali o, meglio, i siti diverrebbero qualcosa di autoreferenziale, non potendo ospitare collegamenti a terzi, se non a pagamento. La necessità di pagare "licenze

di *linking*” disgregherebbe grande parte dell’interattività che ha portato all’evoluzione della società dell’informazione.

Ciò premesso, non è automatica la conclusione opposta, che cioè ogni *link* ed ogni azione di *linking* sia lecita e consentita, in quanto, nell’ambito di un generale diritto a creare ed utilizzare un *link* operano pur sempre i principi generali dell’ordinamento a tutela della correttezza, trasparenza, della lealtà commerciale, così come opera la tutela dei consumatori.

Si è così definito l’ambito di indagine del presente saggio, che individuati i criteri di possibile utilizzo del *link* ad opere digitali, si concluderà con alcune considerazioni circa il rapporto tra utilizzo del *link*, esclusiva, mercato e concorrenza.

L’analisi terrà inoltre conto anche della più recente proposta di regolamento sul diritto d’autore posta in consultazione dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nel luglio 2013 e tuttora in consultazione al momento della stesura del presente contributo.

2. Il *link* è un oggetto di diritto d’autore?

Affinché si possa inibire un soggetto a realizzare o mantenere un *link* in una pagina web in virtù di una privativa, occorre individuare quale sia la norma che in ipotesi riserverebbe la privativa sul *link* il questione al soggetto che richiede una siffatta inibitoria [4].

E’ necessario dunque verificare se il *link* sia esso stesso oggetto di privativa o se la privativa in questione sia di altra fonte.

Il *link* non pare essere previsto dalla Legge sul Diritto d’Autore tra le opere oggetto di protezione, né espressamente, né nell’ambito di una delle categorie di cui all’art. 2 [5]. Esso infatti è cosa diversa sia dal *domain name* che dal sito *web*.

Il *link* nemmeno pare idoneo a rientrare per analogia in alcuna categoria di opere tutelate.

Esso viene in essere non come creazione dell’ingegno in quanto non è frutto diretto della mente creativa di un creatore di sito web.

Il *link* è piuttosto il risultato tecnico della predisposizione dei contenuti del sito che, secondo le regole del HTML e di altri linguaggi di programmazione, combinati ai *file systems* associati al *server* che ospita il sito, producono un ibrido tra un percorso di localizzazione dei *files* ed alcuni comandi ed informazioni, da passarsi, all’atto dell’apertura del *file* in questione sul web (la pagina *web*) al programma di consultazione (il *browser*). Si tratta di informazioni tese a consentire al *browser* di rintracciare e, una volta aperto, utilizzare (ad esempio fornendo un nome utente e password), un certo elemento presente su Internet.

Non sembra, tuttavia, che il *link* possa rientrare nella tutela riservata ai programmi per elaboratore: la tutela riservata ai programmi per

elaboratore dalla Direttiva 2009/24, se esaminata nel suo insieme, ci mostra infatti che il “programma” tutelato dal diritto d’autore è una creazione complessa, dotata di una forma “estetica” di espressione, che sia distinta e distinguibile dalle idee alla base della programmazione, dotata di interfaccia utente e che presenta attitudine ad essere utilizzato in “copie” dagli utenti [6] e ad essere oggetto di compilazione [7]. A monte di queste considerazioni, occorre inoltre notare che, anche a voler interpretare estensivamente il considerando 7 della suddetta Direttiva, che specifica che la tutela riguarda “programmi in qualsiasi forma”, bisogna però considerare che il considerando 8 nega tutela a programmi sulla sola base di “meriti qualitativi ed estetici”, mentre il considerando 11 specifica che “le idee ed i principi alla base di qualsiasi elemento di un programma non sono tutelati dal diritto d’autore”, e certamente il *link* è carente di una espressione formale autonomamente tutelabile, appunto, anche a volerlo considerare in via interpretativa un elemento di *software*.

In via residuale, una tutela potrebbe riconoscersi, in quanto vi è ingegno e forma espressiva, al testo che viene associato al *link* con relativo divieto di riprodurre una certa originale associazione ipertestuale tra un certo testo, dotato dei requisiti per la tutela ed un *link*, che i requisiti, come si è detto, non possiede.

Tuttavia, il divieto cadrebbe ove il *link* venisse riprodotto autonomamente e/o associato in via ipertestuale ad un testo diverso, dovendo effettuarsi, a quel punto la valutazione sulla relazione tra il testo associato e il contenuto *linkato*, senza che il *link* possa più essere invocato quale possibile oggetto di privativa.

3. Illiceità nella costruzione e presentazione della relazione tra ipertesto ed opera *linkata*

La dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate di Internet in generale hanno diviso le tecniche di *linking* in *direct linking* (si tratta di *link* diretti e palesi a contenuti che sono disponibili nel medesimo sito), *indirect linking* (espressione che può indicare, sia *link* tradotti attraverso servizi di terzi che riducono, per maggior praticità, *link* particolarmente “lunghi” in maniera tale che gli stessi non siano però riconoscibili, che semplici *link* che riferendosi ad un contenuto di dettaglio, collegano alla *homepage* del sito dove il contenuto è presente) e, infine, *deep-linking* (*link* strutturati per puntare direttamente a specifici contenuti di un sito, saltando processi, avvertenze e/o autenticazioni che hanno una certa importanza in relazione a quel *link*, in quanto tesi ad aggirare divieti, precauzioni, o, addirittura, saltare richieste di *password*, pagamenti e similari).

Il tema del *linking* alle opere dell’ingegno e, segnatamente, alle opere digitali, costituisce un ibrido delle tecniche sopra descritte e presenta varie

casistiche che, come si è visto, non possono essere inibite per una privativa diretta esistente sul *link*; l'eventuale illiceità di un *link* deriva, dunque, dalla relazione tra contenuto *linkato* e modalità con la quale il *link* viene presentato.

Un esempio di *link* ad opere dell'ingegno frequentemente utilizzati in Internet è la citazione dell'opera tramite *link* a corredo di articoli di giornali online che la chiamano in causa; in tali situazioni è evidente che il *link* "rappresenta" la localizzazione dell'opera: esso consente a chi non abbia chiaro l'oggetto dell'articolo di raggiungere l'opera medesima ma, in nessuna parte, ha il medesimo contenuto espressivo dell'opera.

Una certa trasmissione televisiva disponibile in replica online, un certo articolo di un giornale, anch'esso consultabile online, un certo brano musicale disponibile su un portale di *user generated content*, se *linkati*, devono essere visionati attraverso il *link*, per esprimere il contenuto creativo di cui sono depositari.

Un diverso tipo di utilizzo è invece quello compiuto da siti ed applicazioni che presentano un vero e proprio *database/catalogo* di *links*, funzionando, in sostanza, da motore di ricerca specializzato e tematico per chi voglia ritrovare su Internet un certo tipo di contenuto (es. contenuto di tipo televisivo, editoriale, immagini pittoriche, contenuto a tema sportivo, ecc.). Alcune applicazioni, inoltre, offrono la possibilità di visionare il contenuto *linkato* direttamente tramite un lettore multimediale associato, generalmente in tecnologia *open source*.

In questi casi, può essere oggetto di contestazione un utilizzo del *link* che non sia del tutto trasparente: ciò quando il costruito *link-oggetto* del *link* è tale da non consentire all'utilizzatore di comprendere che si sta (i) azionando un *link* e (ii) che il contenuto risultante dall'azionamento del *link* proviene da un sito esterno e da quale sito.

Google Search - che qui utilizziamo come paradigma del funzionamento del motore di ricerca - pur non restituendo l'intero *link* risultante dalle ricerche, ne fornisce una versione "sintetica", che consente all'utilizzatore di rendersi conto della destinazione del proprio "clic" (una parte del *link* viene omessa per evitare che la ricerca possa essere cannibalizzata da altri siti); se il suddetto motore di ricerca non specificasse il *link* in alcun modo, esso - in sostanza - si approprierebbe dei risultati delle ricerche e diverrebbe imputabile a titolo di responsabilità editoriale per i medesimi, in quanto non sarebbe possibile agevolmente risalire alle fonti delle varie voci risultanti dalla ricerca Google.

In effetti, l'esame della casistica vede contestazioni frequenti sul tema delle modalità con cui il *link* viene proposto; se, cioè, esso debba venire riportato come semplice *link*, senza alcuna descrizione, che, all'attivazione, apre il sito *linkato* in un *browser*, oppure se il contenuto *linkato* possa invece venire corredato di descrizioni ed essere, al *clic*, aperto e fruito nell'ambito di una finestra del sito di partenza (c.d. tecnologia *embedded*).

L'*embedding* di contenuti è menzionato nelle condizioni generali d'uso dei principali portali di distribuzione contenuti (es. *Youtube*) come soggetto a licenza. Non è cioè possibile, secondo i portali che disciplinano contrattualmente tale tecnica offrire i contenuti del portale in *embedding* senza che essi siano corredati di alcune caratteristiche tipiche di visualizzazione che richiamino il portale stesso tramite una interfaccia utente particolare; attraverso l'*embedding*, in sostanza, si vieta che il sito originante il *link* "vesta" i contenuti come parte della propria offerta, utilizzando, ad esempio, tecniche di *iframing* che sono censurabili a prescindere dall'esistenza di termini che richiedono di utilizzare particolari forme di *embedding*: l'*iframing* consiste nel dissimulare come parte del proprio sito Internet contenuti che, in realtà, provengono da altri siti Internet e, se attuato, deve ovviamente rispettare i principi della correttezza e della tutela del consumatore.

Cosa diversa è la pretesa di far valere condizioni contrattuali attraverso l'accettazione per comportamento concludente (non vi è alcuna accettazione scritta e alcuna firma delle medesime); siti come *Youtube* presentano le condizioni contrattuali solo agli utenti identificati del portale che rimane, per il resto, anche ad utenti anonimi verso i quali non è prevista accettazione esplicita di condizioni d'uso, non essendo peraltro la controparte contrattuale identificata, se non da un indirizzo IP assistito da *privacy*.

Ad esempio, nel caso di *Youtube*, l'utente non deve necessariamente accettare termini e condizioni per poter visionare i contenuti: i contenuti, inoltre, non sono assistiti da sistemi di *digital rights management*; i termini e condizioni prevedono una accettazione per comportamento concludente da parte di chi utilizza il sito, ma tale tecnica contrattuale mostra il fianco a possibili contestazioni e ricorda le obiezioni che la dottrina mosse, all'epoca, alle licenze *shrink-wrap*; le licenze *software* in questione, la cui accettazione avveniva lacerando la confezione furono considerate come dichiarazioni negoziali unilaterali recettizie, non vincolanti nei confronti della controparte se non espressamente e formalmente accettate.

Dunque, la controparte che, consapevole di non avere una espressa accettazione, offre ugualmente il servizio, non essendo tenuta a farlo, accetta il rischio di veder violate le proprie pretese in termini di condizioni del servizio medesimo dalla controparte che quelle condizioni non ha accettato.

La difesa meramente contrattuale dei termini *Youtube* è dunque debole, e così lo è la costruzione di un diritto a sottoporli a specifiche condizioni di fruizione che, dunque, non pare in assoluto poter resistere ed assumere, in mancanza di espressa accettazione, la natura di nuovo *genus* di diritto digitale.

Si potrebbe considerare il diritto a imporre condizioni specifiche per l'utilizzo dei contenuti come rientrante nella facoltà del titolare ai sensi dell'art. 17 LdA (e suoi equivalenti nei rispettivi ordinamenti, se ragioniamo

di servizi non basati in Italia).

Tuttavia, nel caso in questione, attraverso il *link* il titolare rimane l'entità che distribuisce l'opera e, a meno che non sia spogliato di una chiara e trasparente attribuzione, nessuna copia non autorizzata dell'opera viene realizzata e nessuna messa a disposizione per il solo fatto di realizzare/attivare un *link* alla medesima: questo in quanto il titolare, intervenendo sulla piattaforma di distribuzione *linkata* può in qualsiasi momento evitare la distribuzione e disabilitare il *link* medesimo.

Qualora invece, una volta predisposto il *link*, esso rimandi a una copia non controllabile e non disattivabile dal titolare, il *link* diverrà uno strumento di controllo/attivazione di una copia non autorizzata e si dovranno fare differenti considerazioni [8].

Infatti, il *link* ad opera non autorizzata assume la natura di connessione verso un oggetto autoriale non consentito e pare, pertanto, essere valutabile ai sensi dell'art. 171-ter.

Il *link* all'opera proveniente dal sito del titolare sembra invece avere, più che altro, natura "promozionale" o, per l'appunto, di citazione, senza che si possa considerare applicabile la fattispecie della norma sopra citata: manca infatti un oggetto della violazione, "immesso in rete" a cui la "connessione" rappresentata dal *link* dovrebbe condurre; pertanto, la normativa applicabile sembra, in ipotesi di abusi nella predisposizione del *link*, meramente quella in tema di concorrenza sleale, tutela del consumatore e pubblicità ingannevole, per prevenire e sanzionare modalità non trasparenti di predisposizione del *link*, quali, ad esempio, l'impossibilità di riconoscere il sito cui si viene *linkati*.

In particolare, il *link* che non presentasse un ipertesto veritiero e che, tramite l'ipertesto associato al *link* (che è cosa diversa dal *link*) utilizzasse marchi ed altro tipo di oggetti di proprietà industriale senza autorizzazione potrebbe essere inibito con gli ordinari rimedi previsti per le violazioni in questione.

4. Il *linking* nella giurisprudenza italiana ed internazionale

Il tema del *linking* si è rivelato fonte di interessanti casi in giurisprudenza originati da contestazioni a siti/servizi i quali presentavano un vero e proprio database di *link* organizzato con tratti simili a quelli di un motore di ricerca.

Si tratta della questione che, per l'appunto, ebbe ad esaminare la giurisprudenza nel caso *Coolstreaming* [9].

La sentenza della Cassazione riguarda un caso in cui venivano linkati *stream* video di partite calcistiche del campionato italiano trasmesse su Internet da emittenti cinesi. La Suprema Corte confermava la sanzione penale a carico dei titolari del sito *Coolstreaming*, in quanto fornitori di configurazioni e

software che consentivano la violazione del diritto esclusivo di sfruttamento economico delle trasmissioni in questione, appartenente a Sky Italia S.r.l. che aveva concesso i diritti per le medesime in licenza per la sola trasmissione via etere in Cina, e non aveva dunque nemmeno autorizzato l'emittente cinese ad alcuna trasmissione via Internet. In sostanza, il *link* reperito da *Coolstreaming* e diffuso da questa all'utenza era un *link* ad una trasmissione non autorizzata dal titolare. Con la sentenza n. 15158 del 10.4.2008 la Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, ha disposto l'annullamento con rinvio dell'ordinanza di sequestro preventivo dei portali di titolarità di *Coolstreaming*, emessa dal Tribunale di Milano nel medesimo caso. La Suprema Corte, in questo caso, ha rilevato, a differenza di quanto avvenuto con la prima pronuncia [10], la non agevole qualificazione delle trasmissioni sportive in questione quali "opere dell'ingegno" meritevoli delle tutele di cui alla LdA in quanto, nel corso del giudizio di primo grado, esse non erano state affatto "visionate" e, dunque, non vi era alcuna evidenza che i *link* conducessero ad opere tutelate e di titolarità di Sky Italia. Il caso *Coolstreaming*, in sostanza, ha dimostrato la l'importanza della relazione tra *link* ed opera linkata e che un *link* ad un opera non autorizzata assume la qualifica di *link* non autorizzato se, effettivamente, conduce ad un opera non autorizzata.

Una delle obiezioni che, sempre nel caso *Coolstreaming* veniva mossa, e che costituisce un ulteriore spunto di analisi di interesse, riguardava l'utilizzo commerciale che il titolare dei diritti contestava del contenuto *linkato*: in particolare, che il contenuto oggetto di *link* fosse mostrato abbinato a pubblicità di vario genere, non controllate/controllabili dal titolare dei diritti e senza alcuna autorizzazione al riguardo.

Due sono le obiezioni possibili alla tesi per cui ogni abbinamento tra contenuto oggetto di *link* e comunicazione pubblicitaria richiede il consenso del titolare dei diritti: la prima è che la lettura del contenuto avviene su un PC/terminale di proprietà dell'utente e per effetto di un'azione di collegamento web azionata dal proprio terminale; il contenuto viene così a essere visualizzato nei contesti più vari ed è conseguenza naturale dell'essere contenuto "web" quella di essere visualizzato in contesti che non prevedono la visualizzazione unica ed a pieno schermo.

Il tipo di *software* di lettura può inoltre essere dunque liberamente scelto tra quelli compatibili con il formato audio/video con i quali il contenuto viene proposto e, qualora questo *software* preveda pubblicità contestuali al suo azionamento, tale aspetto non è azionabile mediante privativa dal titolare dei diritti in quanto, ove così fosse, l'esercizio della privativa avrebbe implicazioni anticoncorrenziali per le quali si rinvia al paragrafo conclusivo. Il consenso sarebbe, in sostanza, implicito nel rendere disponibile il contenuto in un formato leggibile dal *software* medesimo.

Una seconda obiezione è quella che il titolare può, in qualsiasi momento, disabilitare il *link* e che, conseguentemente, la mancata disabilitazione

dell'accesso presuppone il consenso all'accesso diretto via *link*.

In effetti, l'unica differenza dei siti operanti mediante *database* di *link* rispetto ai motori di ricerca nel senso consueto del termine sembra essere quella del metodo di acquisizione dei *link* il quale deve avvenire, se non attraverso un completo automatismo, attraverso criteri noti, trasparenti ed oggettivi di compilazione del *database*, che non può essere aggiornato secondo metodi editoriali o tramite eterogenee ed acquisite con criteri non verificabili.

I motori di ricerca operano infatti, come noto, in base al principio dell'*implied consent*: si considera lecita l'acquisizione dei riferimenti al contenuto di quei siti che non manifestano, tramite il c.d. *file* "*robots.txt*" una opposizione in forma intellegibile dal *software* che ricerca, per conto del motore, la rete (il c.d. *spider*).

Tale principio, per i motori di ricerca, è idoneo, dunque, a paralizzare - almeno in via temporanea - l'ulteriore e diversa efficacia di ogni privativa, norma sulla *privacy*, ordine giudiziale. Se un sito non include un *file robots.txt* in forma digitalmente corretta, il motore potrà indicizzare il suo contenuto e sarà onere del sito fare valere eventuali diritti particolari tramite le regole (per i motori soggetti al diritto statunitense) del DMCA [11].

La differenza tra un motore di ricerca ed un sito che presenta un indice di *link* è solamente nella modalità di acquisizione dei *link* stessi, che, per quanto riguarda il sito che indicizza i *link*, possono essere varie: i siti attualmente funzionanti li ottengono per contribuzione dagli utenti e per ricerca diretta; alcuni hanno anche funzioni automatiche non dissimili da quelle dei motori di ricerca in senso proprio [12].

La normativa e la giurisprudenza sembrano considerare il problema assegnando una sorta di salvacondotto ai servizi di *search engine* e a servizi specialistici, quali la ricerca immagini, forniti dai motori di ricerca medesimi [13] mentre, non risulta, almeno in casi giurisprudenziali espressi, che simili principi siano stati estesi a siti di *linking*. Per tali siti, in sostanza, la qualificazione giuridica è ancora fluida, alla ricerca di una collocazione, appunto, tra i motori di ricerca e le tecnologie di diffusione al pubblico delle opere.

Ciò è paradigmatico della difficoltà delle attuali categorie normative a rapportarsi con la veloce evoluzioni dei sistemi di distribuzione digitale, che sono in perenne mutamento [14].

Alla questione si aggiunge qualche grado di complessità, se si vanno ad analizzare le pratiche di *linking* ad opere dell'ingegno che sono realizzate non attraverso *browser* ma, come si diceva, attraverso applicazioni mobili (le cosiddette "app").

Tecnicamente la "app" si comporta come se fosse un *browser* nel gestire il *link*, tuttavia potrebbe non apparire come tale all'utente, e non necessariamente renderebbe palese il fatto che sta aprendo un contenuto attraverso un *link*, in quanto è in grado di gestirne l'apertura con modalità

diverse da quelle convenzionali del *browser*.

Se, dunque, un *link* ad opera dell'ingegno viene gestito attraverso una applicazione (fissa o mobile che sia, dato che recentemente sono state introdotte le "app" anche per personal computer), è particolarmente importante che la sua qualità di *link* sia resa palese e trasparente. Ad esempio, parrebbe importante che all'utente fosse chiesto se vuole aprire un *link* su un sito esterno prima dell'apertura del *link* medesimo.

Se, tuttavia, sono rispettati tali requisiti di trasparenza, possiamo ugualmente considerare fondata una eventuale pretesa di un titolare dei diritti che contesti ad un sito/applicazione di *linking* di aver violato le proprie privative tramite la creazione di un *link* ad un'opera digitale presente sul proprio sito?

Ad esempio, potrebbe un titolare dei diritti vantare – per il tramite delle proprie privative intellettuali – un diritto esclusivo a creare applicazioni che incorporino *link* al proprio sito web?

Alla questione sembrerebbe di dover rispondere negativamente, sulla base di quanto sinora si è detto.

Anzitutto, il *link* in sé non è un'opera dell'ingegno e dunque non può essere oggetto di privativa autonoma; esso è creato da regole tecniche prevedibili ed è, nella sua essenza, un combinato di nomi di *files* e comandi.

Non ha nemmeno il *link* natura di *software* in quanto, diversamente da un programma per elaboratore, il *link* non ha possibilità di funzionare autonomamente: esso deve necessariamente riferirsi ad un sito esistente altrove rispetto al *link* e, se quel sito viene a mancare o muta, il *link* non ha più alcun senso nella sua forma e deve essere riformulato.

Dunque, la privativa non può riguardare il *link* ma riguarda, eventualmente, il suo oggetto.

Cosa dunque è il *link* dal punto di vista normativo e quali norme, eventualmente, possono essere azionate da un titolare dei diritti che voglia impedirne o limitarne la creazione?

Occorre tenere conto del fatto che l'azionamento del *link* provoca l'apertura del sito oggetto del *link* medesimo e l'esaurimento della funzione del *link*: qualsiasi diffusione dell'opera che segua non è dunque azione attribuibile al *link* ma al sito che viene aperto e alla struttura tecnica del medesimo.

Il *link* può dunque essere imputabile, come si è anticipato, solo se provoca "surrettiziamente", in mala fede o in maniera contraria ai principi della correttezza commerciale l'apertura del sito oggetto il quale si trova a quel punto "indifeso" rispetto ad un'apertura che non sarebbe dovuta avvenire.

Simile situazione si può ipotizzare se, ad esempio nel caso di opera digitale consistente in un programma televisivo, il *link* sia strutturato per provocare l'apertura di uno *streaming* televisivo in territori dove il sito web in questione non può normalmente essere aperto e, dunque, il *link* elude alcune limitazioni normalmente implementate nei *browser* per evitare che ciò avvenga.

Se, tuttavia il *link* è correttamente aperto e l'utente ha la percezione che il contenuto che dall'apertura del *link* deriva è originato da un sito terzo, di cui è riportata correttamente la titolarità, sembrerebbe che il funzionamento possa essere ricondotto tra le dinamiche ordinarie di Internet; dunque, anche la compresenza del contenuto *linkato* con altri contenuti sullo schermo, anche di natura commerciale, provenienti dal sito di *linking*, non dovrebbe risultare pregiudizievole, in quanto l'uno e gli altri sarebbero chiaramente distinti e distinguibili senza parassitismi reciproci; d'altra parte, sin dai primi anni '90, con il diffondersi di sistemi commerciali *multitasking* a finestre, la compresenza di finestre e contenuti sullo schermo è divenuta la normalità.

Sarebbe invece preoccupante che si diffondesse la regola, di prassi o codificata, che si dovessero ottenere, dai principali siti che offrono contenuti, "licenze di *linking*" per poter menzionare nei propri siti contenuto ospitato in tali piattaforme. Questa prassi creerebbe degli oligopoli della circolazione digitale, anche tramite *link*, del contenuto ed impedirebbe di poter menzionare/commentare un contenuto circolante, a meno, appunto, di accettare di pagare una *royalty*.

Qualora un titolare dei diritti voglia evitare il *linking* i metodi non possono che essere l'autonoma protezione dei contenuti tramite tecnologie DRM e/o richiesta di identificarsi al sito prima di visionare il contenuto.

5. Il *linking* nella consultazione AGCOM 2013 sulla tutela del diritto d'autore

La quantità di piattaforme e tecnologie che arrivano dagli Stati Uniti prova che l'esperienza statunitense ha prodotto una regolamentazione che non contrasta l'emersione di tecnologie favorevoli alla circolazione digitali dei contenuti e la ragionevole quantità di casi discussi dalla giurisprudenza statunitense in materia di circolazione digitale dimostra si tratta di un sistema di dissuasione/composizione delle liti che riesce a risolvere la maggior parte dei conflitti.

Un sistema di questo tipo è stato proposto nella consultazione in materia di norme a tutela del diritto d'autore sulle reti, indetta dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni a fine 2010 e rinnovata in seconda battuta ma senza risultati effettivi nel luglio 2011; a seguito degli approfondimenti compiuti, il meccanismo è stato perfezionato e nuovamente proposto nella consultazione AGCOM, indetta sul medesimo tema nel luglio 2013, con la Delibera 425/2013/CONS.

E' interessante commentare quest'ultima, in quanto da essa probabilmente uscirà un regolamento di tutela del diritto d'autore in ambito digitale che si porrà come primo effettivo atto di regolamentazione della materia successivamente alla normativa attuativa della Direttiva 2001/29.

Non sfugge, in primo luogo, che, qualora, a seguito della consultazione, venga emanato un regolamento in materia di diritto d'autore, esso sarà emanato da una Autorità amministrativa indipendente, assumendo così le caratteristiche di regolamentazione amministrativa, anche per quanto riguarda la giurisdizione di eventuali controversie relative all'applicazione del regolamento stesso [15].

La dottrina si sta da tempo interrogando sulla competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni a regolare la materia del diritto d'autore e vi sono studiosi che esprimono forte perplessità [16] riguardo il fondamento che l'Autorità invoca a base della propria competenza che sarebbe ricavabile dall'art. 182-bis della L. 633/1941 secondo il quale: *“All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza: a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata; [...]”*; altra parte della dottrina ritiene, tuttavia, che “non vi sia dubbio” circa la competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni a vigilare la materia [17].

La chiave della questione sembra risiedere, più che nella LdA, nelle “rispettive competenze” cui l'art. 182-bis rimanda e, dunque, occorre (anzi, occorrerà, se un Regolamento verrà effettivamente approvato da AGCOM) verificare se le competenze dell'Autorità, previste dalla sua legge istitutiva o da altra normativa, consentono all'Autorità di vigilare sugli ambiti di cui all'art. 182-bis nei termini previsti dal Regolamento.

E' in tal senso degno di nota che la L. 31.7.1997 n. 249, che per l'appunto ha istituito l'Autorità e determinato le sue competenze, all'art. 1, comma 6, lettera b), nn. 1) e 3), prevede che l'Autorità: *“vigila sulla conformità alle prescrizioni della legge dei servizi e dei prodotti che sono forniti da ciascun operatore destinatario di concessione ovvero di autorizzazione in base alla vigente normativa promuovendo l'integrazione delle tecnologie e dell'offerta di servizi di telecomunicazioni;”* e *“vigila sulle modalità di distribuzione dei servizi e dei prodotti, inclusa la pubblicità in qualunque forma diffusa, fatte salve le competenze attribuite dalla legge a diverse autorità, e può emanare regolamenti, nel rispetto delle norme dell'Unione europea, per la disciplina delle relazioni tra gestori di reti fisse e mobili e operatori che svolgono attività di rivendita di servizi di telecomunicazioni;”*.

Se è però pacifico che i “servizi” non comprendono i contenuti editoriali (anche se, alla luce della riforma del Codice delle Comunicazioni operata nel 2012 comprendono i servizi della società dell'informazione che si svolgono interamente su reti di comunicazione elettronica), non è altrettanto chiaro a cosa si riferisca il Legislatore con la parola “prodotti”. Possono i “prodotti”

includere i contenuti editoriali se un operatore titolare di autorizzazione generale li diffonde attraverso i propri servizi? Può dunque l'Autorità verificare la conformità di tali prodotti che includono contenuti alla luce delle competenze citate?

Non convince, invece, la tesi che vede la competenza AGCOM fondata sull'art. 32-bis del Testo Unico dei Servizi Media Audiovisivi [18] sul c.d. "Decreto Romani", attuativo della Direttiva Servizi Media Audiovisivi. La norma in questione prevede infatti che l'AGCOM debba emanare le disposizioni necessarie a far sì che i fornitori di servizi media audiovisivi, che sono chiaramente i soggetti regolati dal Testo Unico Servizi Media Audiovisivi, non offrano su alcuna piattaforma servizi in contrasto con il diritto d'autore. Non sembrano invece nel perimetro della norma quelle entità che non svolgono attività di trasmissione sulle reti di servizi media audiovisivi.

Si tratta di una limitazione importante, in quanto, ad esempio, tornando al già citato esempio del filmato delle vacanze, esso, con la sua colonna sonora, non è un servizio media audiovisivo, né il soggetto che lo immette in rete può essere qualificato come fornitore di servizio media audiovisivo.

Allo stesso modo, un portale di *User Generated Contents*, per quanto riguarda quelle attività che riguardano effettivamente contenuti immessi (e prodotti/assemblati) dagli utenti, non può essere considerato un fornitore di servizi media audiovisivi in quanto non è in grado di determinare i contenuti della libreria di contenuti *on demand*.

Nemmeno un servizio *peer-to-peer* rientra nel novero dei servizi media audiovisivi, in quanto l'art. 2 del citato Testo Unico Servizi Media Audiovisivi esclude dalla definizione "*i servizi di condivisione e scambio nell'ambito di comunità di interesse*", a condizione che essi non siano in concorrenza con la radiodiffusione televisiva e siano prestati nell'esercizio di attività "*preziosamente non economiche*".

In sostanza, l'ambito di applicazione di un regolamento dell'Autorità, fondato sull'art. 32-bis del Testo Unico Servizi Media, dovrebbe riguardare le violazioni dei diritti compiuti dai servizi media audiovisivi ed i servizi in rete che, violando il diritto d'autore, si pongono in concorrenza con i servizi media audiovisivi e, dunque, le diffusioni non autorizzate di programmi televisivi in rete operate nell'ambito di attività economiche, non altro.

E' comunque evidente, a valle dell'approvazione di qualsivoglia regolamento, la necessità di una verifica della competenza, sulla base delle misure che l'Autorità deciderà effettivamente di approvare.

In assenza dell'effettivo testo del Regolamento, si può, nelle more, analizzare il merito dei *remedies* che l'Autorità propone nella sua consultazione e l'idoneità dei medesimi a essere fattore di equilibrio e regola del regime di circolazione delle opere digitali.

Per quanto riguarda l'ambito di indagine del presente lavoro, ciò che interessa, infatti, è comprendere se la proposta AGCOM contenga soluzioni

idonee a costituire una regolamentazione efficace della circolazione delle opere digitali.

Le opere digitali risultano essere una categoria espressamente menzionata dalla proposta di regolamento che contiene un esaustivo elenco di definizioni tra cui, appunto, quella di “opera digitale”. E’ definita opera digitale una o più opere (o parti), di carattere sonoro, audiovisivo, videoludico ed editoriale, tutelate dalla Legge sul diritto d’autore e diffuse su reti di comunicazione elettronica. La definizione in questione esclude varie categorie di opere dell’ingegno che potrebbero costituire “opera digitale”, *in primis software* e banche dati, oltre, naturalmente, ai siti web ed immagini, e dunque ci si domanda il perché della scelta di AGCOM, posto che, come si è detto, la competenza sembra essere “certa” solo per quanto riguarda specifiche categorie di opere. Se la scelta alla base della consultazione è quella di puntare ad un concetto di competenza/vigilanza ampia, basata sulla vigilanza dei prodotti diffusi sulle reti di comunicazione elettronica, non si vede perché AGCOM avrebbe competenza sul *software* videoludico e non sul *software* in generale.

Ad ogni modo, il regolamento non riguarderà ciò che non è nella categoria di opera digitale e, dunque, non sarà applicabile a nessuna forma di contenuti online che non siano qualificabili come opera dell’ingegno delle categorie sopra menzionate. Ad esempio un’immagine che costituisca una parodia di altra opera, postata sul *web*, non essendo ivi ricompresa non potrà essere contestata per il tramite del regolamento. Altra esclusione degna di nota e contenuta all’art. 2 comma 3 del proposto regolamento è quella relativa alle attività dei c.d. “*downloader*” (persone fisiche o giuridiche che, attraverso reti di comunicazione elettronica, scaricano opere digitali su un proprio terminale o su uno spazio condiviso e delle attività di condivisione diretta tra utenti finali di opere digitali attraverso reti di comunicazione elettronica); il proposto regolamento si pone dunque come procedura di risoluzione delle controversie che riguardano la immissione in rete di contenuti a scopo commerciale e non come regola punitiva dei *download* sulla scorta della considerazione che un ambiente digitale ostile agli *upload* porterà a minori *download* e prevedendo altresì misure di promozione attiva dell’utilizzo legittimo delle reti per la circolazione dei contenuti [19].

Definita come si è visto la categoria settoriale dell’opera digitale, la proposta dell’AGCOM ne vuole tutelare la diffusione effettuata da particolari soggetti definiti “*gestori della pagina internet*”. Si tratta di una definizione quanto mai ampia. Il gestore della pagina internet, secondo l’Autorità è il prestatore dei servizi della società dell’informazione che, sulla rete internet, cura la gestione e l’organizzazione di uno spazio su cui sono presenti opere digitali o parti di esse ovvero collegamenti ipertestuali (*link o tracker*) alle stesse, anche caricati da terzi; tale categoria comprende vari livelli di possibile azione e varie tipologie di servizi che, assieme contribuiscono alla

circolazione dell'opera digitale, sicché per una data "opera digitale" si potrebbero avere molteplici "gestori della pagina internet" quali, ad esempio, l'ISP che mette a disposizione lo spazio di *hosting*, il soggetto che gestisce il *server* su cui il sito web opera, collocato nello spazio di *hosting*, l'amministratore della pagina, che ha, nell'ambito della stessa consentito la creazione di una sottopagina ad un utente e, l'utente che ha, nell'ambito della proprio sottopagina, caricato una serie di contenuti.

Non è chiaro a quale di questi soggetti l'Autorità intende attribuire specifica responsabilità o se il concetto di responsabilità che l'Autorità concepisce sia di corresponsabilità di tutti i soggetti qualificabili come "gestori di pagina Internet", tale da incentivare l'autoregolamentazione.

Tale seconda tesi parrebbe tuttavia quella preferibile in quanto, nel prosieguo, il documento prevede, all'art. 6, che il gestore della pagina internet possa adottare una propria autoregolamentazione, pubblicata su un apposito sito dell'AGCOM e che tale autoregolamentazione, se esistente, sia da invocare in prima battuta, da chi abbia reclami in materia di violazione del diritto d'autore, prima di azionare le procedure di cui al regolamento, mentre resta impregiudicata, in qualsiasi fase la possibilità di rivolgersi all'organo giudiziale competente.

Se la proposta di regolamento, nel prevedere che i gestori di pagina web che adottano un autoregolamentazione, possono risolvere autonomamente il conflitto, incentiva, in qualche modo, la creazione di autoregolamentazione, non ne prescrive il contenuto.

Non si comprende dunque se l'autoregolamentazione, per essere idonea a funzionare da primo livello di composizione della controversia debba avere certi requisiti e quali essi siano; si potrebbe avere così autoregolamentazione strumentale a rallentare le procedure e creare complessità a chi intenda segnalare, rendendo, in particolare, complesso comprendere se il reclamo sia stato effettivamente evaso oppure no.

Tale punto andrebbe probabilmente meglio definito in una eventuale regolamentazione definitiva.

D'altra parte le "*notice & take down*" *procedures* attualmente meglio funzionanti, previste dal DMCA statunitense ai sensi della *Section 512(c)* del *Copyright Act*, trovano proprio nelle rigide prescrizioni sul contenuto sostanziale e formale la propria caratterizzazione. Tali procedure prevedono infatti una dichiarazione giurata del titolare dei diritti che individua con il precisione il contenuto segnalato, afferma quale sia il diritto violato e quale sia la norma violata e dichiara che esso è in violazione di legge "*under penalty of perjury*". A fronte di tale dichiarazione, per la quale il dichiarante si è assunto la responsabilità anche penale e per danni eventualmente causati dalla segnalazione, il contenuto viene rimosso, con possibilità di contraddittorio futuro qualora la dichiarazione non sia veritiera. Si tratta del sistema che risulta essere, per quanto riguarda motori di ricerca, portali di contenuti e social network, di fatto l'unico utile strumento per intervenire sui

contenuti costituenti oggetto di proprietà intellettuale [20].

E' pur vero che l'indicatore di efficacia dell'autoregolamentazione adottata sarà l'assenza di secondo reclamo all'Autorità e, in tal senso, probabilmente il gestore della pagina web che non voglia incorrere in provvedimenti da parte di AGCOM o, addirittura, in ordini da parte del giudice, avrà interesse a dotarsi di autoregolamentazione particolarmente efficace, che - per così dire - invogli i titolari dei diritti ad utilizzare la procedura alternativa a quella giurisdizionale e non procuri una seconda segnalazione ad AGCOM, allo stesso modo in cui una buona *privacy policy* evita successivi reclami al Garante Privacy; allo stesso modo, probabilmente, il fatto che l'autoregolamentazione debba essere notificata all'Autorità potrebbe implicare una valutazione preliminare di congruità

Di particolare interesse è il fatto che, all'interno della definizione di gestore della pagina web, sia stato incluso il concetto di *link*: risulta gestore della pagina web anche colui che "*organizza collegamenti ipertestuali (link o tracker) ad opere digitali, anche caricati da terzi*".

La previsione, redatta in questi termini, non è pienamente comprensibile.

Sembrerebbe dunque che ogni sito dove sono presenti *link* a opere protette dal diritto d'autore debba, per poterli ospitare, verificare se i *link* sono autorizzati. Tale previsione, come meglio si discuterà al paragrafo successivo, parrebbe carente di fondamento nella Legge sul Diritto d'Autore in quanto il *link*, di per sé, non è un'opera dell'ingegno e non influisce sull'opera che rimane altrove.

In effetti, il *link* assume le caratteristiche dell'opera a cui si riferisce, per cui, laddove l'opera *linkata* non costituisce una violazione, neanche il *link* può essere considerato in violazione del diritto d'autore mentre un *link* che fosse unica via per l'accesso ad un'opera dell'ingegno diffusa senza autorizzazione, potrebbe probabilmente essere considerato in violazione dell'art. 171-ter LdA in quanto costituirebbe una "connessione" all'opera in violazione; difettando l'opera non autorizzata il *link* di per sé non è nel perimetro della Legge sul Diritto d'Autore e, dunque, non sembra nemmeno poter rientrare nel perimetro dell'eventuale regolamento. Al riguardo sembra opportuno il riferimento ai *tracker* che spesso indicizzano *file* che non sono altrimenti reperibili. Qualora invece si abbia un *link* ad un'opera che sia distribuita direttamente dal titolare dei diritti la questione non è invece pacifica [21]. L'effetto paradossale potrebbe essere quello di un titolare dei diritti che lamenta una violazione per il fatto che una propria opera, diffusa tramite il proprio sito, sia stata *linkata* da terzi, sostenendo che il diritto d'autore include anche il diritto esclusivo a creare collegamenti ipertestuali alle opere diffuse tramite Internet. Come si dirà al paragrafo successivo possono esistere *links* creati in maniera pregiudizievole e che possono evocare questioni in materia di concorrenza sleale, tuttavia pare difficile configurare un diritto esclusivo e monopolistico di *linking* come estensione digitale della privativa in quanto, il porre il contenuto in Internet, di per sé,

implica l'accettazione della modalità di distribuzione in rete e cioè del fatto che l'opera possa essere - se non digitalmente protetta - aperta dai terzi che accedono tramite collegamenti ipertestuali.

L'ultima questione che sembra opportuno segnalare in questa sede e che deriva dall'analisi della proposta di regolamento AGCOM riguarda il metodo di contrasto alle violazioni.

L'Autorità si propone, in caso di accertamento di una violazione, di emettere un ordine, diretto al gestore della pagina internet, tramite il quale l'Autorità richiede al gestore della pagina internet di rimuovere il contenuto. Tale ordine è assistito dal principio del contraddittorio anche con l'*uploader* dell'opera digitale oltre che con il gestore della pagina internet interessato che, sin dalla notifica, vengono coinvolti dall'Autorità nel procedimento e possono presentare le proprie deduzioni. Se non rintracciabili, vengono coinvolti i prestatori di servizi interessati (ragionevolmente, l'ISP).

I soggetti coinvolti hanno tre giorni per rimuovere il contenuto spontaneamente o, per l'appunto, presentare le proprie deduzioni.

Qualora il procedimento presenti contraddittorio, l'Autorità prende una decisione, a meno che tra le stesse parti, nelle more, non si instauri contenzioso dinanzi all'Autorità giudiziaria per il medesimo oggetto.

In base a tale procedimento, l'Autorità potrà emanare un ordine di disabilitare l'accesso alle opere digitali diffuse in violazione.

Gli stessi Commissari dell'Autorità, alla presentazione della consultazione pubblica hanno sottolineato come la formulazione scelta sia volutamente generica per consentire al destinatario dell'ordine la scelta di metodi non invasivi e che non prevedano tecniche di *Deep Packet Inspection*; pare esservi un suggerimento indiretto all'utilizzo della tecnica che prevede l'inibizione dell'accesso sul c.d. *server DNS*, che regola l'abbinamento tra nome del sito e indirizzo numerico del medesimo. Si tratta di una misura "leggera" (nel senso che un utente evoluto la può aggirare con relativa facilità e senza incorrere in illecito essendo il DNS un servizio) ma che risulta funzionare per una grande parte di utenza.

6. Il problema del *legal risk* sopportato dalle piattaforme web 2.0 e le implicazioni antitrust - cenni

In chiusura della presente breve analisi, pare necessario fare cenno ad una importante criticità che riguarda in ugual misura la questione del *linking* e ad altre questione non propriamente definite dal diritto positivo e dalla giurisprudenza.

Laddove l'ordinamento europeo sia rimasto "indietro" rispetto all'ordinamento statunitense, come - nel caso appena trattato - per quanto riguarda motori di ricerca e tecniche di tutela stragiudiziale del *copyright*, le piattaforme innovative hanno tratto indubbio giovamento dalle più avanzate

disposizioni disponibili nell'ordinamento statunitense per nascere e crescere.

Tuttavia, una volta che il servizio viene reso disponibile in Europa, esse trovano un rilevante *gap* normativo che, alla prima criticità, appare impossibile da colmare.

Se, dunque, ad una piattaforma statunitense viene segnalato un caso di *linking* improprio, essa suggerirà di utilizzare la notifica DMCA per la segnalazione, senza, tuttavia che la notifica DMCA sia realmente applicabile. Il DMCA, infatti, a rigore, è applicabile solo alle violazioni commesse nella giurisdizione statunitense e una segnalazione proveniente dall'Europa potrà - con ogni probabilità - riguardare una applicazione europea o contenuti europei che si avvalgono di una piattaforma USA.

Alcune piattaforme, a tal riguardo, introducono correttivi nella forma di accettazioni *browse wrap* della giurisdizione USA e dei metodi del DMCA per la tutela delle violazioni del *copyright*, tuttavia questo potenzialmente peggiora la situazione in quanto anche l'accettazione non poggia su fondamenta solide; si ha così una procedura gestita secondo regole di incerta applicazione e che, se azionata in giudizio, sarebbe esposta a possibile contestazione.

Le situazioni simili vengono così a determinare potenziali corto-circuiti normativi ed impasse difficilmente risolvibili in quanto la agevole tutela statunitense si va a scontrare contro la maggiore complessità dell'ordinamento europeo nell'individuare, Stato per Stato, il metodo di tutela appropriato.

In questi casi viene con ogni probabilità effettuata una valutazione di opportunità legale che non consente una rapida definizione della controversia a causa del rischio legale, con la necessità di adire il giudice anche per situazioni che, di per sé, non lo richiederebbero.

Tale contesto è terreno di coltura ideale per comportamenti anticoncorrenziali, quali la pretesa di inibire qualsivoglia *link* a contenuti sulla base del diritto d'autore creando così un monopolio improprio sulla risorsa indispensabile per utilizzare in Internet i contenuti autoriali.

Qualora i contenuti autoriali siano programmi televisivi si crea così una leva per riservare solo al titolare dei diritti l'uso Internet della programmazione televisiva, proprio attraverso l'ipertutela del *link*.

Tale tecnica ricorda molto da vicino alcuni aspetti del caso Magill, in cui ciò che veniva inibito dal *broadcaster* non era l'uso della programmazione televisiva, ma di informazioni che consentivano di rintracciare ed utilizzare la programmazione televisiva.

Il c.d. "caso *Magill*" [22] nacque da una controversia tra la BBC, la ITP e la RTE, che erano compilatori (e titolari) del diritto d'autore sui palinsesti televisivi di cui consentivano a terzi la pubblicazione riservando a se stesse quella dei palinsesti settimanali. La società Magill TV Guide intendeva pubblicare una rivista contenente i palinsesti settimanali di tutti i tre canali

televisivi prima citati, senza aver ottenuto la necessaria licenza da parte dei proprietari dei relativi diritti d'autore e in aperto contrasto con un provvedimento di una Corte irlandese che, disponendo a favore delle tre emittenti, impediva alla Magill di pubblicare la sua guida. Per raggiungere lo scopo, la Magill chiese alla Commissione di intervenire in via antitrust e questa decise che i titolari dei diritti d'autore stavano abusando della loro posizione dominante [23] in maniera contraria all'art. 82 TCE (ora art. 102 TFUE).

L'analisi si basò in gran parte sul fatto che, in mancanza dell'intervento, nessuno, se non i titolari dei diritti (o i loro cessionari), avrebbe potuto pubblicare i palinsesti, in quanto essi soltanto ne decidevano e controllavano il contenuto [24], in maniera simile a come i titolari dei sistemi di *digital rights management* sono in grado di controllare la circolazione delle informazioni, a prescindere dalla validità del diritto di proprietà intellettuale associato.

L'intervento espletò i suoi effetti sia sul mercato delle informazioni sui palinsesti - che direttamente interessava l'editore Magill - che sul mercato a valle delle guide televisive, che interessava in maniera più generale anche i consumatori.

In tal senso, la limitazione all'efficacia del diritto di proprietà intellettuale in senso pro-concorrenziale, posta per garantire l'accesso all'informazione necessaria per redigere le guide tv, ebbe un beneficio che si estese non solo ai soggetti interessati a competere sul mercato, ma anche ai consumatori.

Si tratta, come noto, di una decisione fondamentale per quanto concerne i rapporti tra diritto comunitario della concorrenza e diritto d'autore [25].

Dal contesto della sentenza emerge la volontà della Corte di limitare la validità del principio affermato al caso di specie senza cioè voler creare un precedente. La successiva giurisprudenza superò, come noto, questa limitazione stabilendo e meglio precisando i criteri basati sulla dottrina dell'*essential facility* che sono applicabili alla materia dei diritti di proprietà intellettuale.

Sin da *Magill*, la Corte di Giustizia ha dunque stabilito il principio per cui in circostanze eccezionali la Commissione è competente ex art. 82 TCE (ora art. 102 TFUE) ad imporre licenze obbligatorie di diritto d'autore, nonché ad imporre il rifornimento di nuovi clienti [26].

Quello appena citato è elemento di "compatibilità" tra diritto d'autore ed antitrust, determinante ai fini di un ragionamento avente come tema il principio di interoperabilità: l'interoperabilità riguarda infatti la possibilità per nuovi attori del mercato dei contenuti digitali di ottenere informazioni indispensabili alla propria attività - le informazioni che consentono di "interoperare" - che sono sotto il controllo di terzi monopolisti a causa di privative; in mancanza di un organo *ad hoc* che espleti tale compito la competenza parrebbe delle Autorità Antitrust che dovrebbero analizzare il problema secondo i criteri enunciati in *Magill*, come aggiornati dal

successivo caso IMS/HEALTH [27] e cioè rispondendo ai seguenti quesiti:

- 1) Se il rifiuto di interoperare impedisca la creazione di un nuovo sostituto per cui esiste potenziale domanda da parte dei consumatori;
- 2) il rifiuto sia ingiustificato;
- 3) il rifiuto crei un monopolio su un mercato secondario separato e, pertanto, potenziali perdite/danni ai consumatori.

Tali criteri rimangono validi e si possono applicare ai casi di rifiuto di erogare servizi di distribuzione di contenuti digitali in rete nei quali ciascun produttore cerca di portare gli utenti ad acquistare unicamente contenuti dal proprio servizio escludendo i concorrenti mediante privative, mediante utilizzo pervasivo delle misure tecnologiche di protezione e mediante tecnologie non interoperabili.

Il tentativo di *enforcement* della privativa sui *links* può, se non sorretto da giustificazioni oggettive, rientrare tra questi.

In altre parole, la competizione, in assenza di interoperabilità, non è “nel mercato” ma “per il mercato”, in base alla teoria di Schumpeter della distruzione creativa [28], in cui vi è un susseguirsi di imprese dominanti l'intero mercato a muovere le spinte all'innovazione.

Nella distruzione creativa i concorrenti possono arrivare ad utilizzare una serie di comportamenti ai limiti del lecito (o anche oltre) in quanto non è in gioco la leadership di mercato ma la posta in gioco è la propria sopravvivenza.

L'interoperabilità tra standard o l'adozione di un unico standard comune eliminerebbe il problema della “sopravvivenza” in quanto si ridurrebbero drasticamente gli effetti di rete. Un'azione attuata sui comportamenti escludenti delle imprese non ha invece pari efficacia in quanto non è idonea a ingrandire o diminuire la dimensione della rispettiva “rete” generata dalla presenza sul mercato di sistemi chiusi; questa rimane quella massima, identica, per tutti; la competizione è infatti nel mercato: gli utenti del sistema disciplinato secondo i principi di interoperabilità sarebbero contendibili attraverso l'innovazione a livello dei prodotti e servizi e potrebbero nuovamente migrare a sistemi chiusi.

Vi può essere anche il caso in cui il nuovo prodotto o servizio di una impresa possa essere migliorato dall'altra attraverso un ulteriore servizio o funzione interoperabile [29].

A tale ricostruzione si è obiettato [30] che la facilità con cui ogni utente può passare dall'uno all'altro servizio in un mercato interoperabile porta le imprese a bassi livelli di investimento sull'innovazione del servizio stesso rispetto a contesti in cui la competizione è “per il mercato”.

La risposta a tali critiche si basa anzitutto sul fatto che la competizione “per il mercato” è sostenibile solo dalle grandi imprese ed è, di per sé, una barriera all'ingresso di piccole imprese che, storicamente, sono quelle che hanno portato significative innovazioni nei campi tecnologici e sulla considerazione che proprio il rischio di essere facilmente “scalzati” dai

concorrenti nel contesto interoperabile è un sufficiente incentivo all'innovazione e all'investimento quando vi è una base di utenti sufficientemente ampia; le imprese cercheranno cioè di costruire il loro seguito di utenti sulla qualità e sull'innovazione più che sugli effetti di rete, che rendono impossibile fruire dei servizi di terzi e proteggono elevati investimenti. Tale impostazione trova seguito nella visione della Commissione Europea che ha aperto la strada, appunto con i casi Magill ed IMS/Health e attuato concretamente tale approccio con la elevatissima sanzione inflitta a Microsoft.

Nel caso dei contenuti digitali, infatti, ciò porterà l'impresa che operi nel contesto interoperabile ad assicurarsi i contenuti di migliore qualità per mantenere gli utenti collegati al proprio servizio di distribuzione ed il vantaggio competitivo dell'interoperabilità è dunque evidente e desiderabile. Un simile risultato non sembra raggiungibile in un contesto concorrenziale caratterizzato da elevati effetti di rete dove invece, l'elevato costo di sviluppo di uno standard proprietario potrebbe essere invece recuperato proprio diminuendo la qualità dei contenuti distribuiti agli utenti abbonati, che non possono facilmente procedere ad una transizione ad altri servizi di distribuzione.

Nel complesso sarebbe dunque desiderabile estendere il contesto interoperabile alla generalità del mercato e, dunque rinunciare agli investimenti elevati *una tantum* della singola impresa in quanto gli stessi potrebbero, in teoria, essere equiparati da una costante attenzione a mantenere alto il livello di qualità dell'offerta per non "perdere l'attenzione" del cliente che si muove in contesto interoperabile.

L'intervento antitrust serve da presupposto a questi interventi per creare condizioni favorevoli, eliminando preclusioni e distorsioni venutesi a creare nelle condizioni di sostanziale assenza di regolamentazione pro competitiva che hanno determinato quella che si è descritta come "competizione per il mercato", con contemporaneo aumento fuori controllo, e reazione conservativa dell'ordinamento, dell'utilizzo illecito.

D'altronde, fornire supporto legislativo all'emersione di nuovi modelli legali di distribuzione diretta in un sistema interoperabile integrato, che sfrutti ad ampio raggio le proprietà dei diritti digitali, a basso costo per l'utente è anche uno dei modi di ridurre il numero complessivo di violazioni al diritto d'autore e, in base a quanto sopra, una più che efficiente modalità di conciliare la distribuzione di audiovisivi e opere dell'ingegno digitali con le regole del diritto d'autore in una catena del valore che sia finalmente giuridicamente ed economicamente integrata in una concezione interoperabile del modello distributivo digitale.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Cfr. P. GALLI, commento all'art. 16 LdA, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., Padova, 2012, 1414 ss.;

[2] Per opere digitali, intendo qui le opere che circolano sulle reti telematiche e non presuppongono un supporto per essere compiutamente fruibili. Mi sia consentito un rinvio al mio saggio su *La circolazione dell'opera digitale*, Torino, 2012 e alla mia voce *Opera Digitale*, in Enc. Giur. Treccani, Aggiornamento, 2010.

[3] Cfr. <http://www.webfoundation.org/about/sir-tim-berners-lee/>

[4] Sul tema delle inibitorie si veda M.S. SPOLIDORO, *Misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, 59 ss.; id., *Le inibitorie nel diritto industriale e nel diritto d'autore*, disponibile in Internet, all'URL <http://www.ordineavvocatimilano.it/upload%2Ffile%2Fpdf%2Fatti-2007%2FRel%20Prof%20Spolidoro%20Le%20inibitorie%20def.pdf> nel quale l'A. analizza le inibitorie per violazioni di diritto d'autore sulle reti telematiche, che ricadono nell'ambito della Direttiva Commercio Elettronico.

[5] Si veda il commento alle categorie stesse di P. GALLI, commento all'art. 2 LdA, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, IV ed., Padova, 2012, 1347 che non annovera tra gli oggetti protetti il *link* ma solo siti e domini ed a particolari condizioni.

[6] Si vedano i *consideranda* 8, 11 e 12 della Direttiva 2009/24/UE e gli artt. 6 e 7 della medesima, inapplicabili ai *link*.

[7] Si veda L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul software*, Milano, 1994; E. AREZZO, *Tutela brevettuale e autoriale dei programmi per elaboratore: profili e critica di una dicotomia normativa*, Milano, 2012; si veda inoltre, V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*; L. BREGANTE, *La tutela del software*, Torino, 2003; R. PARDOLESI-M.GRANIERI, *Il software*, in AIDA 2007.

[8] Sui criteri e sul tipo di responsabilità per *link* ad opere digitali "pirata", cfr. A. Savin, *EU Internet Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, 87 ss. secondo il quale il *link* ad un'opera non autorizzata costituisce motivo di responsabilità sia di chi ha postato il *link* sia dell'utente che vi accede poiché si consente accesso a materiale illecito, tuttavia il presupposto del ragionamento in questione è che il soggetto che predispone il *link* sia anche il soggetto che immette il materiale non autorizzato su Internet (il *link* è dunque effettuato dalla stessa persona che ha caricato il materiale sulla rete). Se un utente si limita a predisporre un *link* a materiale di terzi,

come si vedrà, l'ordinamento applica criteri simili a quelli utilizzati per i motori di ricerca.

[9] Cfr. Cassazione IV sez. penale, n. 15158 del 10/4/2008.

[10] Si veda Cassazione III Sez. Penale, n. 33945 del 4/7/2006 e la nota di D. Stefani, in AIDA 2007, 1183 ss.

[11] Occorre tuttavia notare che il *safe harbor* previsto dal DMCA protegge da responsabilità il provider solamente per violazioni commesse negli USA. Per quanto dunque vi sia la prassi di utilizzarlo (per la sua semplicità ed efficacia nella mediazione di controversie) anche quale metodo di soluzione di controversie con utenza internazionale, esso non si presta a esonerare da *liability* il provider che rimane, comunque, esposto a una causa civile nella eventuale giurisdizione estera dove si è verificata la violazione.

[12] Sull'aspetto della differenza tra motore di ricerca generico e specializzato cfr. anche il recente caso statunitense *Flava Works, Inc. v. Gunter*, 689 F.3d 754 (7th Cir., 2012), nel quale un produttore di video per adulti resi disponibili alla visione a pagamento su appositi siti aveva portato in giudizio il sito *myVidster* il quale proponeva *links* a siti che mostravano senza autorizzazione i video in questione. *MyVidster* consente ai propri utilizzatori di memorizzare tramite un *bookmark* i video preferiti che tuttavia saranno visionati su siti terzi. Il servizio mostra tuttavia immagini a dimensione ridotta (*thumbnail*) dei video selezionati attraverso cui gli utenti possono scegliere il video da visionare. Tali immagini sono contornate da pubblicità. La corte d'appello ha annullato l'ingiunzione preliminare ottenuta da *Flava* stabilendo che *myVidster* non era un *contributory infringer* per il solo fatto di presentare *bookmark* attraverso cui è possibile la visione successiva di video. La Corte ha ritenuto che fornire una connessione tra un server, degli *hosts* ed il computer dell'utente di *myVidster* di per sé non denota *contributory infringement* in quanto in queste attività non vi sono attività di copia di un video soggetto a copyright. La Corte ha inoltre ritenuto che qualora il contenuto linkato sia disponibile autonomamente su siti terzi, non si possa invocare la norma contenuta alla §512d del DMCA che punisce il "*referring or linking users to an online location containing infringing material*". Parte dei commentatori statunitensi del caso hanno interpretato la decisione come motivata da una oggettiva carenza di prove della violazione, cfr. B. SOOKMAN, *Understanding Flava Works v. MyVidster: Does Inline Linking Infringe Copyright?*, 59 J. Copyright Soc'y 723, 724, 2012

[13] Cfr. ad esempio, per quanto riguarda la giurisprudenza statunitense, la recente *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Funk*, 710 F.3d 1020 (9th Cir. 2013) in cui il giudicante ha ritenuto che un sito che raccoglieva ed organizzava *file* di tipo *bittorrent*, permettendone la ricerca e il *browsing* non potesse utilizzare ed invocare il DMCA "*safe harbor*". Nel caso *Perfect 10 Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), la Corte

statunitense del Nono Circuito si è occupata dalla funzione Google Image Search. Le immagini *thumb nail* (a dimensione ridotta) che Google restituiva come risultati della ricerca per immagini erano state infatti denunciate come violazioni dirette del *copyright* dai rispettivi titolari (*direct infringements*). La corte tuttavia stabilì che quando Google mostrava l'immagine piena attraverso un *link* presente sotto l'immagine in scala ridotta, che portava al sito di appartenenza dell'immagine, non violava il *copyright*. In effetti, Google facilitava l'accesso dell'utente all'immagine e questa "facilitazione" poneva questione di responsabilità secondaria per il c.d. *contributory infringement* a condizione che l'immagine a cui si veniva diretti fosse anch'essa in violazione del *copyright*. La corte respinse la tesi che il mostrare le immagini in scala ridotta e il *linkare* immagini fosse, di per sé, una violazione diretta del *copyright* in quanto solo il codice HTML del sito risultava memorizzato da Google. Essa concluse che tutto ciò che Google distribuiva era una istruzione in codice per reperire contenuto mostrato su siti terzi.

[14] Si pensi che, recentemente è comparsa in rete una nuova tecnologia (Streamza) che, partendo dall'indicazione dell'utente di un file *torrent* che può essere ovunque in Internet, genera una visione in diretta *streaming* dell'audiovisivo proveniente da quel file, consentendo così una fruizione on demand del file stesso senza che vi sia alcun server centrale. In sostanza, anche Streamza parte da un *link* (fornito però dall'utente) per generare uno streaming individuale (senza dunque diffusione "al pubblico"). Il problema però in questo caso è nella ricomposizione del file che, sui server di *Streamza* riprende la forma di opera digitale ed ha, probabilmente, in quel momento necessità di una autorizzazione del titolare per essere ricomposto in formato idoneo allo streaming.

[15] Cfr. M. BERTANI, *Internet e la amministrativizzazione della proprietà intellettuale*, in AIDA 2012, 129 ss.

[16] Cfr. DE MARTIN-BLENGINO-RICOLFI-COGO, *Osservazioni del Centro Nexa in merito alla seconda fase della consultazione AGCOM sul diritto d'autore*, Centro Nexa, 2011, <http://nexa.polito.it>.

[17] Cfr. C. CAMARDI, *Inibitorie amministrative di attività*, in AIDA 2012, 268 ss.

[18] Introdotto dall'art. 6 del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44, c.d. "Decreto Romani", attuativo della Direttiva Servizi Media Audiovisivi, la quale tuttavia non prevede una simile tutela del diritto d'autore. Il testo della norma è il seguente: "1. *Le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi*

assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi. 2. I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare: a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti; b) si astengono dal trasmettere o ritrasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca. 3. L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo."

[19] Appare prematuro commentare le misure in questione in questa sede in quanto in grande parte sono demandate a tavoli tecnici di attuazione e, dunque, non ne è ancora verificabile il contenuto concreto.

[20] Cfr. paragrafo 4.1.1 per un esame dei casi che riguardano la responsabilità *ex post* degli aggregatori in seguito alla *notice* della presenza di contenuti in violazione.

[21] Al riguardo alcuni commentatori, tra cui RICOLFI, citato nel commento di P. GALLI all'art. 16, in *Commentario Breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1414 si sono dichiarati favorevoli alla tesi della liceità del *link*, mutando una precedente opinione, in quanto l'accesso al materiale protetto avviene con l'intermediazione di un soggetto diverso da quello che allestisce il sito ma la circostanza non "depone affatto a sfavore dell'illiceità del *link*", visto che "(i) il criterio dell'intervento di un soggetto diverso dal soggetto autorizzato alla comunicazione al pubblico è influente per valutare la necessità di un'ulteriore autorizzazione dei titolari del diritto d'autore solo in relazione ad una sub-fattispecie specifica, la ritrasmissione delle radiodiffusioni contemplata dall'art. 11 della Convenzione Universale di Berna, essendo per tutte le restanti ipotesi di comunicazione al pubblico decisivo il criterio del raggiungimento di un pubblico nuovo e diverso; e (ii) che, da quest'ultimo punto di vista, il pubblico che accede ai siti navigando interattivamente è tipicamente quello che si vale della struttura reticolare e non sequenziale della rete e, quindi, particolarmente, anche dei *links*, siano essi normali o "deep", cosicché (iii) (...) si deve concludere che l'autorizzazione all'accesso include anche l'accesso attraverso un *link*". Anche qui, tuttavia, si sottolinea sommessamente che occorre probabilmente distinguere il caso del *link* al programma televisivo diffuso senza l'autorizzazione del titolare dal caso del *link* al programma televisivo che venga direttamente diffuso dal *broadcaster* e, dunque, risulti di per sé autorizzato anche ai sensi del citato

art. 11 CUB, non potendo il *link*, autonomamente considerarsi una “diffusione” ma solo un “collegamento”.

[22] Cfr. J. TURNEY, *Defining the limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 3, No. 2, 2005; Per la definizione in generale della *essential facilities doctrine* è utile vedere Corte di Giustizia, 1998, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, ECR I-7791; Cause Riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, European Night Servs. Ltd. c. Commissione, 1998 E.C.R. II-3141 (tunnel); Raccomandazione della Commissione sull’Applicazione delle Regole della Concorrenza agli Accordi sull’Accesso nel Settore delle Telecomunicazioni, 1998 GUCE (C 265) 2; Direttiva del Consiglio 90/547/CEE del 29 October 1990 sul Transito di Elettricità attraverso Reti di Trasmissione, 1990 GUCE (313) 30.

[23] Secondo quanto stabilito, la posizione dominante non è automaticamente integrata dalla titolarità del diritto di proprietà intellettuale; occorre però considerare in questo caso il monopolio di fatto sul mercato rilevante, costituito dalle informazioni necessarie a produrre i palinsesti, a loro volta, necessari a produrre e pubblicare le guide

[24] È interessante notare che nel Regno Unito il Broadcasting Act del 1990 impone agli esercenti le imprese televisive di concedere licenza per i loro palinsesti ad altri editori, dietro pagamento di una ragionevole royalty.

[25] Cfr. M. BERTANI, *Diritto d’autore europeo*, cit., 251 ss.

[26] Tale principio è realmente innovativo rispetto a casi precedenti in cui la Commissione si limitava ad imporre di non interrompere arbitrariamente forniture già in corso. Secondo l’analisi di Sarti, tuttavia, il rifiuto di licenze ad effetti escludenti è possibile e lecito quando protegga l’interesse del titolare a realizzare economie di scala per massimizzare il rendimento degli investimenti e sfruttare così sul mercato l’opera protetta, o l’interesse della collettività alla diversificazione del mercato, cfr. D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in Riv. Dir. Ind., 2002, I, 564 ss. Nella analisi basata sull’interoperabilità l’interesse del titolare della piattaforma potrebbe tuttavia essere in contrasto con l’interesse a massimizzare l’investimento sull’opera ed avere altra natura.

[27] I criteri sono stati sviluppati nel caso IMS HEALTH. Una società con diritti di proprietà intellettuale (copyright) su uno standard *de facto* rifiutava licenze ai propri concorrenti. La società fu obbligata a concedere licenze laddove esista una interconnessione fra due fasi della produzione e il prodotto del mercato a monte sia indispensabile per ottenere il prodotto nel mercato a valle. Sulla valenza di tale caso per porre un freno alla compressione del *public domain* da parte dei diritti di proprietà intellettuale e sulla relativa possibilità di intervento antitrust, cfr. E. AREZZO, *Osservazioni a margine del caso NDC Health v. IMS Health*, in Riv. Dir. Ind., 3, 2004, 236 ss. I riferimenti del caso sono i seguenti: Tribunale di Primo

Grado delle Comunità Europee caso T-184/01, IMS Health Inc. v. Commissione (due ordinanze preliminari); fase successiva IMS Health Inc. v. NDC Health Corp., Case C-481/01, pregiudiziale del Landgericht Frankfurt am Main nel caso tra IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co, case C-418/01.

[28] Cfr. SCHUMPETER J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Row, 1942;

[29] Ad esempio l'archiviazione in rete di contatti, agenda ed altre informazioni a partire da noti software.

[30] Cfr. KATZ-SHAPIRO, *Network Externalities, Competition and Compatibility*, in *The American Economic Review*, 1985, 424-441.

Aiuti di Stato e concorrenza sleale

di
Valeria Falce

Sommario: 1. La violazione di norme imperative e di prescrizioni pubblicistiche come atto di concorrenza sleale. - 2. Il rapporto tra le disposizioni in materia di aiuti di stato e la disciplina repressiva della concorrenza sleale. - 3. Segue: Rimedi e tecniche di ricomposizione degli interessi alla luce della giurisprudenza rilevante. - 4. Conclusioni.

1. La violazione di norme imperative e di prescrizioni pubblicistiche come atto di concorrenza sleale.

1.1. Ambiti e limiti di applicazione.

Il processo di continua amministrativizzazione dell'ordinamento e delle relazioni sul mercato, insieme alla crescente moltiplicazione di interventi legislativi (nazionali e comunitari) rivolti, a vario titolo, alla salvaguardia della concorrenza e alla tutela del mercato hanno rinnovato il dibattito sul coordinamento nell'*enforcement* delle relative discipline. In tale contesto, la rinvigorita curvatura costituzionale del bene della concorrenza coniugata alla rilevanza delle disposizioni codicistiche in particolare sulla concorrenza sleale, suggeriscono di tornare a riflettere sulle ipotesi in cui la violazione di una norma pubblicistica in generale e specificamente della disciplina in materia di aiuti di stato costituisca una condotta lesiva del paradigma della correttezza professionale in contrasto con la disciplina repressiva della concorrenza sleale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2598 c.c. e seguenti.

Per inquadrare correttamente la questione sembra utile muovere da una duplice premessa: anzitutto, una medesima condotta può al contempo violare diversi beni giuridici, così esponendosi ad altrettanti profili di censura; in secondo luogo, una stessa condotta può violare un medesimo bene giuridico che l'ordinamento protegge con diversi strumenti, nel qual caso è il criterio della prevalenza della disposizione speciale rispetto a quella generale, che arretra, a dover guidare l'interprete nell'identificazione della disciplina applicabile.

Se quelli appena ricordati sono principi generali, si tratta ora di calarli nel particolare al fine di verificare: i) se ed in che limiti la violazione di una norma di diritto pubblico, ivi compresa la disciplina sugli aiuti di stato, costituisca al contempo un atto di concorrenza sleale, ascrivibile all'art.

2598 c.c.; ii) se ed in che termini la conformità di una condotta alle norme pubblicistiche, e dunque alle previsioni in materia di aiuti di stato, possa comunque qualificare un atto di concorrenza sleale.

Nell'un caso (i), e in prima approssimazione, il nodo va sciolto ricorrendo alle teorie sul cumulo di discipline e di responsabilità, rispetto alle quali si delineano tre diverse linee interpretative: la prima, appellandosi alla concezione etica di correttezza professionale, riporta ogni violazione delle norme pubblicistiche da parte di un imprenditore ad un atto di concorrenza sleale [1]; la seconda, facendo leva sulla nozione corporativa di correttezza professionale, ripudia il cumulo di responsabilità nel presupposto dell'assorbimento del rilievo concorrenziale della condotta contraria ad una norma pubblicistica in quello amministrativo o penale della condotta già sanzionato ad altro titolo; la terza, valorizzando la nozione normativa della correttezza professionale, si pone in posizione intermedia, concludendo che la condotta contraria ad una norma pubblicistica possa integrare una forma di concorrenza sleale a seconda del rilievo che la norma pubblicistica e la sua violazione assumono per il corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.

Diversamente dalle prime due, è la terza lettura a prevalere per flessibilità ed intrinseca capacità a cogliere la complessità ed articolazione del caso concreto così consentendo un opportuno bilanciamento. Proseguendo lungo questo filone, si tratterebbe di identificare le ipotesi in cui le norme pubblicistiche sono direttamente rivolte alla tutela della concorrenza, perché in tal caso sarebbe la stessa cornice pubblicistica a fornire gli strumenti interpretativi utili a decodificare i principi di lealtà cui gli imprenditori devono informare la propria condotta, così che in caso di violazione di tali previsioni ricorrerebbe un atto di concorrenza sleale. Là dove, invece, le norme pubblicistiche non si proponessero come fine di tutelare anche la concorrenza, allora la condotta contraria a quelle norme potrebbe sì integrare un illecito concorrenziale ai sensi dell'art. 2598 c.c., ma solo ove essa fosse capace di incidere sulla concorrenza.

D'altra parte, nemmeno questa terza ipotesi esegetica è immune da critiche, tenuto conto che, come avverte la migliore dottrina, sembra "decente ritenere che, salvo ipotesi eccezionali, la violazione di leggi dello Stato sia sempre in contrasto con i principi di correttezza" [2]. Per scriminare dunque le condotte lecite da quelle illecite andrebbero distinte le norme pubblicistiche violate a seconda che prescrivano limiti all'esercizio dell'attività imprenditoriale, costi o oneri. Nel caso in cui ad essere infrante siano delle norme del primo tipo, ricorrerà anche una fattispecie concorrenzialmente illecita. Nell'ipotesi in cui la violazione riguardi norme che impongono costi, essa integrerà una fattispecie complessa comprensiva di un illecito concorrenziale se a quella infrazione si colleghi un atto da cui scaturisca un danno concorrenziale. Infine, nell'ipotesi in cui la violazione si riferisca a norme che impongono degli

oneri, per quanto da più parti si invochi la difficoltà di ravvisare in essa la fonte di un comportamento concorrenziale, non pare che questo possa escludersi. Al pari infatti della violazione di norme che impongono costi (ad esempio, quelle sul pubblico impiego) quelle che prescrivono oneri (ad esempio, licenze o autorizzazioni) possono ben tradursi in un risparmio e a sua volta in un vantaggio concorrenziale, che, sfruttato, può causare un danno concorrenziale.

Quanto all'altro caso (ii), in cui il quesito che ci si pone è se la conformità di una condotta ad una norma pubblicistica possa comunque lasciare spazio ad una sua valutazione in termini di illiceità, la risposta, tutt'altro che univoca, evoca il tema del concorso di discipline. In linea di principio, si riconosce che l'aderenza di un comportamento ad una norma anche imperativa non precluda la sua difformità rispetto ad altro *corpus* normativo. D'altra parte, per verificare in concreto la sussistenza di un illecito concorrenziale, occorre risalire alle finalità della norma pubblicistica e solo nel caso in cui questa sia di stampo filo-concorrenziale parrebbe ragionevole arrestare qualsiasi ulteriore valutazione in merito alla rilevanza della condotta nella prospettiva dell'art. 2598 c.c..

1.2. Concorrenza sleale e illecito aquiliano. Cenni.

A fronte di un comportamento attuato da parte di un'impresa in violazione di una norma pubblicistica che, sulla base delle verifiche che precedono, al contempo integri un illecito concorrenziale, il concorrente leso ovvero le relative associazioni professionali sono legittimate a tutelare i propri interessi nelle sedi giudiziali competenti ed in particolare a promuovere i) l'azione inibitoria e di rimozione degli effetti della condotta illecita, per il cui esperimento è sufficiente la prova della ricorrenza degli estremi dell'atto di concorrenza sleale, ma non quella del dolo o della colpa dell'autore, né quella di un effettivo danno patrimoniale, essendo sufficiente il mero danno potenziale; ii) l'azione di risarcimento del danno, che richiede invece la prova del dolo o della colpa dell'autore (colpa che peraltro si presume una volta accertato l'atto di concorrenza sleale) e del danno patrimoniale. Nell'ambito di tale azione, il giudice può disporre la sanzione della pubblicazione della sentenza sulla stampa.

In effetti, al concorrente che ritenga di essere stato danneggiato da un atto di concorrenza sleale è fatta salva la possibilità, almeno a livello di principio, di far leva sull'art. 2043 c.c. per tutelare i propri interessi.

In giurisprudenza il rapporto tra le due norme è stato risolto considerando l'illecito concorrenziale come una specie del più ampio genere dell'illecito civile [3]. Più in particolare la specialità della concorrenza sleale rispetto all'illecito civile è individuata con riferimento ai requisiti della legittimazione (attiva e passiva) nonché ai mezzi di reazione dell'illecito,

mentre per quanto riguarda i presupposti e le conseguenze risarcitorie della responsabilità le due categorie coinciderebbero [4]. Così operando, la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. viene ad assumere un ruolo sussidiario tale per cui si ricorre a tale disposizione ogniqualvolta non vi siano i requisiti oggettivi e soggettivi per il ricordo all'art. 2598, n. 3, c.c. [5].

2. Il rapporto tra le disposizioni in materia di aiuti di stato e la disciplina repressiva della concorrenza sleale.

2.1. Considerazioni Generali

Alla luce dell'inquadramento generale che precede, si può ora passare ad esaminare il rapporto tra le disposizioni pubblicistiche in materia di aiuti di stato e la disciplina repressiva della concorrenza sleale, che, come detto, promuove a livello privatistico la tutela della concorrenza nelle relazioni tra imprese direttamente concorrenti che insistono sul mercato [6].

Ciò che rileva ai fini della sussistenza di un comportamento scorretto censurabile dinanzi al giudice civile nazionale è, pertanto, l'autonoma rilevanza giuridica dell'atto di concorrenza sleale posto in essere dall'impresa beneficiaria di un aiuto di stato nei confronti di un diretto concorrente sempre che si tratti di una specifica condotta i) sostanzialmente contraria alle disposizioni in tema di concorrenza e incompatibile con la disciplina degli aiuti, ovvero diretta a specifiche ricadute commerciali dell'indebita fruizione di un aiuto [7], ii) che sia causalmente collegata all'aiuto di cui ha beneficiato.

Dal campo dell'analisi rimane in ultima analisi estraneo, da una parte, il rapporto, anche patologico, che si possa instaurare tra impresa beneficiaria e Stato Membro e, dall'altro, la relazione che possa intercorrere tra Stato Membro concedente l'aiuto ed imprese concorrenti del soggetto beneficiario che, nel rivendicare l'incompatibilità ovvero l'illegittimità della misura, richiedano allo Stato di risarcire i danni ingiustamente causati dalla sua concessione.

Tanto premesso, punto di partenza della riflessione è che le regole relative agli aiuti concessi dagli Stati sono direttamente e specificamente volte a garantire che la concorrenza tra imprese non sia falsata da aiuti che avvantaggino indebitamente talune imprese o talune produzioni rispetto alle loro concorrenti. Si tratta dunque di norme che, in quanto tali, qualificano la nozione di correttezza professionale ai sensi dell'art. 2598 c.c., così che l'accertamento della conformità della pratica rispetto alle previsioni in tema di aiuti di stato determina la conformità di una condotta al paradigma della correttezza.

2.2. Responsabilità dell'impresa beneficiaria di un aiuto nei confronti dei diretti concorrenti.

Se è discutibile che sull'impresa beneficiaria gravi l'obbligo di verificare la regolarità e in ultima analisi la legittimità dell'aiuto erogato (nel presupposto che tali gli obblighi di notifica e di *standstill* incombono esclusivamente sullo Stato membro [8]), d'altra parte, a partire dalla celebre sentenza SFEI, la giurisprudenza comunitaria respinge l'idea "che il beneficiario di un aiuto di Stato illegale possa, sulla base del diritto dell'Unione europea, essere ritenuto responsabile del pregiudizio subito da un proprio concorrente a causa della violazione dell'art. 108.3 TFUE" [9].

A fronte peraltro di un legittimo affidamento maturato e a prescindere dal raggio di azione di un generale onere di diligenza [10], non si può escludere che il beneficiario di un aiuto di stato illegale ovvero incompatibile possa essere considerato responsabile nei confronti di operatori concorrenti sotto altro profilo [11].

Ciò potrebbe verificarsi qualora l'impresa beneficiaria, attraverso l'aiuto, abbia realizzato autonome condotte anticoncorrenziali in violazione degli articolo 101 e 102 TFEU (o delle corrispondenti normative nazionali) ovvero abbia attuato in modo abusivo l'aiuto concesso. In tal caso, infatti, in attesa o successivamente all'eventuale decisione assunta dalla Commissione Europea rispetto alla conformità con la disciplina comunitaria della misura, la condotta particolare posta in essere dall'impresa beneficiaria ricadrebbe al di fuori della "copertura" fornita dall'atto con cui è stato concesso l'aiuto e sarebbe autonomamente valutabile, assumendo specifica e propria rilevanza [12].

In altri termini, per il tempo in cui sussista un legittimo affidamento circa la compatibilità della misura, l'impresa beneficiaria è tenuta a non sfruttare il vantaggio concorrenziale conseguito oltre la finalità, i margini e i limiti consentiti così causando un ulteriore danno economico ai concorrenti. Diversamente, l'eventuale azione da questi ultimi promossa nei confronti dell'impresa beneficiaria si radicherebbe non tanto sulle norme di diritto comunitario, quanto piuttosto su principi e prescrizioni di diritto interno in tema di responsabilità [13]. In tal caso, il giudice nazionale, oltre eventualmente a compiere una serie di valutazioni preliminari, sarebbe chiamato ad accertare se la strategia intrapresa dall'impresa beneficiaria dell'aiuto rechi un pregiudizio ai diritti dei terzi concorrenti dell'impresa, autonomamente rilevante, causalmente collegato con il beneficio economico selettivamente concesso e comunque tale da non essere assorbito dalle misure disposte per il ripristino dello *status quo ante* in termini di condizioni di concorrenza sul mercato.

Inoltre, qualora sulla conformità dell'aiuto alla disciplina comunitaria non si sia ancora espressa la Commissione Europea, è fatta salva la facoltà del

giudice nazionale di adottare, se richiesto, i provvedimenti cautelari più opportuni. Infine, se il giudice nazionale si pronuncia in un momento successivo rispetto alla decisione della Commissione Europea sulla conformità dell'aiuto, esso deve necessariamente tenere in considerazione la decisione comunitaria.

Passando invece, all'ipotesi in cui la pratica realizzata risulti conforme alle norme in tema di aiuti, (in quanto legittimo, perché regolarmente comunicato alla Commissione Europea, e compatibile, perché da questa autorizzato), ma, ciò nonostante, risulti scorretta sensi dell'art. 2598 c.c., si tratta di distinguere tra conformità procedurale - che, non implicando alcuna valutazione nel merito, non garantisce la conformità della condotta dell'impresa sul mercato alle norme in materia di concorrenza - e conformità di tipo sostanziale, che può determinare un concorso di norme. In tal caso, la valutazione del giudice nazionale, che deve muovere dalla ricostruzione del quadro normativo e tener conto del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, non può valutare come contrarie al principio di correttezza professionale quelle condotte attuative del beneficio derivante dall'aiuto di Stato legittimo e quelle che per l'impresa beneficiaria della misura sono doverose, perché entro questi margini la tutela della concorrenza e della correttezza è assicurata dalla disciplina comunitaria in materia di aiuti. Al di fuori di questi limiti, invece, il giudice può liberamente apprezzare la correttezza della condotta ex art. 2598 c.c. [14] e se del caso avvalersi dello strumentario offerto a livello di *private enforcement*.

3. Segue: Rimedi e tecniche di ricomposizione degli interessi alla luce della giurisprudenza rilevante.

La giurisprudenza, assai copiosa in materia di aiuti di stato, saltuariamente si è occupata delle interferenze ed intersezioni con la disciplina repressiva della concorrenza sleale [15]. Tra i principali precedenti che segnano le evoluzioni della materia, si segnalano i seguenti:

- Caso Grandi Traghetti di Navigazione [16]

Nel caso in oggetto, l'azione è stata proposta di fronte al Tribunale di Genova da Grandi Traghetti di navigazione (GTN) nei confronti di Viamare di Navigazione (VDN) per comportamenti sleali consistenti nell'applicazione di tariffe sottocosto nonché attraverso la sollecitazione della clientela in maniera scorretta. GTN in particolare sosteneva che l'applicazione di tariffe sottocosto per i servizi di navigazione da Genova a Termini Imerese non era frutto di una autonoma politica imprenditoriale, ma diretta e immediata conseguenza dell'erogazione di aiuti di stato concessi dal Governo Italiano

a Finmare, società controllante di VDN. A tal fine GTV chiedeva al Tribunale l'adozione di misure cautelari nei confronti di VDN ai sensi dell'art. 700 cpc, con rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia teso ad accertare se le misure statali in questione potessero considerarsi come aiuti di stato ai sensi della rilevante normativa.

Il Tribunale di Genova riconosceva che in linea di principio un aiuto di stato lesivo della disciplina comunitaria qualifica un atto di concorrenza sleale, con la conseguenza che il beneficiario della misura può essere destinatario di una misura cautelare. Nel merito, tuttavia, il Tribunale di Genova escludeva innanzitutto l'applicazione delle norme in tema di aiuti di stato ai servizi di navigazione (cfr. Regolamento EC 3577/92, art. 6) ed in secondo luogo negava che i finanziamenti concessi a VDN potessero qualificare aiuti di stato trattandosi di mezzi reperiti sul mercato.

- Caso Alitalia/Airone [17]

Nella vicenda in esame, la Commissione Europea nel 2004 aveva autorizzato, come forma di aiuto individuale da parte dello stato italiano alla compagnia di bandiera, la concessione di una garanzia per il finanziamento-ponte erogato a marzo del 2005 per una durata di dodici mesi ad Alitalia da alcuni istituti di credito al fine di assicurare la copertura del fabbisogno netto di contante ed evitare il rischio di insolvenza della società. La Commissione Europea aveva ritenuto l'aiuto compatibile con la disciplina comunitaria sempre che venissero rispettate due condizioni: i) che all'erogazione dell'aiuto si accompagnasse l'adozione di un idoneo piano di ristrutturazione e ii) che durante la fruizione dell'aiuto si promuovesse un aumento di capacità della flotta di Alitalia. Nel novembre 2005 Alitalia aveva manifestato "interesse a partecipare" ad una procedura di licitazione per l'acquisto del complesso aziendale del Gruppo Volare in amministrazione straordinaria. Airone, anch'essa interessata a partecipare alla procedura, aveva chiesto al giudice romano di inibire in via cautelare la partecipazione di Alitalia sostenendo che quest'ultima avrebbe in tal modo sfruttato i vantaggi concorrenziali dell'aiuto per finalità non strettamente inerenti a quelle per cui l'aiuto era stato concesso. Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 27 gennaio 2006 aveva accolto la posizione di Airone nel convincimento che alla data della manifestazione del proprio interesse alla partecipazione alla procedura Alitalia beneficiava dell'aiuto, che era stato concesso per assicurare il solo funzionamento corrente dell'azienda e non anche l'aumento delle capacità della flotta.

Alitalia aveva proposto reclamo avverso la pronuncia del giudice di primo grado ed il giudice esaminati i fatti e le argomentazioni aveva accolto il reclamo e revocato il provvedimento cautelare. Ad avviso del Tribunale, infatti, prima della restituzione del prestito ponte garantito, Alitalia aveva manifestato esclusivamente il proprio interesse a prendere parte alla gara

per l'aggiudicazione del complesso aziendale in vendita. Alitalia aveva dunque realizzato una condotta che in quanto preparatoria e preliminare era di per sé inidonea ad incidere sul mercato, sui concorrenti e sull'esito della procedura fino alla presentazione dell'offerta irrevocabile di acquisto la quale era avvenuta nel dicembre 2005, dopo cioè la ricapitalizzazione e la (anticipata) restituzione del finanziamento ponte. Ciò significava che Alitalia aveva presentato la propria offerta irrevocabile di acquisto in un momento in cui era cessata l'efficacia dell'aiuto di stato e con essa era venuto meno l'impegno di Alitalia verso la Commissione Europea di non aumentare la flotta. Nel concludere, il Tribunale aveva negato la sussistenza del *fumus boni iuris* nella pretesa di Airone in quanto, in ragione della tempistica degli atti e dei fatti in causa, Alitalia non aveva disatteso alcuna disposizione comunitaria in materia di aiuti di stato né attuato alcuna condotta concorrenzialmente sleale.

La vicenda è stata oggetto di accesa critica da parte della dottrina [18] in quanto nella prima ordinanza, il giudice applicava il criterio del cumulo di responsabilità senza aver accertato incidentalmente la violazione di alcuna prescrizione comunitaria e senza motivare circa le conseguenze anticoncorrenziali della condotta di Alitalia in un mercato ben individuato. L'ordinanza che decide sul reclamo proposto da Alitalia, invece, basa la propria decisione sugli effetti giuridici e patrimoniali connessi alla condotta di Alitalia, senza considerare, invece tener conto degli effetti concorrenziali di tale condotta, ossia alla luce della strategia commerciale dell'impresa. Secondo tale dottrina, il giudice avrebbe dovuto anzitutto individuare le limitazioni alla condotta di Alitalia imposte dalla decisione della Commissione che autorizzava gli aiuti, e successivamente valutare la liceità della condotta posta in essere rispetto alle più rigide coordinate del diritto della concorrenza. In tale prospettiva si sarebbe potuto sostenere che il mercato rilevante in questione era pregiudicato, dal punto di vista della concorrenza, dalla presenza di un aiuto ad un'impresa ma era al tempo stesso tutelato da iniziative dell'impresa beneficiaria che amplificassero gli effetti distorsivi insiti nell'aiuto. In tal modo si sarebbe potuto ritenere che la condotta di Alitalia, per quanto conforme alla norme in tema di aiuti di stato, poteva comunque essere considerata scorretta e idonea a danneggiare i concorrenti e dunque violare le disposizioni in tema di concorrenza sleale.

- Caso Traghetti del Mediterraneo [19].

Nella vicenda in oggetto, Fallimento Traghetti del Mediterraneo conveniva in giudizio la società Tirrenia Navigazione, concorrente sul mercato dei collegamenti marittimi con Sicilia e Sardegna, per aver attuato condotte sleali sfruttando gli aiuti di stato ad essa concessi ai sensi della legge 684/74 che le avevano dunque consentito di applicare prezzi sottocosto. Il

ricorso respinto dal Tribunale di Napoli e, successivamente, dalla Corte d'Appello, approdava alla Corte di Cassazione che, confermando la correttezza delle decisioni dei giudici di merito, ribadiva che i) gli aiuti di stato sono in linea di principio proibiti in quanto incompatibili con il diritto della concorrenza; ii) l'effetto distorsivo generato dagli aiuti di stato è irrilevante nella valutazione della compatibilità della misura statale rispetto alla disciplina comunitaria in quanto tale effetto è una componente essenziale degli aiuti ed è ammissibile qualora sia diretto alla protezione di interessi che non troverebbero altrimenti soddisfazione [20]. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione concludeva che le tariffe applicate da Tirrenia Navigazione non erano l'espressione di proprie scelte imprenditoriali, ma l'attuazione di una specifica normativa nazionale e che per tale ragione non residuavano margini di autonomia che potessero integrare gli estremi di un atto concorrenzialmente illecito.

4. Conclusioni.

L'esplorazione degli ambiti di intersezione ed interferenza tra la disciplina in materia di aiuti e le previsioni a tutela della concorrenza rimanda ad una questione più generale, vale a dire se, quando e a che condizioni la violazione delle regole pubblicistiche in generale e quelle in materia di aiuti in particolare integri gli estremi di un atto di concorrenza sleale, autonomamente censurabile ai sensi e per gli effetti dell'art. 2598 c.c.

Se in punto di stretto diritto la strada del *private enforcement* tesa a sindacare un comportamento scorretto è percorribile ogni volta che l'impresa beneficiaria sfrutti i vantaggi concorrenziali conseguiti oltre la finalità per la quale e per il tempo nei limiti del quale la misura è concessa, ovvero con modalità esorbitanti, eccessive e sproporzionate, d'altra parte, in punto di fatto la prova dell'illecito e della sua autonoma rilevanza risulta assai difficile, così limitando drasticamente non solo il numero di azioni incardinate ma soprattutto le *chance* di successo.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[**] Contributo in corso di pubblicazione anche in Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, a cura di L.F.Pace, Jovene, Napoli, 2013.

[1] Critica tale impostazione C. Alvisi, Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità, 1997, p. 127, a giudizio della quale ad identificare la scorrettezza professionale con la violazione di norme

imperative si vanifica l'autonomo rilievo normativo della scorrettezza riducendola ad una species della colpa.

[2] Così. A. Vanzetti, V. Di Cataldo, *Manuale di Diritto Industriale*, 7° ed., 2012.

[3] Corte di Cassazione, sentenza n. 1829 del 26 giugno 1973, in *Foro. It.* 1973, I, c. 3371. In senso contrario si veda però Corte di Cassazione, sentenza n. 2106 del 6 luglio 1971, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1972, p. 108, stando alla quale "la concorrenza sleale resta autonoma e non più una semplice specie del più ampio genus costituito dall'illecito aquiliano". in dottrina, cfr. A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, 2005, p. 23; C. Alvisi, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1997, 125.

[4] A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit.

[5] Così. A. Vanzetti, V. Di Cataldo, *Manuale di Diritto Industriale*, 7° ed., 2012.

[6] Per una lettura aggiornata sui valori perseguiti, V. Falce, *Appunti in materia di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2009, 423.

[7] A. Genovese, *Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di stato*, in *Corr. Giur.* 2007, 6, 845.

[8] Corte di Giustizia, 11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e a. c. La Poste e a.*, C-39/94, *Racc.* 1996, I-3547. In senso contrario si veda A. Saggio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, Danno e Responsabilità*, 2001, 3, 223, che critica tale orientamento ritenendolo eccessivamente formalistico e tale da trascurare del tutto che l'effetto diretto del diritto dell'Unione Europea si produce anche nei confronti dei singoli.

[9] C. Schepisi, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Giappichelli, 2012.

[10] Si veda in proposito F. Ferrero, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in *La "Modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di stato. Il nuovo approccio della Commissione Europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, (a cura di) C. Schepisi: secondo l'Autore sarebbe sempre più difficile ammettere che i beneficiari di un aiuto di stato ne possano ignorare la illegittimità o la incompatibilità rispetto alla disciplina comunitaria, stante la presenza di ampia giurisprudenza e di atti di orientamento che avrebbero ormai codificato la prassi delle corti e della Commissione Europea.

[11] C. Schepisi, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit.; A. Genovese, *Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di stato*, Cit.

[12] C. Schepisi, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit.

[13] Corte di Giustizia, SFEI, cit; Commissione Europea, Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, G.U.C.E., 2009, C-85/11, §44 e 53.

[14] A. Genovese, Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di stato, Cit.

[15] La prassi dimostra come siano di gran lunga più numerose le azioni promosse dal beneficiario per opporsi ad un ordine di esecuzione interno, rispetto a quelle esperite dal concorrente sulla base della mera illegalità dell'aiuto, o anche a seguito di una decisione negativa della Commissione: così C. Schepisi, Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale, cit, 206.

[16] Tribunale di Genova, Ordinanza 26 aprile 1993, Grandi Traghetti di Navigazione S.p.A c. Viamare di Navigazione S.p.A. e Finmare S.p.A. in Diritto Marittimo 1993, p. 772.

[17] Tribunale di Roma, Ordinanza 27 gennaio 2006; Tribunale di Roma, Sez. II, Ordinanza 14 marzo 2006

[18] A. Genovese, cit.

[19] Corte di Cassazione, sentenza n. 5087 del 19 aprile 2000, Fallimenti Traghetti Mediterraneo S.p.A. c. Tirrenia di Navigazione S.p.A.

[20] Per una nota critica sulla sentenza, cfr. L. Arnaudo, Aiuti di Stato, tariffe e concorrenza: tra competenze chiuse e questioni aperte, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 2000, 6, 1368.

Il finanziamento della ricerca da parte dell'Unione europea e il diritto alla vita: nuove prospettive alla luce della sentenza Brüstle della Corte di giustizia?

di
Filippo Vari

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Il programma quadro sulla ricerca e le competenze dell'Unione europea. - 3. La tutela della vita nascente nel sesto e nel settimo programma quadro sulla ricerca. - 4. Le possibili implicazioni della sentenza Brüstle su Horizon 2020.

1. Introduzione.

Nelle prossime settimane gli organi dell'Unione europea saranno chiamati ad approvare, in via definitiva, il nuovo programma quadro sulla ricerca, per il periodo 2014-2020, che prende il nome di «*Horizon 2020*» [1].

Questo lavoro si propone di affrontare il tema della tutela della vita umana nascente nell'ambito di tale programma.

A tal fine è opportuno prendere le mosse da una rapida analisi dello strumento del programma quadro e della sua storia, passando poi ad illustrare i problemi per la tutela della vita nascente da esso sollevati e, infine, la possibile influenza su siffatta problematica della nota sentenza *Brüstle* della Corte di giustizia dell'Unione europea. [2]

2. Il programma quadro sulla ricerca e le competenze dell'Unione europea.

Sin dal 1983 l'allora Comunità Economica Europea ha attuato una politica di sviluppo tecnologico e ricerca che si fonda su programmi quadro pluriennali, prima sulla base dei poteri regolati dall'art. 235 del Trattato di Roma (ora art. 308 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, di seguito TFUE) e poi, dopo l'Atto Unico Europeo, in forza di una specifica previsione all'interno dei Trattati. [3]

Dopo una serie di interventi normativi [4] - sorretti dalla crescente consapevolezza che alcuni obiettivi nel settore della ricerca "non possano essere raggiunti né soddisfatti al meglio senza ricorrere ad azioni che superino il confine statale e si avvalgano di risorse, umane e finanziarie, di carattere sovranazionale" [5] - attualmente nel TFUE è presente un titolo, il XIX, dedicato proprio a "ricerca e sviluppo tecnologico e spazio". Una

disposizione contenuta in tale titolo proclama che “l’Unione si propone l’obiettivo di rafforzare le sue basi scientifiche e tecnologiche con la realizzazione di uno spazio europeo della ricerca nel quale i ricercatori, le conoscenze scientifiche e le tecnologie circolino liberamente, di favorire lo sviluppo della sua competitività, inclusa quella della sua industria, e di promuovere le azioni di ricerca ritenute necessarie ai sensi di altri capi dei trattati”. [6]

Inoltre, lo stesso Trattato stabilisce che “il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano un programma quadro pluriennale che comprende l’insieme delle azioni dell’Unione”. [7]

Quest’ultima, rispetto agli Stati membri, non gode della competenza a stabilire la liceità o meno di determinati tipi d’indagine scientifica, ma può soltanto promuovere la cooperazione nel settore della ricerca mediante il finanziamento della stessa. [8]

In tale ambito i Programmi quadro per la ricerca costituiscono degli strumenti poderosi. Il vigente Settimo, per il periodo 2006-2013, prevede un finanziamento di più di 50 miliardi di euro, “ossia in media 7217 milioni di euro l’anno”. [9] L’obiettivo è quello di creare uno spazio europeo della ricerca, rilanciando la c.d. strategia di Lisbona, che “ha fatto della conoscenza un asse portante” fra quelli finalizzati a rendere l’economia europea “la più dinamica e competitiva del mondo”. [10]

3. La tutela della vita umana nascente nel sesto e nel settimo programma quadro sulla ricerca.

Come già accennato, la scelta sulla liceità di determinati tipi d’indagine scientifica rimane saldamente ancorata nell’ambito delle competenze degli Stati membri dell’UE, con la conseguenza – scontata, alla luce di tale assetto – che alcuni Paesi permettono certe ricerche, in altri vietate. Ferma restando tale competenza degli Stati, il problema posto dall’approvazione del programma quadro, sia in chiave storica, sia nella situazione attuale, è rappresentato dall’individuazione dei criteri per la selezione delle ricerche finanziabili e, in particolare, dalla possibilità di sostenerne alcune che comportino o presuppongano comunque la distruzione di embrioni umani. Nell’ambito del “Sesto programma quadro di Ricerca e Sviluppo Tecnologico dell’Unione Europea”, relativo al periodo 2002-2006, era stata trovata una soluzione di compromesso, con la proclamazione di una moratoria che escludeva “espressamente il finanziamento comunitario delle ricerche finalizzate, tra l’altro, alla creazione (ma non anche all’utilizzo) di embrioni a fini di ricerca o per la fornitura di cellule staminali”. [11]

In occasione dell’approvazione del successivo settimo programma quadro, nel 2006, sono noti i problemi dell’allora Governo Prodi II, da qualche mese

in carica: l'anno precedente, l'Italia, nella persona del Ministro dell'Università e della Ricerca del III Governo Berlusconi - che aveva investito della questione il Consiglio dei ministri e agiva in conformità a un parere del Comitato nazionale di Bioetica [12] - nell'ambito di un Consiglio dell'Unione sulla competitività, aveva sottoscritto, insieme ad altri Stati membri, una "Dichiarazione etica in relazione al Settimo programma quadro". In essa si proclamava solennemente di non poter "accettare che attività comportanti la distruzione di embrioni umani" potessero "beneficiare di un finanziamento a titolo del settimo programma quadro di ricerca" [13]. Veniva perciò invitata "la Commissione ad abbandonare i progetti relativi all'ammissibilità al finanziamento di attività di ricerca" che prevedessero "la distruzione di embrioni umani".

Dopo le elezioni italiane e la formazione di un nuovo Esecutivo, in contrasto con l'operato del proprio predecessore, il Ministro dell'Università e della Ricerca del Governo Prodi II, nel maggio 2006, senza informare le competenti Commissioni parlamentari, né portare la decisione in Consiglio dei ministri [14] decise di mutare la posizione dell'Italia, rendendo noto che, in sede di Consiglio dell'Unione, al momento della definitiva approvazione del settimo programma quadro, avrebbe votato a favore del finanziamento della ricerca anche distruttiva di embrioni. [15] Il mutamento della posizione dell'Italia precludeva la possibilità di dar vita a una minoranza di blocco sul tema e, alla fine, le Istituzioni comunitarie hanno adottato una soluzione di compromesso, analoga a quella del sesto programma quadro, anche per il successivo settimo.

Accanto al divieto di sostenere "attività di ricerca volte a creare embrioni umani esclusivamente a fini di ricerca o per l'approvvigionamento di cellule staminali, anche mediante il trasferimento di nuclei di cellule somatiche" si era, infatti, previsto che la "Commissione europea continuerà nella pratica corrente e non sottoporrà al Comitato regolatorio proposte di progetti che includano attività di ricerca che distruggano embrioni umani, comprese quelle per l'ottenimento di cellule staminali". A tale proclamazione si è, però, aggiunta immediatamente dopo la precisazione che "l'esclusione dal finanziamento di questo stadio di ricerche non impedirà alla Comunità di finanziare stadi successivi che coinvolgano cellule staminali embrionali umane". [16]

Questa soluzione era sostanzialmente equivalente a quella del sesto programma quadro e del pari segnata da una profonda incoerenza. Da un lato, si escludeva dal finanziamento la ricerca che distruggeva embrioni, in ragione della necessità di preservare il diritto alla vita di questi ultimi; d'altro lato, però, si prevedeva la possibilità di destinare finanziamenti alle fasi successive a tale distruzione.

In sostanza, si trattava di un invito a distruggere attraverso fondi privati l'embrione, per ricavarne linee cellulari in ordine alle quali chiedere il finanziamento pubblico, [17] senza alcuna coerenza con il divieto di

finanziare direttamente la ricerca volta a distruggere gli embrioni e le “attività di ricerca volte a creare embrioni umani esclusivamente a fini di ricerca o per l’approvvigionamento di cellule staminali, anche mediante il trasferimento di nuclei di cellule somatiche”. Infatti, questi divieti si spiegavano e tuttora si spiegano esclusivamente in ragione della tutela del diritto alla vita dell’embrione e dell’impossibilità di considerarlo come una *res*. Se, dunque, in assenza della prova di un salto qualitativo tra la fecondazione dell’ovulo e la nascita, va riconosciuto che l’embrione è *persona*, questa andrebbe sempre effettivamente tutelata in ogni stadio, salvo non riproporre le teorie delle *lebensunwerten Lebens* [18] o ritenere che l’uomo non sia sempre un fine, ma possa essere considerato in alcuni casi un mezzo.

Un esempio tratto dalla prassi vale a dimostrare quanto insoddisfacente fosse la soluzione ora menzionata, nonché la fondatezza delle critiche esposte in ordine alla sua incoerenza con la scelta di tutelare la vita umana nascente: nella rete Internet si trovano indicazioni relative a una ricerca finanziata tramite il settimo programma quadro, la *Embryonic Stem cell-based Novel Alternative Testing Strategies* (ESNATS). [19] Questa ricerca gode di un fondo di 15,5 milioni di euro, di cui 11,9 milioni offerti in 5 anni nell’ambito del settimo programma quadro. Essa ha, tra i propri scopi, il c.d. Alternative testing, e cioè lo sviluppo di un’alternativa ai test sugli animali, sostituendo questi ultimi con cellule ricavate con l’uccisione di embrioni umani. [20]

Si arriva così alla paradossale e drammatica conclusione che le cellule staminali prodotte sacrificando embrioni umani, che avrebbero dovuto essere utilizzate per il conclamato obiettivo – sinora mai raggiunto – di curare l’uomo, sono invece sfruttate per preservare la vita degli animali.

4. Le possibili implicazioni della sentenza *Brüstle* su *Horizon 2020*.

Alla luce di queste considerazioni va valutata la problematica della possibile influenza, sul prossimo programma quadro sulla ricerca, dei principi affermati dalla Corte di giustizia in una fondamentale e ben nota sentenza sugli embrioni, richiamata all’inizio di questo lavoro, la decisione *Brüstle*.

Con essa la Corte di giustizia si è pronunciata sull’interpretazione della direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e, in particolare, sull’art. 6, paragrafo 2, lett. c), della stessa. Detto articolo stabilisce che non possano essere brevettate quelle invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all’ordine pubblico o al buon costume e in particolare, al paragrafo 2, lett. c), prevede il divieto

di brevettabilità per le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali e commerciali. [21]

In proposito va premesso che la Commissione non ha tenuto in alcun conto la decisione nella preparazione della bozza dell'ottavo programma quadro, che riproduce in copia l'ambiguità e la irragionevolezza del sesto e del settimo.

Al contrario, nel settembre del 2012 la Commissione giuridica del Parlamento europeo ha approvato un parere [22] - poi disatteso da altre Commissioni e dall'Aula - che, proprio sulla base della sentenza *Brüstle*, proponeva di escludere, in *Horizon 2020*, la possibilità di finanziare ricerche che comportassero o presupponessero comunque la distruzione di embrioni umani.

Sul punto va evidenziato che la sentenza *Brüstle* ha ovviamente un'efficacia limitata sulla tematica della ricerca, affrontando direttamente soltanto l'aspetto legato ai brevetti sulla stessa.

Il giudice rimettente ha, tra l'altro, chiesto alla Corte "se l'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali verta altresì sull'utilizzazione di embrioni umani per la ricerca scientifica o se la ricerca scientifica che implica l'utilizzazione di embrioni umani possa ottenere la protezione del diritto dei brevetti".

In proposito la Corte ha osservato che "il fatto di accordare a un'invenzione un brevetto implica, in linea di principio, lo sfruttamento industriale e commerciale della stessa". La Corte ha, dunque, concluso che "l'utilizzazione, oggetto di una domanda di brevetto, di embrioni umani a fini di ricerca scientifica non può essere distinta da uno sfruttamento industriale e commerciale e, pertanto, sottrarsi all'esclusione dalla brevettabilità" e che "solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto".

Sotto altro profilo la decisione ha posto sullo stesso piano, escludendone la brevettabilità, non solo ogni tipo d'invenzione che "abbia di per sé ad oggetto l'utilizzazione di embrioni umani", ma anche quella che "verta su un prodotto il cui ottenimento presuppone la previa distruzione di embrioni umani o riguardi un procedimento che richiede un materiale di base ottenuto mediante la distruzione di embrioni umani".

Dunque, nell'Unione europea non è possibile brevettare non solo le ricerche che comportano la distruzione di embrioni, ma anche quelle che presuppongono tale distruzione, pur non cagionandola direttamente. Si pensi proprio alle cellule staminali embrionarie, la cui ricerca è finanziata dal vigente settimo programma quadro: i risultati di tale ricerca, in ragione della direttiva citata e dell'interpretazione fornitanee dalla Corte di giustizia, non possono formare oggetto di alcun brevetto.

Come notato, sia pure in chiave critica, da alcuni commentatori, a seguito della sentenza *Brüstle* la ricerca che, comunque, implica la distruzione di embrioni perde interesse per i principali attori economici del settore, che tra l'altro sono spesso chiamati dai bandi adottati nell'ambito dei Programmi quadro sulla ricerca a contribuire, con propri fondi, al finanziamento delle indagini scientifiche in partnership con l'UE: quale soggetto privato è, infatti, disposto a pagare per far svolgere ricerche, i cui risultati poi non possono apportare alcun "beneficio" commerciale ?

Al di là di tale influenza immediata sulla ricerca occorre chiedersi se dalla sentenza *Brüstle* non si possano ricavare conseguenze ulteriori, che, seppur non in grado di esplicitare un'efficacia diretta sulla problematica in esame, siano in grado di orientare a livello di principio l'operato dei titolari del potere normativo nell'Unione europea.

In proposito, un primo aspetto fondamentale è rappresentato dal riconoscimento, operato dalla sentenza sulla base della citata direttiva 98/44/CE, che l'embrione gode, sin dal concepimento, della dignità propria di ogni uomo [23] e che non è possibile distinguere dal concepimento varie fasi nello sviluppo, tali da comportare in alcuni periodi una tutela attenuata o ridotta: ad esempio, i principi espressi nella decisione escludono la possibilità di fare applicazione, nell'ordinamento dell'UE, della teoria del c.d. preembrione.

Un ulteriore aspetto di grande importanza è la considerazione presente nella sentenza che la dignità dell'essere umano è messa a repentaglio tanto in caso di distruzione diretta degli embrioni, quanto in situazioni nelle quali, pur non avendo luogo direttamente tale distruzione, essa è tuttavia necessariamente presupposta. Diventa, pertanto, difficile sostenere la ragionevolezza del compromesso - alla base tanto degli ultimi Programmi quadro, quanto della bozza dell'ottavo - in forza del quale è vietato sostenere economicamente la distruzione diretta degli embrioni, ma non lo è finanziare ricerche che ad ogni modo si fondano su tale distruzione: in sostanza, è fuorviante e irragionevole operare una distinzione tra distruzione diretta dell'embrione e distruzione presupposta per discernere quanto ai finanziamenti.

Coerenza ed efficienza dell'azione dell'Unione vorrebbero, dunque, che non si finanziassero più ricerche che distruggono comunque l'embrione umano, [24] tanto più che esse, a differenza delle ricerche su cellule staminali adulte, sinora non hanno prodotto alcun risultato.

La partita per l'approvazione del nuovo programma quadro è ancora aperta: presto vedremo che posizione prenderanno le Istituzioni dell'UE e, in particolare, se a prevalere sarà un irragionevole compromesso "al ribasso" oppure la tutela della dignità dell'uomo e del suo diritto alla vita.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[**] Testo dell'intervento preparato dall'autore per il Convegno di studi su "La dignità dell'uomo tra Diritto dell'Unione europea e Diritto interno. Dalla sentenza Brüstle alla giurisprudenza della Corte di cassazione sulla vita nascente", organizzato, il 12 novembre 2012, dall'Università Europea di Roma, con il patrocinio dell'Ufficio italiano del Parlamento Europeo, nell'ambito della settimana "L'Europa è per i diritti".

[1] La bozza di tale programma è consultabile su Internet, all'indirizzo http://ec.europa.eu/research/horizon2020/index_en.cfm

[2] Grande Sezione, sent. 18 ottobre 2011, causa C-34/10, *Oliver Brüstle*. Su tale decisione v. E. ROSSI, *Rasgos constitucionales de la protección del embrión. Una introducción*, in *Estudios de Deusto*, Vol. 60/1, Bilbao, Enero-Junio, 2012, 307 ss.; E. CATELANI, *Embriones y procreación asistida ante los tribunales europeos: remisión a la decisión de los jueces nacionales*, *ibid.*, 371 ss.; F. PIERGENTILI, *La Corte di giustizia e la tutela dell'embrione umano nei confronti dei brevetti. La supremazia della dignità della persona umana nella tutela europea dei diritti fondamentali*, nel *Focus Human Rights di Federalismi.it Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 11 del 2013, all'indirizzo www.federalismi.it; A. STAZI, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, Torino, 2012, 230 ss. In chiave critica v., inoltre, A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it (3 maggio 2012).

[3] Sul punto v. R. GIUFFRIDA – A. PISTILLI, *Ricerca e sviluppo tecnologico*, in AA.VV., *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, 2008, 972 ss.

[4] Per i quali v. R. GIUFFRIDA – A. PISTILLI, *loc. ult. cit.*

[5] R. GIUFFRIDA – A. PISTILLI, *op. cit.*, 1005.

[6] Art. 179, par. 1, TFUE. Per un quadro generale su tale articolo v. M. RUFFERT, *Art. 179*, in *EUV/AEUV Kommentar*, a cura di C. CALLIESS – M. RUFFERT, 4 ed., München, 2011, 1896 ss.

[7] Art. 182, par. 1, TFUE, sul quale, in generale, v. M. RUFFERT, *Art. 182*, *ibid.*, 1905 ss.

[8] Nei considerando del settimo programma quadro, adottato per il periodo 2007-2013, si legge: "(1) La Comunità si è posta l'obiettivo, sancito dal trattato, di rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria comunitaria, garantendo in tal modo un elevato livello di competitività a livello internazionale. A tal fine la Comunità ha il compito di promuovere

tutte le attività di ricerca ritenute necessarie, in particolare incoraggiando le imprese, ivi comprese le piccole e medie imprese ("PMI"), i centri di ricerca e le università nelle loro attività di ricerca e sviluppo tecnologico. In questo contesto è opportuno dare priorità a settori e progetti per i quali il finanziamento e la cooperazione europei sono di particolare importanza e si traducono in valore aggiunto. Tramite il suo sostegno alla ricerca alle frontiere della conoscenza, alla ricerca applicata e all'innovazione, la Comunità intende favorire le sinergie nella ricerca europea e consolidare quindi le basi dello Spazio europeo della ricerca. Ciò fornirà un utile contributo al progresso economico, sociale e culturale di tutti gli Stati membri. (2) Il ruolo centrale della ricerca è stato riconosciuto dal Consiglio europeo di Lisbona del 23- 24 marzo 2000 che ha posto per l'Unione europea un nuovo obiettivo strategico per il prossimo decennio: diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale. Il triangolo della conoscenza — istruzione, ricerca e innovazione — è essenziale per conseguire tale obiettivo. A tal fine la Comunità mira a mobilitare e rafforzare le capacità di ricerca e di innovazione necessarie. In questo contesto, il settimo programma quadro è uno strumento comunitario fondamentale, a complemento degli sforzi degli Stati membri e dell'industria europea".

Quanto specificamente al rapporto Unione-Stati membri nella materia in esame cfr. R. GIUFFRIDA - A. PISTILLI, *op. cit.*, 1005, i quali evidenziano come "nell'ambito della ricerca e dello sviluppo tecnologico, non esista né un trasferimento di competenze esclusive dai singoli Stati alla Comunità né la riserva, a favore di quest'ultima, di un potere di iniziativa, bensì si configuri, di fatto, un dualismo di competenze fra i due soggetti - Comunità e singoli Paesi aderenti - che risultano essere, a tutti gli effetti, coprotagonisti della scena normativa".

[9] Cfr. http://europa.eu/legislation_summaries/energy/european_energy_policy/i23022_it.htm.

[10] E. CORTESE PINTO, *Art. 149*, in AA.VV., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di TIZZANO, Milano, 2004, 803; sia, inoltre, consentito il rinvio a F. VARI, *La politica dell'istruzione e della formazione professionale*, in AA. VV., *L'ordinamento europeo*, cit., 896 s.

[11] L. MARINI, *La clonazione nel diritto internazionale e comunitario: bioetica globale o globalizzazione della bioetica?*, in AA.VV., *La tutela giuridica della vita prenatale*, a cura di R. ROSSANO - S. SIBILLA, Torino, 2005, 123; ID., *Cellule staminali, libertà di ricerca e pericoli della tecno-scienza liberale*, in *Europa*, 6 giugno 2006, p. 9.

[12] Sul punto cfr. S. NINATTI, *La logica de “le due politiche” o la democrazia presa sul serio ?*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, all’indirizzo www.forumcostituzionale.it.

[13] Sul punto sia consentito il rinvio a F. VARI, *Prime note a proposito del finanziamento europeo della ricerca sulle cellule staminali embrionali*, in *Federalismi.it Rivista di Diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 16 del 2006.

[14] Sul punto cfr. S. NINATTI, *La logica de “le due politiche”*, cit.

[15] Per una critica di tale posizione, alla luce di quanto previsto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, v. S. NINATTI, *La logica de “le due politiche”*, cit.

[16] Sul punto cfr. A. STAZI, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente*, cit., 89.

Cfr. il testo della Commissione, secondo il quale: “*omissis* (1) The decision on the 7th Framework Programme explicitly excludes three fields of research from Community funding: - Research activities aiming at human cloning for reproductive purposes; - Research activities intended to modify the genetic heritage of human beings which could make such changes heritable; - Research activities intended to create human embryos solely for the purpose of research or for the purpose of stem cell procurement, including by means of somatic cell nuclear transfer. *Omissis* (12) The European Commission will continue with the current practice and will not submit to the Regulatory Committee proposals for projects which include research activities which destroy human embryos, including for the procurement of stem cells. The exclusion of funding of this step of research will not prevent Community funding of subsequent steps involving human embryonic stem cells”.

[17] Sul punto sia consentito il rinvio a F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Bari, 2008, 94 s. Per una diversa prospettiva v. invece J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *POLIS Working Papers*, Working Paper n. 79 dell’ottobre 2006 del Dipartimento di Politiche Pubbliche e Scelte Collettive dell’Università del Piemonte orientale “Amedeo Avogadro”, disponibile su Internet all’indirizzo <http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther79.pdf>.

[18] Su cui v. le considerazioni di R. P. GEORGE, *Always to Care, Never to Kill*, in *National Review Online*, 11 marzo 2005.

[19] www.esnats.eu

[20] “The aim of the ESNATS project is to develop a novel «all-in-one» toxicity test platform based on embryonic stem cells (ESCs), in particular human ESC (hESCs), to accelerate drug development, reduce related R&D costs and propose a powerful alternative to animal tests in the spirit of the «Three R principle»”, vale a dire “reduction, refinement and replacement of animal experiments”.

[21] Sul punto v. F. PIERGENTILI, *La Corte di giustizia e la tutela dell'embrione umano nei confronti dei brevetti*, cit., 1 ss.

[22] Parere della commissione giuridica sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) - *Horizon 2020*, del 18 settembre 2012. Il parere, approvato con una larga maggioranza (18 voti favorevoli e 5 contrari) è disponibile su Internet all'indirizzo: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONGML%2bCOMPARL%2bPE-489.509%2b02%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fIT.

[23] Sul punto v. F. PIERGENTILI, *La Corte di giustizia e la tutela dell'embrione umano nei confronti dei brevetti*, cit., 4 ss.; P. NUEVO LÓPEZ, *Dignidad humana y patentabilidad de invenciones biomédicas*, in *Estudios de Deusto*, cit., 26 s, il quale, in particolare, sottolinea: "el embrión tiene derecho a un respeto fundado sobre la dignidad humana ... De ahí que en la Sentencia de 18 de octubre de 2011 el Tribunal excluya la patentabilidad de invenciones que requieren de la utilización de embriones o de células embrionarias, pues de lo contrario, se estaría permitiendo que embrión se convirtiera en un elemento de provecho para terceros, reduciéndolo a la categoría de objeto, que es precisamente lo que prohíbe el derecho a la dignidad humana. Puede afirmarse, por tanto, que existe un consenso europeo en prohibir la cosificación del embrión".

[24] V. L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quad. cost.*, 2012, 148, secondo la quale "occorre considerare che, a fronte della affermazione - più che condivisibile - dell'unitarietà del processo di formazione della vita, se non altro almeno sulla base di un principio di precauzione, nel settore della tutela dei diritti o dei finanziamenti alla ricerca altre sembrano le logiche dominanti; qui i diritti di embrioni e feti sono messi a confronto con i diritti delle madri e dei genitori o con gli interessi dei ricercatori, risultando nella maggioranza dei casi soccombenti; il che non può che creare degli squilibri".

La dicotomia tra trasparenza e dati aperti

di

M. Morena Ragone e Francesco Minazzi

Abstract: Il paradigma dei dati aperti si sta diffondendo velocemente attraverso gli Stati Europei e ogni ordinamento si trova a fronteggiare nuove questioni giuridiche: infatti, tale argomento, sebbene già noto nell'Unione Europea sin dal 2003, ha acquistato nuova linfa nel 2009, grazie all'amministrazione Obama. Uno dei problemi emergenti riguarda il rapporto tra i dati aperti e la trasparenza: all'interno delle comunità *open data* si discute se essi siano destinati principalmente a perseguire finalità di trasparenza o meno. Il presente lavoro si propone di ricercare una risposta, analizzando l'attuale legislazione Internazionale, Europea e Italiana in merito.

Open data paradigm is spreading really fast across European States and every jurisdiction has to face new legal issues: indeed, this topic, even though already known in EU since 2003, gained his new life in 2009, thanks to Obama governance. An emerging question concerns relationship between open data and transparency: among open data communities it is discussed whether they are meant to mainly pursue transparency purposes or not. This work aims to search for an answer, analysing current International, European and Italian legislation about both concepts.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Nozioni. - 2.1 Trasparenza e dati aperti nell'ordinamento italiano. - 2.2 Trasparenza e dati aperti nel mondo. - 3. La disciplina del Decreto "Trasparenza". - 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

All'interno della comunità italiana dedita allo studio, sviluppo ed evangelizzazione sul fenomeno inerente i dati aperti [1], si è recentemente avviata una discussione [2] in ordine alla loro natura, ossia sul fatto se essi siano espressione della trasparenza amministrativa [3], ovvero si contraddistinguano per altre caratteristiche prevalentemente economiche [4].

Il quadro, già complesso di per sé, appare offuscato anche dagli oscillamenti e dalle inaccortezze del nostro Legislatore, che ha alimentato la confusione in atto: da ultimo, con l'adozione del c.d. "Decreto

Trasparenza” (decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33), il cui testo - a partire dal titolo scelto “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni” - dà origine ad ulteriori e facili fraintendimenti, miscelando nel medesimo corpo normativo concetti diversi, ancorché coordinati, quali obblighi di pubblicazione, trasparenza, dati aperti.

2. Nozioni.

Per provare a fare chiarezza, è opportuno ripartire dalle definizioni di trasparenza e di dato aperto. In particolare, quest’ultimo va analizzato nella definizione convenzionalmente accolta a livello internazionale: è noto, infatti, che il fenomeno inerente gli *open data* ha ricevuto notevole impulso in virtù delle iniziative intraprese dal Governo statunitense, sebbene l’ordinamento comunitario disciplinasse il riutilizzo dei dati pubblici sin dal 2003. Tuttavia, va analizzato, soprattutto, alla stregua della definizione accolta nella normativa italiana, in modo da poter affrontare compiutamente il rapporto che si instaura tra questo nuovo paradigma e l’istituto della trasparenza amministrativa, come regolata dall’ordinamento italiano.

2.1 Trasparenza e dati aperti nell’ordinamento italiano.

In Italia si parla di trasparenza a partire dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 [5], il cui articolo 1, dedicato ai “Principi generali dell’attività amministrativa”, prevede al primo comma che “l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”.

La trasparenza, quindi, quale principio dell’attività amministrativa [6], deve essere perseguita secondo le modalità previste dalla legge e dall’ordinamento nel suo complesso. Una definizione di trasparenza è stata, tuttavia, introdotta nell’ordinamento italiano solo con l’articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15 [7], che, nel disporre la delega finalizzata, tra l’altro, a “modificare ed integrare la disciplina del sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, al fine di assicurare elevati standard qualitativi ed economici dell’intero procedimento di produzione del servizio reso all’utenza tramite la valorizzazione del risultato ottenuto dalle singole strutture”, disciplina la trasparenza come “livello essenziale delle prestazioni erogate dalle

pubbliche amministrazioni a norma dell'articolo 117, comma 2, lettera m) della Costituzione". Ne introduce, di conseguenza, la definizione, qualificandola come "accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità"; statuzioni, poi, puntualmente riprese dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. Da notare che le finalità della delega che hanno portato alla definizione sono specificamente incentrate sulla valutazione di dipendenti e strutture della PA: la trasparenza, quindi, viene ancorata alle finalità di controllo sul rispetto dei principi che sorreggono l'agire pubblico, come menzionato espressamente dal comma 1 dall'articolo 11 del decreto.

La definizione prima evidenziata porta ad escludere una prima confusione, quella per cui parlare di *open data* equivalga a parlare di dati pubblici.

La normativa italiana ha recentemente [8] introdotto una definizione di dati aperti all'articolo 68, comma 3, del Codice dell'Amministrazione Digitale (decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82), dove si stabilisce che:

"Agli effetti del presente decreto legislativo si intende per:

a) formato dei dati di tipo aperto, un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi;

b) dati di tipo aperto, i dati che presentano le seguenti caratteristiche:

1) sono disponibili secondo i termini di una licenza che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato;

2) sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti ai sensi della lettera a), sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati;

3) sono resi disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione."

E' evidente come tra le caratteristiche evidenziate risieda l'importante distinzione tra "formati di dati di tipo aperto" e "dati di tipo aperto". I primi poggiano sulla natura tecnologica del loro modo espressivo, che dev'essere pubblico nelle specifiche, documentato e tecnologicamente neutro; i secondi, invece, si caratterizzano per l'esistenza di tre diversi requisiti (giuridico, tecnologico, ed economico [9]): la soggezione ad una licenza permissiva di riutilizzo [10], la processabilità automatica da parte

degli elaboratori, la loro metadattazione e la tendenziale fruibilità a titolo gratuito [11].

Proprio partendo da queste definizioni, oltre che dai differenti ambiti applicativi che si andranno a precisare, si segna il discrimine tra trasparenza e *open data*: all'indomani della pubblicazione del Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33, infatti, con sono mancati i primi commenti che hanno già evidenziato la confusione in essere tra i due concetti, segnalandone la diversità di natura e disciplina [12].

2.2 Trasparenza e dati aperti nel resto del mondo

Secondo la definizione datane da Wikipedia [13], la trasparenza, come categoria generale, “implies openness, communication, and accountability. Transparency is operating in such a way that it is easy for others to see what actions are performed (implica apertura, comunicazione e responsabilità tracciabile [14]. Trasparenza è agire in modo tale da rendere facile per gli altri capire in che modo le azioni sono compiute)”.

Quanto ai dati aperti, secondo la *open definition* [15] “A piece of data or content is open if anyone is free to use, reuse, and redistribute it — subject only, at most, to the requirement to attribute and/or share-alike (una porzione di dati o di contenuto è aperta se ognuno è libero di usarla, riusarla e distribuirla - soggetto, al massimo, al solo requisito di indicarne la provenienza e/o imporre la condivisione alle medesime condizioni)”. La stringa si riferisce ai “*data*”, senza distinzione alcuna: la precisazione rileva, poiché, in tal modo, non vi si ricomprendono solo i dati delle Pubbliche Amministrazioni (*PSI* [16] - *Public sector information* mutuabili in *Open government data* [17]), bensì anche quelli prodotti dalle *community* o i dati *corporate*, quindi prodotti da “chiunque”, secondo quello che è generalmente conosciuto come “l’ecosistema dell’*open data*” [18]. Non a caso è stato usato il termine “chiunque”.

La confusione tra i concetti, quindi, sembra principalmente una questione italiana: allargando lo sguardo alle esperienze internazionali, può notarsi come la distinzione appaia chiara e rilevante. L’amministrazione Obama, che dal 2009 - anno della *Open Government Directive* [19] - si è interessata dell’impulso economico prodotto dai dati aperti, ha rilasciato recentemente un Ordine Esecutivo [20], unitamente ad una *Open Data Policy* [21], concernenti la pubblicazione dei dati federali, che concorre ad indirizzare l’attività dell’interprete. Vi si legge, infatti, che i dati devono essere “facilmente reperibili per gli imprenditori, ricercatori e altri soggetti che possano usare quei files per generare nuovi prodotti e servizi, fare impresa e generare lavoro (easily available to entrepreneurs, researchers, and others who can use those files to generate new products and services, build businesses, and create jobs)”.

Parallelamente, la normativa dell'Unione Europea entro cui si riversa la disciplina del riutilizzo dei dati (aperti) pubblici nell'ordinamento comunitario, ossia la *Public Sector Information Directive* 2003/98/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, evidenzia la caratterizzazione economica della riutilizzazione delle informazioni, piuttosto che la finalità di trasparenza [22]. Non è un caso, d'altronde, posto che è nota l'origine e lo sviluppo dell'avventura comunitaria: l'Unione Europea - e la Comunità Europea prima di essa - pone al centro delle sue funzioni la realizzazione di un mercato unico, l'armonizzazione economica dei Paesi Membri ed il tendenziale coordinamento delle loro attività, onde abbattere le barriere che li separano. Scopo primario, dunque, è lo sviluppo di quel "volano economico" cui fa spesso riferimento anche la commissaria europea all'Agenda Digitale Neelie Kroes .

Se ne trae conferma, infatti, nel *Considerando* n. 1 della Direttiva citata, ove si legge: "The Treaty provides for the establishment of an internal market and of a system ensuring that competition in the internal market is not distorted. Harmonisation of the rules and practices in the Member States relating to the exploitation of public sector information contributes to the achievement of these objectives (il Trattato prevede a stabilire un mercato interno ed un sistema che assicurino che la concorrenza nel mercato interno non sia distorta. L'armonizzazione di regole e prassi negli Stati Membri, in relazione all'ostensione delle informazioni del settore pubblico, contribuisce al raggiungimento di tali obiettivi)".

L'analisi dei *Considerando* seguenti - di cui si consiglia lettura integrale - avvalorata la tesi appena esposta: non si fa menzione alcuna del termine "trasparenza" in nessuna sezione della Direttiva.

Stessa annotazione, con qualche precisazione, può farsi con riferimento alla revisione della Direttiva: nel messaggio [23] con cui la Kroes ha annunciato, il 13 giugno 2013, l'adozione della nuova Direttiva Europea sul riutilizzo dei dati pubblici, trasparenza ed *open data* sono rimasti distinti ed autonomi. Trasparenza che, invece, è sì menzionata nella nuova direttiva, ma con altra finalità, come precisato nel Considerando 4, che la incentra sul "ritorno di informazione" al fine di garantire la qualità delle stesse [24].

Ulteriore esperienza estera cui fare riferimento è rappresentata dal report "*Implementing Transparency* [25], stilato dal *National Audit Office* inglese, il cui direttore ha precisato: "Opening up access to public information has the potential to improve accountability and support public service improvement and economic growth (aprire l'accesso all'informazione pubblica consente di accrescere l'*accountability* e sostenere l'incremento di servizi pubblici e la crescita economica)". I due piani vengono tenuti ben distinti, riconoscendo la trasparenza, da una parte, quale motore della pubblicazione di dati aperti (*rectius*: di una parte di dati pubblici aperti),

ma senza esaurirne il novero, ovvero senza asserire che i due elementi coincidano.

Il ragionamento seguito appare semplice: se in un'ottica di trasparenza s'intende pubblicare spontaneamente ovvero prevedere l'obbligo di pubblicare determinati dati pubblici, al fine di favorire il controllo sociale diffuso, è opportuno ed efficiente cogliere l'occasione per pubblicare in formato aperto, onde favorire anche il riutilizzo e le potenzialità economiche di quei dati.

Non è, tuttavia, vero il contrario: esistono dati pubblici che si adattano perfettamente alla funzionalità degli *open data*, ma che sono del tutto irrilevanti o addirittura "rumorosi" [26] nel contesto della trasparenza amministrativa. Questa distinzione, come abbiamo visto, è ben avvalorata dalla revisione della Direttiva *PSI*, laddove la "trasparenza dei dati aperti" diviene strumento per il miglioramento della qualità degli stessi, sempre in funzione del loro riutilizzo (cfr., ad esempio, il Considerando 4, laddove si precisa che "la promozione della trasparenza e della responsabilizzazione e al ritorno di informazione fornito dai riutilizzatori e dagli utenti finali che permette all'ente pubblico in questione di migliorare la qualità dei dati che raccoglie").

Da ultimo, a ulteriore conferma della morfologia economica dei dati aperti, diversi elementi di valutazione offre l'*Open Data Charter*, adottata per iniziativa del governo britannico, alla presidenza del G8 per l'anno in corso, durante il Summit del 17 e 18 giugno in Irlanda: i dieci punti della Carta, infatti, ed i cinque principi enucleati sono incentrati su innovazione, nuovi mercati, business e lavoro, e la trasparenza - menzionata in funzione della correlata *accountability* - ne diviene puro, eventuale effetto collaterale [27].

3. La disciplina del Decreto "Trasparenza".

La Legge 6 dicembre 2012, n. 190 (c.d. Legge Anticorruzione) ha delegato il Governo ad adottare un regolamento teso a confluire in unico testo normativo i vigenti obblighi di pubblicazione e trasparenza [28]. L'Esecutivo ha attuato tale delega, emanando il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 recante il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni [29].

L'articolo 1, comma 1, del decreto descrive la trasparenza in maniera parzialmente analoga alla definizione, suvvista, dell'articolo 11 del decreto legislativo n. 150/2009 - espressamente abrogato - designandola "come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e

sull'utilizzo delle risorse pubbliche". Il successivo comma 2 chiarisce che essa "concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione".

Non si fa, pertanto, menzione alcuna - allo stesso modo del decreto n. 150 del 2009 - della finalità economica derivante dalla pubblicazione delle informazioni pubbliche, sottolineando, al contrario, la specifica finalità della trasparenza, ossia quella di agevolare il controllo sociale e incrementare l'efficienza dell'attività amministrativa.

Soccorre in aiuto dell'interprete anche l'articolo 2, il quale definisce l'oggetto della normativa, statuendo che quest'ultima individua gli obblighi di trasparenza concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la sua realizzazione.

Ne discende che obiettivo del decreto non è quello di regolare organicamente la materia dei dati aperti in relazione alle informazioni del settore pubblico, la quale, infatti, trova la propria disciplina nel Codice dell'Amministrazione Digitale, soprattutto nell'ultima versione riformata ad opera del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 e relativa legge di conversione. A riprova di ciò, due soli articoli del decreto trasparenza trattano di *open data*, precisamente l'articolo 3 - che garantisce il diritto al riutilizzo di tutti i documenti, dati e informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria - e l'articolo 7 - che funge da rinvio esterno al C.A.D. ed al decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, ossia il decreto di recepimento in Italia della direttiva europea sul riutilizzo delle informazioni pubbliche. L'articolo 7, in particolare, impone la pubblicazione in formato aperto ai sensi dell'articolo 68 del CAD di tutto ciò che è oggetto di pubblicazione obbligatoria - quindi non solo di quanto rientrante negli obblighi di pubblicazione contenuti nel decreto n. 33/2013 - sancendone la facoltà di riutilizzo, senza ulteriori obblighi se non quelli di citare la fonte e garantire l'integrità del dato. Quello che viene disposto, pertanto, è la semplice pubblicazione di atti "a pubblicazione obbligatoria" in "formato di dati di tipo aperto" e non certo l'identità tra i due concetti. La restante parte degli oltre cinquanta articoli che compongono il testo, infatti, concernono esclusivamente l'elencazione degli obblighi di pubblicazione, la vigilanza sul loro rispetto e le sanzioni in caso di inadempimento. Gli obblighi di pubblicazione, quindi, costituiscono, ad avviso di chi scrive, un ulteriore argomento a favore della distinzione che qui si sostiene: la pubblica amministrazione può, infatti, prevedere nel Programma triennale della trasparenza la diffusione di altri dati da essa raccolti, formati o detenuti, al di là degli obblighi di legge, evidenziandone, pertanto, la non perfetta sovrapponibilità [30]. La pubblicazione di tali dati non è obbligatoria per legge e resta, pertanto, nella scelta discrezionale dell'amministrazione, che decide di rafforzare, in tal modo, i principi di trasparenza, legalità ed

integrità. Rendere disponibili tali dati, anche se non obbligatorio *ex lege*, costituendo un obbligo di cui la stessa amministrazione si grava con la pubblicazione del programma triennale, comporta che essi dovrebbero andare in formato aperto e con licenze aperte in apposito portale autonomo - metodo seguito da molti Enti Locali - ovvero all'interno della stessa sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale, opzione questa prescelta, tra gli ultimi, dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali [31].

Ad ulteriore supporto e conferma della pienezza della logica economica che è dietro la teorizzazione dei dati aperti, si osserva che tale logica viene mostrata in tutta la sua evidenza dal principio dell'*open data by default* [32], positivamente introdotto dalla riforma dell'articolo 52 del CAD ad opera del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, norma potente e - ad avviso di chi scrive - tuttora ampiamente sottovalutata: dispone che tutti i dati che le PA abbiano esposto e pubblicato online - anche se non vi erano obbligatoriamente tenuti - possano essere "patrimonio informativo pubblico riutilizzabile", se non espressamente e motivatamente licenziati in maniera più restrittiva. Un potenziale enorme, dunque, per chiunque - altre PA, cittadini, imprese - vorrà utilizzarlo. E per qualsiasi finalità.

La disposizione funge da misura sanzionatoria indiretta, non afflittiva, applicabile a tutti i dati già pubblicati e a quelli pubblicandi in futuro: ove, infatti, l'Ente ometta - per negligenza o dimenticanza è irrilevante - di fornire i dati con licenza aperta, in assenza di motivazione giustificata [33], essi si considerano aperti ai sensi dell'articolo 68, comma 3, CAD, operandosi una sostituzione *ex lege* del regime giuridico cui sono sottoposti.

4. Conclusioni.

A parere di chi scrive, le considerazioni effettuate manifestano, come evidenziato, una tendenziale confusione concettuale. Essa parrebbe generata principalmente da due ordini di fattori: da una parte, la tendenza ad una superfetazione interpretativa; dall'altra, la relativa giovinezza della materia, che indubbiamente intreccia temi conosciuti e questioni giuridiche nuove all'interno del nostro ordinamento.

Sebbene alimentata dalle evidenziate inaccortezze redazionali e di interpolazione sistematica del nostro legislatore, la sovrapposizione tra i due concetti in esame può comunque escludersi: deve, invero, concludersi a favore di una netta dicotomia tra i profili della trasparenza amministrativa e quelli del riutilizzo delle informazioni pubbliche. Chiaramente, la già menzionata novità dell'argomento oggetto del presente saggio non può che introdurre un ragionato dibattito sulla corretta regolamentazione dei nuovi fenomeni relativi alla *governance*

pubblica, dibattito che qui si è inteso solamente accennare ed avviare a più compiuta indagine.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Per una prima disamina del tema inerente gli *open data*, cfr. le pubblicazioni contenute nella rivista *Informativa e Diritto*, Fasc. 1-2, ESI, Napoli, 2011.

[2] Trattandosi di temi legati al mondo digitale, il dibattito si è manifestato principalmente in rete, tramite i diversi canali di interazione, quali *social network*, *blog*, *forum*, *mailing list*. Si confronti, in particolare, il *topic* denominato "l'inutilità degli Open Data secondo Michele Vianello", in Google Groups, Spaghetti Open Data, reperibile all'indirizzo: <https://groups.google.com/forum/?hl=it&fromgroups=#!topic/spaghettiopendata/arey7Lolq28>

[3] Giorgio Mancosu, *Trasparenza amministrativa e open data: un binomio in fase di rodaggio*, in *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, Roma, 2012.

[4] Marco Fioretti, *Open Data, Open Society. A research project about openness of public data in EU local administration*, Pisa, 2010, pagg. 18 ss.

[5] Per la precisione, la prima formulazione della legge ometteva il termine trasparenza, inserito successivamente dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15. Cfr. Filippo Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario ed internazionale*, Roma, 2013, pagg. 2 ss.

[6] Sull'istituto della trasparenza amministrativa nell'ordinamento italiano, si veda Francesco Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

[7] Filippo Patroni Griffi, *op. cit.*, pagg. 4 ss.

[8] Si veda Fernanda Faini, *E-government: le novità introdotte dal decreto crescita 2.0*, in *Altalex. Quotidiano di informazione giuridica*, 2013, consultabile all'indirizzo http://www.altalex.com/index.php?idnot=61233#_ftnref23

[9] Così la Relazione illustrativa al D. L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221, la quale parla per l'esattezza di "dimensione" giuridica, tecnologica ed economica.

[10] Sufficientemente permissiva da escludere o limitare l'applicazione del diritto d'autore e del diritto *sui generis*, che tutelano, rispettivamente, le opere dell'ingegno ed il creatore di banche dati. Si segnala che, secondo un orientamento interpretativo, l'articolo 102**bis** della Legge 22.4.1941, n.

633 sarebbe inapplicabile alle Pubbliche Amministrazioni (Trib. Roma, Sez. IP, Ordinanza 5.6.2008, Edizioni Cierre srl c. Poste Italiane Spa). Sul *diritto sui generis*, nonché sulle problematiche inerenti l'informazione pubblica e il diritto d'autore, si veda, quale prima introduzione, Simone Aliprandi, *Open licensing e banche dati*, in Informatica e Diritto, 2011, pagg. 28 ss.

[11] Va, peraltro, rilevato un'apprezzabile e moderno indirizzo giurisprudenziale secondo cui la subordinazione, da parte della PA pubblicante, del riutilizzo ad un corrispettivo per ogni atto di riutilizzo costituisce comportamento contrario al diritto dell'Unione Europea, specificamente alla stessa Direttiva 2003/98/CE, quale abuso di posizione dominante (Corte di Appello di Milano, Ordinanza 2.5.2005, Consit Italia Spa and Other Companies c. Agenzia del Territorio; Corte d'Appello di Torino, Ordinanza 8.6.2006, Soc. P. N. P. Italia c. Agenzia del Territorio).

[12] Si veda, ad esempio, Ugo Volpato, *Il "Decreto Trasparenza", D. Lgs. 33/2013, e gli open data. Qualche riflessione*, 2013, commento apparso sul portale dei dati aperti della Regione Veneto, consultabile all'indirizzo: <http://dati.veneto.it/?q=content/il-decreto-trasparenza-dlgs-332013-e-gli-open-data-perch%C3%A9-sono-%E2%80%9C-cose%E2%80%9D-diverse-qualche>

[13] Voce "Transparency (behavior)" contenuta nella versione inglese di Wikipedia, consultata il 13 maggio 2013, reperibile all'URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Transparency_\(behavior\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Transparency_(behavior))

[14] *Accountability* è concetto difficilmente traducibile in italiano, si è perciò optato per una traduzione libera, ma incompleta. Per una più corretta definizione, si rinvia alla voce enciclopedica Treccani, Dizionario di economia e finanza, 2012, secondo cui essa è "*responsabilità incondizionata, formale o non, in capo a un soggetto o a un gruppo di soggetti (accountors), del risultato conseguito da un'organizzazione (privata o pubblica), sulla base delle proprie capacità, abilità ed etica. Tale responsabilità richiede giudizio e capacità decisionale, e si realizza nei confronti di uno o più portatori di interessi (account-holders o accountees) con conseguenze positive (premi) o negative (sanzioni), a seconda che i risultati desiderati siano raggiunti o disattesi. L'accento non è posto sulla responsabilità delle attività svolte per raggiungere un determinato risultato, ma sulla definizione specifica e trasparente dei risultati attesi che formano le aspettative, su cui la responsabilità stessa si basa e sarà valutata. La definizione degli obiettivi costituisce, dunque, un mezzo per assicurare l'accountability*".

[15] Trattasi della definizione convenzionale più diffusa e maggiormente accettata, che è stata stilata dall'associazione internazionale *Open Knowledge Foundation*, reperibile all'indirizzo: <http://opendefinition.org/>

[16] Per approfondimenti e progetti di ricerca sull'informazione del settore pubblico, si veda il lavoro del *Nexa center for internet & society* del Politecnico di Torino, consultabili all'indirizzo: <http://nexa.polito.it/psi>

[17] Con tale locuzione s'intendono i dati prodotti, raccolti o formati dalle pubbliche amministrazioni pubblicati e licenziati in formato aperto. Cfr. Francesca Di Donato, *Lo Stato trasparente*, Pisa, 2010, pagg. 38 ss. Per un utile approfondimento, si veda l'apposito portale creato dalla *Open Knowledge Foundation*, reperibile all'indirizzo: <http://opengovernmentdata.org/>

[18] Giorgio Mancosu, *op. cit.*, pagg. 3 ss.

[19] Come noto, si tratta di uno dei primissimi atti dell'amministrazione Obama, teso ad ampliare la conoscibilità e il riuso dei dati federali, nonché la partecipazione dei cittadini alle decisioni del Governo Federale. Il testo è consultabile all'indirizzo:

http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/memoranda_2010/m10-06.pdf

[20] Esso costituisce un naturale approdo del processo di apertura avviato con la Direttiva sul Governo Aperto, resosi necessario, tuttavia, anche per le resistenze delle amministrazioni statunitensi al rilascio dei dati. Il testo è consultabile all'indirizzo:

<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/09/obama-administration-releases-historic-open-data-rules-enhance-governmen>

[21] Essa segue immediatamente l'Ordine Esecutivo, delineando le Linee Guida da seguire per la pubblicazione dei dati. Il testo è consultabile all'indirizzo:

<http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/memoranda/2013/m-13-13.pdf>

[22] L'assunto è comprovato dalle novità introdotte dalla Direttiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio (G.U.U.E. 27.6.2013 L 175/1), che ha modificato la Direttiva 2003/98/CE.

[23] La comunicazione della Commissaria Europea può essere riscontrata sul blog della stessa Neelie Kroes, reperibile all'indirizzo <http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/open-data-agreement/>

[24] Secondo il Considerando 4 *"Allowing re-use of documents held by a public sector body adds value for the re-users, for the end users and for society in general and in many cases for the public body itself, by promoting transparency and accountability and providing feedback from re-users and end users which allows the public sector body concerned to improve the quality of the information collected"*.

[25] Il NAO svolge compiti di analisi della spesa pubblica per conto del Parlamento Inglese, al fine di aiutare i direttori dei servizi pubblici a migliorare le prestazioni, sul cui portale è reperibile il report citato all'indirizzo: <http://www.nao.org.uk/report/implementing-transparency/>

[26] Qui si richiama il concetto di "rumore" applicato in informatica, per il quale l'eccesso di informazioni reperibili tramite motori di ricerca impedisce di individuare l'elemento utile tra i troppi elementi censiti. Si consulti in proposito Agata C. Amato Mangiameli, *Informatica giuridica*, Torino, 2010, pag. 66, nota 16.

[27] Nel testo, a pag. 1, si legge che “Open data can increase transparency about what government and business are doing”.

[28] L’opera di riorganizzazione si è resa quantomai necessaria, sol che si ponga mente, *ex multis*, alle sovrapposizioni degli obblighi di pubblicazione contenuti in norme diverse, stratificatesi negli anni. Cfr. sul punto il Rapporto 2012 della Commissione indipendente per la valutazione, l’integrità e la trasparenza delle Pubbliche Amministrazioni “Per una semplificazione della trasparenza. Esiti della consultazione sugli obblighi di pubblicazione previsti in materia di trasparenza e integrità”, pagg. 11 ss.

[29] Cfr., in prima istanza: Simone Aliprandi, Carlo Piana, *Analisi delle policies di condivisione dei dati spaziali*, in FreeGIS.net, 2013, pagg. 20 ss.

[30] Se ne trae conferma dalla Delibera 4 luglio 2013, n. 50 della Commissione indipendente per la valutazione, l’integrità e la trasparenza delle Pubbliche Amministrazioni, la quale, ribadendo il contenuto della Delibera 5 gennaio 2012, n. 2, ha precisato che “la più recente accezione della trasparenza quale accessibilità totale implica che le amministrazioni si impegnino, nell’esercizio della propria discrezionalità e in relazione all’attività istituzionale espletata, a pubblicare sui propri siti istituzionali dati “ulteriori” oltre a quelli espressamente indicati e richiesti da specifiche norme di legge”.

[31] Il Mibac è incorso, ad ogni modo, in qualche imprecisione sulle licenze, per esempio adottando, in alcuni casi, una licenza Creative Commons CC-by-nc che, escludendo il ritolizzo commerciale delle informazioni, non può essere classificata tra le licenze utilizzabili per i dati aperti. La relativa sezione sul sito del Mibac è consultabile all’indirizzo: <http://www.beniculturali.it/mibac/export/MiBAC/sito-MiBAC/MenuPrincipale/Trasparenza/Open-Data/index.html>

[32] Ragone Morena M., *L’open data: dal decreto “sviluppo” alla legge “anticorruzione”, passando per il “crescita 2.0”*, in IGED, n. 4/12, pagg. 36 e ss.

[33] Giustificata alla luce delle Linee Guida nazionali che l’Agenzia per l’Italia Digitale deve definire ed aggiornare annualmente, ai sensi dell’articolo 52, comma 7, del CAD.

***Prime osservazioni sulle tematiche regolamentari e comunitarie
relative alla separazione della rete di accesso di Telecom Italia***

di
Gilberto Nava

Sommario: 1. Premesse. - 2. Il contesto di riferimento. - 3. Il quadro regolamentare. - 3.1 Il nuovo quadro regolamentare comunitario del 2002. - 3.2 I rimedi regolamentari. - 3.3 Le lettere di commenti della Commissione ex art. 7 Direttiva Quadro. - 4. Le Direttive 2009/136/CE *Citizens' Rights* e 2009/140/CE *Better Regulation*. - 5. Genesi, poteri ed evoluzione dell' Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). - 6. L'intervento dei giudici nazionali. - 7. Modalità applicative dell'art. 50-ter CCE. - 7.1. Gli indirizzi applicativi del BEREC. - 8. Osservazioni sui profili procedurali. - 8.1. La trasparenza del procedimento. - 8.2. L'interazione tra i procedimenti sulle analisi dei mercati rilevanti e la valutazione della separazione della rete. - 8.3. Le tempistiche di realizzazione della Separazione. - 8.4. Analisi delle questioni procedurali. - 8.5. Necessità di condizionare l'introduzione dei nuovi obblighi regolamentari all'effettiva implementazione della Separazione. - 9. Conclusioni.

1. Premesse.

Questo contributo analizza i profili giuridico regolamentari della prima attuazione dell'art. 13-ter della Direttiva 2002/19/CE (Direttiva Accesso) che disciplina la "separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata" nel settore delle comunicazioni elettroniche.

L'analisi viene svolta alla luce dei principi e della giurisprudenza maturata a livello comunitario e nazionale in merito alla individuazione ed all'imposizione di obblighi regolamentari *ex ante* nei mercati di comunicazioni elettroniche all'ingrosso e sulla base del dettato normativo e dei primi indirizzi applicativi introdotti a livello comunitario.

Poiché al momento in cui viene redatto questo contributo non è stata adottata alcuna decisione definitiva, né dal Consiglio di amministrazione di Telecom Italia né dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, imposteremo le nostre riflessioni sulle informazioni disponibili inquadrando nell'attuale *status* dell'evoluzione regolamentare, ed in particolare quale possa essere il percorso del procedimento amministrativo e quali vincoli endogeni - dettati dagli ordinamenti nazionali e comunitari -

ed esogeni - connessi al mercato nazionale ed alle implicazioni istituzionali - possano condizionarlo.

La separazione volontaria rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 50-*ter* del D.Lgs. 259/2003, come introdotto dal D.Lgs. 28 maggio 2012 n. 70 (Codice delle comunicazioni elettroniche "CCE") il quale, recependo l'art. 13-*ter* della Direttiva "Accesso" 2002/19/CE[1], disciplina la "separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata".

In sintesi, questa norma prevede che l'impresa notificata come avente significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti delle comunicazioni elettroniche, qualora decida di trasferire tutta o una parte dei beni relativi alle reti di accesso[2] ad un'entità commerciale separata o ad un soggetto giuridico sotto controllo di terzi, sia tenuta a informare anticipatamente e tempestivamente l'Autorità della propria decisione. Analoghe comunicazioni andranno effettuate in caso di mutamenti della decisione, nonché in merito al risultato finale del processo di separazione.

Gli effetti della separazione proposta saranno valutati dall'Autorità, ai sensi dell'art. 19 CCE, attraverso un'analisi coordinata dei vari mercati relativi alla rete di accesso, all'esito della quale l'Autorità potrà imporre, mantenere, modificare o revocare le misure regolamentari *ex ante* previste dagli artt. 45-50 CCE nei confronti dei soggetti (neocostituiti o preesistenti) che saranno identificati come aventi notevole forza di mercato.

La presente analisi, innanzitutto, esamina i presupposti fattuali attualmente disponibili in merito al progetto di separazione della rete di accesso, successivamente approfondisce la disciplina regolamentare introdotta dalla Direttiva 2009/140/CE art. 2, comma 10 nel Nuovo Quadro Regolamentare del 2002[3], ed in particolare nella Direttiva Accesso, che regola il progetto di separazione e gli impatti sui vincoli regolamentari imposti dal nuovo quadro regolamentare comunitario, ed, infine, quali possano essere le modalità e le tempistiche con cui interagiscono reciprocamente l'attuazione delle scelte (volontarie) dell'operatore notificato e le scelte dell'AGCOM in materia di mantenimento o di rimozione degli obblighi regolamentari vigenti, anche alla luce degli indirizzi adottati dal *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC).

Nonostante la rilevanza mediatica e finanziaria assunta dall'ipotesi di separazione volontaria della rete di accesso di Telecom Italia, in questo contributo non verranno approfondite valutazioni di natura strategica, economica e di politica industriale connessa a tale fattispecie, ma si focalizzerà l'attenzione su quale possa essere la modalità più rispondente ai principi comunitari e nazionali per gestire il processo di separazione e la sua interazione con i vincoli regolamentari applicati agli operatori dominanti, indipendentemente dal perimetro delle attività e delle risorse che verranno fatte confluire nella nuova società che potrebbe gestire le infrastrutture della rete di accesso e dal modello societario di *governance* che verrà definito. Occorre fin da subito evidenziare che, nell'attuale

modello regolamentare che Telecom Italia ha annunciato di voler utilizzare, la scelta di proporre la separazione volontaria (così come di modificare o ritirare la proposta) ha natura meramente volontaria e potestativa essendo nella piena disponibilità dell'operatore notificato modificare la propria scelta anche nel corso delle analisi di mercato compiute dall'Autorità. Poiché l'unico obbligo posto in capo all'Autorità è rappresentato dall'onere di avviare una analisi congiunta dei mercati rilevanti dell'accesso onde verificare se debbano essere mantenuti, modificati o abrogati gli obblighi regolamentari *ex ante* sulla base della consueta "metrica" prevista agli art. 6, 7, 7-bis e 7-ter della Direttiva Quadro, ne consegue che l'Autorità non ha, da un punto di vista dei poteri conferiti dal CCE, alcun potere di incidere sulla definizione del perimetro della separazione, a maggior ragione per mercati o servizi estranei al mercato dell'accesso, né sul meccanismo di *governance* di una eventuale società separata e sul ruolo che possano svolgere eventuali azionisti terzi (pubblici o privati) rispetto all'operatore verticalmente integrato sia in termini societari che di garanzia per interessi pubblicistici[4].

2. Il contesto di riferimento.

Con comunicato stampa del 30 maggio 2013, Telecom Italia ha informato il mercato che il Consiglio di amministrazione della società aveva approvato il progetto di societizzazione della propria rete di accesso. In particolare, secondo quanto indicato in quel comunicato, "*nella nuova società confluiranno attività e risorse relative allo sviluppo e alla gestione della rete di accesso passiva, sia in rame sia in fibra, nonché alla componente attiva della fibra rappresentata da OLT (Optical Line Termination) e Cabinet*" [5]. La definizione del perimetro delle risorse fisiche che dovrebbero confluire nella nuova società è essenziale poiché i diversi servizi all'ingrosso previsti dagli obblighi regolamentari vigenti (e.g. *unbundling del local loop*[6], *virtual unbundling del local loop* per le reti di nuova generazione, *bitstream*[7], *wholesale line rental*[8] etc.) dovrebbero essere forniti agli altri operatori ed alla divisione retail della stessa Telecom Italia sulla base delle effettive risorse fisiche e logiche oggetto di separazione perciò l'identificazione e la regolazione dei servizi all'ingrosso che migrerebbero nel nuovo regime di separazione rispetto all'attuale è fondamentale a definire il nuovo regime di obblighi regolamentari. Nello stesso comunicato stampa Telecom Italia ha riferito, tra l'altro, di aver avviato dinanzi all'Autorità le procedure previste dall'art. 50-ter CCE. Telecom Italia ha, inoltre, precisato che il progetto di Separazione prevede la costituzione di due distinte società: la nuova società dell'accesso (OPAC), che fornirà a tutti gli operatori i servizi infrastrutturali "passivi" delle reti fisse in rame e in fibra, e la società Telecom Italia Service che, acquistando

servizi all'ingrosso da OPAC, fornirà servizi *retail* nonché i restanti servizi all'ingrosso di rete fissa, oltre a tutti i servizi di telefonia mobile, in concorrenza sul mercato finale con gli altri operatori alternativi presenti nel mercato italiano.

Ci troviamo perciò nella seconda fattispecie individuata dall'art. 50-ter, comma 1, ossia la scelta di un operatore verticalmente integrato di istituire un'entità commerciale societariamente separata ma sotto il proprio controllo che sia dotata delle attività, delle risorse e dei processi operativi per fornire a tutti gli operatori che operano nei mercati al dettaglio delle comunicazioni elettroniche, comprese le proprie divisioni o società che sono attive in concorrenza nei medesimi mercati al dettaglio, di prodotti di accesso pienamente equivalenti. Occorre da subito rilevare che il legislatore comunitario non ha posto come elemento dirimente la societizzazione della rete di accesso poiché adeguati strumenti regolamentari e strutturali potrebbero realizzare una efficace *equivalence of inputs* (EoI) e di *outputs*[9] (EoO) anche in presenza di una mera divisionalizzazione delle risorse ed attività della rete di accesso, ma ha sottolineato che il fattore rilevante in caso di societizzazione sia il controllo da parte di soggetti terzi rispetto all'operatore dominante.

Con comunicato del 4 giugno 2013, la stessa Autorità ha affermato di avere *“incaricato gli uffici di avviare l'analisi dei possibili riflessi dell'operazione sulle condizioni di mercato e concorrenziali, nonché sulla regolamentazione dei mercati dell'accesso”* e che, a tal fine, vi è la *“necessità di dar corso ad un'interlocuzione tecnica con Telecom Italia per acquisire ulteriori elementi informativi”*.

L'indirizzo strategico dell'AGCom nell'analisi della proposta di Telecom Italia si può, in una prima fase, desumere dalla presentazione del Presidente dell'Autorità al Parlamento della Relazione annuale 2013 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dove, in occasione dell'evento istituzionalmente preposto per comunicare al Parlamento (il suo *“dante causa”*[10]) i programmi sulle principali attività *in fieri*, si è affermato che *“l'operazione delineata da Telecom è coraggiosa ed innovativa, e può ben rappresentare una soluzione permanente alla contrapposizione incumbent/entranti tipica delle industrie a rete: tanto più lo scorporo sarà ampio (con il perimetro degli asset ceduti comprendenti anche elementi attivi della rete) e profondo (verso una separazione effettiva del controllo) tanto più il dividendo regolamentare potrà essere significativo. Situazioni intermedie implicheranno inevitabilmente valutazioni gradualità.”* In altri termini l'Autorità ha indicato che tanto più saranno gli elementi della rete di accesso attivi e passivi che confluiranno nella società separata e quindi più ampia sarà la tipologia dei servizi all'ingrosso che saranno forniti secondo il modello dell'EoI e tanto più limitata sarà la possibilità di Telecom Italia di decidere le future scelte strategiche ed operative di OPAC (grazie alla cessione del controllo azionario o mediante specifici

meccanismi di *governance*) e tanto più si potrà ipotizzare che alle restanti divisioni dell'operatore incumbent possano essere rimossi i vincoli regolamentari esistenti. In questo contributo analizzeremo se e come sarà possibile attuare questa strategia regolamentare anche in relazione ai poteri conferiti dal quadro regolamentare comunitario ed al contestuale operare di molteplici attori (Commissione europea, BEREC, AGCM, Governo, giudici amministrativi).

Da ultimo l'Autorità ha comunicato in data 25 luglio 2013 di aver concluso l'analisi preliminare sulla "*reliability/seriousness of the intended transaction*"[11] proposta da Telecom Italia e che, dopo aver ricevuto dalla società proponente ulteriori approfondimenti sulle tematiche già oggetto di una specifica interlocuzione tecnica e la relativa formalizzazione delle ulteriori proposte, nel corso del mese di settembre 2013 avrebbe iniziato l'analisi coordinata dei mercati rilevanti, come previsto dall'art. 13ter, comma 2 della Direttiva Accesso[12].

Pur nella carenza di dati ufficiali sulla Separazione, da alcune fonti pubbliche è possibile trarre ulteriori informazioni sulla stessa. In particolare, come vedremo successivamente, un fattore rilevante è rappresentato dal fatto che le tempistiche per il completamento della Separazione sono state quantificate in almeno 15-18 mesi dal *management* di Telecom Italia, ma che altre fonti parlano di "*non meno di venti mesi*" mentre il Presidente dell'AGCM Pitruzzella ha ipotizzato che "*l'operazione richiederebbe dai 24 ai 30 mesi per essere completata.*"

Occorre in questa sede descrivere brevemente la natura dell'*Equivalence of Inputs* (EoI) e tracciare la differenza rispetto al principio dell'*Equivalence of Outputs* (EoO)[13], regime attualmente vigente grazie all'implementazione della separazione funzionale della rete disciplinata dalla delibera 718/08/CONS e dalla creazione della divisione di Telecom Italia denominata Open Access. L'EoI prevede che i prodotti dell'accesso offerti al dettaglio nel mercato a valle dall'operatore incumbent siano realizzati e forniti a monte con i medesimi elementi funzionali (ossia inputs in termini di connessioni fisiche, apparati informatici, data base etc.) e di costo con i quali sono forniti a valle i prodotti dai concorrenti. Nel caso di EoO, invece, i prodotti dell'accesso forniti dall'operatore incumbent agli operatori alternativi sono comparabili in termini di funzionalità e di prezzo con i prodotti dell'accesso che fornisce alle proprie divisioni commerciali, ma vengono resi disponibili con differenti sistemi ed apparati e con diversi processi operativi. Come vedremo successivamente, ovviamente soltanto il primo dei due modelli di equivalence risulta totalmente efficace da un punto di vista competitivo poiché rende la modalità operativa con cui vengono forniti i prodotti dell'accesso una variabile che non condiziona la dinamica concorrenziale.

3. Il quadro regolamentare.

Ci limitiamo a richiamare, per quanto funzionale alla presente analisi, alcuni principi che presidiano l'azione regolamentare delle Autorità nazionali di regolamentazione (ANR)[14] definiti dal nuovo quadro regolamentare del 2002 e, in particolare, le modifiche introdotte con la riforma del quadro normativo comunitario del 2009 (Direttiva 2009/136/CE c.d. *Citizens' Rights* e Direttiva 2009/140/CE c.d. *Better Regulation*) con lo scopo di superare la frammentazione regolamentare e le discrepanze rilevate tra l'operatività delle diverse ANR nella prospettiva del consolidamento di un mercato interno delle comunicazioni elettroniche[15].

L'esame degli strumenti a disposizione della Commissione, della loro prassi applicativa e la valutazione della loro rilevanza nella prospettiva del vaglio giurisprudenziale ci consentono di comprendere quali siano i vincoli ed i limiti procedurali e sostanziali che AGCom dovrà affrontare per completare efficacemente il proprio procedimento di analisi dei mercati rilevanti e definizione dei rimedi anche nell'ipotesi di una scelta definitiva da parte di Telecom Italia di separazione volontaria della rete di accesso.

3.1 Il nuovo quadro regolamentare comunitario del 2002.

Dopo una prima fase del processo di liberalizzazione e regolazione dei mercati nazionali delle telecomunicazioni (collocabile negli anni '90)[16] con l'adozione delle direttive di liberalizzazione[17] e di armonizzazione[18], con il nuovo quadro regolamentare del 2002 il legislatore comunitario aveva impostato un modello finalizzato ad armonizzare l'evoluzione della regolamentazione nei diversi Stati membri[19] adottando la consolidata "cassetta degli attrezzi" del diritto della concorrenza per la definizione della concorrenzialità del mercato e per la qualificazione dell'operatore avente significativo potere di mercato e, prevedendo la definizione da parte della Commissione, mediante l'adozione di raccomandazioni[20], di quali fossero i mercati rilevanti ritenuti meritevoli di una regolamentazione *ex ante* nonché di quali fossero i criteri per poter valutare l'assenza di una effettiva competitività di un mercato (c.d. *triple test*)[21].

Perciò alle ANR era dato il compito di effettuare ogni diciotto mesi[22], successivamente prolungato a tre anni dalla Direttiva Better Regulation, prioritariamente tra i mercati già qualificati come meritevoli di regolamentazione *ex ante* dalla Commissione, un'analisi di mercato con gli strumenti del diritto della concorrenza, che ne valutasse l'effettiva competitività in una logica prospettica del mercato, individuasse uno o più soggetti che (eventualmente) detenesse un significativo potere di mercato

(i.e. una posizione dominante) e applicasse i rimedi analiticamente previsti dal CCE dagli artt 46-50 CCE[23] secondo i principi di proporzionalità e adeguatezza e in funzione delle circostanze riscontrate nel mercato geografico rilevante.

Il legislatore aveva strutturato un processo di formazione del provvedimento sulla base di un modello di interazione tra la Commissione e le ANR nazionali che è stata definita come un procedimento amministrativo composto[24] e aveva dotato la Commissione di diversi strumenti procedimentali, tra i quali nella prassi si era consolidato l'utilizzo in particolare delle Raccomandazioni e delle lettere di commento e, in misura molto minore, dei veti.

Ultimo in termini temporali ma spesso risolutivo attore del processo di regolazione era (ed è) il giudice amministrativo nazionale che esamina il procedimento adottato alla luce dei principi legislativi e giurisdizionali nazionali[25], soppesando ai fini della valutazione di legittimità sovente anche i profili di merito emersi nella dialettica tra le due istituzioni[26].

Innanzitutto la Direttiva Quadro (Considerando 27 e art. 15, comma 2) ha previsto che la Commissione pubblicasse degli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato[27] conformi al diritto della concorrenza[28] e che le ANR li tenessero "in massima considerazione" nella definizione dei mercati rilevanti.

Inoltre lo stesso articolo 15, comma 1 della medesima Direttiva prevede l'adozione da parte della Commissione di una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche che abbiano le caratteristiche per giustificare, secondo una analisi svolta secondo i principi del diritto della concorrenza, l'imposizione degli obblighi regolamentari che sono stati tipizzati dalle Direttive (vedi di seguito).

La Commissione ha adottato una prima Raccomandazione dei mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi l'11 febbraio 2003 (C2003/497) con la quale sono identificati sei mercati al dettaglio ai sensi dell'art. 17 della Direttiva Servizio Universale, un mercato relativo ad un insieme minimo di linee affittate ex art. 16 della Direttiva Servizio Universale e undici mercati all'ingrosso tra cui i servizi di radiodiffusione televisiva per la trasmissione dei contenuti. Successivamente è stata adottata una nuova Raccomandazione in data 17 dicembre 2007 con la quale, grazie all'evoluzione, anche tecnologica, delle caratteristiche dei prodotti e dei servizi, ed ai cambiamenti riscontrati in termini di sostituzione della domanda e dell'offerta, sono stati significativamente ridotti i mercati rilevanti, in particolare quelli al dettaglio[29] mentre sono stati rilevati sei mercati all'ingrosso[30]). La Raccomandazione adottata nel 2007 è attualmente oggetto di revisione da parte della Commissione per verificare se l'identificazione dei mercati rilevanti sia tuttora coerente con l'evoluzione dei prodotti e dei servizi nonché della domanda e dell'offerta e

dovrebbe essere rivista entro il 2014 con una ulteriore riduzione dei mercati rilevanti determinati *ex ante*.

La presenza o meno di un mercato rilevante nella raccomandazione non pregiudica che le ANR nazionali possano individuare ulteriori mercati rilevanti ed imporre delle misure *ex ante*, così come che i mercati identificati nella raccomandazione possano essere dichiarati competitivi dopo una specifica analisi di mercato, conformemente alla procedura dell'art. 7[31][32].

In sintesi la Raccomandazione prevede che per individuare dei mercati ulteriori rispetto a quelli "pre-esaminati" dalla Raccomandazione che possano essere oggetto di una regolamentazione *ex ante*, sia opportuno applicare tre criteri cumulativi: il primo criterio è la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso, che possono essere di carattere strutturale, giuridico o normativo, ma che nel corso dell'analisi del mercato emerge che non che possano ragionevolmente essere superati nel corso del periodo di tempo oggetto dell'analisi prospettica. Per questo motivo, il secondo criterio prevede che sia ammissibile l'imposizione di regolamentazione *ex ante* esclusivamente in quei mercati la cui struttura non tenda a produrre condizioni di concorrenza effettiva nell'arco di tempo considerato. L'applicazione di tale criterio comporta l'esame della stato concorrenziale al di là della presenza di forti ostacoli all'accesso. Il terzo criterio, infine, prescrive che l'applicazione del diritto della concorrenza non sarebbe di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti di mercato esistenti[33].

Il legislatore comunitario ha posto il presidio dell'armonizzazione della definizione dei mercati l'art. 7 della Direttiva Quadro, che prevedeva il possibile esercizio del potere di veto da parte della Commissione qualora venisse identificato un mercato rilevante diverso da quelli previsti dalla raccomandazione vigente *ratione temporis* oppure sulla designazione di un operatore come SMP, nonché tale misura influenzasse gli scambi tra Stati membri e costituisse una barriera al mercato unico o fosse considerata incompatibile con il diritto comunitario e gli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva Quadro.

Nel caso in esame l'Autorità dovrebbe effettuare approfondite analisi e motivare in modo significativo la propria richiesta qualora nel corso dell'analisi sulla separazione volesse discostarsi dai mercati individuati dalle Raccomandazioni e già rilevati nel corso delle analisi dei mercati dell'accesso concluse con le delibere 314/09/CONS, 731/09/CONS e 578/10/CONS e attualmente in corso nel procedimento avviato con la delibera 390/12/CONS e posto in consultazione con delibera 238/13/CONS.

3.2 I rimedi regolamentari.

Infine i rimedi applicabili agli operatori SMP sono stati identificati dal legislatore comunitario agli articoli 9-13 della Direttiva Accesso[34] e rappresentano gli strumenti regolamentari con cui “mimare”, in una prospettiva *ex ante*, l’esistenza di una dinamica competitiva dotando il mercato di strumenti asimmetrici che sopperiscano alle problematiche concorrenziali individuate nel corso delle analisi dei mercati. I rimedi possono essere qualificati come di natura strutturale (obblighi di non discriminazione e di interconnessione ed accesso) e di natura strumentale all’efficace attuazione dei precedenti obblighi (obblighi di trasparenza, di separazione contabile e di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi) e devono essere applicati sulla base del “problema evidenziato” e “proporzionati e giustificati alla luce degli obiettivi dell’art. 7” della Direttiva Quadro.

L’insieme degli strumenti di soft-law adottati dalla Commissione (orientamenti per l’analisi di mercato, raccomandazioni sui mercati rilevanti meritevoli di regolamentazione *ex ante*, definizione dei rimedi per gli operatori SMP)[35] hanno definito quale deve essere il “minimo comun denominatore” a livello comunitario nella definizione dei mercati oggetto di regolamentazione *ex ante*.

Ciascuno degli strumenti adottati dalla Commissione (orientamenti, raccomandazioni) non sono, in termini di fonti del diritto comunitario, vincolanti per le ANR, ma la loro espressa previsione nella Direttiva Quadro e il presidio posto dal veto previsto al citato art. 7, hanno ottenuto lo scopo di garantire una sostanziale armonizzazione dell’applicazione delle regole a livello dei singoli Stati membri, nonostante l’effettiva applicazione del diritto di veto sia stata molto modesta rispetto al cospicuo numero delle notifiche ricevute[36].

Mentre sulla definizione dei rimedi rimedi la Commissione può applicare il potere di veto soltanto qualora l’ANR adotti un rimedio atipico, diverso da quelli definiti negli artt. 9-13 della Direttiva Accesso[37].

Allo scopo di indirizzare le migliori prassi regolamentari rispetto alle modalità con le quali le singole ANR devono concretamente dare attuazione ai rimedi astrattamente definiti dal legislatore comunitario, è stata elaborata dall’European Regulators Group (ERG) già nel 2004, e successivamente integrata nel 2006, una Common Position on regulatory remedies[38]: Nel 2012 il BEREC ha poi adottato ulteriori common positions relative all’applicazione dei rimedi in singoli mercati wholesale[39].

Il secondo atto utilizzato dalla Commissione per indirizzare l’attuazione del quadro regolamentare comune è rappresentato dalle Raccomandazioni che sono espressamente previste dall’art. 19, comma 1 della Direttiva Quadro come strumento rivolto agli Stati membri per armonizzare le modalità

attuative delle direttive comunitarie. La Direttiva prevede che gli Stati membri provvedano affinché le ANR “tengano nella massima considerazione tali raccomandazioni” nell’assolvere gli obblighi e perseguire gli obiettivi della regolamentazione dettati dall’art. 8 della Direttiva. La Commissione ha fatto un ampio uso dello strumento della raccomandazione in particolare quando ha rilevato significative incoerenze tra le scelte regolamentari dei diversi Stati membri[40] oppure qualora abbia ritenuto di dover esprimere un orientamento non vincolante dell’istituzione comunitaria in merito alle modalità regolamentari più adatte per indirizzare le significative evoluzioni strategiche o tecnologiche delle reti o dei servizi[41].

È pacifico che le raccomandazioni non abbiano efficacia vincolante, ma non significa che esse siano del tutto sprovviste di effetti giuridici: la giurisprudenza ha posto in evidenza come possano avere effetti giuridici poiché il giudice nazionale deve tenerne conto per procedere all’interpretazione di altri atti vincolanti emanati dalle istituzioni comunitarie e dalle norme nazionali[42]. Oltre a rappresentare un importante parametro per il giudice nazionale chiamato a valutare, secondo le regole del proprio ordinamento, l’operato dell’ANR, poiché la Direttiva Quadro prevede che le raccomandazioni debbano essere tenute in massima considerazione nell’adozione dei provvedimenti di definizione dei rimedi, la giurisprudenza ha consolidato un orientamento che prevede una motivazione rafforzata qualora le ANR intendano discostarsi dagli indirizzi della Commissione.

Ai fini dell’analisi sui mercati dell’accesso preliminari all’adozione di misure regolamentari connesse con la separazione volontaria della rete di accesso assumono rilevanza sia la Raccomandazione del 20 settembre 2010 relativa all’accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA), che la Raccomandazione della Commissione, dell’11 settembre 2013, relativa all’applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto degli investimenti in banda larga . Senza entrare in questa sede nel merito della valutazione degli impatti strategici degli indirizzi regolamentari espressi dalla Commissione, occorre sottolineare che le scelte di AGCom di tenere o meno nella “massima considerazione” le citate raccomandazioni nel corso del primo procedimento europeo per valutare gli impatti sulla regolamentazione della rete d’accesso della separazione volontaria di un operatore integrato saranno attentamente scrutinate dalla Commissione nella lettera di commento (di cui si vedrà di seguito) e successivamente dal giudice amministrativo e necessiteranno delle motivazioni “massimamente rafforzate” per evidenziare, anche istituzionalmente, il corretto esercizio della propria indipendenza nel bilanciare i diversi obiettivi regolamentari,

sia che aderiscano alle raccomandazioni comunitarie sia che vi si discostino.

3.3 Le lettere di commenti della Commissione ex art. 7 Direttiva Quadro.

L'ultimo strumento utilizzato dalla Commissione per indirizzare una applicazione omogenea del quadro regolamentare comunitario è rappresentato dalla lettera di commento ex art. 7 della Direttiva Quadro.

Le lettere di commento possono essere inviate dalla Commissione entro un mese dalla notifica della bozza di provvedimento da parte dell'ANR e, teoricamente, dovrebbero rappresentare una eccezione in quanto, secondo il dettato della norma, la Commissione dovrebbe collaborare con le ANR per il rispetto dei principi del diritto della concorrenza ed in particolare l'attuazione degli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva Quadro "nella misura in cui concernono il funzionamento del mercato interno"[43], a maggior ragione quando l'Autorità dello Stato membro ha rispettato "l'ortodossia dei mercati rilevanti e degli operatori SMP" e si limita ad applicare i rimedi standardizzati dalla Direttiva Accesso.

Inoltre sotto un profilo giuridico le lettere devono essere tenute nelle "massima considerazione" dalle ANR, ma non hanno pacificamente natura vincolante per le ANR sia ai sensi della giurisprudenza comunitaria[44] che della costante giurisprudenza nazionale che si è limitata a prevedere per AGCom un "obbligo rafforzato di motivazione" qualora decida di discostarsi dall'opinione espressa nella lettera di commenti[45].

Al contrario l'intervento della Commissione mediante la lettera di commento risulta molto frequente e spesso invasivo dei poteri discrezionali riconosciuti alle ANR di applicare i rimedi in modo coerente e proporzionato alle esigenze competitive che sono state rilevate localmente, tanto da configurare un giudizio che riesamina nel merito le scelte tecniche adottate alla luce delle condizioni competitive del mercato nazionale[46]. La Commissione non si limita a valutare approfonditamente le analisi e le proposte di rimedi con le relative motivazioni, ma confronta e ribadisce le proprie posizioni rispetto a quanto già affermato nello stesso mercato nazionale in occasione di precedenti notifiche (quindi in un diverso contesto temporale e quindi concorrenziale) oppure presso altri mercati europei. In alcune fattispecie la riproposizione di alcuni commenti nel corso delle successive analisi oppure richiamando delle analoghe posizioni espresse rispetto alle analisi sul medesimo mercato da ANR di altri Stati membri rappresenta la manifestazione della linea strategica della Commissione rispetto a diversi approcci applicativi adottati a livello nazionale, che trova esplicazione attraverso le lettere di commento con cui replica alle differenti motivazioni via via prospettate dalle ANR[47]; in altri

casi le lettere di commenti hanno rappresentato la manifestazione di un indirizzo strategico che successivamente ha trovato forma di raccomandazione o di direttiva[48]; in altre richiamano le singole ANR ad una coerenza della strategia regolamentare ed agli impegni procedurali proposti nelle precedenti comunicazioni relative all'adozione di impegni, sottolineando la necessità di una prevedibilità e logicità dell'azione regolamentare che potrà essere oggetto di valutazione da parte dei giudici. L'esito concreto dell'intervento della Commissione tramite le lettere di commenti come garante dell'armonizzazione anche dell'ortodossia con la quale le singole ANR avrebbero dovuto disporre dei rimedi regolamentari previsti per "mimare un mercato concorrenziale" e sopperire alle carenze competitive non transitorie riscontrate nel mercato nazionale, ha comportato che le ANR tenessero effettivamente nella massima considerazione i commenti della Commissione e trovassero delle modalità nazionali per recepire gli indirizzi comunitari[49].

Occorre però notare come questa azione conformatrice delle lettere di commenti ha avuto più effetti sulle modalità maggiormente di natura operativa (ad esempio il livello o la metodologia delle tariffe dei servizi *wholesale*) piuttosto che sui rimedi che avessero impatti strategici, quali ad esempio la regolamentazione delle reti di nuova generazione, i criteri contabili per la remunerazione delle reti di accesso o i presupposti per il riconoscimento di asimmetrie nelle terminazioni delle reti fisse e mobili.

Da questa constatazione è sorta, dapprima, la necessità di adottare delle specifiche Raccomandazioni[50] che esplicitassero le problematiche e le relative soluzioni regolamentari emerse nel corso dell'esame sinottico e transnazionale delle proposte nazionali di provvedimenti di imposizione/modifica/revoca di rimedi regolamentari.

4. Le Direttive 2009/136/CE *Citizens' Rights* e 2009/140/CE *Better Regulation*.

La Commissione ha poi ritenuto necessario intervenire più efficacemente rispetto all'obiettivo di creare il mercato unico delle comunicazioni integrando il nuovo quadro regolamentare con le direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE e, da ultimo, con la recente proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio "*laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) n. 1211/2009 and (EU) n. 531/2012*", presentata dalla Commissione l'11 settembre 2013 al Parlamento, al Consiglio, al Comitato europeo economico e sociale ed al Comitato delle Regioni (denominata *Telecommunications Single Market*).

Sono molteplici le motivazioni che hanno condotto a rilevanti discrepanze tra le condizioni competitive dei diversi mercati nazionali, con un evidente impatto sui consumatori:

- (i) innanzitutto i diversi modelli nazionali di privatizzazione hanno condotto ad interventi amministrativi o legislativi fortemente sbilanciati a favore dei “campioni nazionali”[51], in particolare con riferimento alle condizioni regolamentari applicabili alle reti di nuova generazione;
- (ii) in assenza di una specifica regolazione relativa alla disciplina dei meccanismi selettivi per l’attribuzione delle risorse scarse (e.g. frequenze) si sono riscontrati esiti molto differenziati (ed anche indirizzati prevalentemente da esigenze di finanza pubblica più che da motivazioni legate all’uso efficiente delle risorse frequenziali[52];
- (iii) si è rilevata l’applicazione da parte delle ANR di diverse metodologie, anche contabili, in relazione alla definizione degli obblighi regolamentari[53];
- (iv) vi sono stati infine esempi di “cattura del regolatore” che hanno implicato l’intervento *ex post* delle Autorità di concorrenza comunitarie e nazionali[54].

I report annuali relativi allo stato dell’implementazione delle Direttive redatti dalla Commissione[55] sono stati una efficace parametro di come le peculiarità nazionali (di mercato, infrastrutturali e istituzionali) abbiano condotto a condizioni di concorrenza molto differenziate nei diversi Stati membri, ostacolando anche la concreta attuazione di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche.

Sulla base di queste evidenze la Commissione ha presentato nel giugno 2006, a valle di una consultazione pubblica che raccolse molti contributi, una comunicazione sul riesame del quadro normativo dell’Unione europea per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (COM2006 334) che diede luogo a due processi paralleli, uno inteso a modificare il quadro normativo[56] ed uno ad aggiornare gli “strumenti di lavoro” delle ANR al mutato quadro competitivo. Quest’ultima esigenza dette luogo all’adozione il 13 novembre 2007 di una nuova Raccomandazione sui mercati rilevanti, che ha ridotto significativamente il numero dei mercati ritenuti meritevoli di regolamentazione *ex ante* focalizzandosi sui mercati all’ingrosso, mentre le proposte di riforma del quadro comunitario si compongono di due proposte di direttiva[57] e di una proposta di regolamento finalizzata ad istituire l’Autorità europea per il mercato delle comunicazioni elettroniche (ETMA)[58][59] che sono state oggetto di un travagliato percorso nella dinamica della dialettica del trilogio (Commissione, Parlamento e Consiglio) che ha condotto, nell’imminenza della fine della legislatura, all’adozione delle Direttive 2009/136/CE Citizens’ Rights e 2009/140/CE Better Regulation[60].

5. Genesi, poteri ed evoluzione dell' Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC).

Il ruolo, le competenze e la *governance* del BEREC sono stati definiti dal Regolamento 1211/2009 del 25 novembre 2009 che chiarisce come il nuovo organismo non abbia natura di agenzia comunitaria né personalità giuridica mentre viene costituito un Ufficio che fornisce supporto professionale ed amministrativo al BEREC ed è dotato di personalità giuridica in qualità di organo comunitario ai sensi del Regolamento n. 1605/2002 del Consiglio (art. 15) ed autonomia giuridica, amministrativa e finanziaria. Gli ambiti di azione ed i compiti del BEREC sono determinati dall'art. 1 del Regolamento e sono definiti dalle stesse Direttive del quadro regolamentare del 2002, come riformate nel 2009. In particolare il BEREC persegue i medesimi obiettivi delle ANR dettati dall'art. 8 della Direttiva Quadro e mira "ad assicurare un'applicazione coerente del quadro normativo dell'Unione europea per le comunicazioni elettroniche", avvalendosi delle competenze disponibili presso le ANR.

Il ruolo del BEREC si colloca come "organismo di riflessione, dibattito e consulenza per il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione per il settore delle comunicazioni elettroniche" che fornisce relazioni e consulenze alla Commissione e pareri al Parlamento ed al Consiglio, ma nel contempo si pone in una posizione centrale della complessa architettura dedicata allo sviluppo del mercato interno delle reti e dei servizi poiché ha anche il compito di sviluppare e diffondere tra le ANR le "migliori prassi regolamentari", ossia le metodologie, orientamenti comuni sull'attuazione del quadro normativo comunitario. Poiché tali prassi sono sviluppati dai gruppi specialistici formati dai rappresentanti delle ANR e sono votate a maggioranza dei due terzi del comitato dei regolatori (e non più all'unanimità come l'ERG), dove siedono i componenti politici o direttivi delle medesime ANR nel numero di un membro per ogni Stato membro, è evidente che l'adozione di tali buone prassi regolamentari rappresentano un elemento necessario che coalizza l'azione delle ANR in sede di "comitologia" BEREC[61].

Inoltre la centralità del BEREC come organismo in grado di indirizzare l'applicazione coerente della normativa del settore non attraverso strumenti vincolanti, ma attraverso un esercizio tempestivo, trasparente e indipendente dei propri compiti viene ribadita dal Regolamento che attribuisce all'organismo il dovere, dal lato delle ANR, di fornire cooperazione, pareri e consulenze sui progetti di misure relative alla definizione dei mercati, alla designazione delle imprese SMP, all'imposizione dei rimedi *ex art. 7 e 7-bis* della Direttiva Quadro, e dal lato della Commissione di fornire pareri su progetti di raccomandazioni e/o orientamenti sulla forma, contenuto e dettaglio delle notifiche, di essere consultato sui progetti di raccomandazioni relative ai mercati rilevanti di

servizi e prodotti, di fornire pareri su progetti di decisioni (vincolanti) e raccomandazioni (non vincolanti) adottati dalla Commissione ai fini dell'armonizzazione, ai sensi dell'art. 19 della Direttiva Quadro nonché sui progetti di decisioni della Commissione che autorizzano o impediscono ad una ANR di adottare misure eccezionali *ex art. 8* Direttiva Accesso.

Visto l'obbligo per la Commissione di consultare il BEREC per ogni decisione vincolante o non vincolante che possa incidere sull'applicazione coerente del diritto comunitario e sull'azione regolamentare delle ANR, si potrebbe affermare che l'esito della riforma del terzo pacchetto abbia condotto la Commissione ad essere soggetta ad uno scrutinio preventivo e sostanziale da parte dell'organismo che rappresenta, quasi come un "sindacato", le competenze delle ANR.

Il Regolamento inoltre sottolinea, in coerenza con il principio di indipendenza introdotto dall'art. 1, comma 3, b) della direttiva 2009/140/CE, che né i membri del Comitato dei regolatori né il suo Presidente (nominato annualmente all'interno dei suoi componenti, quindi espressione diretta del vertice di una ANR) né il direttore amministrativo (scelto tramite concorso pubblico e responsabile della direzione dell'Ufficio) possano sollecitare o accettare istruzioni da alcuno Stato membro, così come da alcuna ANR o dalla Commissione o da alcun soggetto pubblico o privato.

L'evoluzione del ruolo del BEREC non può essere del tutto compresa senza evidenziare il ruolo centrale svolto dall'Ufficio per consentire al BEREC di svolgere le attività e ricoprire un ruolo nell'ordinamento "sostanziale" europeo che il precedente organismo dei regolatori ERG non aveva sviluppato. Il fattore che ha catalizzato la crescita di autorevolezza ed ha (forse involontariamente nella dinamica dei reciproci veti tra le istituzioni comunitarie) disegnato un ruolo sostanzialmente centrale per il BEREC nel "concerto regolamentare europeo" deriva dalle attività che è chiamato a svolgere nella procedura multilivello introdotta con la nuova procedura *ex art. 7* della Direttiva Quadro. La Direttiva 2009/140/CE introduce accanto al coordinamento orizzontale tra le ANR e verticale tra la singola ANR e la Commissione un nuovo attore del processo reticolare di regolamentazione, ossia il BEREC che godrà un ruolo crescente nel modello frutto del compromesso all'interno del trilogio poiché è previsto che tutti gli atti aventi natura regolamentare devono essere trasmessi sia dalle ANR che dalla Commissione. Focalizzando la nostra analisi sulla nuova procedura dell'art. 7 e ss., è previsto un diverso ruolo formale e sostanziale del BEREC qualora le notifiche delle ANR abbiano ad oggetto l'identificazione dei mercati rilevanti e della posizione dominante di uno o più operatori oppure prevedevano l'imposizione, la modifica o la revoca degli obblighi regolamentari imposti ad un operatore avente un significativo potere in un mercato rilevante (SMP).

Nella prima fattispecie, qualora una ANR identifichi un nuovo mercato, diverso da quelli oggetto di un preventivo esame da parte della Commissione e già inseriti tra i mercati per i quali la Raccomandazione vigente *rationis temporis* ha già individuato la necessità di una regolamentazione *ex ante*, oppure imponga, revochi o modifichi i rimedi regolamentari ad uno o più operatori SMP, nell'ipotesi in cui la Commissione ritenga tale proposta incompatibile con il diritto comunitario, non può essere adottata per i successivi due mesi durante i quali la Commissione può chiedere all'ANR di ritirare il progetto di provvedimento o di presentare modifiche che lo rendano conforme al diritto comunitario oppure può sciogliere le sue riserve sulla proposta. Durante questo periodo di sospensione del procedimento il BEREC esprime un parere che non è vincolante per la Commissione ma il cui contenuto deve essere "tenuto nella massima considerazione" e che se decide di discostarsene impone alla Commissione una specifica e giustificata motivazione. Qualora la Commissione chieda di ritirare il progetto di provvedimento l'ANR può ritirarlo oppure modificarlo nel termine di sei mesi, fermo restando che il provvedimento modificato deve essere nuovamente sottoposto a consultazione.

Qualora il progetto notificato abbia ad oggetto l'imposizione, la revoca o la modifica di un obbligo regolamentare, la Commissione può notificare entro un mese all'ANR una lettera di commenti con la quale ne rileva seri dubbi sulla sua "compatibilità con l'ordinamento comunitario" e chiede l'avvio della cd Fase II. L'avvio di questa ulteriore fase procedimentale impone la sospensione per tre mesi della possibilità di adottare il provvedimento notificato durante i quali la Commissione, l'ANR e il BEREC collaborano per trovare una soluzione. Entro sei settimane dall'avvio della fase II il BEREC adotta un parere elaborato dai gruppi di lavoro formato dai tecnici delle ANR sui seri dubbi avanzati dalla Commissione. E' evidente che il lavoro congiunto ad esempio nella redazione delle Common Position sui rimedi regolamentari consente ai rappresentanti di sviluppare un linguaggio comune, una condivisione delle difficoltà di implementazione delle misure e, soprattutto, un "comune sentire" rispetto alla percorribilità regolamentare delle metodologie utilizzate e dei rimedi imposti. Nell'ipotesi in cui li condivide, propone delle specifiche soluzioni per superarli individuando un rimedio che ritenga più adeguato, proporzionato ed efficace per risolvere la problematica regolamentare rilevata. Qualora il BEREC non si esprima nel citato termine (eventualmente anche per l'impossibilità di trovare una posizione condivisa al suo interno) oppure non condivide i "seri dubbi" della Commissione, quest'ultima entro due mesi dall'avvio della fase II può formulare una raccomandazione (non vincolante) all'ANR ai sensi dell'art. 19 della Direttiva Quadro oppure revocare i propri dubbi sul rimedio proposto. Nel corso dell'ultimo mese la ANR ha l'onere di comunicare alla Commissione e al BEREC quale sia la

misura adottata, ossia se ritiene di confermare la proposta originale oppure di apportare modifiche[62].

In entrambi i casi l'esito della riforma della procedura dell'art. 7 comporta un indebolimento della posizione della Commissione nell'interlocuzione multilivello con le ANR poiché, nella prima fattispecie, viene affiancata da un organismo che qualora esprima un parere contrario ne depauperava non proceduralmente ma sostanzialmente la fondatezza della richiesta di ritirare la proposta di provvedimento. Infatti anche se la Commissione ha soltanto un obbligo di motivare adeguatamente la reiterazione della richiesta di ritirare il provvedimento notificato, un parere contrario di un organismo tecnicamente qualificato e obbligato, ai sensi del regolamento istitutivo, a perseguire i medesimi obiettivi regolamentari dettati dal legislatore comunitario, limita di fatto il potere di intervento della Commissione. Nella seconda fattispecie il potere dell'ANR di adottare la propria proposta di delibera senza alcuna modifica, al termine del periodo trimestrale avviato a seguito della manifestazione dei seri dubbi della Commissione, da un lato non viene proceduralmente intaccato anche nel caso il BEREC condivida i seri dubbi della Commissione, dall'altro viene sostanzialmente rafforzato, anche nei confronti del successivo controllo da parte del giudice nazionale, da un parere del BEREC che non condivide le osservazioni della Commissione. In altri termini, l'inserimento del BEREC nel tessuto reticolare di verifica preliminare all'adozione di un provvedimento regolamentare interpone un altro soggetto nel rapporto verticale Commissione-ANR che svolge, di fatto, una sorta di "giudizio di appello" sulla bozza di provvedimento notificata rispetto ai "seri dubbi" contestati dalla Commissione. La riforma della Direttiva Quadro all'art. 19 comma 3 esclude anche che la Commissione possa adottare una raccomandazione vincolante per imporre "la definizione di un approccio armonizzato e coordinato" in presenza di "notifiche specifiche emesse dalle autorità nazionali di regolamentazione a norma dell'art. 7-bis"[63]. Perciò l'unico strumento di intervento consentito alla Commissione (e finora soltanto paventato) è quello dell'avvio di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato nei confronti dello Stato membro per violazione del diritto comunitario[64].

Da un lato il ruolo di "contraltare" della Commissione nell'esame delle notifiche *ex art. 7* disegnato dal legislatore comunitario che ha creato la necessità di una complessa e attiva organizzazione sulla base di gruppi di lavoro composti dagli specialisti delle specifiche tematiche, provenienti dalle diverse ANR europee, dall'altro una maggiore efficienza e tempestività nell'adottare le proprie decisioni, dettate dalle modifiche del modello decisionale del Board of Regulators, frutto di quanto appreso dagli errori della gestione del precedente ERG, hanno fortemente rafforzato la centralità del ruolo del BEREC nel sistema delle ANR europee tanto da far assumere un ruolo quasi paragonabile ad un "sindacato" delle ANR[65],

sicuramente attento a garantire le prerogative, le competenze e l'autonomia dei suoi membri, ma anche teso a valorizzare un modello di attuazione dei principi regolamentari più aderente al dettato del legislatore comunitario declinato secondo le specificità nazionali (anche ai sensi dell'art. 3, comma 1 b) della Direttiva 2009/140/CE), soprattutto quando sia messo a confronto con le prospettive politico-strategiche sottese agli interventi della Commissione.

Ne sono prova le occasioni nelle quali la Commissione ha avviato una fase II ai sensi dell'art. 7bis della Direttiva Quadro ed il BEREC ha espresso parere contrario rispetto alla lettera di commenti della Commissione[66], depotenziando anche sotto il profilo sostanziale le obiezioni procedurali e di merito espresse rispetto alle proposte notificate dall'ANR e contrapponendosi come "contropotere" basato sulle proprie competenze tecniche.

6. L'intervento dei giudici nazionali.

Per completare l'esame della complessa interazione tra l'azione armonizzante della Commissione tramite gli strumenti di hard e soft law attribuiti dalle Direttive ed i poteri costituzionalmente previsti negli ordinamenti nazionali dobbiamo brevemente accennare al ruolo dei giudici nazionali, competenti ai sensi degli ordinamenti processuali nazionali a valutare la legittimità (e/o il merito) delle decisioni delle ANR, che in alcuni importanti sentenze relative all'applicazione dei rimedi regolamentari hanno motivatamente posto in discussione il meccanismo comunitario di intervento mediante strumenti di *soft-law*[67].

Nell'ambito di questo contributo non è possibile sviluppare ulteriormente questi brevi cenni ma ci si limita a richiamare l'indirizzo espresso dalla Corte di Giustizia[68] e recentemente dal giudice nazionale[69].

7. Modalità applicative dell'art. 50-ter CCE.

7.1. Gli indirizzi applicativi del BEREC.

Alcune indicazioni in merito ai profili applicativi dell'art. 13-ter (e 13-bis) della Direttiva 2002/19/CE sono invece fornite dalle Linee guida pubblicate dal BEREC nel febbraio 2011[70] che, in particolare, pongono l'accento sui seguenti punti:

- l'originario progetto di separazione della rete può essere modificato dall'operatore notificato una o più volte, anche in una fase avanzata dell'iter di valutazione da parte del regolatore nazionale e/o in relazione ai possibili impatti regolamentari

- le analisi regolamentari dell'autorità nazionale possono essere svolte attraverso l'ordinario strumento della consultazione pubblica (ai sensi degli artt. 11, 12, 18 e 19 CCE) e potranno incidere sulle misure regolamentari *ex ante* (che possono essere modificate, confermate, revocate o imposte), ma non anche stabilire modifiche al progetto di separazione della rete

Le Linee guida del BEREC propongono inoltre i seguenti passaggi procedurali nei quali si dovrebbe articolare la "analisi coordinata" prevista dall'art. 13-ter Direttiva 2002/19/CE (e dall'art. 50-ter CCE):

1. comunicazione da parte della società interessata all'autorità di regolamentazione della propria intenzione di separare la rete di accesso (avvenuta il 30 maggio 2013);
2. valutazione preliminare da parte dell'autorità sulle principali caratteristiche del progetto e sulla sua serietà e ragionevolezza (avvenuta il 25 luglio 2013);
3. avvio dell'analisi regolamentare avente ad oggetto gli effetti della separazione della rete sui vari mercati rilevanti dell'accesso;
4. svolgimento di una consultazione pubblica nell'ambito della quale acquisire le osservazioni di tutti i soggetti interessati;
5. valutazione di eventuali modifiche al progetto di separazione che la società potrebbe presentare in qualsiasi momento, anche all'esito delle valutazioni preliminari dell'Autorità e delle osservazioni di cui alla consultazione pubblica;
6. notifica dello schema di decisione alla Commissione Europea qualora esso incida su obblighi regolamentari *ex ante*, con la conseguente applicazione della procedura standardizzata prevista dall'art. 7 e ss. della Direttiva Quadro;
7. decisione finale dell'Autorità in merito al mantenimento, modifica, revoca o imposizione di obblighi regolamentari *ex ante*, che potrà avere effetto sia nei confronti della società a cui siano state trasferite le risorse della rete di accesso (e.g. OPAC) che della società proponente (Telecom Italia).

Nelle Linee guida in esame il BEREC non esclude inoltre che, al fine di accelerare i tempi ed esaminare in maniera più efficace e coerente le misure regolamentari, la valutazione del progetto di separazione sia svolta all'interno del procedimento di analisi del mercato dell'accesso, qualora esso sia già in corso, eventualmente estendendolo ad altri mercati dell'accesso coinvolti.

Si evidenzia infine che, per evitare che il nuovo quadro degli obblighi regolamentari sia applicato quando ancora lo scorporo della rete non sia effettivo, le Linee guida BEREC hanno indicato la possibilità di condizionare l'applicazione delle nuove misure regolamentari all'effettiva attuazione della separazione della rete di accesso.

L'esame delle linee guida adottate da BEREC evidenzia come ricalchino il consolidato modello di analisi di mercato (sebbene non prevedano espressamente l'obbligo della consultazione preventiva ma non vincolante dell'Autorità nazionale di concorrenza, che nell'ordinamento italiano è previsto sin dalla legge istitutiva di AGCom nel 1997) imposta dagli artt. 7 e ss. Direttiva 2002/21/CE) ma non colgano la complessità dell'interazione tra le diverse finalità che si trovano a dialogare, ossia l'interesse meramente aziendale dell'operatore verticalmente integrato che adotta o ritira una proposta sulla base dei propri interessi strategici e commerciali e l'istituzione che deve perseguire i propri obiettivi di rilevanza pubblicistica dettati dal Codice delle comunicazioni elettroniche valutando le diverse proposte e le complesse modalità attuative comparando, in una sorta di teoria dei giochi, le proposte dell'operatore *incumbent* con l'interesse attuale e prospettico del mercato e dei consumatori[71].

8. Osservazioni sui profili procedurali.

8.1. La trasparenza del procedimento.

Innanzitutto in considerazione della carenza in Europa di esperienze consolidate di separazione volontaria della rete di accesso ed in particolare di applicazioni delle modalità di interazione tra Autorità di regolazione e operatore verticalmente integrato prospettate dall'art. 50-ter CCE, sarebbe stato utile se AGCom avesse preliminarmente, a valle della prima comunicazione della decisione del Consiglio di Amministrazione di Telecom Italia di societarizzare la propria rete di accesso, adottato un regolamento che definisse trasparentemente la procedura adottata nella complessa interazione con l'operatore dominante, a cui deve essere garantita la possibilità di presentare in qualsiasi momento eventuali modifiche (o revoche) al progetto di separazione, anche all'esito delle valutazioni preliminari dell'Autorità e delle osservazioni di cui alla consultazione pubblica, ma nel contempo assicurando l'uso efficiente e tempestivo delle risorse della pubblica amministrazione secondo i principi costituzionali di efficienza, economicità e buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.) ed il diritto partecipativo nelle diverse fasi del procedimento alle imprese interessate dagli effetti delle decisioni dell'Autorità.

Inoltre questo regolamento avrebbe anche potuto disciplinare l'ipotesi che, in parallelo o nell'arco di tempo dell'implementazione della Separazione, si dovessero verificare delle operazioni di concentrazione nei mercati interessati (ad esempio tra OPAC e Metroweb, come rilevato dal Presidente AGCM[72] oppure l'eventuale concentrazione tra operatori di rete fissa alternativi nazionali o locali) sulle quali le Autorità comunitarie o nazionali

della concorrenza potrebbero doversi esprimere ed in particolare AGCM ha l'onere di richiedere ad AGCom un parere preventivo ai sensi dell'art. 1, comma 6, lettera c), n. 11 della legge n. 249/1997. In tal senso si rinvia, come esempio di un coordinamento (sebbene non del tutto efficace) tra i diversi procedimenti e la reciproca pareristica tra le due Autorità, alla procedura prevista dal Regolamento approvato con delibera 646/06/CONS recante la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazioni ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive, dei procedimenti in materia di posizioni dominanti e dell'attività di verifica delle operazioni di concentrazioni ed intese nel sistema integrato delle comunicazioni[73].

8.2. L'interazione tra i procedimenti sulle analisi dei mercati rilevanti e la valutazione della separazione della rete.

Per i motivi che esamineremo dettagliatamente di seguito, si ritiene che la valutazione della Separazione da parte dell'Autorità non debba incidere, né dal punto di vista procedimentale né da quello temporale, sui procedimenti in corso relativi all'analisi dei mercati dell'accesso i quali, al contrario, dovrebbero giungere a conclusione in maniera autonoma e separata. Innanzitutto il perimetro dei "vari mercati relativi alla rete d'accesso" (art. 50-ter comma 2 CCE) secondo il progetto di Separazione illustrato finora da Telecom Italia riguarda esclusivamente l'ipotesi di far confluire "*attività e risorse relative allo sviluppo e alla gestione della rete di accesso passiva, sia in rame sia in fibra*". Di conseguenza appare che, allo stato, le attività e le risorse che sarebbero oggetto di Eol si limiterebbero soltanto al mercato n. 4 come definito dalla Raccomandazione 2007/879/CE, ossia il mercato dell'accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete in postazione fissa), mentre eventuali posizioni dominanti nel correlato mercato al dettaglio (mercato n. 1: accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti residenziali e non residenziali) dovrebbero essere valutate alla luce degli impatti della Separazione sui mercati al dettaglio.

Ed infine i servizi del mercato 5 (mercato dell'accesso alla banda larga) risulterebbero estranei all'attuale definizione dei mercati rilevanti connessi alla gestione ed allo sviluppo della rete di accesso passiva oggetto del progetto di Separazione e quindi continuerebbero ad essere offerti ai concorrenti dalla direzione *Wholesale* di Telecom Italia secondo l'attuale regime di *equivalence of outputs* (EoO).

Inoltre l'attuale analisi di mercato avviata con delibera 390/12/CONS non esamina le condizioni regolamentari e competitive di un ulteriore mercato rilevante che potrebbe interessare dalla separazione volontaria, ossia il mercato all'ingrosso dei segmenti di terminazione delle linee affittate (mercato n. 6 relativo alla fornitura all'ingrosso di segmenti terminali di

linee affittate, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per fornire la capacità affittata o riservata).

Inoltre anche la Commissione europea ha espresso l'indirizzo di separare l'analisi dei mercati rilevanti e le valutazioni regolamentari sulla separazione volontaria. Infatti nella recente lettera di apertura di seconda fase di indagine (c.d. fase II) ai sensi dell'art. 7-*bis* della Direttiva quadro, inviata dalla Commissione ad AGCom il 12 agosto 2013 in merito ai casi IT/2013/1489/1490 relativi all'obbligo regolamentare imposto da AGCom a Telecom Italia sul controllo dei prezzi nei mercati relativi all'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa (c.d. mercato n. 4) e dell'accesso a banda larga all'ingrosso (c.d. mercato n. 5).

Sebbene la lettera della Commissione si collochi in un diverso contesto regolamentare, nel quale si riscontrano numerosi scontri di natura politico-istituzionale tra le ANR di diversi Stati membri e la Commissione^[74] in merito all'applicazione del principio di discrezionalità in ambito nazionale sulla determinazione dei costi dei servizi all'ingrosso e sull'impatto delle scelte regolamentari sulle politiche di investimento sulle reti di nuova generazione, non possiamo non rilevare che anche la Commissione, a fronte delle osservazioni di AGCom sul possibile protrarsi delle analisi di mercato in relazione all'analisi coordinata con la valutazione dell'impatto della separazione volontaria della rete di accesso, ha suggerito che *“AGCom dovrebbe piuttosto avviare un'analisi coordinata distinta in relazione alla separazione volontaria di Telecom Italia...”*

Occorre, infine, notare che anche la lettera della norma milita nel senso prospettato nel presente contributo.

Infatti la norma prevista dall'art. 50-*ter* comma 2 prevede che sia condotta *“un'analisi coordinata dei vari mercati relativi alla rete d'accesso”* e non un'analisi congiunta dei mercati rilevanti e degli effetti della *“separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata”*.

Perciò l'ANR deve (ovviamente) coordinare le proposte e i potenziali effetti della separazione volontaria valutandone in modo coordinato gli impatti sui mercati dell'accesso e sui rimedi previsti così come deve analizzare in modo coordinato i diversi mercati all'ingrosso ed al dettaglio connessi alla rete d'accesso (e.g. mercati n. 1 e 4), mentre invece l'ipotesi di condurre unitariamente l'analisi dei mercati rilevanti dell'accesso e degli impatti regolamentari della separazione volontaria appare, oltre che giuridicamente e logicamente incongrua, anche formalmente non coerente con il dettato della norma.

Perciò la mera analisi del rapporto tra i mercati rilevanti che potrebbero essere interessati dalla separazione volontaria della rete di accesso (come attualmente prospettata) e i mercati per i quali AGCom ha attualmente in corso un'analisi dei mercati *ex* Raccomandazione 2007/879/CE ad avviso di chi scrive non appare coerente, oltre che per i motivi formali sopraevidenziati, soprattutto in quanto interessa mercati estranei agli

impatti regolamentari e concorrenziali della Separazione e non considera ulteriori implicazioni relative a possibili dinamiche competitive rilevanti. Perciò una analisi congiunta che si focalizzasse sui mercati della delibera 238/12/CONS sarebbe proceduralmente da un lato carente e da un lato esorbitante in relazione al perimetro oggettivo.

8.3. Le tempistiche di realizzazione della Separazione.

In primo luogo, si osserva che la Separazione è ancora ad una fase progettuale preliminare e permarrà sostanzialmente fino all'adozione della delibera *ex art. 50-ter* CCE in una situazione di formale, prima ancora che sostanziale, indeterminatezza in merito all'evoluzione del processo regolamentare. In particolare, risulta che non solo i dettagli operativi, ma anche alcuni aspetti fondamentali della Separazione siano ancora da definire, ad esempio l'interesse definitivo di Telecom Italia a portare a compimento l'operazione, , l'esatto perimetro degli elementi della rete di accesso che verranno conferiti alla nuova società OPAC, la *governance* dell'Eol, i rapporti tecnici, societari e commerciali tra Telecom Italia e la nuova società, etc.

Inoltre sarà necessario valutare i costi connessi alla societizzazione della rete di accesso, ad esempio per le evoluzioni dei sistemi software che dovranno gestire l'Eol, la contrattualizzazione dei rapporti tra OPAC e Telecom Italia Service, la riallocazione del personale e dei beni strumentali di OPAC in uffici separati etc. Costi che sono stati stimati in circa 100 mil€. In un contesto di separazione volontaria questi costi sono interamente a carico di Telecom Italia poiché rientrano negli elementi che dovranno essere autonomamente valutati dalla società come contropartita dei vantaggi finanziari e commerciali derivanti dalla separazione volontaria. Peraltro, come indicato al par. 2, anche l'art. 50-ter CCE e le Linee guida del BEREC contemplano espressamente la possibilità che nel corso del procedimento dinanzi all'Autorità la società interessata apporri modifiche, anche rilevanti, al progetto di Separazione inizialmente comunicato all'Autorità stessa. Consapevole di tale circostanza, la stessa Telecom Italia ha precisato che *“aggiornerà AGCOM in merito ad eventuali cambiamenti del progetto che si dovessero rendere necessari, anche alla luce delle risultanze che emergeranno dalla valutazione dell'Autorità sulla portata della modifica o revoca dei vigenti obblighi regolamentari”*[75].

Inoltre, come anticipato, le tempistiche per il completamento della Separazione sono state quantificate in almeno 15-18 mesi dal *management* di Telecom Italia, mentre altre fonti parlano di circa 24 - 30 mesi (cfr. par. 1). Pur trattandosi di dati previsionali, sembra comunque chiaro che, nel migliore dei casi, la Separazione sarà operativa e completa in tutti i suoi aspetti non prima del 2015 e che, per almeno il primo trimestre del 2014

difficilmente sarà concluso il processo di: (i) analisi dei mercati rilevanti e definizione dei rimedi; (ii) consultazione nazionale e di AGCM, (iii) commenti della Commissione, del BEREC e delle altre ANR (senza valutare l'ipotesi di una eventuale fase II della durata di ulteriori tre mesi) previsti dalla procedura dell'art. 7 della Direttiva Quadro[76].

Inoltre, le tempistiche inizialmente previste potrebbero prolungarsi (anche significativamente) a causa di una serie di variabili ancora incerte, formalmente esogene al processo *ex art. 50-ter*, ma che possono incidere sulle modalità e sulle tempistiche del processo di analisi e consultazione:

- il possibile ingresso nel capitale sociale di Telecom Italia con partecipazioni rilevanti o di controllo di altri operatori presenti nel mercato italiano[77],
- le trattative con Cassa Depositi e Prestiti relative al capitale sociale e alla *governance* della nuova società a cui potrebbero essere conferiti gli asset della rete di accesso che, quindi, potrebbero trasformare il modello di separazione da trasferimento ad una entità commerciale soggetta al controllo dell'operatore verticalmente integrato ad un conferimento ad una società con controllo di terzi (vedi art. 50-ter comma 4 CCE);
- l'eventuale avvio da parte di AGCom di uno o più procedimenti di inottemperanza nei confronti di Telecom Italia per la possibile violazione degli impegni approvati con la delibera 718/08/CONS, alla luce delle risultanze emerse nell'ambito dei procedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato A428 (che ha portato all'irrogazione in capo a Telecom Italia di una sanzione pari a euro 103 milioni per abuso di posizione dominante) e I761 (ancora in corso, avente ad oggetto una presunta intesa nella fornitura di servizi di manutenzione correttiva per i servizi di accesso alla rete fissa ad opera di imprese di manutenzione tecnica, poi estesa soggettivamente anche a Telecom Italia);
- l'eventuale conferimento alla costituenda società dell'accesso (denominata OPAC), inizialmente controllata da Telecom Italia, di infrastrutture o di rami d'azienda di altre società operanti nel mercato dell'accesso (e.g. Metroweb), con le relative implicazioni competitive [78];,
- la valutazione delle tempistiche dell'analisi dei profili concentrativi o cooperativi e delle possibili richieste della competente Autorità della concorrenza con riferimento ai precedenti punti (i) , (ii) e (iv) nonché delle eventuali procedure applicabili in materia di aiuti di Stato;
- l'evoluzione dell'assetto del settore delle comunicazioni in Italia, incluse l'ipotesi di eventuali concentrazioni di altri operatori nei mercati rilevanti;

- l'adozione di uno o più regolamenti *ex art.* 17, comma 1 L. 23 agosto 1988 n. 40 con i quali individuare le reti e gli impianti anche di comunicazioni alle quali applicare i poteri speciali inerenti gli attivi strategici previsti dall'art. 2 del Decreto legge 15 marzo 2012 n. 21, convertito con modificazioni alla L. 11 maggio 2012 n. 56.

In tutte le prospettate ipotesi di evoluzione soggettiva dell'arena competitiva del mercato italiano che dovessero interessare i mercati all'ingrosso o al dettaglio che sono implicati nel processo di separazione della rete, anche le relative analisi *ex art.* 7 della Direttiva Quadro non potranno non essere impattate - sia da un punto di vista procedimentale che sostanziale - dalle modifiche (anche societarie) che dovessero essere frutto delle eventuali concentrazioni e dalle possibili condizioni procompetitive che dovessero essere poste dall'Autorità di concorrenza competente come presupposto per l'autorizzazione della concentrazione. In altri termini le due Autorità competenti in tali fattispecie si troverebbero a esaminare con la stessa "cassetta degli attrezzi" (i principi e gli strumenti del diritto della concorrenza) le medesime fattispecie con due prospettive istituzionalmente diverse intersecando inevitabilmente (anche da un punto di vista temporale) gli effetti concorrenziali e regolamentari dei rispettivi provvedimenti[79].

Per gli stessi motivi, non è neanche possibile escludere che l'intero progetto di Separazione, per ragioni strategiche o per le implicazioni azionarie o finanziarie derivanti dalle ipotizzate evoluzioni dell'arena competitiva, venga abbandonato da Telecom Italia o comunque non si realizzi o sia rallentato per motivazioni tecniche, strategiche o di costi connessi.

È evidente che la Separazione, in ogni caso, potrà produrre i suoi effetti sul mercato solo a partire dal momento in cui essa sarà completata in tutti i suoi aspetti, ossia da quando sarà operativo il modello di "equivalence of input" sulla base del quale la nuova società (OPAC) a cui verranno conferiti gli *asset* della rete dovrebbe basare la propria attività. In sostanza, la Separazione potrà essere considerata effettiva nel momento in cui si sia realizzato non solo il "formale" conferimento del ramo d'azienda/scissione dei beni afferenti alla rete d'accesso (incluso il personale ed i beni strumentali necessari alla sua operatività) alla nuova società OPAC, ma anche tutti i successivi interventi che porteranno Telecom Italia Service a relazionarsi con OPAC a parità di processi operativi e di condizioni rispetto agli attuali operatori alternativi. Questo obiettivo regolamentare comporterà, ad esempio, la separazione dei sistemi informatici tra Telecom Italia Service e OPAC, la regolazione dei relativi rapporti commerciali sulla base di nuovi contratti *inter-company* per la fornitura di servizi che siano verificati da AGCom o da un organismo dalla stessa incaricato e, più in

generale, l'adozione di tutte le misure necessarie a garantire una piena equivalenza tecnica, operativa ed economica tra Telecom Italia Service e gli altri operatori.

Prima del suddetto effettivo completamento della Separazione, invece³¹, i rapporti commerciali, concorrenziali, contrattuali e tecnici tra *incumbent* e OLO continueranno a fondarsi sulle dinamiche attuali. Per quanto illustrato al par. 3.1, la Separazione non sarà completata e non potrà, quindi, esercitare i propri effetti nel 2014 e, probabilmente, non prima degli ultimi mesi del 2015.

La conseguenza diretta di tale constatazione è che la definizione degli obblighi regolamentari (tra i quali sono di particolare rilievo per gli aspetti competitivi le tariffe di accesso previste dall'art. 50 CCE) per tutto il periodo anteriore al completamento della Separazione (ossia, ragionevolmente, per il 2014 e 2015) non dovrà tenere in considerazione il progetto di Separazione, in quanto estraneo e privo di effetti sulle dinamiche concorrenziali e di mercato anteriori al suo completamento.

Per questa ragione, i procedimenti in corso relativi alle tariffe dei servizi di accesso 2013 avviati con delibere 642/12/CONS, 141/12/CIR e 221/13/CONS e all'analisi di mercato avviata con delibera 238/13/CONS dovranno, ad avviso di chi scrive, concludersi restando autonomi e distinti - dal punto di vista sia formale-procedimentale che delle valutazioni sostanziali - rispetto al procedimento di cui all'art. 50-ter CCE, il cui oggetto sarà concettualmente distinto e privo di effetti rispetto alle scelte regolamentari anteriori all'attuazione della Separazione.

Qualora, in ipotesi, la regolamentazione dei prezzi dei servizi di accesso previsti dall'art. 50 CCE riguardante periodi anteriori all'effettiva implementazione della separazione fossero definiti anche tenendo in considerazione il progetto di Separazione, ciò risponderebbe ad esigenze di politica industriale e di finanza aziendale (ad esempio sarebbe un elemento significativo per determinare il ritorno sull'investimento di OPAC e quindi consentirebbe di valorizzare prospetticamente un prezzo per l'acquisizione da parte di soggetti terzi delle quote azionarie di OPAC) ma snaturerebbe il ruolo e le finalità dell'azione regolamentare connessa ad una analisi di mercato *ex art. 7* Direttiva Quadro e, più in generale, l'indipendenza dell'Autorità, posta come presupposto istituzionale dalla Direttiva 2002/21/CE) nei confronti degli operatori ed ampliata nei confronti del potere esecutivo dalla Direttiva 2009/140/CE (art. 3, comma 3 b)).

È infatti evidente che le misure correttive di cui agli artt. 45 e ss. CCE debbano in ogni caso essere stabilite sulla base degli elementi giuridici e fattuali che - seppur in un'ottica di sviluppo previsionale del mercato - comunque incidono sul contesto concorrenziale di riferimento (anche da un punto di vista temporale) e che, in caso contrario, si arriverebbe a stabilire obblighi di regolamentazione *ex ante* sulla base di elementi fattuali e

giuridici estranei e inconferenti rispetto all'ambito di applicazione di quegli stessi obblighi. In questo caso, l'effetto dell'adozione di rimedi regolamentari che potrebbe addirittura essere quello di introdurre (anziché correggere) distorsioni concorrenziali sul mercato.

Da un altro punto di vista, va anche considerato che, qualora nei procedimenti in materia di accesso in corso si decidesse di valutare anche la Separazione, l'effetto sarebbe quello di stabilire obblighi regolamentari sulla base di un elemento che, oltre a non determinare alcun effetto per il periodo di riferimento, sarebbe ancora "incerto" sia per quanto riguarda l'*an* (la sua effettiva realizzazione), il *quando* (le tempistiche di implementazione) e il *quomodo* (le modalità di implementazione, quindi i suoi effetti sui mercati rilevanti). In questo scenario, si potrebbe quindi arrivare al paradosso di stabilire misure correttive del mercato sulla base di elementi non solo irrilevanti ma che potrebbero successivamente modificarsi o addirittura non trovare attuazione.

8.4. Analisi delle questioni procedurali.

Si è visto come le Linee guida del BEREC non escludano la possibilità di svolgere le analisi sulla Separazione nell'ambito del procedimento di analisi di mercato eventualmente già avviato. In particolare, tale ipotesi è proposta al fine di evitare ritardi temporali nello svolgimento del procedimento ed effettuare le relative scelte regolamentari in modo coerente ed efficace ("*to avoid any delay and properly assess the measure*"). È tuttavia evidente che, per i motivi che saranno ampiamente illustrati di seguito, nell'attuale scenario regolamentare gli obiettivi indicati dal BEREC potrebbero essere raggiunti non già attraverso lo svolgimento congiunto e in un unico procedimento dell'analisi dei mercati dell'accesso e delle valutazioni sulla Separazione, bensì mantenendo distinte temporalmente (oltre che sostanzialmente) le suddette valutazioni.

Anche da un punto di vista procedimentale vi sono alcune considerazioni che portano a escludere la logicità sostanziale e procedurale dello svolgimento dell'analisi regolamentare della Separazione nell'ambito del procedimento in corso sull'analisi di mercato (Delibera 238/13/CONS).

Questo procedimento, infatti, è ormai ad una fase molto avanzata e si avvia verso la conclusione. Per quanto riguarda l'analisi dei mercati dell'accesso (posta in consultazione con Delibera 238/13/CONS), in assenza della comunicazione del progetto di separazione, entro l'autunno avrebbe potuto essere inviato alla Commissione Europea lo schema di provvedimento sul quale l'istituzione comunitaria dovrebbe pronunciarsi. Anche in questo caso, il termine di 45 giorni per l'invio di osservazioni da parte dei soggetti interessati è già decorso e gran parte delle necessarie attività istruttorie e delle valutazioni da parte dell'Autorità risulta siano

state svolte. In assenza della proroga del termine di 120 giorni adottata dall'Autorità sarebbe stato ragionevole ritenere che questo procedimento potesse concludersi entro la fine del 2013, ossia in modo tempestivo rispetto al periodo di regolazione interessato (2014-2016).

Nel caso in esame, la valutazione del progetto di Separazione nell'ambito del procedimento in questione causerà un inevitabile quanto significativo ritardo nella sua adozione e la previsione di una proroga del termine di 120 giorni appare come una prima tappa di un più lungo percorso procedimentale poiché come sopra evidenziato, è presumibile che l'iter del procedimento di cui all'art. 50-ter CCE sarà particolarmente lungo e complesso non tanto per l'evidente ragione che si tratterebbe della sua prima applicazione nell'UE, ma soprattutto perché esso coinvolgerà valutazioni ed elementi fattuali e giuridici che vanno al di là di un "ordinario" procedimento per la fissazione di obblighi regolamentari in un mercato rilevante. A ciò si aggiunga il fatto che, come già detto, le stesse caratteristiche della Separazione potrebbero subire nei prossimi mesi diverse modifiche, che richiederebbero ogni volta la reiterazione di nuove valutazioni, almeno parziali, da parte dell'Autorità[80].

Inoltre, anche in una prospettiva di applicazione dei principi del procedimento amministrativo, il ritardo nella definizione delle analisi di mercato violerebbe in primo luogo i principi costituzionali di efficienza, economicità e buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.), dal momento che costringerebbe a prolungare notevolmente - probabilmente al 2014 - procedimenti che altrimenti si concluderebbero in pochi mesi e comunque prima dell'inizio del relativo periodo regolatorio. L'effetto che si prospetta dalla concreta ipotesi che l'Autorità intenda esaminare la Separazione nell'ambito dei procedimenti in materia di analisi di mercato già in corso è che si aggiungerebbe un ulteriore elemento di inefficienza e ingiustificato ritardo connesso al fatto che le attività istruttorie svolte fino ad oggi dall'Autorità e le osservazioni fornite dai soggetti interessati al procedimento già posto in consultazione con la delibera 238/13/CONS risulterebbero di fatto "inutili", in quanto svolte o acquisite senza considerare la Separazione. Con riferimento ai principi costituzionali sopra indicati (e richiamati peraltro anche dall'art. 1 Legge 241/1990, cui è pacificamente vincolata l'Autorità ai sensi dell'art. 13, comma 7 CCE), la costante giurisprudenza ritiene che essi si declinino anche nell'esigenza di celerità dell'azione amministrativa[81].

Oltre a quanto già detto al riguardo, va inoltre considerato che l'ambito oggettivo dei due procedimenti in questione (analisi di mercato 2014-2016 e analisi degli impatti regolamentari della Separazione) potrebbe non essere coincidente. Infatti, a seconda del perimetro degli elementi della rete di accesso che verranno conferiti alla nuova società, nonché delle caratteristiche di quest'ultima, non si esclude che l'attività di analisi regolamentare ai sensi dell'art. 50-ter CCE debba essere estesa anche a

mercati rilevanti ulteriori rispetto a quelli oggetto del procedimento di cui alla Delibera 238/13/CONS.

Si sottolinea altresì che l'adozione degli obblighi *ex ante* 2014-2016 anteriormente agli interventi regolamentari ai sensi dell'art. 50-ter D.Lgs. 259/2003 svolgerebbe anche una fondamentale funzione di trasparenza dell'azione dell'Autorità, poiché fornirebbe un chiaro ed obiettivo parametro nei confronti del quale tutti i soggetti interessati sono posti nella condizione di esaminare l'ampiezza e gli effetti delle successive modifiche regolamentari che l'Autorità intenda introdurre a seguito della Separazione. Di tale trasparenza sarebbe peraltro beneficiaria innanzitutto la stessa Telecom Italia, che sarebbe infatti in grado di conoscere con precisione le misure regolamentari a cui essa sarebbe sottoposta nel caso in cui decidesse di non attuare il progetto di Separazione e solo in questa ipotesi potrebbe valutare - con completa conoscenza e certezza dei presupposti regolamentari - le implicazioni strategiche ed operative della scelta di adottare la Separazione.

8.5. Necessità di condizionare l'introduzione dei nuovi obblighi regolamentari all'effettiva implementazione della Separazione.

Dal momento che l'analisi regolamentare ai sensi dell'art. 50-ter CCE sarà svolta in un momento anteriore all'attuazione della Separazione, si ritiene che l'Autorità debba prevedere specifiche misure per evitare che, pur essendo state approvate le suddette modifiche regolamentari, il progetto di Separazione non sia realizzato o subisca ulteriori modifiche o dilazioni.

Tale rischio potrebbe essere evitato condizionando l'efficacia dei nuovi obblighi regolamentari all'effettiva implementazione dello scorporo della rete, come proposto anche dal BEREC nelle proprie Linee guida. Tale soluzione, peraltro, garantirebbe che le misure regolamentari in questione siano applicate a partire dal momento in cui la Separazione eserciterà i propri effetti sul mercato.

Va tuttavia considerato che la Separazione sarà un processo particolarmente complesso e che potrà dirsi effettivamente completata non tanto con il conferimento "formale" degli *asset* di rete alla nuova società OPAC, quanto piuttosto con i successivi interventi diretti a rendere effettivo lo scorporo tra OPAC e Telecom Italia Service. Si fa riferimento, a fini esemplificativi, all'avvio di rapporti commerciali tra le due società sulla base di contratti *inter-company* per la fornitura di servizi (anziché tra diverse divisioni di una stessa società, come avviene oggi), all'utilizzo di sistemi informatici distinti e che interagiscano nei confronti di tutti gli operatori interessati sostituendo quanto avviene per i rapporti tra gli OLO e l'attuale divisione *Wholesale* di Telecom Italia limitatamente ai servizi offerti da OPAC, alla definizione dei nuovi processi di *provisioning*,

all'allocazione del personale (con le relative implicazioni sindacali), all'attribuzione dei beni strumentali e dei relativi costi industriali e regolamentari, etc. Occorre sottolineare che potranno rappresentare delle condizioni a cui subordinare l'efficacia dei nuovi obblighi regolamentari solo gli elementi che potranno avere un impatto sull'effettiva attuazione dell'Eol e sulla sua governance, mentre non potranno costituire un impedimento fattori seppur importanti ma che non costituiscono un elemento essenziale degli adempimenti regolamentari, quali ad esempio le condizioni per l'accesso di soggetti pubblici o privati al capitale sociale di OPAC che sia già sotto il controllo di terzi.

Per questo motivo, l'effettiva e completa implementazione della Separazione dovrebbe rappresentare la condizione sospensiva per l'entrata in vigore delle nuove misure regolamentari *ex ante* identificate dall'Autorità. Perciò è evidente che le modifiche regolamentari non possano essere applicate a partire da una data prestabilita (poiché non si avrebbe la certezza che in quel momento la Separazione sia stata effettivamente completata) o dal mero conferimento degli *asset* di rete alla nuova società OPAC (poiché tale passaggio formale non costituisce il momento di effettivo e completo scorporo della rete di accesso).

Non si esclude invece che le modifiche regolamentari stabilite ai sensi dell'art. 50-ter CCE possano entrare in vigore in maniera graduale, a seconda delle diverse fasi in cui il processo di Separazione verrà realizzato. In questo caso, l'Autorità dovrebbe stabilire diverse condizioni sospensive, con le quali l'applicazione di una o più misure regolamentari venga condizionata all'effettivo e dimostrato (*rectius* certificato) raggiungimento di una determinata fase del processo di Separazione.

9. Conclusioni.

Qualora il processo di separazione volontaria della rete dovesse effettivamente essere realizzato, AGCom ha l'opportunità di adottare una decisione che può rappresentare un rilevante punto di riferimento per le altre autorità di regolamentazione non solo per la novità del percorso regolamentare ma anche per la specificità del passaggio del sistema regolatorio da un modello EoO a Eol.

Inoltre il modello regolamentare di sviluppo della competizione facility based anche su rete fissa sta mostrando dei limiti (e comunque dei ritardi) anche in relazione alle oggettive difficoltà tecniche e finanziarie per replicare le reti di accesso secondo un modello FTTH (fiber to the home). Perciò l'esperimento di definire ed implementare una separazione volontaria potrebbe essere replicato in altri Stati membri sia per ragioni finanziarie che strategiche allo scopo di realizzare delle reti di nuova

generazione che sono il perno della politica di sviluppo digitale dell'Unione.

Allo scopo di poter rappresentare un modello di innovazione regolamentare, ad avviso di chi scrive, il procedimento dovrà presentare caratteristiche di particolare trasparenza, rapidità, rispetto dell'ortodossia degli strumenti e delle soluzioni regolamentari comunitarie e, soprattutto, una prospettiva *forward looking* tipica di una Autorità di regolazione che superi i timori, le esigenze finanziarie e politiche connesse con le dinamiche odierne e gli obiettivi di breve periodo espressi dalla politica e dal contesto economico-sociale.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Si riporta di seguito il contenuto integrale dell'art. 50-ter D.Lgs. 259/2003:

“Le imprese che siano state designate come aventi un significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti ai sensi dell'articolo 19 informano anticipatamente e tempestivamente l'Autorità al fine di consentire alla stessa di valutare l'effetto dell'auspicata transazione, quando intendono trasferire i loro beni relativi alle reti di accesso, o una parte significativa degli stessi, a un soggetto giuridico separato sotto controllo di terzi, o qualora intendano istituire un'entità commerciale separata per fornire a tutti i fornitori al dettaglio, comprese le sue divisioni al dettaglio, prodotti di accesso pienamente equivalenti. Le imprese devono inoltre informare l'Autorità in merito ad eventuali cambiamenti di tale intenzione, nonché del risultato finale del processo di separazione.

2. L'Autorità valuta l'effetto della transazione prevista sugli obblighi normativi esistenti in base al Codice. A tal fine, conduce un'analisi coordinata dei vari mercati relativi alla rete d'accesso secondo la procedura di cui all'articolo 19 del Codice. Sulla base della sua valutazione impone, mantiene, modifica o revoca gli obblighi conformemente agli articoli 11 e 12 del Codice.

3. L'entità commerciale separata dal punto di vista giuridico o operativo può essere soggetta a uno qualsiasi degli obblighi di cui agli articoli da 46 a 50 in ogni mercato specifico nel quale è stato stabilito che l'entità dispone di un significativo potere di mercato ai sensi dell'articolo 19 oppure a qualsiasi altro obbligo autorizzato dalla Commissione conformemente all'articolo 45, comma 3.

4. *Qualora intenda cedere tutte le sue attività nelle reti di accesso locale, o una parte significativa di queste, a un'entità giuridica separata appartenente a una proprietà diversa, l'impresa designata conformemente al comma 1 informa preventivamente e tempestivamente l'Autorità per permetterle di valutare l'effetto della transazione prevista sulla fornitura dell'accesso in postazione fissa e sulla fornitura dei servizi telefonici ai sensi dell'articolo 54. L'Autorità può imporre, modificare o revocare gli obblighi specifici conformemente all'articolo 28, comma 2".*

[2] Le direttive comunitarie non forniscono una precisa definizione di "rete di accesso" che, tuttavia, anche dal combinato disposto delle definizioni di "accesso" e "rete pubblica di comunicazioni" (cfr. art. 1 D.Lgs. 259/2003, lett. b) e aa)) va intesa come quella porzione di rete di comunicazioni, genericamente riferita all' "ultimo miglio", che consente di fornire i servizi di comunicazione all'utente finale. Al riguardo, la Comunicazione BEREC sulla separazione funzionale del febbraio 2011 (BoR (10) 44 Rev1) precisa che *"When deciding on the form of separation, the NRA should also carefully consider where to draw the boundary of the access products to be separated. For instance, a broad distinction could be the following:*

a. Non-Access Network: core network services; call origination, termination, transit; trunk segments of leased lines; some backhaul, e.g. very high bandwidth backhaul or backhaul in some geographical areas;

b. Access Network: unbundled local loop; wholesale line rental; tail segments of leased lines; remaining backhaul".

[3] Con la definizione di nuovo quadro regolamentare del 2002 si intende un pacchetto di direttive comunitarie adottate al fine di disciplinare le reti di trasmissione ed i servizi correlati frutto della convergenza tecnologica delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione. Il quadro normativo è costituito dalla Direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva Quadro), la Direttiva 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva Autorizzazioni), la Direttiva 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate nonché all'interconnessione delle stesse (direttiva Interconnessione) e della Direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva Servizio universale). Tale quadro normativo espressamente non disciplina i contenuti.

[4] Sul tema della *governance* in senso conforme si veda M. Decina, Commissario AGCom, in "Governance, perimetro e tempo i nodi per lo scorporo della rete." Repubblica, 15 luglio 2013, in senso difforme Prof. Pitruzzella, Presidente AGCM, all'audizione presso la VIII Commissione Lavori Pubblici, Comunicazioni del Senato. Occorre peraltro tenere distinto il potere regolamentare di introdurre delle modalità di controllo e di

monitoraggio sulle effettive modalità di implementazione della *Equivalence of imputs* (che potremmo definire la *governance* dell'Eol) rispetto alla possibilità per AGCOM di imporre delle regole societarie di *governance* della futura società OPAC (che potremmo definire *governance* societaria).

[5] Telecom Italia ha comunicato, come prima proposta, che il c.d. perimetro di OPAC comprenderà le risorse e le attività per la gestione e lo sviluppo della rete di accesso passiva, sia in rame che in fibra, e per la fornitura in regime di *Equivalence of Imput*, a tutti gli operatori inclusa la propria società retail l'Umbundling del local loop (ULL) e il *Virtual Umbundling Local Access* per le reti di nuova generazione su architetture FTTCab e FTTH. Alla costituenda società OPAC verranno conferiti: i) i cavidotti (575.000 km cavo); ii) le palificazioni (8,8 milioni); i doppi in rame tra la borchia d'utente e il permutatore situato presso la centrale locale, iii) gli armadi ripartilinea (151,000) la fibra ottica passiva in accesso (274.000 km fibra); iv) gli apparati elettronici collocati negli armadi per la fornitura di connessioni FTTCab e in centrale per la fornitura di connessioni FTTH.

[6] *"I servizi che consentono agli operatori alternativi l'utilizzo disaggregato delle risorse fisiche della rete dell'operatore notificato, nonché i relativi servizi accessori e sostitutivi"* (Delibera Agcom 4/06/CONS, art. 1).

[7] *"Servizio consistente nella fornitura da parte dell'operatore di accesso della rete telefonica pubblica fissa della capacità trasmissiva tra la postazione di un utente finale ed il punto di presenza di un operatore o Internet Service Provider che vuole offrire i servizi di accesso a banda larga all'utente finale"* (Delibera Agcom 249/07/CONS, art. 1).

[8] *"Servizio di rivendita del canone all'ingrosso"* (Delibera Agcom 33/06/CONS, art. 1).

[9] I principi di equivalence of imputs e di outputs verranno esaminati successivamente.

[10] In merito al rapporto tra le Autorità indipendenti e gli organi costituzionali si rinvia alla copiosa letteratura tra cui, *ex multis*: I garanti delle regole, a cura di S. Cassese - C. Franchini, Bologna 1996; Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano, a cura di S. Labriola, Milano, 1999; S. Cassese, Dalle regole del gioco al gioco con le regole, in Mercato Concorrenza e Regole, 2002, 2, pag. 267; F. Merusi-M. Passaro, Le autorità indipendenti, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 68 ss; F. Gilardi, The independence of regulatory authorities, in D. LEVI-FAUR, Handbook of regulation, Cheltenham, Edward Elgar, 2010; V. RICCIUTO, I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti, in R. DI RAIMO-V. RICCIUTO (a cura di); M. Clarich, Autorità indipendenti - Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, 2005; A. La Spina, S. Cavatorto, Le Autorità indipendenti, Bologna 2008; P. Bilancia,

Autorità amministrative indipendenti nazionali e processo di integrazione europea, in P. Bilancia, F.G. Pizzetti, Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello, Milano, 2004;

[11] Il *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC) ha adottato nel febbraio 2011 una “*Guidance on functional separation under article 13a and 13b of the revised Access Directive and national experiences*” che esamineremo più approfonditamente. In questa fase dell’attività istruttoria di AGCom si fa riferimento al paragrafo 2.2.3. della Guidelines

[12] Occorre peraltro osservare che la delibera adottata in pari data dal Consiglio dell’AGCom allo scopo di prorogare di ulteriori 120 giorni il termine di conclusione delle analisi dei mercati 1, 4 e 5 (poste in consultazione con la delibera 238/13/CONS) rispetto al termine fissato con la delibera 390/12/CONS (delibera 453/13/CONS), prevede che vi sia una “*sopravvenuta necessità di operare anche un’analisi preliminare circa il summenzionato progetto di separazione della rete di accesso di Telecom Italia, a seguito della quale l’Autorità potrà decidere di avviare l’analisi coordinata dei mercati dell’accesso di cui all’articolo 50-ter, comma 2, del Codice delle comunicazioni elettroniche;*” da cui si desume che, in pari data, la decisione di avviare l’analisi coordinata dei mercati dell’accesso appare ancora sub judice.

[13] Intervista all’Amministratore Delegato di Telecom Italia - Firenze, 7 giugno 2013 (“La Repubblica delle Idee”).

^[14] La Repubblica, 10 giugno 2013 (“*E’ cominciata la partita a scacchi con l’AgCom*”).

[15] Complessivamente le due forme di equivalence sono due diverse forme di realizzazione della Equivalence of Access. Per «Equivalenza degli Input» («Equivalence of Inputs», Eol) si intende la fornitura di servizi e informazioni alle divisioni interne e a terzi richiedenti l’accesso agli stessi termini e condizioni, compresi i prezzi e i livelli di qualità del servizio, con le stesse tempistiche, usando gli stessi sistemi e processi e con lo stesso grado di affidabilità e prestazioni. L’Eol si può applicare ai prodotti di accesso e ai servizi associati e accessori necessari per fornire gli input all’ingrosso alle divisioni interne e ai terzi richiedenti l’accesso. In alternativa all’applicazione del principio dell’Eol gli SMP possono essere soggetti all’obbligo di Equivalenza degli Outputs (EoO) che si configura come la fornitura di input all’ingrosso ai richiedenti l’accesso con modalità equiparabili, in termini di funzionalità e prezzo, a quelle che l’operatore SMP applica internamente alle proprie divisioni a valle, sia pure con l’utilizzo di sistemi e processi potenzialmente differenti.

[16] Come noto in Italia l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita con L. 31 luglio 1997 n. 249, è identificata come Autorità nazionale di regolamentazione ai sensi dell’art. 7, comma 2 CCE ed esercita, per i mercati delle comunicazioni elettroniche, le competenze

derivanti dalla L. 14 novembre 1995 n. 481, dalla stessa legge istitutiva e dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

[17] Il quadro normativo dell'Unione europea per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica è stato riformato con la Direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/22/CE, 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personale 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, nonché con la Direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE, 2002/19/CE e 2002/20/CE e, infine, con il Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio.

[18] In particolare il legislatore comunitario si era focalizzato sull'armonizzazione della disciplina dei procedimenti autorizzativi e dei relativi requisiti, rimuovendo i molteplici regimi concessori ed i diritti speciali ed esclusivi, sulla definizione e sul finanziamento del servizio universale mentre per la definizione dell'operatore avente significativo potere di mercato aveva indicato un parametro quantitativo (25% del mercato rilevante, senza ulteriori analisi sulle caratteristiche del mercato) che fosse piuttosto semplice da applicare per le autorità nazionali di regolamentazione di recente costituzione. In dottrina si rinvia a F. Bonelli-S.Cassese (a cura di), *la disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano 1999; L. Radicati di Brozolo, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Torino, 1999.

[19] Per direttive di liberalizzazione si intendono i provvedimenti adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 86, comma 3 del Trattato CE: 90/388/CE Concorrenza nelle telecomunicazioni; 94/46/CE servizi via satellite; 95/51/CE Uso di reti televisive via cavo; 96/02/CE Servizi mobili; 96/19/CE Full competition.

[20] Le direttive di armonizzazione sono state adottate ai sensi dell'art. 95 del Trattato CE e sono: 90/387/CE su Open Network Provision (ONP), come modificata dalla direttiva 95/51/CE, 92/44/CE su linee affittate; 97/13/CE su autorizzazioni generali e licenze individuali; 97/33/CE su interconnessione, servizio universale e interoperatività, come modificata dalla direttiva 98/61/CE; 98/10/CE su ONP per la telefonia vocale e servizio universale; 98/61/CE sulla portabilità del numero e la preselezione del vettore.

[21] La letteratura sui profili giuridici ed economici sul nuovo quadro regolamentare è molto vasta, si richiamano alcuni contributi: L.Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche, Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *in Mercato Concorrenza e Regole*, n. 3, 2002, pag. 575; M. Siragusa - S. Ciullo, *Il nuovo quadro*

regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza, ibidem, pag. 511 ss.; F. Bassan, Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche, Torino, 2002; G. Morbidelli - F. Donati, (a cura di) Comunicazioni: verso il diritto della convergenza? Torino, 2003; E. Pontarollo - A. Oglietti, Regole e regolatori nelle telecomunicazioni europee, Bologna, 2003; M. Clarich - G.F. Cartei (a cura di), Il codice delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2004; R. Perez, (a cura di) Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche, Giuffrè, Milano, 2004; G. Della Cananea, Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche, Giappichelli, Torino, 2005; G. Morbidelli - F. Donati (a cura di), L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario, Giappichelli, Torino, 2005; F. Bruno - G. Nava, Il nuovo ordinamento delle comunicazioni, Giuffrè, Milano, 2006; F. Donati, L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni, Torino, 2007.

[22] Appare inoltre rilevante l'ampia previsione da parte del legislatore comunitario dell'utilizzo di strumenti di soft-law, come la costituzione di un Comitato per le Comunicazioni (CoCom) che ha assorbito le competenze attribuite nel quadro regolamentare Open Network Provision (ONP) al Comitato Licenze ed al Comitato ONP (art. 22 Direttiva Quadro).

[23] Cfr. Raccomandazione 17 dicembre 2007, n. 2007/879/CE, par. 5 (*"Per individuare i mercati che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante, è opportuno applicare i seguenti criteri cumulativi. Il primo criterio è la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso, che possono essere di carattere strutturale, giuridico o normativo. Tuttavia, dato il carattere dinamico e il funzionamento dei mercati delle comunicazioni elettroniche, quando si effettua un'analisi prospettiva per individuare i mercati rilevanti che possano eventualmente essere oggetto di regolamentazione ex ante, è opportuno tenere in considerazione anche le possibilità di superare tali ostacoli nell'arco di tempo considerato. Per questo motivo, a norma del secondo criterio sono ammissibili esclusivamente quei mercati la cui struttura non tenda a produrre condizioni di concorrenza effettiva nell'arco di tempo considerato. L'applicazione di tale criterio comporta l'esame della situazione della concorrenza al di là degli ostacoli all'accesso. Il terzo criterio è che l'applicazione del diritto della concorrenza non sarebbe di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti di mercato esistenti"*). In precedenza, Raccomandazione 11 febbraio 2003, n. 2003/311/CE, par. 9. A livello nazionale, l'Agcom ha utilizzato il triplo test, ad esempio, con riferimento al mercato della terminazione SMS su reti mobili (delibera 185/13/CONS del 28 febbraio 2013), al mercato dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili (delibera 65/09/CONS del 13 febbraio 2009), al mercato dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa (delibera 284/10/CONS) e al mercato dei segmenti interurbani di linee affittate - cd.

segmenti trunk (delibera 2/10/CONS); in tutti questi i casi i suddetti mercati sono stati ritenuti non suscettibili di regolamentazione *ex ante* poiché il triplo test non è stato superato.

[24] Una efficace definizione dell'esperienza concretamente vissuta dalle ANR nella prima fase di applicazione delle analisi dei mercati e dei rimedi regolamentari è stata utilizzata da M. Clarich, R. Cassano in L'imposizione degli obblighi regolamentari *ex ante* nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, in Dir. Informatica 2009, 01, pag. 23 quando descrivono l'incessante attività di analisi dei numerosi mercati rilevanti con l'espressione "giostra regolatoria" permanente.

[25] L'ANR può imporre: (i) obblighi di trasparenza in relazione all'interconnessione ed accesso ex art. 46 CCE prevedendo la pubblicazione di informazioni di natura contabile, tecnica ed economica tra cui un'offerta di riferimento disaggregata soggetta alle modifiche dell'Autorità; (ii) obblighi di non discriminazione in relazione all'interconnessione ed all'accesso ex art. 47 CCE; (iii) obblighi di separazione contabile in relazione a specifiche attività nell'ambito dell'interconnessione ed accesso ex art. 48 CCE; (IV) obblighi di accesso e di uso di determinate risorse di rete, secondo principi di equità, ragionevolezza e tempestività; (V) obblighi in materia di controllo dei prezzi e contabilità dei costi, tra cui l'obbligo di orientamento ai costi e di disporre un sistema di contabilità dei costi anche indipendente da quella utilizzata dagli operatori e verificata da un organismo indipendente.

[26] Si rinvia a G. Della Cananea, I procedimenti amministrativi composti, in Il procedimento amministrativo europeo, Milano, 2004 e L. Saltari, I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2005, 02, pag. 389.

[27] Spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato, in assenza di una specifica disciplina comunitaria in materia, designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi amministrativi che devono garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) vedi le sentenze 17 giugno 2004 Causa C-30/02, Recheio - Cash & Carry, racc. pag. i-6051 punto 17 e 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05 Van Del Weerd e a., racc. pag. i-4233 punto 28.

[28] Sul tema si rinvia a R. Perna, *"The judicial review in the field of telecommunications: case law examples of confirmations of NRA decisions, annulment of NRA decisions"*, Workshop on the Implementation of the Law on Electronic Communications in administrative court proceedings

(Belgrado, 28-29 gennaio 2013); F. Marini Balestra, *The Role of National Judges and Regulatory Consistency*, in C.T.L.R. n. 3, 2013.

[29] Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in GUCE n. C165 dell'11 luglio 2002.

[30] Il testo normativo richiama espressamente l'equivalenza tra i concetti di significativo potere di mercato (SMP), di matrice regolamentare, e la posizione dominante, di stampo concorrenziale (vedi art. 17 comma 2 CCE). Per la definizione di posizione dominante si richiama la tradizionale qualificazione risalente alla sentenza della Corte di Giustizia, caso 85/76, Hoffmann-La Roche del 13 febbraio 1979 in Racc. 1979, pag. 461 che definisce la posizione dominante: "una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori."

[31] Il mercato rilevante identificato è stato ridotto ad uno, relativo all'accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti residenziali e non residenziali.

[32] I mercati rilevanti identificati *ex ante* sono: raccolta delle chiamate nella rete telefonica pubblica in postazione fissa; terminazione delle chiamate su singole reti telefoniche pubbliche in postazione fissa; accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete (ivi compreso l'accesso condiviso o pienamente disaggregato) in postazione fissa; accesso a banda larga all'ingrosso; fornitura all'ingrosso di segmenti terminali di linee affittate, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per fornire la capacità affittata o riservata; terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili.

[33] Per quanto riguarda i mercati di cui all'allegato della previgente Raccomandazione 2003/311/CE, che non figurano nell'elenco di cui all'allegato della vigente Raccomandazione, le autorità nazionali di regolamentazione avrebbero dovuto applicare la prova dei tre criteri per valutare se, sulla base delle circostanze nazionali, un mercato potesse ancora essere oggetto di regolamentazione *ex ante*. Per i mercati elencati nella vigente Raccomandazione, un'autorità nazionale di regolamentazione può comunque scegliere di non effettuare un'analisi di mercato se stabilisce che il mercato in questione non soddisfa i tre criteri. Per i mercati non inclusi nell'elenco della vigente Raccomandazione le autorità nazionali di regolamentazione devono innanzitutto applicare la prova dei tre criteri al mercato interessato ed individuare mercati diversi da quelli inclusi nella vigente Raccomandazione, purché ciò avvenga conformemente all'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE, ossia definiti sulla base dei principi della concorrenza esposti nella comunicazione della Commissione sulla

definizione di mercato rilevante ai fini del diritto comunitario della concorrenza (1) ed in conformità agli orientamenti comunitari per l'analisi del mercato e le modalità di valutazione del potere di mercato significativo (2) nonché soddisfare i tre criteri sopra descritti.

[34] Tra i principali mercati rilevanti che, a valle della verifica del soddisfacimento dei tre criteri, sono stati ritenuti da AGCom come non rispondenti ai requisiti per una regolamentazione *ex ante* si possono ricordare il mercato della raccolta dei servizi da rete mobile (delibera 65/09/CONS), il mercato dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa (284/10/CONS), il mercato dei segmenti interurbani di linee affittate - c.d. segmenti trunk (delibera 2/10/CONS) e, più recentemente, il mercato della terminazione di servizi SMS su singole reti mobili (delibera 185/13/CONS).

[35] Per comodità di riferimento i citati articoli corrispondono agli artt. 46-50 CCE.

[36] Occorre inoltre ricordare la Raccomandazione della Commissione del 15 ottobre 2008 relativa alle notifiche, ai termini e alle consultazioni di cui dall'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2008/850/CE) con la quale la Commissione ha inteso stabilire delle regole comuni per i principali aspetti procedurali delle notifiche ex art. 7.

[37] Infatti il potere dissuasivo del potenziale esercizio del potere di veto sulla definizione dei mercati rilevanti e sugli operatori SMP, concretamente utilizzato solo nello 0,7% delle notifiche, si deve anche confrontare con la numerosità delle lettere di commenti che, spesso in modo reiterato sullo stesso mercato rilevante e nei confronti della medesima ANR, hanno dovuto ribadire le osservazioni della Commissione sulla non corretta applicazione dei rimedi.

[38] Il considerando 14 della Direttiva Accesso chiarisce che gli obblighi previsti "costituiscono il livello massimo degli obblighi che possono essere imposti alle imprese onde evitare un'eccessiva regolamentazione."

[39] Il nuovo documento è denominato *Revised ERG common position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*.

[40] "Revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale (physical) network infrastructure access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market" (8 dicembre 2012); "revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale broadband access (including bitstream access) imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market" (8 dicembre 2012); "revised BEREC Common Position on best practices in remedies as a consequence of a SMP position in the relevant markets for wholesale leased

lines” (26 novembre 2012); “revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale (physical) network infrastructure access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market” (26 novembre 2012); “revised BEREC Common Position on best practice in remedies imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market for wholesale broadband access (WBA)” (26 novembre 2012).

[41] A titolo di esempio, la stessa Commissione dà atto nel considerando 1 della Raccomandazione 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE) che *“nel corso della valutazione di oltre 850 progetti di misure notificati a titolo dell’articolo 7 della direttiva 2002/21/CE è emerso che esistono tuttora incoerenze nella regolamentazione delle tariffe di terminazione delle chiamate vocali”*.

[42] Si vedano, ad esempio, la Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE), la Raccomandazione del 20 settembre 2010 relativa all’accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) e la Raccomandazione dell’11 settembre 2013, relativa all’applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto degli investimenti in banda larga.

[43] Si veda la sentenza della Corte di Giustizia n. 322/88 del 13 dicembre 1989, Grimaldi. A livello nazionale, il Consiglio di Stato, nella sentenza 2802/2012, ha chiarito che *“le Raccomandazioni emanate dalla Commissione europea costituiscono atti comunitari tipici, non obbligatori, preordinati allo scopo di assicurare il funzionamento e lo sviluppo della Comunità europea mediante la prospettazione della soluzione che appare preferibile adottare nell’ottica comunitaria e, conseguentemente, essendo privi di carattere vincolante nei confronti del legislatore nazionale, il giudice nazionale non è tenuto a disapplicare la norma statale (e/o il provvedimento amministrativo) che, eventualmente, si ponga in contrasto con esse (Cassazione civile, sez. I, 05 dicembre 2003, n. 18620)”*.

[44] Ricordiamo di seguito gli obiettivi dell’azione regolamentare identificati dall’art. 8 della Direttiva Quadro: “2. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l’altro: a) assicurando che gli utenti, compresi gli utenti disabili, ne traggano il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; b) garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche; c) incoraggiando investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l’innovazione; d) incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle radiofrequenze e delle

risorse di numerazione. 3. Le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono allo sviluppo del mercato interno, tra l'altro: a) rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura di reti di comunicazione elettronica, di risorse e servizi correlati e di servizi di comunicazione elettronica a livello europeo; b) incoraggiando l'istituzione e lo sviluppo di reti transeuropee e l'interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da utente a utente (end-to-end); c) garantendo che, in circostanze analoghe, non vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica; d) collaborando tra loro e con la Commissione in maniera trasparente per garantire lo sviluppo di prassi normative coerenti e l'applicazione coerente della presente direttiva e delle direttive particolari. 4. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, tra l'altro: a) garantendo a tutti i cittadini un accesso al servizio universale quale specificato nella direttiva 2002/22/CE (direttiva servizio universale); b) garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori, in particolare predisponendo procedure semplici e poco onerose di composizione delle controversie espletate da un organismo indipendente dalle parti in causa; c) contribuendo a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata; d) promuovendo la diffusione di informazioni chiare, in particolare imponendo la trasparenza delle tariffe e delle condizioni di uso dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico; e) prendendo in considerazione le esigenze di gruppi sociali specifici, in particolare degli utenti disabili; f) garantendo il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione pubbliche.

[45] Tribunale UE, ordinanza 12 luglio 2007, caso T-109/06, *Vodafone* in Raccolta 2007, pag. II 5151, par. 90 e 91: "*it is true, as Article 1(1) of Directive 2002/21 states, that the intervention of the Commission and of other NRAs under the procedure of Article 7 of Directive 2002/21 is 'to ensure the harmonised application of the regulatory framework throughout the Community. However, that does not mean that the Commission's comments under Article 7(3) of Directive 2002/21 produce binding legal effects'*". Analogamente, Tribunale UE, ordinanza 22 febbraio 2008, caso T-295/06, *Base*, in Raccolta 2008, pag. II 28.

[46] In questo senso si veda espressamente Tar Lazio, sez. III-Ter, 895/2009 ("l'AGCom, infatti, anche se ex art. 12 del codice deve tenere "in massima considerazione" le osservazioni della commissione, non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni da essa svolte, atteso che non si tratta di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo in questione al programma di razionalizzazione del sistema nel quale è impegnata l'autorità. È ben vero che, come accade ogni qual volta un organo intenda discostarsi da un parere obbligatorio ma non vincolante, sussiste per lui l'obbligo di

esplicitare le ragioni che non gli consentono di conformarsi ad esso. In altri termini, l'organo in questione deve dare atto di aver ponderato le ragioni esposte da quello consultivo e di aver però deciso di perseverare nel proprio orientamento”), nonché consiglio di stato 1837/2013 (“nel discostarsi da tale rilievo, come pur le era consentito fare per il carattere non vincolante delle osservazioni formulate dalla commissione, avrebbe dovuto comunque agcom osservare un onere di motivazione rafforzata [...]”). Analogamente, tar lazio sez iii-ter 1336/2011, tar lazio, sez. I, 9484/2011.

[47] Sul tema si veda l'interessante analisi svolta da F. Marini Balestra, Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche, Padova 2013, pag. 121.

[48] Si vedano, ad esempio, le lettere inviate il 5 marzo 2012 e il 13 febbraio 2012, entrambe in materia di tariffe del servizio di terminazione mobile, rispettivamente alle autorità di regolamentazione di Spagna e Olanda.

[49] Si pensi alla segmentazione subnazionale dei mercati geografici che hanno poi avuto dignità di raccomandazione nella Raccomandazione relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) e legislativa all'art. 7 -ter della Direttiva 140/2009/CE

[50] Nello stesso senso vedi anche F. Marini Balestra, Manuale di diritto europeo e nazionale cit.

[51] Ad esempio, la Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE).

[52] Si vedano le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee 17 luglio 2008 cause riunite da C-152/07 a C-154/07 Arcor & CoKG vs Repubblica Federale di Germania in Giornale di diritto amministrativo 4/2009, pag. 379 con commento di L. Saltari e Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07 - Commissione delle Comunità europee vs. Repubblica Federale di Germania in Giornale di diritto amministrativo 6/2010, pag. 589 con commento di Benedetto Brancoli Busnaghi.

[53] Si fa in particolare riferimento alle aste per le frequenze UMTS e, più di recente, per le frequenze LTE.

[54] Volendo citare soltanto i più evidenti casi italiani si può fare riferimento alla definizione delle condizioni dell'interconnessione reverse per le chiamate verso le reti degli operatori fissi alternativi (tra le altre, delibere 179/10/CONS e 229/11/CONS) e la definizione delle condizioni di terminazione verso le reti degli operatori mobili, in particolare l'asimmetria riconosciuta all'operatore “nuovo entrante” H3G (cfr. ad esempio, delibera 667/08/CONS e lettera della Commissione SG-Grefte (2008) D/206734 del 7 novembre 2008).

[55] Cfr. decisioni della Commissione 4 luglio 2007, procedimento COMP/38.784 - Telefonica S.A. (broadband) e 21 maggio 2003 (procedimento COMP/37.451 - Price squeeze local loop Germany).

[56] Il contenuto dei report sullo stato di implementazione è reperibile al link <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/download-scoreboard-reports>

[57] Le linee guida del progetto di riforma presentato dalla Commissione si possono esaminare nel documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sintesi della valutazione d'impatto (SEC2007 1473) del 13 novembre 2007.

[58] Proposta di direttiva COM(2007)697 del Parlamento e del Consiglio recante modifica delle Direttive 2002/21/CE, 2002/19/CE e 2002/20/CE e proposta di direttiva COM(2007)698 del Parlamento e del Consiglio finalizzata a emendare la Direttiva 2002/22/CE sul servizio universale sui diritti d'uso e la direttiva 2002/58/CE concernente il trattamento dei dati personali e la tutela della privacy nel settore delle comunicazioni elettroniche.

[59] In merito all'evoluzione della struttura istituzionale e del ruolo di una Autorità europea a partire dai lavori preparatori della Commissione fino all'adozione del Regolamento (CE) n 1211/2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) si rinvia all'analitica descrizione in V.M. Sbrescia, L'Europa delle comunicazioni elettroniche, Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea, Jovene, 2011, pag. 261 ss.

[60] Sull'analisi dei diversi profili evolutivi proposti dalla Commissione, in particolare relativi ai diritti di passaggio, alla gestione delle frequenze, alla sicurezza delle reti, all'incremento della tutela dei consumatori e, per quanto interessa in questa sede, alle modifiche della procedura per l'adozione dei rimedi regolamentari si invia ai contributi di G. Amendola, C. Leporelli, P.L. Parcu, A. Perrucci e G.M. Roberti, in AREL Osservatorio comunicazioni Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea, n. 2 2007 e di G. Amendola, A. Camanzi, P. De Chiara, A. De Tommaso, A. Gavosto, F. Gobbo, G. Napolitano, P.L. Parcu, A. Tonetti e R. Viola in AREL Osservatorio comunicazioni, Verso un regolatore europeo delle comunicazioni, elettroniche? n. 3, 2007, G. Morbidelli - A Donati, (a cura di) La nuova disciplina delle comunicazioni, Atti del convegno e a M. Orofino, Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello, Giuffrè 2008,

[61] Per una analisi più completa dei contenuti della revisione del quadro regolamentare comunitario del 2009 si rinvia a G.L. Tosato, L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche, in Il diritto dell'Unione europea, 2009, pag. 169 ss; F. Bassan (a cura di), Il diritto delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2010; M. Orofino, Il Telecom Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., n. 2, 2010, pag. 514 ss.; I. Chieffi, La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche in Riv. It. Dir.

Pubbl. Com., n. 3-4, 2010, pag. 901 ss, B. Argiolas, Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche, in Giornale di diritto amministrativo, 2/2011, pag. 191

[62] Occorre inoltre ricordare che il BEREC fornisce pareri su progetti di decisioni, raccomandazioni e orientamenti della Commissione previsti dalle Direttive del 2002, con ciò potendo incidere sui vari strumenti attribuiti dal legislatore per indirizzare l'applicazione coerente del Quadro normativo comunitario in tutti gli Stati membri.

[63] Sebbene la formulazione adottata dalla Direttiva possa indurre a pensare che l'unico termine imposto all'ANR sia lo *stand-still* di tre mesi, si ritiene che anche il termine massimo di un mese sia vincolante per l'ANR sulla base della seguenti considerazioni: il primo termine (tre mesi) rappresenta un termine non eludibile da parte di tutte le istituzioni coinvolte (Commissione, ANR, BEREC) poiché è finalizzato ad indurre le tre istituzioni a cooperare fino alla decorrenza del termine allo scopo di individuare una misura regolamentare condivisa.

Invece il termine massimo (aggiuntivo) di un mese per l'adozione della raccomandazione o il ritiro delle riserve rappresenta un vincolo avente una finalità procedimentale differente, ossia costituisce il termine temporale massimo entro il quale la Commissione può esprimere il suo indirizzo nei confronti della proposta di misura, decorso il quale perde il relativo potere. Inoltre qualora la Commissione adotti la raccomandazione oppure ritiri le riserve in un tempo inferiore l'ANR non è vincolata al decorso del termine mensile, ma può immediatamente adottare la misura finale. Perciò il primo termine ha una finalità di promuovere la cooperazione, il secondo soltanto di imporre un vincolo temporale massimo all'espressione di un orientamento avente, comunque, efficacia non vincolante.

[64] In merito al potere della Commissione di avviare un procedura di infrazione si rinvia alla sentenza della Corte di Giustizia 3 dicembre 2009, Commissione delle Comunità europee Repubblica Federale di Germania nella quale si ribadisce che "le speciali procedure di una direttiva (i.e. la procedura ex art. 7 della Direttiva Quadro) non possono derogare né sostituirsi alle competenze della Commissione a norma dell'art. 226 CE". Vedi in particolare anche al sentenza 24 gennaio 1995, causa C-359/93, Commissione contro Paesi Bassi, in Racc. pag. I-157, punto 13.

[65] Si vedano ad esempio i poteri attribuiti al BEREC dall'art. 19 del Regolamento con i quali si obbliga le ANR a fornire al BEREC stesso le informazioni richieste.

[66] L'avvio della Fase II da parte della Commissione è stato recentemente richiesto, oltre che nei confronti della citata notifica da parte di AGCom dell'offerta di riferimento 2013 per i mercati 4 e 5, anche sulle proposte di provvedimenti relativi alla modifica dei rimedi regolamentari nei mercati 4 e 5 presentate dall'ANR Estone (lettera EE/2013/1453-1454), dall'ANR

Spagnola (ES/2013/1465-1466) e dall'ANR austriaca (AT/2013/1475-1476).

^[67] Sentenza d'appello del Trade and Industry Appeals Tribunal olandese del settembre 2011, confermata il 27 agosto 2013 e sentenza cautelare della High Court Commercial irlandese del 14 agosto 2013

[68] La Corte di Giustizia ha riconosciuto la natura di valutazioni economiche complesse alle decisioni adottate dalle ANR in materia di tariffe regolate dei servizi all'ingrosso e perciò ha affermato che il controllo giurisdizionale "deve limitarsi ad accertare che i provvedimenti controversi non siano viziati da errore manigesto o da sviamento di potere" sentenza 24 aprile 2008, Arcor AG & Co KG vs Repubblica federale di Germania

[69] Con riferimento alla più recente giurisprudenza relative ai limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti delle scelte regolamentari dell'Agcom, si vedano le sentenze Tar Lazio 21 giugno 2013, n. 6259 (*"la legittimità di un controllo giudiziale forte ed incisivo, orientato ad una piena ed effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in controversia, puntualizzando che il Giudice amministrativo può, con piena cognizione, accertare i fatti considerati nel procedimento amministrativo nonché il processo valutativo attraverso il quale l'Autorità indipendente è pervenuta all'applicazione della regola giuridica. Il sindacato intrinseco del giudice viene ritenuto comprensivo anche di un riesame delle valutazioni tecniche operate dall'Autorità come pure dei principi economici e dei concetti giuridici indeterminati applicati (Cons. St., VI, 20.2.2008, n. 595; id., 8.2.2007, n. 515) e tale da essere condotto dal giudice facendo ricorso a regole e conoscenze tecniche appartenenti alle stesse discipline applicate dall'Amministrazione, anche con l'aiuto di periti (Cons. St., VI, 23.4.2002, n. 2199)"*) e Consiglio di Stato 28 marzo 2013, n. 1837 (*"Anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale [...] sono rette da regole e principi che, per quanto "elastiche" o "opinabili", sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un'intima coerenza, alla quale anche la p.a., al pari e, anzi, più di ogni altro soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere. Pertanto, il giudice amministrativo deve poter sempre verificare [...] se la p.a. abbia fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga iuxta propria principia"*).

[70] "BEREC Guidance on functional separation under Articles 13a and 13b of the revised Access Directive and national experiences", febbraio 2011 (BoR (10) 44 Rev1).

[71] Ad avviso di chi scrive non è possibile adottare procedure negoziate utilizzate tra la pubblica amministrazione ed il privato in sede di appalti

pubblici a meno di non svuotare di significato il necessario confronto previsto con la consultazione del mercato di AGCM, della Commissione e del BEREC. Non ultimo occorre anche valutare che le tempistiche del giudizio amministrativo di qualunque decisione adottata da AGCom possono essere incompatibili con la stessa esecuzione delle misure di separazione volontaria e quindi di dovrà valutare cosa possa accadere rispetto ad una misura volontariamente proposta da Telecom Italia ed approvata da AGCom con delle modifiche dei rimedi regolamentari qualora il Consiglio di Stato, a distanza di anni, annulli provvedimento di AGCom ma non possa, ovviamente, annullare da un lato le misure infrastrutturali già realizzate e dall'altra neppure i benefici competitivi acquisiti sul mercato da Telecom Italia.

[72] Vedi relazione al Senato del Presidente Pitruzzella nel corso della quale vengono evidenziati i possibili impatti competitivi di questa operazione.

[73] Pubblicato in G.U.R.I. n. 284 del 6 dicembre 2006.

[74] Si veda il caso delle misure regolamentari in materia di terminazione mobile approvate dal regolatore tedesco nonostante la Commissione Europea avesse espresso i propri dubbi in merito nella lettera del 28 febbraio 2013 e ne avesse indicato la modifica con raccomandazione del 27 giugno 2013. Analogamente, con lettera del 13 febbraio 2012 e successiva raccomandazione del 13 giugno 2013 la Commissione Europea aveva richiesto la modifica delle tariffe di terminazione mobile applicate in Olanda a seguito di una decisione di un giudice nazionale. L'autorità di regolamentazione olandese non è tuttavia intervenuta a modificare tali prezzi poiché ciò avrebbe violato il necessario rispetto della decisione del giudice nazionale.

[75] Comunicato stampa di Telecom Italia del 30 maggio 2013.

[76] In merito si rinvia alla (ottimistica) previsione contenuta nella "*Expected Regulatory Timetable in connection with TI's structural fixed access separation project*" resa pubblica dal Presidente di Telecom Italia il 2 agosto 2013 nel corso della presentazione dei risultati del gruppo Telecom Italia per il primo semestre 2013, pubblicata sul sito www.telecomitalia.it

[77] Le trattative con Hutchinson Whampoa sono state oggetto di analisi anche da parte del CdA di Telecom Italia, mentre da fonti giornalistiche risulta l'interessamento di Vodafone così come di AT&T. Evidentemente l'ingresso come socio di un operatore presente soltanto su mercati diversi (e.g. raccolta e terminazione mobile all'ingrosso ed al dettaglio) oppure non attivo nel mercato italiano (come nell'ipotesi di acquisizione di controllo da parte di Telefonica) potrà non avere impatti sull'analisi regolamentare dei mercati dell'accesso, mentre gli impatti rispetto ad un operatore che sia presente anche nei mercati all'ingrosso o al dettaglio di rete fissa dovrà essere valutato anche alla luce dell'evoluzione societaria e delle condizioni competitive poste alla concentrazione dall'Autorità della concorrenza competente.

[78] In merito si rinvia alle puntuali osservazioni del Presidente AGCM Pitruzzella nel corso dell'audizione presso la VIII Commissione Lavori Pubblici, Comunicazioni del Senato del 23 luglio 2013.

[79] In merito al dibattito dottrinale sugli effetti regolamentari degli interventi dell'Autorità di concorrenza e più in generale sul complesso e delicato rapporto tra regolazione e concorrenza, che in questa sede non si può approfondire, si rinvia a S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro, Bologna 2000, pag. 11 ss; M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2005, pag. 195 ss; Giannaccari, *Il caso Telecom*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2005, pag. 201 ss; L. Saltari, *L'interazione tra il diritto antitrust e la regolazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, pag. 555 ss; P. Giammaria, *Regolazione e concorrenza davanti al TAR*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2005, pag. 377 ss; S. Frova, *La posta in gioco e il vero valore della sanzione annullata*, *ibidem*, 392; M. Polo, *Price Squeeze: lezioni dal caso Telecom Italia*, *ibidem*, pag. 399 ss.; M. Conticelli - A. Tonetti, *La difficile convivenza tra regolazione e antitrust: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2008, 01, pag. 71. Nella giurisprudenza comunitaria Corte di Giustizia, sentenza *Deutsche Telekom AGC vs Commissione*, 10 aprile 2008, causa T 271/03, Tribunale UE, sentenza *Telefónica e Telefónica de España / Commissione*, 29 marzo 2012, causa T-336/07. A livello nazionale, Tar Lazio, sez. I, 21 giugno 2012, n. 5689; Consiglio di Stato sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271 con commento di L. Saltari, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra AGCM, AGCOM e giudice amministrativo* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, pag. 1212 ss.

[80] Per le medesime ragioni appare irragionevole che i procedimenti relativi alle condizioni economiche in materia di accesso per l'anno 2013 (delibere 642/12/CONS, 141/12/CONS e 221/13/CONS) siano ulteriormente prorogate ed adottate nel contesto delle analisi di mercato per il successivo periodo regolatorio 2014-2016 come appare indicare la Commissione con la propria lettera del 12 agosto 2013 con la quale ha avviato la c.d. fase II in merito ai casi IT/2013/1489/1490 relativi all'obbligo regolamentare imposto da AGCom a Telecom Italia sul controllo dei prezzi nei mercati relativi all'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa (c.d. mercato n. 4) e dell'accesso a banda larga all'ingrosso (c.d. mercato n. 5). Infatti, a tacer delle ulteriori considerazioni sulla fondatezza della comunicazione della Commissione, basta osservare che, in uno scenario come quello ipotizzato, il rinvio almeno al 2014 dell'approvazione delle condizioni economiche per i servizi di accesso per il 2013 determinerebbe una significativa e prolungata incertezza per la situazione strategica e finanziaria degli operatori alternativi ed un conseguente pregiudizio alle per le strategie commerciali degli OLO stessi.

È noto infatti che i prezzi dei servizi wholesale forniti da Telecom Italia rappresentino uno dei fattori che incidono maggiormente in termini di costi di produzione e che determinano significativamente la nella definizione da parte degli operatori delle tariffe retail e, più in generale, dei piani commerciali. È significativo che anche l’Autorità, in tutte e tre le delibere con cui ha avviato i procedimenti di approvazione delle tariffe di accesso alla rete fissa 2013, abbia sottolineato la “*necessità di accelerare i tempi di approvazione delle offerte di riferimento al fine di fornire condizioni di certezza regolamentare sui costi dei servizi wholesale*” (cfr. Delibere 642/12/CONS, 141/12/CIR e 221/13/CONS). Conseguentemente, premesso che in uno scenario “ideale” le tariffe dei servizi all’ingrosso dovrebbero essere approvate prima dell’inizio dell’anno di riferimento, è comunque evidente che nell’ipotesi opposta - in cui le tariffe wholesale in questione siano stabilite dopo la fine dell’anno di riferimento - gli OLO si troverebbero a definire le loro condotte commerciali senza alcuna certezza sul principale fattore di produzione sulla cui base esse dovrebbero essere stabilite e, nel contempo, Telecom Italia a procrastinare una significativa incertezza finanziaria relativa ai ricavi dai servizi all’ingrosso.

[81] Concordemente la sentenza Cons. Stato 10 luglio 2012, n. 4068 ha recentemente sottolineato il vincolo di rispettare i “*principi di imparzialità e di buon andamento, cui deve essere improntata l’azione amministrativa, ai sensi dell’articolo 97 della Costituzione, sub specie dell’efficacia, efficienza, economicità e speditezza*”. Analogamente, secondo la sentenza Cons. Stato 31 marzo 2009, n. 2004, l’azione della Pubblica Amministrazione “*incontra pur sempre il limite della razionalità e del buon andamento, dell’efficacia, celerità ed economicità, [...] onde evitare inutili o pretestuose lungaggini procedurali*”.

***Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly:
fraitendimenti informatici a base di un'ordinanza (revocata) dal
contenuto anomalo.***

di
Davide Mula

Abstract: La parte che afferma la provenienza da soggetto non autorizzato di un contenuto in Internet e ne richiede l'oscuramento ad un intermediario della società dell'informazione deve fornire l'indicazione dell'indirizzo *web* (URL) in cui è disponibile il file contestato. (Nella fattispecie il Tribunale di Roma ha ritenuto insuperabilmente generica un'istanza presentata da un soggetto che si assumeva leso nei propri diritti d'autore e che non aveva indicato gli indirizzi URL dei contenuti dei quali chiedeva l'oscuramento).

The part that says that any content on the Internet comes from unauthorized person and requires the darkening to an intermediary society should provide an indication of the web address (URL) where the file is available. (In this case the Court of Rome considered generic insuperably an application made by a person who was assumed injured in their copyrights and that he had not shown the URL addresses of the content of which asked the darkening).

Sommario: 1. Il caso. - 2. Sulla legittimazione attiva del licenziatario non esclusivo nella tutela d'autore in rete. - 3. I motori di ricerca: attività svolta e inquadramento ai sensi del D.Lgs. n. 70/2003. - 4. La responsabilità dei motori di ricerca. - 4.1. L'oscuramento dei *link* da parte di Yahoo. - 4.2. Il riferimento al caso Louis Vuitton Mallettier c. Google France. - 5. L'anomalia dell'ordinanza di primo grado. - 6. L'esito del giudizio di impugnazione.

**Tribunale di Roma
Sez. Civile IX**

Ordinanza 16 giugno 2011

Collegio: dott. Tommaso Marvasi, presidente; dott. Massimo Falabella, giudice; dott. Ludovica Dotti, giudice relatore.

Yahoo Italia s.r.l. (avv.ti Fienga, Consonni, Scorza, Spreafico)

c. P.F.A. films s.r.l. (avv. Marraffa)

e P.F.A. s.r.l. (avv. Marraffa)

c. Yahoo Italia s.r.l. (avv.ti Fienga, Consonni, Scorza, Spreafico),

Google Italy s.r.l. (avv.ti Berliri, Masnada, Staccioli),

Microsoft s.r.l. (avv.ti Richichi, Lavagnini, Goglia, Manna).

Ord. 20 marzo 2011 di primo grado, massima: L'art. 17 del d.lgs. n. 70/2003 non può essere inteso come esonero dall'obbligo di vigilanza generale, fermo restando l'obbligo di controllo su specifiche informazioni individuate, e l'esonero da responsabilità oltre il limite della mancata conoscenza dell'impresa dell'illiceità delle informazioni. (Nella fattispecie il Tribunale di Roma ha ritenuto sussistente l'obbligo in capo ad un motore di ricerca, rientrante tra i *caching provider*, di oscuramento dei *link* che rinviavano a siti *web* lesivi del diritto di distribuzione di un'opera cinematografica).

Svolgimento del processo e Motivi della decisione

Rilevato che con ricorso depositata il 13/10/2010 la società PFA s.r.l. ha richiesto che in via d'urgenza il tribunale voglia: "1) ordinare a Google Italia S.r.l. (x); Yahoo Italia S.r.l. (x); Msn (Microsoft S.r.l.), direttamente o anche per mezzo di soggetti terzi da esse controllati e/o collegati - la immediata rimozione dai propri servers, la conseguente immediata disabilitazione all'accesso di tutti i contenuti riproducenti - in tutto o in parte - sequenze di immagini fisse o in movimento relative al film "Titolo Film",. 2) inibire alle convenute - in persona dei rispettivi legali rappresentanti - direttamente o anche per mezzo di soggetti terzi da esse controllati e/o collegati - il proseguimento della violazione dei diritti connessi alla utilizzazione ed allo sfruttamento economico del film "Titolo Film", perpetrata in qualunque forma e con qualunque mezzo (quale, a titolo esemplificativo, attraverso i servizi di caricamento sui propri server, di mantenimento sugli stessi e di messa a disposizione del pubblico dei collegamenti telematici "*links*" e dei files audiovisivi aventi ad oggetto sequenze di immagini in movimento del film in questione); 3) determinare una somma - in misura inferiore ad euro 1.000,00 (mille/00) o nella diversa misura ritenuta di giustizia ogni minuto o (132 inferiore/superiore) frazione di esso - di diffusione (diretta o indiretta) dei contenuti audiovisivi afferenti il film "Titolo Film" successivamente constatata (anche nominando un C. T. d'ufficio per il monitoraggio quotidiano, per tutta la durata di validità dei diritti di distribuzione di PFA s.r.l., dei siti di riferimento Google, Yahoo, Msn ed una somma non inferiore ad euro 10.000,00 (diecimila/00) per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'emanando provvedimento dalla notifica in forma esecutiva dello stesso; 4) ordinare che il dispositivo dell'emanando provvedimento venga pubblicato, a spese delle convenute ed a cura della soc. PFA s.r.l., sulla prima pagina cartacea e sulla "homepage" dei seguenti quotidiani: "Il Sole 24 Ore", "Il Corriere della

Sera", "La Repubblica", "Il Giornale", "Financial Times" e "The New York Times" nonché sulla pagina principale (homepage) dei siti Google, Yahoo, (x)";

- che a sostegno del ricorso la società PFA s.r.l. ha dedotto le seguenti circostanze: 1) in base a contratto di distribuzione del 25/11/2009 la ricorrente è titolare dei diritti di sfruttamento dell'opera cinematografica dal titolo "About Elly" che ha ricevuto un notevole successo di critica e di pubblico; 2) la società ricorrente ha recentemente appreso che mediante l'utilizzo dei principali motori di ricerca "Yahoo", "Google", "Libero", "Virgilio", "MSI" e "Tiscali" viene diffusa la visione di video tratti dal film "Titolo Film", in modalità integrale o parziale, in ogni caso comprendente le sequenze più significative del film; 3) in particolare, mediante semplici ricerche effettuate utilizzando le parole chiave "Titolo Film", vengono visualizzati centinaia di siti che consentono la visione in "streaming" o in "downloading / peer to peer" dell'intero film o di sequenze significative dello stesso, in violazione dei diritti di sfruttamento dei quali è titolare la società ricorrente; 4) benché formalmente diffidati da PFA s.r.l. a provvedere alla rimozione dai propri servers di tutti i contenuti riproducenti il film "Titolo Film", i titolari dei motori di ricerca sopra indicati non hanno adottato alcuna misura volta a contrastare il fenomeno denunciato;

- che nell'ambito della prima fase del procedimento cautelare le società Yahoo Italia s.r.l., Google Italia s.r.l. e Microsoft s.r.l. hanno resistito alla pretesa avanzata da PFA s.r.l. con memorie rispettivamente depositate il 25/11/2010 nelle quali hanno contestato i presupposti dell'invocata tutela;

- che con ordinanza depositata il 22/3/2011 il giudice designato dal presidente del tribunale, in parziale accoglimento del ricorso, ha inibito a Yahoo Italia s.r.l. la prosecuzione e la ripetizione della violazione dei diritti di sfruttamento economico di PFA s.r.l. sul film "Titolo" mediante il collegamento a mezzo dell'omonimo motore di ricerca ai siti riproducenti in tutto o in parte l'opera, diversi dal sito ufficiale del film; con la medesima ordinanza sono state viceversa respinte le domande della parte ricorrente nei confronti di Google Italia s.r.l. e di Microsoft s.r.l. e la ricorrente PFA s.r.l. è stata condannata a rimborsare alle stesse le spese lite, mentre è stata disposta l'integrale compensazione delle spese processuali tra la società ricorrente e Yahoo Italia s.r.l.;

- che con reclamo depositato il 29/3/2011, notificato a Yahoo Italia s.r.l., Google Italia s.r.l. e a Microsoft s.r.l. il 19/4/2011, PFA s.r.l. ha chiesto la riforma del provvedimento del 22/3/2011 nella parte in cui ha respinto le richieste di pubblicazione del provvedimento cautelare, di condanna della società Yahoo Italia s.r.l. al rimborso delle spese del procedimento cautelare e di compensazione delle spese processuali nei rapporti tra la PFA s.r.l., Google Italia s.r.l. e Microsoft s.r.l.;

- che d'altra parte con separato reclamo depositato il 18/4/2011 e notificato a PFA s.r.l. il 9/5/2011 Yahoo Italia s.r.l. ha chiesto la revoca del provvedimento del 22/3/2011, insistendo per l'integrale rigetto delle istanze avanzate dalla PFA s.r.l. nella prima fase del procedimento cautelare;
- che nell'ambito del procedimento di reclamo si sono costituite tutte le parti resistenti, con separate memorie rispettivamente depositate il 10 ed il 12/5/2011;
- che all'udienza collegiale del 13/5/2011 il tribunale ha disposto la riunione dei due procedimenti di reclamo, in considerazione dei profili di connessione oggettiva e soggettiva;
- ritenuto in via preliminare che l'ordinanza impugnata - con motivazione ineccepibile dalla quale non vi è motivo per discostarsi - ha ritenuto la carenza di legittimazione passiva delle società resistenti Google Italia s.r.l. e Microsoft s.r.l.; tale affermazione discende dalla riconosciuta carenza di alcuna attività di fornitura o gestione dei servizi cd. di *web search*, direttamente gestiti da altre società aventi sede all'estero e soggettività giuridica affatto diversa;
- che d'altra parte risulta provato dalle dichiarazioni della stessa PFA s.r.l. che la consapevolezza di tali circostanze in capo alla società ricorrente era precedente alla instaurazione del procedimento cautelare nell'ottobre 2010 (v. affermazioni a pag. 5 del reclamo PFA s.r.l.); d'altra parte è significativa - su questo specifico punto - la contraddizione nella quale è caduta la stessa PFA s.r.l. laddove afferma, a pag. 5 del proprio reclamo, di non avere mai svolto domande giudiziali nei confronti di Google Italia s.r.l. e di Microsoft s.r.l., "quali omologhe italiane delle società di diritto straniero (x) che gestiscono i rispettivi motori di ricerca, nella consapevolezza che tale notificazione avrebbe comunque sortito l'effetto di porre le società responsabili del sito nella effettiva conoscenza della pendenza del giudizio, ma senza dovere soggiacere alla procedura (lunga e articolata) prevista per la notifica all'estero" (reclamo PFA s.r.l., pag. 5); viceversa le domande nei confronti di Microsoft s.r.l. e di Google Italia s.r.l. risultano puntualmente ed espressamente avanzate nelle premesse e nelle conclusioni del ricorso introduttivo depositato il 13/10/2010;
- che pertanto con riferimento alle domande avanzate dalla PFA s.r.l. nei confronti di Microsoft s.r.l. e di Google Italia s.r.l. nella prima fase del procedimento cautelare il giudice designato ha fatto correttamente applicazione del principio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c. ponendo a carico della parte ricorrente l'onere di rimborsare le spese processuali sostenute dalle parti resistenti;
- che pertanto il reclamo proposto da PFA s.r.l. nei confronti di Microsoft s.r.l. e di Google Italia s.r.l. è infondato e deve essere respinto;
- ritenuto inoltre che sono pienamente condivisibili le puntuali argomentazioni svolte dal giudice della prima fase del procedimento

cautelare con riferimento alla sussistenza dell'interesse ad agire in via cautelare, avuto particolare riguardo al pericolo nel ritardo, al rilievo del danno anche solo potenziale e alla straordinaria potenzialità diffusiva dell'illecito denunciato;

- ritenuto inoltre, quanto alla posizione di Yahoo Italia s.r.l., che a sostegno della pretesa avanzata in sede cautelare la ricorrente denuncia la violazione dei propri diritti di sfruttamento dell'opera cinematografica "Titolo Film", violazione realizzata mediante attività di streaming o downloading da parte degli utenti della rete telematica internet; in particolare PFA s.r.l., addebita a Yahoo Italia s.r.l., quale gestore dell'omonimo motore di ricerca, la condotta consistente nell'agevolazione della violazione mediante la messa a disposizione e l'indicizzazione - come risultati cd. naturali della ricerca effettuata con le parole chiave "About Elly" - dei siti che consentono la fruizione dei contenuti dell'opera filmica in questione; la responsabilità addebitata dalla ricorrente all'internet service *provider* ("ISP") viene quindi qualificata in termini di consapevole concorso nella violazione commessa dai destinatari del servizio di connettività on line fornito da Yahoo Italia s.r.l.; - secondo la prospettazione di Films s.r.l., tale concorso discende in particolare dalla omissione di qualsiasi intervento diretto da parte del *provider* a fronte delle denunciate violazioni e della diffida stragiudiziale del 13/8/2010 (doc. 2 PFA s.r.l.); in altri termini la PFA s.r.l. lamenta che il *provider* - pur essendo informato dell'esistenza delle condotte illecite denunciate - ha omesso di attivarsi per la repressione delle violazioni dei diritti di utilizzazione economica sull'opera cinematografica da parte dei destinatari dei servizi;

- rilevato che a questo riguardo PFA s.r.l. richiama in primo luogo la disciplina di cui all'art. 156 della l. 633/1941 (d'ora in avanti "l.a.") che prevede il diritto del titolare di un diritto di utilizzazione economica di un'opera protetta ai sensi della l.a., di agire in giudizio al fine di impedire la continuazione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione, che da parte di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione; peraltro, come correttamente individuato nell'ordinanza impugnata, la disciplina di riferimento in ordine all'attività del prestatore di servizi nella società dell'informazione è contenuta nel d.lgs. 9/4/2003, n. 70 ("Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno");

- che l'ipotesi del possibile contrasto tra la disciplina del d.lgs. 9/4/2003, n. 70 e quella successivamente introdotta dalla direttiva 2004/48/CE del 29/4/2004 (cd. direttiva "enforcement") sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (attuata in Italia con d.lgs. 16/3/2006 n. 140) è espressamente risolta dall'art. 2, n. 3, lett. a) della stessa direttiva 2004/48/CE la quale lascia impregiudicata la direttiva 2000/31/CE in generale e le disposizioni degli articoli da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE in particolare; pertanto

la direttiva "enforcement", introdotta nel nostro ordinamento dal d.lgs. 16/3/2006 n. 140, deve essere applicata nel rispetto della disciplina di cui al d.lgs. 9/4/2003, n. 70;

- che pertanto la direttiva 2004/48/CE, della quale il decreto legislativo 16/3/2006 n. 140 costituisce attuazione, nella consapevolezza delle preoccupazioni dell'industria delle telecomunicazioni e dei fornitori di accesso, ha ritenuto necessario precisare che nel bilanciamento dei contrapposti interessi deve essere assicurato il rispetto delle esigenze di promozione e tutela della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico (v. art. 1 - intitolato "Finalità" - del d.lgs. 9/4/2003 n. 70);

- che nel d.lgs. 9/4/2003 n. 70 il principio generale che informa la responsabilità del fornitore dei servizi della società dell'informazione è contenuto all'art. 17 (intitolato "Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza"), il quale stabilisce che: "I. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto - a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione, b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite"; va inoltre rilevato che le disposizioni in esame hanno superato indenni l'intervento di modifica realizzato dal d.l. 22/3/2004 n. 72 convertito in l. 21/5/2004 n. 128, recante "Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo" (v. in particolare art. 1, VI comma);

- che la limitazione di responsabilità introdotta a beneficio degli ISP è principalmente volta ad evitare l'introduzione di una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva non legislativamente tipizzata o quantomeno l'ipotesi di una compartecipazione dei *providers* ai contenuti illeciti veicolati da terzi utilizzando il servizio di connettività da essi fornito (l'affermazione si rinviene nella relazione sui risultati dell'indagine conoscitiva disposta dall'Autorità Garante delle Comunicazioni su "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", pubblicato sul sito www.agcom.it il 12/2/2010; v. in particolare pag. 18);

- che la clausola di salvezza posta a beneficio degli ISP "fornitori di connettività reti" fa salvi gli articoli 14, 15, 16 e 17, dai quali si ricava un sostanziale esonero di responsabilità per i contenuti veicolati dai cd.

intermediari di servizi della società dell'informazione, ossia i soggetti che si limitano ad offrire l'accesso alle reti di comunicazione elettronica o il semplice trasporto (mere conduit) delle informazioni fornite da soggetti terzi (i cd. "destinatari del servizio"), oppure ancora il servizio di memorizzazione temporanea (caching) o permanente (hosting) delle informazioni fornite dal "content *provider*", purché essi restino del tutto estranei ai contenuti trasmessi;

- ritenuto quindi che nell'ambito di tale quadro normativo occorre procedere alla valutazione delle condotte in concreto addebitate dalla PFA s.r.l. a Yahoo Italia s.r.l. con riferimento al provvedimento di inibitoria in sede cautelare; in particolare artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. 70/03, dopo avere sancito la limitazione di responsabilità dei prestatori di servizi di connettività, lasciano comunque impregiudicata, all'ultimo comma, la possibilità per le autorità giudiziaria e amministrativa avente funzioni di vigilanza, di "Esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore (x) impedisca o ponga fine alle violazioni commesse"; tali disposizioni contengono quindi la previsione di un intervento giudiziale volto al fine di esigere, anche in via d'urgenza, che il *provider*, nell'esercizio delle proprie attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse, eventualmente obbligando gli operatori di rimuovere i contenuti "illeciti" dalla disponibilità degli utenti di un determinato sito internet, così da prevenirne forme di fruizione successiva in violazione del diritto d'autore (v. in tal senso la relazione sui risultati dell'indagine conoscitiva disposta dall'Autorità Garante delle Comunicazioni, sopra citata);

- che peraltro, in applicazione dei principi generali in materia di onere della prova, la ricorrente PFA s.r.l. aveva l'onere di fornire la prova, oltre che della titolarità del proprio diritto di sfruttamento dell'opera cinematografica, della violazione di tale diritto commessa attraverso la messa a disposizione di contenuti *web* da parte di terzi che consentono la fruizione dei contenuti dell'opera filmica in questione;

- che viceversa nel caso in esame PFA s.r.l. si è limitata a denunciare la messa a disposizione non autorizzata di contenuti *web* che riproducono l'opera cinematografica di cui si afferma titolare, senza fornire alcuna indicazione che consenta di valutare la sussistenza e l'entità delle violazioni lamentate; in particolare la PFA s.r.l., sia nella fase stragiudiziale precedente l'instaurazione del presente procedimento cautelare, sia nella prima fase del procedimento, sia nella presente fase di reclamo ha del tutto omissso qualsiasi indicazione circa i *links* in relazione ai quali viene richiesta l'inibitoria;

- che in particolare la PFA s.r.l., in violazione dei propri oneri di allegazione e di prova, si è limitata ad una denuncia assolutamente generica della presenza in rete di contenuti immessi da terzi, riproducenti l'opera di cui si afferma titolare; sia nella diffida stragiudiziale, che nel ricorso nella prima fase del procedimento cautelare, che nel reclamo la PFA s.r.l. ha individuato

i contenuti illeciti dei quali richiede la rimozione come "materiale riferibile al film "About Elly", ovvero "siti internet, aggiornati con continuità, che consentono la visione in streaming o il downloading / peer to peer in maniera illegittima di parti o sequenze significative del film" (v. pag. 2 del ricorso), ovvero come "tutti i contenuti riproducenti - in tutto o in parte - sequenze di immagini fisse o in movimento relative al film "Titolo Film"" v. conclusioni a pag. 19 del ricorso;

- che viceversa la necessità di verificare in questa sede la sussistenza e l'entità delle "violazioni commesse", nel senso proprio del termine utilizzato dalle disposizioni di cui agli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. 70/2003 impone alla ricorrente di fornire indicazioni circa i contenuti *web* dei quali richiede in via cautelare e urgente la rimozione;

- che tale necessità discende in primo luogo dal rispetto dell'onere di allegazione che impone a chiunque chiede la tutela giudiziale di un proprio diritto che si afferma lesa di indicare le concrete circostanze nelle quali sarebbe avvenuta tale lesione; in secondo luogo l'applicazione in sede cautelare della disciplina di cui agli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. 70/2003 postula la verifica giudiziale delle "violazioni commesse" delle quali si chiede l'inibitoria ed è evidente che nessuna verifica giudiziale è possibile in difetto di tali allegazioni; è pertanto preciso onere della ricorrente PFA s.r.l. indicare le violazioni commesse e quindi fornirne la prova nel processo, anche in considerazione del fatto che il provvedimento cautelare invocato è destinato a produrre effetti nei confronti di una pluralità (allo stato indefinita) di soggetti rimasti del tutto estranei al presente procedimento cautelare, ciò che impone una verifica rigorosa e puntuale dei presupposti dell'inibitoria;

- che a questo riguardo deve essere valorizzata la circostanza che dalla documentazione acquisita, prodotta dalla stessa parte ricorrente, risulta che la stessa PFA s.r.l. titolare solo di alcuni dei diritti di sfruttamento dell'opera cinematografica "Titolo Film" e solo per alcuni territori (v. doc. I di pane ricorrente) con la conseguenza che tali diritti possono legittimamente essere esercitati da terzi anche attraverso le reti telematiche e che pertanto - nella indiscriminata moltitudine dei possibili contenuti *web* riproducenti immagini del film "Titolo Film" - è necessario distinguere quelli provenienti da soggetti legittimati da quelli abusivi;

- che pertanto per ciascun contenuto immesso in rete, del quale la ricorrente affermi la provenienza da soggetto non autorizzato, la stessa ricorrente avrebbe dovuto fornire l'indicazione dell'indirizzo internet (URL) in cui è disponibile il filmato contestato; viceversa la PFA s.r.l. si è limitata ad una generica denuncia della possibilità di rintracciare online soggetti che commettono violazioni, senza fornire alcuna indicazione dei siti *web* e dei *link* attraverso i quali viene commessa la violazione, né ha specificato le concrete modalità attraverso le quali sarebbero commesse le violazioni delle quali chiede l'inibitoria;

- che d'altra parte costituisce ormai un principio consolidato, sia in dottrina che in giurisprudenza, quello secondo il quale è escluso un dovere di controllo preventivo del *provider* rispetto ai contenuti immessi in rete, essendo viceversa prevista la possibilità, comunque condizionata a determinate condizioni, di un intervento dello stesso *provider* successivo alla segnalazione della violazione; conseguentemente la preventiva individuazione dei contenuti *web* di carattere illecito costituisce un'attività che non può certamente essere rimessa al *provider*, essendo viceversa tale attività il risultato di una valutazione rimessa in primo luogo al titolare del diritto che si afferma leso;
- che sin da epoca antecedente all'instaurazione del procedimento cautelare, tale onere di allegazione era stato puntualmente e tempestivamente contestato a PFA s.r.l. dai destinatari della diffida giudiziale del 13/8/2010 (doc. 2 PFA s.r.l.); né d'altra parte PFA s.r.l. ha ritenuto di dare riscontro a tale specifica richiesta, limitandosi a proporre in sede cautelare le medesime istanze già prospettate nella diffida, affette dalla medesima insuperabile genericità; né d'altra parte la lettura della relazione tecnica depositata dalla PFA s.r.l. nel corso della prima fase del procedimento cautelare permette di rilevare elementi degni di effettivo rilievo al fine di poter ritenere integrata una valida ed efficace allegazione delle violazioni delle quali si chiede l'inibitoria (v. doc. B depositato da PFA s.r.l. unitamente alla memoria del 20/12/2010);
- che in definitiva non è stata fornita alcuna prova della effettiva presenza dei contenuti ritenuti illeciti e della corrispondenza degli stessi alla riproduzione di parti significative di programmi sui quali insistono i diritti dell'attrice;
- che pertanto va esclusa la sussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti cautelari invocati da PFA s.r.l.; conseguentemente, in accoglimento del reclamo proposto da Yahoo Italia s.r.l., l'ordinanza del 22/3/2011 deve essere in definitiva revocata e tutte le istanze avanzate da PFA s.r.l. in sede cautelare devono essere respinte;
- che in considerazione della particolare complessità sia degli aspetti sostanziali che processuali della controversia e della mancanza di univoco orientamento giurisprudenziale sono ravvisabili giusti motivi per disporre la compensazione - nei rapporti tra PFA s.r.l. e Yahoo Italia s.r.l. - dell'onere delle spese processuali rispettivamente sostenute;
- che viceversa - in applicazione del principio della soccombenza PFA s.r.l. - è tenuta a rimborsare a Google Italia s.r.l. e a Microsoft s.r.l. le spese processuali sostenute anche per la fase di reclamo del presente del procedimento cautelare;

P.Q.M.

visto l'art. 669 terdecies c.p.c.;

- rigetta il reclamo proposto da PFA s.r.l. nei confronti di Yahoo Italia s.r.l., Google Italia s.r.l. e Microsoft s.r.l. avverso l'ordinanza emessa il 20/3/2011 dal giudice designato presso il tribunale di Roma;
- in accoglimento del reclamo proposto da Yahoo Italia s.r.l., revoca l'ordinanza emessa il 20/3/2011 dal giudice designato presso il tribunale di Roma e per l'effetto rigetta il ricorso proposto da PFA s.r.l. il 13/10/2010 nei confronti di Yahoo Italia s.r.l.;
- condanna PFA s.r.l. a rimborsare a Google Italia s.r.l. e a Microsoft s.r.l., le spese sostenute per entrambe le fasi del procedimento, spese che si liquidano per ciascuna delle parti resistenti nella misura di E 2.800 per ciascuna delle fasi del procedimento, di cui E 210 per esborsi ed 810 per competenze procuratorie, oltre i.v.a. e c.a.p. come per legge;

e dispone la compensazione tra Yahoo Italia s.r.l. e PFA s.r.l. dell'onere delle spese processuali rispettivamente sostenute per il presente procedimento di reclamo.

Così deciso nella camera di consiglio della nona sezione civile del tribunale di Roma, il 16/6/2011.

COMMENTO

1. Il caso.

About Elly è un film del regista iraniano Asghar Farhadi che ha ottenuto un Leone d'Oro al Festival di Berlino del 2009 e che, anche in ragione dei favori della critica, ha ottenuto ottimi risultati al botteghino. La società licenziataria dei diritti di sfruttamento economico per l'Italia e l'Europa, PFA Films s.r.l., da qui in avanti per brevità PFA, avendo riscontrato che una gran quantità dei *link* che apparivano all'utente che digitava la stringa di ricerca «About Elly» nei motori di ricerca più usati, quali Google, Bing e Yahoo, reindirizzavano l'utente a siti *web* nei quali veniva illecitamente riprodotta, in tutto o in parte, l'opera cinematografica in questione, si determinava a tutelare i propri diritti.

In prima istanza, PFA procedeva a diffidare i gestori dei motori di ricerca intimando loro di oscurare tutti i *link* lesivi dei loro diritti economici, ricevendo come risposta, almeno da Microsoft la richiesta di un'indicazione specifica di tutti i *link* rei di tale lesione.

Senza ottemperare alla richiesta di Microsoft e non ritenendo adeguata la risposta dei motori di ricerca, PFA proponeva istanza cautelare al Tribunale di Roma, affinché il giudice impartisse ai *provider* - da qui in avanti anche IP, acronimo di *Internet provider* - l'oscuramento di tutti i *link* a siti *web* che ledevano i propri diritti di sfruttamento economico dell'opera, anche questa volta senza fornire un'indicazione specifica di quali fossero tali *link* [1].

Il Giudice designato, affermava con ordinanza del 20 marzo 2011 che la legittimazione attiva di PFA derivava dal suo diritto di distribuire l'opera cinematografica in Italia ed in Europa. Quanto alla legittimazione passiva dei soggetti chiamati in giudizio, il giudice riteneva, invece, fondata la sola chiamata di Yahoo!Italia s.r.l., non anche di Google Italy s.r.l. e di Microsoft s.r.l., le quali non gestendo direttamente i motori di ricerca incriminati non avevano titolo per stare in giudizio.

Verificata la regolarità del contraddittorio, il Giudice, in accoglimento dell'istanza di PFA, pronunciava un'ordinanza volta ad inibire *a Yahoo la prosecuzione e la ripetizione della violazione dei diritti di sfruttamento economico sul film About Elly mediante il collegamento a mezzo dell'omonimo motore di ricerca ai siti riproducenti in tutto o in parte l'opera, diversi dal sito ufficiale del film.*

Avverso tale ordinanza veniva proposto reclamo da entrambe le parti: PFA per la condanna al pagamento delle spese legali, mentre Yahoo e gli altri *provider* per la revisione integrale del provvedimento.

Il Tribunale in composizione collegiale con ordinanza del 16 giugno 2011 revocava il precedente provvedimento cautelare.

2. Sulla legittimazione attiva del licenziatario non esclusivo nella tutela d'autore in rete.

Dalla lettura delle ordinanze esaminate nel presente caso il primo profilo che pare essere meritevole di analisi attiene alla valutazione operata dal Tribunale circa la sussistenza di legittimazione attiva in capo alla PFA. Il Giudice designato, infatti, ritiene che l'istante sia legittimata in quanto licenziataria del diritto di distribuzione in Italia e in Europa dell'opera cinematografica About Elly.

Tuttavia, il Giudice pare non prendere in considerazione il rapporto sussistente tra la posizione giuridica di cui è titolare PFA e l'oggetto della sua domanda cautelare. Da tale analisi emerge, invero, come a fronte di una posizione giuridica con spiccato limite spaziale, la domanda giudiziale non presenti il medesimo limite, ma che al contrario abbia una portata aterritoriale.

Infatti, un sito internet è accessibile da qualsiasi punto della rete telematica e non solo dagli utenti residenti in un determinato territorio; l'assenza di una delimitazione geografica dell'istanza cautelare si pone, dunque, in evidente contrasto con il limite territoriale della licenza.

In questo senso, la legittimazione attiva a proporre siffatta azione, pare possa rinvenirsi piuttosto in capo al soggetto che ha conferito a PFA il diritto di distribuzione in Italia ed Europa, ossia alla casa cinematografica produttrice del film [2].

Aderisce alla posizione appena delineata la dottrina maggioritaria [3] secondo la quale sul versante della tutela del diritto di utilizzazione economica, la legittimazione a domandare una misura cautelare di un'opera dell'ingegno rispetto ad asserite violazioni commesse in Internet spetta all'autore, al cessionario di tali diritti od al concessionario in esclusiva.

3. I motori di ricerca: attività svolta e inquadramento ai sensi del D.Lgs. n. 70/2003.

Nell'ordinanza del 20 marzo 2011 il Tribunale preliminarmente si occupava di delineare le modalità di funzionamento di un motore di ricerca e, a seguire, di verificare la sussistenza della responsabilità dello stesso nel caso di specie.

Quanto al primo punto, l'attività svolta dal motore di ricerca Yahoo veniva correttamente inquadrata nell'alveo delle attività degli *Internet caching provider* disciplinata dall'art. 15 del D.Lgs. 70/2003[4]. Non del tutto corretta appariva, invece, la ricostruzione delle modalità tecniche di funzionamento dei motori di ricerca.

I *web search engine*, infatti, operano memorizzando temporaneamente le pagine *web* dei siti, leggendo da queste le informazioni inerenti il loro contenuto - informazioni caricate dal creatore della pagina stessa - presenti nei *metatags* [5], e rielaborando i dati così acquisiti secondo algoritmi di catalogazione e classificazione. Per ogni pagina vengono, quindi, definite automaticamente tutta una serie di parole chiave corrispondenti, in modo da offrire agli utenti risultati di ricerca quanto più precisi possibile. Il dato finale visualizzato dall'utente è costituito da una stringa di testo che reca un collegamento ipertestuale, cd. *link*, alla URL [6] della pagina *web*.

Da quanto esposto è possibile comprendere come i motori di ricerca non analizzino il contenuto di ciascuna pagina *web*, ma si limitino a leggerne l'etichetta - se così possiamo definire i *metatags* - scritta dal creatore della pagina stessa - non dai visitatori della pagina come erroneamente affermato dal Giudice di primo grado - e a salvare per ciascuna di esse l'URL.

4. La responsabilità dei motori di ricerca.

Inquadrata l'attività svolta dai motori di ricerca e chiarito il significato di taluni termini informatici è possibile procedere alla disamina del secondo profilo attinente al *fumus boni iuris*, cioè la sussistenza della responsabilità di Yahoo.

La responsabilità di un *caching provider* non sussiste, ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 70/2003, ogni qualvolta il *provider* non modifica le informazioni temporaneamente memorizzate, non interferisce con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni e, soprattutto, se agisce prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitarne l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione [7].

All'art. 17 del d.lgs. n. 70/2003 [8] viene aggiunto che non sussiste in capo al *provider* un generale obbligo di sorveglianza [9], ma che comunque questi è tenuto ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione [10].

Questo è generalmente definito come un obbligo di cooperazione [11] degli IP, introdotto dal legislatore comunitario al fine di una più trasparente ed efficiente gestione di Internet [12]. La direttiva 2000/31/CE, di cui il d.lgs. n. 70/2003 rappresenta l'atto di recepimento, risente, dunque, di un evidente *favor* per gli IP che deriva dalla volontà di incentivare l'impiego della Rete per il commercio elettronico e, dunque, gli scambi tra gli Stati Membri [13].

Nel caso che ci occupa, tuttavia, il Tribunale ha ritenuto sussistente il *fumus boni iuris* dell'istanza cautelare in quanto PFA aveva provveduto ad avvisare il *provider* della illegittimità di taluni *link* che apparivano come risultato della stringa di ricerca «About Elly», avviso che poneva Yahoo nell'obbligo di disattivazione dei *link*.

Afferma, sul punto, il Giudice di primo grado che il dettato di cui al d.lgs. n. 70/2003 *non può estendere l'ambito dell'esonero dall'obbligo di vigilanza oltre l'ambito di non esigibilità di una vigilanza generale, fermo restando l'obbligo di controllo su specifiche informazioni individuate, e l'esonero da responsabilità oltre il limite della mancata conoscenza della impresa della illiceità delle informazioni.*

In linea generale deve evidenziarsi che, anche ove si volesse accogliere la tesi prospettata da parte attrice - secondo cui la semplice comunicazione recante il generico avviso dell'illiceità di taluni siti *web* corrispondenti ad alcuni risultati di ricerca che appaiono come esito di una determinata stringa è idonea ad integrare la nozione di «effettivamente a conoscenza» [14] - , il motore di ricerca dovrebbe, al più, ritenersi responsabile dell'inadempimento dell'obbligo di cooperazione, e non già degli obblighi di vigilanza, atteso che in quanto motore di ricerca non ha l'obbligo di disattivazione di un contenuto in forza della semplice comunicazione di un

privato, proprio, invece, degli *host provider* disciplinati dall'art. 16 del medesimo decreto [15].

Si osservi, inoltre, come il Tribunale paia aver mutato, con la presente pronuncia, il precedente orientamento affermato nel noto caso Fapav c. Telecom, nella cui ordinanza veniva sancito che i *provider* hanno l'obbligo di comunicazione all'autorità giudiziaria o amministrativa qualora siano in possesso di un'informazione *sufficientemente motivata e attendibile* [16]. Nel caso che ci occupa, infatti, PFA non solo ha inviato una comunicazione dal contenuto assolutamente generico, ma, in aggiunta, non ha dettagliato in alcun modo la sua informazione quando uno dei motori di ricerca le ha richiesto di indicare quali fossero i *link* da disattivare.

Per quanto appena esposto, il profilo della sussistenza della responsabilità di Yahoo idonea a legittimare la concessione del provvedimento cautelare, che nel suo contenuto verrà analizzato nel prosieguo, non pare ritenersi, quantomeno, correttamente motivato se non, invero, assolutamente infondato.

4.1. L'oscuramento dei *link* da parte di Yahoo.

Nonostante quanto già evidenziato, nella prima ordinanza il Giudice legittima l'ordine di disattivazione dei *link* sulla considerazione che in seguito alla prima diffida di PFA Microsoft aveva risposto alla società cinematografica chiedendo di fornire un elenco dei *link* che si assumevano «pirata», ossia degli URL dei siti incriminati di lesione del diritto d'autore, nella specie dei diritti economici.

La richiesta del colosso informatico era basata sulla possibilità di applicare al caso specifico la consolidata procedura del *notice and takedown* [17], prevista dalla legge statunitense a tutela del diritto d'autore [18], in base alla quale è onere del titolare dei diritti economici di un'opera dell'ingegno indicare al *provider* gli indirizzi dei vari siti che hanno un contenuto illecito, assumendosi anche la responsabilità civile di tale indicazione [19].

Se, infatti, è vero che è possibile oscurare un *link*, indicando al *software* gestionale del motore di ricerca di non mostrare tra i risultati una serie di URL, viceversa il motore di ricerca non può attraverso il solo URL capire se il contenuto informatico a cui quell'indirizzo rinvia sia o meno da considerarsi lesivo dei diritti di terzi [20]. Sarebbe come ritenere che conoscendo l'indirizzo fisico di un immobile, automaticamente si sia nella possibilità di sapere se al suo interno vengono commesse attività illecite o meno.

In realtà, la possibilità di conoscere il contenuto delle informazioni trasmesse sulla Rete dipende dall'impiego di filtri informatici in grado di scansionare tali dati, applicazioni allo stato attuale ancora allo stato embrionale e poco efficienti [21].

Autorevole dottrina [22] ha peraltro rilevato sul punto come il dettato degli artt. 14 [23], 15 e 16, del d.lgs. n. 70/2003, nella parte in cui prevede l'esenzione di responsabilità qualora il *provider* non modifichi le informazioni trasmesse e non selezioni i destinatari, porti ad un paradosso normativo erroneamente non contemplato dal legislatore italiano e comunitario. Ragionando sul dato tecnico-normativo, infatti, la tanto auspicata - specie da parte dei titolari dei diritti di sfruttamento economico delle opere dell'ingegno - applicazione di filtri, finalizzati all'individuazione di contenuti illeciti, da parte degli IP, comporterebbe da parte di questi ultimi lo svolgimento di un'attività di selezione dell'informazione trasmessa dai propri utenti. Tale circostanza avrebbe come conseguenza l'insorgere di responsabilità ed obblighi nei confronti dei titolari dei diritti che altrimenti non sarebbero sussistenti [24].

L'ulteriore profilo da ultimo analizzato pare avvalorare quanto precedentemente affermato in ordine all'infondatezza del provvedimento cautelare concesso.

4.2. Il riferimento al caso Louis Vuitton Mallettier c. Google France.

Nell'analizzare la prima delle due ordinanze in epigrafe, particolare attenzione deve essere dedicata al riferimento in essa presente alla pronuncia della Corte di Giustizia Europea nel caso Louis Vuitton Mallettier contro Google France. Il Giudice, infatti, richiama il citato caso per sostenere la propria tesi circa la possibilità di obbligare un motore di ricerca ad oscurare dei *link* trascurando, tuttavia, alcune peculiarità della fattispecie in oggetto che ne escludono l'applicabilità *tout court* al caso in esame.

Nel controversia rimessa alla Corte Europea, infatti, Luis Vuitton aveva intentato un'azione giudiziale nei confronti di Google France non già per la gestione del motore di ricerca omonimo - come dimostrato dalla corretta chiamata in causa della filiale francese del *provider* e non già della casa madre unica titolare del motore di ricerca -, ma piuttosto per il servizio offerto AdWords, attraverso il quale vengono venduti spazi pubblicitari sulle diverse pagine *web*, a seconda del contenuto delle stesse, dichiarato - si badi - dal creatore della pagina stessa. In particolare, il servizio si basa sull'impiego di *metatags* che nel caso di specie venivano illegittimamente utilizzate per la promozione telematica di prodotti contraffatti della nota casa di modo transalpina [25].

La fattispecie era, dunque, ben diversa perché nel caso di specie era stato sancito il diritto del "titolare di un marchio di vietare ad un inserzionista di fare pubblicità — a partire da una parola chiave identica a detto marchio, selezionata da tale inserzionista nell'ambito di un servizio di posizionamento su Internet senza il consenso dello stesso titolare — a

prodotti o servizi identici a quelli per cui detto marchio è registrato, qualora la pubblicità di cui trattasi non consenta, o consenta soltanto difficilmente, all'utente medio di Internet di sapere se i prodotti o i servizi indicati nell'annuncio provengano dal titolare del marchio o da un'impresa economicamente connessa a quest'ultimo o invece da un terzo" [26].

Viceversa, nel caso che ci occupa i *metatags* delle pagine *web* indicizzate non venivano impiegati per offrire un servizio a titolo oneroso ai titolari di queste ultime a vantaggio di Yahoo, quanto, piuttosto, per offrire un servizio agli utenti che effettuano la ricerca.

Per quanto esposto il richiamo alla pronuncia comunitaria risulta quantomeno decontestualizzato e, di sicuro, inidoneo a sostenere la tesi del Giudice di primo grado.

5. L'anomalia dell'ordinanza di primo grado.

Un ultimo profilo di criticità dell'ordinanza pronunciata dal Giudice designato emerge con riferimento all'analisi del *periculum in mora* nonché alla parte in cui il giudice definisce modi e tempi di ottemperamento del provvedimento cautelare.

Quanto al *periculum* il Tribunale ha voluto desumere la sussistenza dello stesso da un non meglio specificato incremento delle violazioni dei diritti, che avrebbe portato al superamento della soglia di tollerabilità e giustificato l'istanza cautelare di PFA. Se in termini generali poteva condividersi la tesi avallata dal Giudice [27], non si capisce il successivo richiamo agli artt. 131 e ss. del d.lgs. n. 30/2005 [28], recante il Codice della Proprietà Industriale, citati al fine di motivare la mancata analisi degli *indici di imminenza e irreparabilità del danno*, in quanto l'azione cautelare esperita ai sensi di suddetta disciplina non richiede la presenza di tali elementi [29]. L'azione cautelare descritta negli articoli richiamati può, infatti, essere esercitata a tutela di un diritto di «proprietà industriale» [30], tra i quali non è ricompreso il diritto d'autore, e non già di un diritto di «proprietà intellettuale» come, invece, erroneamente argomentato dal Tribunale.

Prescindendo dall'analisi fin qui svolta in ordine ai presupposti dell'azione cautelare di PFA, è il contenuto dell'obbligo di fare imposto a Yahoo che ha sollevato maggiori dubbi e perplessità [31].

Il giudice, infatti, non aveva imposto a PFA di indicare a Yahoo quali fossero i *link* da disattivare, lasciando implicitamente al motore di ricerca l'onere di reperire tutti i *link* lesivi del diritto d'autore. In tal guisa veniva attribuito a Yahoo il dovere di valutare tutti i siti *web* prodotti dalla stringa di ricerca «About Elly» e, sulla base del proprio convincimento arbitrario, determinare se il *link* fosse stato da oscurare o meno.

Peraltro, deve evidenziarsi come Yahoo in forza di tale provvedimento avrebbe avuto titolo per oscurare tutti i *link* a siti *web* che ledono il diritto di distribuzione di PFA, per cui potenzialmente, anche dei siti *web* legittimi titolati di un diritto di distribuzione per altre aree geografiche o, anche per il solo *world wide web*. In altri termini, in assenza di una specificazione, il motore di ricerca avrebbe potuto oscurare anche quei *link* che non possono essere definiti «pirata» in senso stretto, ma che, comunque, risultavano in contrasto con il diritto di sfruttamento economico di cui PFA chiedeva tutela.

Appare evidente come in un bilanciamento degli interessi tra tutela dei diritti d'autore e libertà di manifestazione del pensiero, nonché con gli altri diritti di sfruttamento economico attribuiti sulla stessa opera dell'ingegno ad altri soggetti privati, non possa essere attribuito ad un altro soggetto privato il compito di svolgere il ruolo che, per disposizione costituzionale, compete inderogabilmente all'autorità giudiziaria [32].

Non può essere compito di Yahoo, infatti, comprendere quando uno spezzone del film venga riprodotto per fini di critica, o didattici, - finalità in quanto tali tutelate dalla medesima legge sul diritto d'autore - o quando tale riproduzione integri la lesione del diritto di distribuzione [33].

La criticità viene ad essere incrementata dalla circostanza che non veniva dato un termine a Yahoo per ottemperare al provvedimento, in quanto non determinabile *ex ante* per stessa ammissione del Giudice, il quale conferisce, così, un obbligo perenne di disattivazione dei *link* lesivi dei diritti di sfruttamento economico del film About Elly in capo al *provider* atteso che non limita il dovere di oscuramento ai soli *link* presenti al momento del deposito dell'istanza di PFA.

La mancata indicazione delle modalità di esecuzione - che ai sensi dell'art. 669-*duodecies* cod. proc. civ. [34] devono essere date dal giudice del provvedimento - pare privare implicitamente il provvedimento di quello stesso carattere di urgenza che connota l'azione cautelare. Dottrina e giurisprudenza sono, infatti, concordi nel ritenere che l'opzione legislativa del legislatore del 1990, che ha introdotto tale articolo, debba leggersi come volta a dar risalto all'unicità del procedimento cautelare di tal che il giudice è tenuto a determinare le modalità di esecuzione *ex officio* fin dalla concessione della misura cautelare ed in vista del mancato spontaneo adeguamento [35].

Nella parte *de qua* l'ordinanza non poteva in alcun modo essere condivisa. Se tale orientamento fosse stato confermato, infatti, i motori di ricerca si sarebbero potuti trovare a dover gestire un obbligo di reperimento di tutti i *link* potenzialmente lesivi del diritto d'autore che non trova alcun fondamento normativo, e che, al contrario, sembra porsi in contrasto con la *ratio* della disciplina vigente.

Pare, invero, che più che attribuire obblighi di garanzia, tecnicamente impossibili da realizzare, dovrebbe darsi maggiore risalto agli obblighi di

cooperazione che i *provider* hanno con i titolari dei diritti, attraverso il ricorso alla ormai consolidata tecnica del *notice and take down* [36].

6. L'esito del giudizio di impugnazione.

PFA aveva reclamato l'ordinanza nella parte in cui la condannava a pagare le spese processuali sostenute da Microsoft s.r.l. e da Google Italia s.r.l. in quanto prive di legittimazione passiva nel caso di specie. Con riferimento a tale punto il Tribunale ha confermato quanto già precedentemente disposto dal Giudice designato, atteso che, come evidenziato in motivazione, PFA aveva indicato nel proprio ricorso cautelare che le società chiamate in causa erano semplicemente le omologhe italiane delle società di diritto straniero che gestiscono i motori di ricerca e che a queste era stata fatta la notifica per evitare la lunga procedura di una notifica all'estero [37].

Quanto alla ritenuta responsabilità di Yahoo, invece, il Tribunale ha osservato come partendo dal presupposto dell'assenza del generale obbligo di vigilanza dei *provider*, ex art. 17 d.lgs. n. 70/2003, in tali controversie è onere del titolare dei diritti di sfruttamento economico dell'opera indicare specificatamente quali siti *web* e, più in particolare, quali contenuti si assumono lesivi della propria posizione giuridica.

Si legge, infatti, nell'ordinanza di secondo grado che *“la necessità di verificare in questa sede la sussistenza e l'entità delle «violazioni commesse», nel senso proprio del termine utilizzato dalle disposizioni di cui agli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. 70/2003 impone alla ricorrente di fornire indicazioni circa i contenuti web dei quali richiede in via cautelare e urgente la rimozione”*.

Pertanto, aggiunge il collegio, *per ciascun contenuto immesso in rete, del quale la ricorrente affermi la provenienza da soggetto non autorizzato, la stessa ricorrente avrebbe dovuto fornire l'indicazione dell'indirizzo internet (URL) in cui è disponibile il filmato contestato; viceversa la PFA s.r.l. si è limitata ad una generica denuncia della possibilità di rintracciare online soggetti che commettono violazioni, senza fornire alcuna indicazione dei siti web e dei link attraverso i quali viene commessa la violazione, né ha specificato le concrete modalità attraverso le quali sarebbero commesse le violazioni delle quali chiede l'inibitoria*. In tal guisa, infatti, l'istanza cautelare presentata deve ritenersi affetta da *insuperabile genericità (sic)* di tal che il giudice non può in nessun caso accogliere la richiesta.

Il Tribunale ha quindi concluso revocando l'ordinanza precedentemente emessa dal giudice designato in data 20 marzo 2011, compensando le spese del giudizio tra Yahoo e PFA.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] I *link* visualizzati dai motori di ricerca rinviano al DNS della pagina *web* che contiene le informazioni ricercate. Il DNS, acronimo di Domain Name System, tradotto Sistema dei Nomi a Dominio, è un sistema utilizzato per la risoluzione di nomi dei nodi della rete in indirizzi IP e viceversa; in altri termini l'indirizzo IP composto da una serie numerica del *server* che ospita il sito *web*, viene sostituito da un nome alfanumerico, al fine di renderlo di più agevole memorizzazione per l'utente finale.

[2] Si veda *ex multis* B. Ciaccia Cavallari, *Autore (diritto di), V) Profili processuali*, in *Enc. Treccani*, IV, Aggiornamento, 2002, p. 1.

[3] Per taluni spunti di riflessione sul tema si veda: F. Corsini, *Le misure cautelari a tutela del software*, in *Rivista di diritto industriale*, 2007, 2, p. 87 ss.; G. Ghidini Gustavo, M. F. Quattrone, *Opere multimediali e copyrights di terzi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1998, 1, p. 5 ss..

[4] D.Lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, Art. 15 (Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea - caching): 1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrare ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione. 2. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

[5] I *metatag* sono le informazioni e le parole chiave presenti in ciascuna pagina *web* che consentono ai motori di ricerca di indicizzare le pagine stesse e, dunque, di farle apparire tra i risultati delle ricerche svolte dagli

utenti. È divenuta così prassi diffusa, ancorché illecita, inserire tra i *metatag* di un sito i termini e le espressioni che, sebbene non effettivamente corrispondenti al contenuto dello stesso, siano in grado di farlo risultare tra i primi siti individuati dalla ricerca. Nel nostro ordinamento la disciplina dei *metatags* è stata dapprima rinvenuta nell'art. 13 della legge-marchi, oggi trasposto nell'art. 22 del CPI, la cui formulazione originaria recitava, al primo comma, che è vietato adottare come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio aziendale un segno uguale o simile all'altrui marchio se, a causa dell'identità o dell'affinità tra l'attività di impresa dei titolari di quei segni ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è adottato, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. Tale comma è stata modificato dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, che ha sostituito il termine "aziendale" con l'espressione "di un sito usato nell'attività economica o altro segno distintivo". Questa modifica ha inteso rendere più agevole, per il titolare del marchio, il contrasto dei fenomeni di sfruttamento parassitario di altrui marchi famosi che spesso si verifica attraverso l'adozione di *domain name* uguali o simili o l'impiego di *metatag*, al fine di promuovere il proprio sito come veicolo per la vendita di prodotti contraffatti o, più semplicemente, per lucrare attraverso la vendita di spazi pubblicitari a terzi. Invero, l'impiego dei marchi nei *metatag* di un sito *web* rappresenta la più recente forma di parassitismo dei segni distintivi di operatori economici. Così in A.M. Gambino, A. Stazi, con la collaborazione di D. Mula, *Diritto dell'Informatica e della Comunicazione*, Giappichelli, Torino, 2011.

[6] URL, acronimo di *Uniform Resource Locator*, definisce l'indirizzo completo che identifica la posizione di ciascuna risorsa su Internet. Una URL è costituita da una sigla iniziale che indica il tipo di protocollo utilizzato (http, Ftp, Gopher..), cui seguono le due barre (://) e l'indirizzo completo del nome dell'host, del dominio, del file da richiamare. Nella sua accezione commerciale, l'URL è anche conosciuto come nome a dominio, o nome di dominio, traduzione letterale dell'espressione anglosassone *domain name*, che indica la denominazione data al sito gestito da un operatore in Rete: è il nome del luogo virtuale su cui si esercita appunto un potere di dominio, avendo la possibilità di variarne il contenuto grafico o letterario attraverso la modifica delle pagine *web*. Si permetta di rinviare sul punto a A.M. Gambino, A. Stazi, con la collaborazione di D. Mula, *Diritto dell'Informatica e della Comunicazione*, Giappichelli, Torino, 2011.

[7] Sul punto, *ex multis*: V. Franceschelli, *Musica in rete tra pirateria e uso personale (la libera circolazione delle idee in internet è cosa troppo seria per lasciarla al diritto penale)*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2007, 2, pp. 82 - 92; M. Tesaro, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, in *Responsabilità Civile*, 2010, 3, p. 166.

[8] D.Lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, Art. 17 (Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza): 1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente.

[9] Sul punto si veda, *ex multis*, la pronuncia del Tribunal d'Instance de Grenoble, 1 febbraio 2007, ove è stata esclusa la sussistenza di responsabilità di eBay per illeciti commessi da propri utenti a danno di altri utenti in ragione della circostanza per cui eBay, non intervenendo sui messaggi scambiati, assume la veste di *host provider* e non di *content provider*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 339, con nota di M. Berliri e P. La Gumina. Cfr: A. Manna, *La disciplina del commercio elettronico*, Cedam, 2005, p. 199.

[10] Attraverso tale previsione, peraltro, il legislatore ha voluto esplicitamente escludere l'applicabilità dell'art. 40, comma 2, cod. pen., ai sensi del quale non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.

[11] Si veda E. Maggio, *Il diritto di impresa non può prevalere sulla privacy e sulla tutela dei diritti della persona*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2011, 2, p. 75; V. Franceschelli, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider: A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2010, 4-5, p. 348. Sul punto si permetta di rinviare, inoltre, a: D. Mula, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2010, 3, p. 252.

[12] Con riferimento al dibattito dottrinario circa i confini degli obblighi di cooperazione si veda, tra gli altri, V. Franceschelli, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider: A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2010, 4-5, p. 352; Id.,

Diritto all'informazione e danno da mancata informazione in caso di traffico anomalo causato da "hacker", in *Diritto dell'Internet*, 2007, 4, p. 364; F. Di Ciommo, *La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Responsabilità civile*, 2006, p. 562, che ritiene che il *provider* abbia l'obbligo di verificare la correttezza delle informazioni trasmesse alle autorità competenti, e A. Manna, *La disciplina del commercio elettronico*, Cedam, 2005, p. 214, il quale ritiene che il *provider* abbia il solo obbligo di trasmettere i dati in suo possesso.

[13] Parte della dottrina ha criticato questa scelta del legislatore rilevando come, in tal guisa, si sia scelto di sacrificare, almeno tendenzialmente, una diversa e opposta esigenza, che avrebbe potuto giustificare una più ampia responsabilità del *provider*, ossia quella di garantire, comunque, un risarcimento ai danneggiati attraverso Internet, in considerazione della frequente eventualità che non riesca ad identificare l'autore materiale dell'illecito o che costui, pur identificabile, si trovi in uno Stato estero la cui normativa non permetta di perseguirlo, oppure semplicemente non sia solvibile. Sul punto si veda V. Zeno Zencovich, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1999, p. 1052; L. Nivarra, *Responsabilità del provider*, in *Digesto civile*, Torino, 2003, 1196.

[14] Nella normativa cui si fa riferimento manca una esatta disciplina della *notification* - denominazione del documento che pone nell'effettiva conoscenza il *provider* - analoga a quella contenuta, ad esempio, nella normativa statunitense, là dove si dispone che è il mittente della stessa ad essere direttamente tenuto a risarcire il cliente per l'inadempimento contrattuale del *provider* (cfr. sec. 512, c), *Digital Millenium Copyright Act*) qualora la *notification* risulti infondata. Il problema è particolarmente sentito anche in ambito comunitario, tanto che nella prima Relazione sull'attuazione della direttiva 2000/31/CE (Relazione della Commissione del 21 novembre 2003) si è dedicato all'argomento un intero paragrafo. In particolare, la considerazione essenziale espressa sul punto è quella secondo cui, al momento dell'adozione della direttiva, si decise di non disciplinare le procedure di «notifica e rimozione», limitandosi soltanto, nel considerando n. 40 e nell'art. 16, ad incoraggiare l'autoregolamentazione in quest'ambito. Tale impostazione è stata acriticamente seguita anche dagli Stati membri, al momento di recepire la direttiva nelle rispettive legislazioni. Tra questi, difatti, soltanto la Finlandia ha inserito nella propria normativa nazionale una disposizione che stabilisce una procedura di «notifica e rimozione», anche se unicamente in rapporto alle violazioni del diritto d'autore. Per tutti gli altri Stati membri tale problematica rimane ancora aperta, restando relegata nella sfera di un'autoregolamentazione che tarda a prendere corpo, considerato che finora soltanto il Belgio ha utilizzato una procedura, di coregolamentazione orizzontale, che ha

condotto all'adozione di un protocollo di cooperazione con l'associazione locale dei fornitori di servizi Internet. A monte rimangono, d'altronde, i penetranti poteri di sindacato e controllo sull'informazione e sulla libertà di manifestazione del pensiero *on line* attribuiti dalla normativa ad un soggetto privato quale è l'ISP. Cfr: U. Draetta, *Internet e commercio elettronico*, Giuffrè, 2005, p. 81; G.M. Riccio, in S. Sica, P. Stanzone (a cura di), *Professioni e responsabilità civile*, Zanichelli, 2006, p. 74; L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lg. n. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, 199.

[15] D.Lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, Art. 16 (Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni - hosting): 1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitene, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

[16] Si permetta di rinviare a: D. Mula, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2010, 3, p. 252.

[17] Sul punto si veda: J. H. Reichman, *A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2007, 3, p. 981; più recente, B. Wilson, *Notice, takedown, and the good-faith standard: how to protect internet users from bad-faith removal of web content*, in *Saint Louis University Public Law Review*, 2010, 2, p. 613.

[18] Digital Millennium Copyright Act (DMCA), 1998, sezione 512 (c)(3): Elements of notification: (A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service *provider* that includes substantially the following: (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed. (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works

at that site. (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service *provider* to locate the material. (iv) Information reasonably sufficient to permit the service *provider* to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted. (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law. (vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed. (B) (i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service *provider* has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent. (ii) In a case in which the notification that is provided to the service *provider's* designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service *provider* promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A).

[19] V. nota n. 13.

[20] Nel caso Google c. Vividown (Tribunale di Milano, 24 febbraio 2010, sent. n. 1972), i consulenti tecnici del giudice hanno chiarito che ancora oggi non esistono *software* in grado di assicurare una perfetta individuazione dei contenuti illeciti, in questa *Rivista*, 2011, 2, p. 29, con nota di E. Maggio, *Il diritto di impresa non può prevalere sulla privacy e sulla tutela dei diritti della persona*. Sullo stesso caso si veda altresì V. Franceschelli, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider: A proposito del caso Google/Vivi Down*, in questa *Rivista*, 2010, 4-5, p. 352.

[21] Un tipico esempio di tali filtri è costituito dal *software* impiegato da YouTube sui video che riceve per eliminare le immagini pornografiche o, più di recente, quei video in cui appaiono i loghi di canali televisivi al fine di evitare che soggetti non titolari dei diritti di sfruttamento economico caricino illecitamente tali filmati. Si osservi, tuttavia, come siano sempre di più i video in cui le immagini sono traslate in modo tale che il logo non risulti più leggibile dal programma, così aggirando il filtro. Anche in questo caso, tuttavia, il controllo viene effettuato da chi detiene il *file*, non già dai

motori di ricerca che offrono uno strumento di reperimento delle pagine *web* semplificato. Se così non fosse, infatti, ossia se i motori di ricerca entrassero nei *server* cui ciascun URL visualizzato dal loro algoritmo di ricerca, si renderebbe responsabile del reato di cui all'art. 615-ter cod. pen. rubricato "Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico" (Cass. pen., Sez. IV, 4 ottobre 1999 - 14 dicembre 1999, n. 3067, in *Cassazione Penale*, 2000, 11, p. 2990, con nota di S. Aterno, *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*).

[22] F. Di Ciommo, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità online. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Diritto dell'Informatica e dell'Informazione*, 2010, 6, p. 829 ss.. Si rinvia inoltre a G. Finocchiaro, *Filtering e responsabilità del provider*, in *Aida*, 2010, p. 349 ss..

[23] D.Lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, Art. 14 (Responsabilità dell'attività di semplice trasporto - Mere conduit): 1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. 2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

[24] Sul punto si veda: A. Manna, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 6, p. 779.

[25] S. Bonavita, M. Tavella, *La Corte di Giustizia sul caso "AdWords": tra normativa marchi e commercio elettronico*, in *Diritto Industriale*, 2010, 5, p. 441.

[26] Corte di Giustizia della Comunità Europea, C236/08 e C238/08, *Louis Vuitton Mallettier SA vs Google France*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 7, pp. 1604 - 1610, con nota di M. Ricolfi, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*.

[27] Nello stesso senso si veda - oltre alle pronunce indicate dal Tribunale nel provvedimento: *vedi comunque quali precedenti che negano la rilevanza del tempo trascorso Trib. Firenze 13/02/2006, Trib. Firenze 14/12/2006, e per l'affermazione del principio per cui assumono rilevanza il mutamento della intensità del fenomeno illecito e l'aumento progressivo del giro di affari del contraffattore Trib. Milano, 08/10/2007 e Trib.*

Venezia, 30/01/2006 - Trib. Ancona 16 marzo 1999, ord. (in *Giurisprudenza di Merito*, 2000, 4-5, p. 846 con nota di G. Pizzirusso, *L'inibitoria provvisoria ex art. 700 c.p.c. nel diritto di autore*), ove è stato disposto che "ai fini della concessione dell'inibitoria ex art. 700 c.p.c. in materia di diritto d'autore, il pericolo nel ritardo è dato dalla prosecuzione dell'attività censurata nelle more del giudizio di merito, idonea ad estendere e radicare un pregiudizio difficilmente risarcibile, anche perché di difficile previsione.

[28] D.Lgs. n. 30/2005, art. 131 - "Inibitoria: 1. Il titolare di un diritto di proprietà industriale può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi violazione imminente del suo diritto e del proseguimento o della ripetizione delle violazioni in atto, ed in particolare può chiedere che siano disposti l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto, e l'ordine di ritiro dal commercio delle medesime cose nei confronti di chi ne sia proprietario o ne abbia comunque la disponibilità, secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari. L'inibitoria e l'ordine di ritiro dal commercio possono essere chiesti, sugli stessi presupposti, contro ogni soggetto i cui servizi siano utilizzati per violare un diritto di proprietà industriale. 1-bis. Se il giudice nel rilasciare il provvedimento cautelare non stabilisce il termine entro cui le parti devono iniziare il giudizio di merito, quest'ultimo deve essere iniziato entro il termine di venti giorni lavorativi o di trentuno giorni di calendario qualora questi rappresentino un periodo più lungo. Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o, altrimenti, dalla sua comunicazione".

[29] Per una ricostruzione dell'azione cautelare di cui all'art. 131 del Codice di Proprietà Industriale si veda: C. Pappalardo, *Periculum in mora, contraffazione diretta e indiretta*, in questa *Rivista*, 2011, 4-5, pp. 261 - 266; G. Casaburi, *Il processo industrialistico rinnovato*, in *Diritto Industriale*, 2010, 6, p. 508; M.S. Spolidoro, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Diritto Industriale*, 2008, 2, p. 174.

[30] Ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 30/2005, l'espressione diritto di proprietà industriale: «comprende marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali».

[31] In un breve commento redatto nell'imminenza della pubblicazione dell'ordinanza erano già state evidenziate molte delle analizzate criticità. Si permetta di rinviare a: D. Mula, *Tribunale di Roma, sez. IX, 20 marzo 2011: I motori di ricerca svolgono attività di caching provider e hanno l'obbligo di disattivare i collegamenti con siti web pirata*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2011, www.dimt.it.

[32] Sui poteri di oscuramento dei siti *web* riproducenti contenuti lesivi del diritto d'autore si veda: S. Ercolani, *I poteri Agcom in materia di diritto di*

autore: un rebus normativo? Riflessioni a margine della proposta di regolamento dell'Agcom, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2011, 2, p. 18. In chiave comparatistica di veda: V. Franceschelli, *Libertà in Internet: per fortuna c'è la Corte costituzionale francese!*, in questa *Rivista*, 2009, 4-5, p. 414 ss..

[33] Per una breve disamina si veda: F. Tozzi, *Plagio e presupposti di tutela di opera letteraria*, in *Diritto di autore*, 2010, 4, p. 398; G. Bonomo, *L'assenza del "fine commerciale" nelle utilizzazioni libere ex art. 70 l.d.a.*, in *Diritto di autore*, 2006, 4, p. 529; V. Falce, *Diritto d'autore e innovazione derivata nelle Information Technologies*, in questa *Rivista*, 2003, 1, p. 74 ss.. Sulle potenziali conseguenze di un'eccessiva estensione delle privative autoriali si veda: L. Briceno Moraia, G. Ghidini, *Il futuro della proprietà intellettuale: un universo in espansione*, in *Il Diritto industriale*, 2011, 2, p. 201 ss.; V. Falce, G. Ghidini, *Open source, General Public License e incentivo all'innovazione*, in *AIDA*, 2004, p. 3 ss.

[34] Art. 669-*duodecies*, cod. proc. civ.: Attuazione - Salvo quanto disposto dagli articoli 677 e seguenti in ordine ai sequestri, l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto gli obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito.

[35] Si veda: M. Orditura, *Effettività della tutela cautelare: quale attuazione?*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 4, p. 815.

[36] V. nota n. 10.

[37] Si veda: M. Mocci, *Il punto sulle spese processuali alla luce della riforma*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, 4, p. 907.

***Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo Spam.
Ricognizione della delibera n.330/2013 del Garante Privacy***

di
Giulio Pascali

Abstract: Il Garante Privacy Italiano, con un provvedimento che riassume molte delle casistiche esaminate negli ultimi dieci anni, ha inteso fornire le proprie Linee-Guida per la corretta attività promozionale sul web e per il contrasto dello SPAM. Il provvedimento che ne risulta, tuttavia, non sembra censire tutti i fenomeni di SPAM ad oggi esistenti, e non fornisce, di conseguenza, tutti gli elementi necessari per contrastare con efficacia tali pratiche.

The Italian Data Protection Authority, with a measure that summarizes many of the case studies examined in the last ten years, it has sought to provide its Guidelines for the proper promotional activities on the web and for the contrast of SPAM. The measure that results, however, does not seem census of all the phenomena of SPAM existing to date, and does not provide, therefore, all the elements necessary to combat effectively such practices.

Sommario: 1. Introduzione al documento; 2. I principi fondamentali e lo stato dell'arte dell'azione del Garante; 3. Le situazioni esaminate dal Garante; 4. Nuove forme di Spam; 5. Le sanzioni; 6. Prime impressioni sulle Linee-Guida.

1. Introduzione al documento

Il Garante Privacy, a seguito delle integrazioni intervenute nella normativa di settore e dei numerosi provvedimenti specifici adottati nell'ultimo decennio, ha messo a punto un provvedimento [1] al fine di riunire le principali problematiche inerenti le comunicazioni commerciali non sollecitate a mezzo di sistemi di comunicazione elettronica (c.d. SPAM [2]), fornendo così linee guida sul tema.

2. I principi fondamentali e lo stato dell'arte dell'azione del Garante

Nella prima parte del documento analizzato [3], il Garante, premessa una rapida ricognizione delle modifiche normative intercorse dal 2003 [4] ad

oggi in materia di e-mail marketing, censisce i nuovi ambiti oggettivo e soggettivo dello SPAM:

- sostanzialmente poco è cambiato, per ciò che attiene l'ambito oggettivo: con espresso riferimento alle prescrizioni di cui al vigente Codice Privacy, il Garante qualifica lo SPAM come l'insieme delle "comunicazioni per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, effettuate, in violazione delle norme del Codice, con sistemi automatizzati di chiamata senza operatore (c.d. telefonate pre-registrate) oppure con modalità assimilate alle prime (quali e-mail, fax, sms, mms)"[5].

- l'ambito soggettivo, invece, risulta aver subito alcuni rilevanti cambiamenti, nel tempo:

i. A seguito delle modifiche introdotte dal "Decreto Salva Italia"[6], le persone giuridiche o assimilate sono state rimosse dalle definizioni di "interessato" e di "dato personale", e pertanto non possono, allo stato, avvalersi dei mezzi di tutela predisposti dal Codice Privacy per le persone fisiche.

ii. A compensazione della perdita di cui al precedente punto, l'implementazione della Direttiva c.d. *e-privacy* [7], ha sostituito, nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche [8], la definizione di "abbonato" con quella di "contraente", riconducendo in tale ultima definizione anche le persone giuridiche; tale modifica ha consentito anche alle persone giuridiche la possibilità di esperire gli ordinari mezzi di tutela giuridica della privacy previsti dall'ordinamento, sia in sede civile che in sede penale.

iii. Il Garante precisa inoltre, in attuazione dei pareri resi dal c.d. Gruppo Art. 29, che riunisce i Garanti di vari Stati in ambito Europeo [9], che, qualora con riferimento alle attività promozionali compiute per mezzo della posta elettronica, dovesse risultare difficile distinguere se un destinatario possa essere considerato persona fisica o giuridica, dovrà aversi riguardo per il contenuto, la finalità ed il risultato della comunicazione ricevuta, per correttamente distinguere la natura del destinatario.

3. Le situazioni esaminate dal Garante

Il documento prosegue con un censimento critico delle situazioni-tipo esaminate dal Garante nell'ultimo decennio, unitamente alle conclusioni raggiunte nelle varie istruttorie. In particolare, il Garante individua i seguenti concetti fondamentali:

a) Correttezza, finalità, proporzionalità e necessità del trattamento dati, con special riguardo alla c.d. neutralità tecnologica: su tale punto, l'Autorità, nel ribadire i principi in questione, evidenzia la necessità che

i provider di posta elettronica adottino meccanismi di mutua autenticazione dei rispettivi server, per assicurare un alto livello di protezione antispam [10], implementando anche filtri specifici che permettano l'individuazione dello SPAM, senza violare la riservatezza dei destinatari delle comunicazioni via e-mail.

b) Obbligo di informativa chiara e completa, *ex art. 13 del Codice Privacy*, con speciale riguardo alle eventuali modalità automatizzate di trattamento, *ex art. 130 dello stesso Codice*: il Garante precisa, sul punto, la necessità di fornire l'informativa in questione, soprattutto per quel che riguarda le modalità eventualmente utilizzate per il trattamento dei dati, siano esse tradizionali o automatizzate e/o elettroniche. Per ciò che attiene tali ultimi trattamenti automatizzati, afferma il Garante, l'informativa, comprensiva delle categorie di dati trattati, deve essere data al soggetto ricevente all'atto della registrazione dei dati o, qualora sia prevista la loro comunicazione, non oltre la prima comunicazione dei dati in questione.

c) Obbligo di consenso preventivo al trattamento automatizzato (metodo c.d. *opt-in*): il trattamento automatizzato e/o informatizzato dei dati personali ai fini dell'invio di comunicazioni commerciali, spiega il Garante, è consentito solo con il consenso preventivo del contraente o utente. Non è lecito richiedere il consenso con la medesima comunicazione commerciale, né avvisare della possibilità di opporsi al trattamento direttamente con la stessa. In difetto dello specifico consenso preventivo, per il Garante, non è possibile inviare comunicazioni promozionali a soggetti i cui dati personali siano tratti da registri pubblici, elenchi, siti web, atti o documenti conosciuti o conoscibili da chiunque (ivi incluso l'indice nazionale degli indirizzi di Posta Elettronica Certificata delle imprese e dei professionisti). E' invece ammesso contattare telefonicamente mediante operatore, per richiedere il consenso alla ricezione di comunicazioni promozionali, i numeri presenti in elenchi telefonici che non siano iscritti al Registro pubblico delle opposizioni, e quelli presenti in elenchi pubblici vincolati per legge alla raccolta e registrazione per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altri trattamenti in termini compatibili con tali scopi. In coerenza con le previsioni descritte, il consenso preventivo al trattamento dei dati deve essere espresso anche ai dati raccolti dal professionista nell'ambito di contratti a distanza.

d) Requisiti specifici per la validità del consenso prestato: il Garante, sintetizzando le principali situazioni esaminate negli anni, ed espressamente riferendosi all'art. 23, comma 3 del Codice Privacy, specifica che il consenso al trattamento deve essere "libero, informato, specifico, con riferimento a trattamenti chiaramente individuati [11] nonché documentato per iscritto".

Tutti i requisiti così riepilogati sono cumulativi ed indefettibili, con le precisazioni che seguono. In particolare:

- i. il consenso per l'attività promozionale non deve essere preimpostato (nemmeno posizionando un automatico "*flag*" nella casella specifica su moduli elettronici);
 - ii. il consenso deve essere specifico per ciascuna eventuale finalità perseguita e per ciascun eventuale trattamento effettuato, inclusa, in particolare, la comunicazione a terzi per l'invio di loro comunicazioni promozionali. Sul punto, il Garante specifica che le finalità devono essere espressamente palesate nell'informativa (ad es.: "trattamento dati finalizzato a *marketing*, profilazione, comunicazione a terzi di dati"), ma, qualora l'insieme delle attività promozionali elencate sia funzionale a perseguire un'unica finalità "*latu sensu*" di *marketing*, il consenso può essere prestato in un'unica formula, senza richiedere separate accettazioni, che potrebbero disorientare l'utente e complicare l'operatività del richiedente. Allo stesso modo, qualora la finalità di *marketing* sia uniforme, ma sia espletata sia mediante mezzi tradizionali che mediante mezzi automatizzati/elettronici, il Garante ammette la prestazione di un unico consenso per entrambe le modalità, a condizione che siano chiarite con esattezza le modalità utilizzate, le misure di protezione per ciascuna modalità e che sia consentito all'interessato il diritto di opporsi al trattamento in tutto o in parte.
- e) Consenso specifico alla comunicazione e/o cessione dei dati a soggetti terzi per fini di *marketing*: in merito a tale ipotesi, il Garante individua due sotto-categorie;
- i. La comunicazione a terzi per finalità di *marketing* "in generale", per la quale è richiesta una previa informativa idonea, che individui, oltre agli elementi di cui all'art. 13 del Codice Privacy, anche ciascuno dei terzi cessionari o, in alternativa, le categorie economiche o merceologiche di appartenenza degli stessi. Il consenso all'informativa in questione dovrà essere separato dal consenso richiesto al titolare del trattamento per svolgere esso stesso attività promozionale. Qualora i terzi soggetti siano individuati specificamente e siano rispettati i requisiti di cui all'art. 13 del Codice Privacy, non sarà necessaria ulteriore informativa all'utente contattato; in difetto di tali elementi, i terzi dovranno fornire all'utente contattato ogni opportuna informativa comprensiva dell'origine dei dati trattati.
 - ii. La comunicazione dei dati a terzi che siano società controllate, controllanti o comunque a vario titolo collegate al soggetto che ha raccolto i dati: relativamente a tale configurazione, puntualizza il Garante, le società terze così descritte devono essere considerate come società distinte, e necessitano dunque di separata informativa,

oppure, in alternativa, della precisa individuazione all'interno dell'informativa originaria.

f) Prestazione del consenso in ambiente digitale: da sempre sensibile allo sviluppo dell'*e-commerce* e dei mezzi di comunicazione digitale, il Garante prevede espressa deroga all'acquisizione del consenso per iscritto, a condizione che esso risulti ugualmente espresso con modalità documentabili ed idonee a darne prova. Il Garante consente, sul punto, l'acquisizione del consenso a mezzo di casella selezionata mediante apposito "*flag*", alle condizioni già specificate nei precedenti punti.

g) Previsione di una eccezione per il c.d. "*soft SPAM*", vale a dire per l'invio di posta elettronica promozionale ad alcune specifiche condizioni: il Garante, prendendo atto della prassi consolidata in materia, consente che il titolare del trattamento preveda la possibilità di utilizzare i dati acquisiti per la vendita di un prodotto o servizio per la sola promozione di propri prodotti o servizi, analoghi a quelli acquistati dall'utente, salva sempre la facoltà dell'utente in questione di opporsi a tale uso.

h) Titolarità delle attività di trattamento effettuate mediante agenti o altri terzi: il Garante, in conseguenza di una prassi deteriorata esaminata negli ultimi anni, e consistente nella de-localizzazione del trattamento dei dati presso agenti o soggetti terzi ai fini di elusione delle responsabilità di cui al Codice Privacy, chiarisce con il provvedimento in commento chi tra il soggetto promotore e il terzo incaricato debba considerarsi effettivo titolare del trattamento dei dati. Il criterio adottato è quello del ruolo preminente nel trattamento dei dati in questione: qualora il soggetto definitosi promotore, dunque, assuma decisioni relative alle finalità e modalità di trattamento, fornisca istruzioni e direttive vincolanti e svolga verifiche e controlli sull'attività dell'agente incaricato, dovrà essere considerato effettivo titolare, ai sensi dell'art. 28 del Codice, a prescindere dalla difforme qualificazione contrattuale eventualmente assunta. Il soggetto promotore dovrà altresì nominare responsabile il soggetto agente od altro terzo di cui si avvale per l'attività di promozione, salvo che tale soggetto non sia un mero incaricato a compiere specifiche azioni sotto la stretta direzione del soggetto promotore.

i) Invio di comunicazioni commerciali via fax mediante piattaforme di società estere: constatato il persistere di fenomeni di invio di comunicazioni commerciali non richieste, in orari non regolamentati, tramite le apparecchiature di società ubicate all'estero e con metodologie che prevedono l'invio via internet o via server fax esteri, il Garante precisa anzitutto che anche al trattamento dei dati effettuato con tali mezzi trova applicazione il Codice Privacy Italiano [12]. Di conseguenza, ai sensi della normativa vigente, sarà considerata titolare

responsabile l'impresa italiana che si avvalga di tali piattaforme di terzi oppure il terzo proprietario delle piattaforme in questione, qualora promozioni propri beni e/o servizi. Il Garante ricorda, dunque, l'obbligo per il titolare di prevedere, per ogni comunicazione fax in uscita, una apposita casella informativa del trattamento effettuato, fermo restando l'obbligo di acquisire previamente il consenso specifico agli invii promozionali, e quello di consentire al tempo stesso la possibilità per i destinatari di esercitare i diritti di cui all'art. 7 del Codice Privacy, con metodologie rapide, agevoli ed efficaci.

- j) Utilizzo di *mailing-list* per invio di email e/o sms: fermi restando i già ricordati obblighi di previa informativa e di predisposizione di meccanismi per l'esercizio dei diritti di cui all'art. 7 del Codice Privacy, anche qui applicabili, il Garante ha altresì cura di specificare la necessità, per chi provvede a tali invii, di utilizzare metodi che consentano la reciproca riservatezza degli indirizzi e/o dei numeri telefonici dei destinatari presenti nella lista (apprezzabile in tale sede, l'esplicito riferimento, compiuto dal Garante, all'utilizzo del CCN [13] per l'invio di e-mail a molteplici destinatari).

4. Nuove forme di SPAM

La parte finale delle linee guida del Garante si concentra sulle nuove forme di comunicazione commerciale, che si sono sviluppate nel corso degli ultimi anni, di pari passo con i nuovi strumenti digitali.

Il Garante individua due fenomeni fondamentali, e fornisce alcune indicazioni di base per la valutazione di entrambi:

a) Il c.d. "*social SPAM*": con tale espressione, il Garante individua l'insieme delle operazioni mediante le quali lo *spammer* veicola messaggi e link promozionali attraverso le reti sociali online [14]. L'Autorità ricorda anzitutto che tutti i messaggi promozionali inviati agli utenti dei social network, sia in privato che in pubblico, sono comunicazioni commerciali a tutti gli effetti e sono pertanto soggetti alla disciplina del Codice Privacy [15]. In egual modo, la vigente normativa privacy trova applicazione anche nei confronti dei messaggi promozionali inviati tramite "strumenti o servizi sempre più diffusi tipo Skype, WhatsApp, Viber, Messenger, etc. [16]". Scopo principale dichiarato del Garante è quello di impedire che privacy policy eccessivamente semplificate diano origine ad indiscriminate profilazioni degli utenti per fini di "spam mirato". Ciò premesso, il Garante individua e disciplina le seguenti situazioni-tipo specifiche:

- i. L'invio di messaggi a scopo meramente personale: in questo caso, la pubblicità è elemento solo eventuale della comunicazione, in quanto trattasi di messaggi a carattere non seriale, inviati da un

utente all'altro al solo scopo di consigliare un prodotto di terzi; nessuna specifica autorizzazione al trattamento è pertanto richiesta dal Garante.

ii. L'invio di messaggi promozionali ad un utente di un social network, tramite il *social network* stesso o l'email associata al profilo su di esso presente, da parte di un'impresa che ha trattato i dati personali pubblicati sul *social network* in questione: in questo caso, precisa il Garante, il trattamento deve tendenzialmente considerarsi illecito, salvo che il mittente della comunicazione promozionale non dimostri di aver correttamente acquisito dal ricevente il consenso preventivo, specifico, libero e documentato di cui all'art. 130, commi 1 e 2 del Codice Privacy.

iii. L'iscrizione dell'utente del *social network* alla "*fan page*" di una determinata impresa ed il successivo invio di comunicazioni promozionali dei propri servizi, da parte dell'impresa in questione al proprio "*fan*", sia tramite il *social network* che tramite l'email associata al profilo presente su di esso: in questo caso, la comunicazione promozionale può considerarsi lecita, afferma il Garante, se dal contesto o dalle modalità di funzionamento del social network, anche sulla base delle informazioni fornite, può evincersi in modo inequivocabile la manifestazione, da parte del soggetto ricevente, del consenso alla ricezione di messaggi promozionali da parte di una determinata impresa. Ciò, in ogni caso, facendo sempre salva la possibilità per il social network di predisporre meccanismi che consentano ai propri utenti di impedire la ricezione di SPAM da uno specifico contatto e/o segnalarlo come *spammer*.

iv. Per ciò che riguarda i contatti e/o "amici" dell'utente sul social network [17], dei quali siano visualizzabili numeri di telefono e/o indirizzi di posta elettronica, l'impresa che intenda inviare legittimamente comunicazioni promozionali a tali recapiti dovrà previamente acquisire da ciascun contatto e/o "amico" lo specifico consenso per effettuare l'attività promozionale.

- b) Il c.d. "*marketing virale*": con tale termine, il Garante individua quella peculiare evoluzione tecnologica del tradizionale "passaparola", che vede le attività promozionali di un soggetto concentrarsi su pochi destinatari, così da poter sfruttare la capacità comunicativa di tali soggetti per trasmettere il messaggio promozionale ad un numero elevato di destinatari finali. Ferma restando la già trattata eccezione del "consiglio" amicale in sede di comunicazione personale, il quale non è effettivamente soggetto alla normativa del Codice nemmeno quando sia fornito mediante strumenti automatizzati [18], quando l'attività promozionale per il tramite di singoli terzi utenti viene svolta con modalità automatizzate e per finalità di *marketing*, essa può rientrare nella nozione di SPAM, se non risultano rispettati i principi e le norme

del Codice Privacy, in particolare per ciò che attiene agli articoli 3, 11, 13, 23 e 130 del Codice stesso.

5. Le sanzioni

In conclusione delle linee guida, il Garante riassume brevemente le sanzioni applicabili in caso di accertata violazione delle disposizioni del Codice Privacy:

- da un lato, la possibilità di incorrere in sanzioni amministrative come quelle di cui agli artt. 161 e 162, comma 2-bis del Codice Privacy stesso;
- dall'altro l'obbligo del Garante di denunciare violazioni della privacy che possano costituire ipotesi di reato, per l'eventuale applicazione della sanzione penale di cui all'art. 167 del Codice Privacy.

6. Prime impressioni sulle linee guida

All'esito dell'analisi compiuta, è opportuno puntualizzare come il provvedimento reso dal Garante sia caratterizzato da una versatilità abbastanza limitata: da un lato, infatti, va riconosciuto il pregevole sforzo compiuto dall'Autorità per sintetizzare principi ed obblighi, raccolti nell'ultimo decennio, in materia di privacy e comunicazioni commerciali e la dichiarata rinnovata attenzione nei confronti delle tecnologie informatiche; dall'altro, tuttavia, il quadro delle prescrizioni fornito non sembra essere ancora completamente calzante, e peraltro è dubbia la sua applicazione ai più recenti fenomeni digitali.

Il primo rilievo che può essere mosso al provvedimento riguarda proprio le definizioni: la descrizione di cosa si debba intendere per "SPAM", fornita in apertura del documento, appare generica; come già rilevato, la definizione viene costruita in base a previsioni già esistenti nel Codice per la Protezione dei Dati Personali, ma il Garante perde l'occasione per includere tale definizione nel Codice stesso, ritenendo forse sufficienti i riferimenti tracciati [19]. In realtà, il fenomeno così come circoscritto dalla definizione del Garante appare fortemente limitato, rispetto a quella che è l'effettiva estensione dello spam: sono, infatti, considerate "lesive" solo quelle modalità di comunicazione pubblicitaria non autorizzata che coinvolgono direttamente i recapiti dei soggetti interessati (numero di telefono, fax, indirizzo di casa, indirizzo e-mail), con l'effettivo invio di materiale pubblicitario; oggi, tuttavia, la definizione di spam non può e non deve essere limitata alla sola ricezione di pubblicità al proprio domicilio (virtuale o fisico che sia) [20]: un *cookie* che memorizza le preferenze e/o gli acquisti di un soggetto per proporre *banner* pubblicitari tematici, infatti, ben può essere considerato anch'esso strumento per comunicazione

commerciale [21]. Nelle linee guida in esame non si rinviene tuttavia alcun accenno ai *cookies*, che pure sono stati oggetto di approfondimento e disciplina (sia in ambito comunitario, che italiano), in sede di attuazione della Direttiva *e-privacy*. Ugualmente ignorato dal Garante sembra il fenomeno del c.d. *Spam 2.0*, che si propaga anch'esso senza il necessario invio di comunicazioni ad indirizzi di corrispondenza degli utenti del web; un esempio concreto e chiarificatore è quello di un algoritmo di ricerca che utilizza le informazioni inserite da un utente per promuovere "risultati sponsorizzati" tra le prime voci disponibili. Il risultato di tale meccanismo ha anch'esso carattere di comunicazione commerciale [22], tuttavia tale pratica non sembra contemplata nelle definizioni e nelle prescrizioni fornite dal Garante nel provvedimento n.330/2013 [23].

A quanto accennato va aggiunto che le c.d. "nuove modalità di spam" descritte dal Garante hanno contorni troppo definiti e scontano quindi le limitazioni di una tale scelta: le fornite definizioni di "*social spam*" e "*marketing virale*" sono infatti adatte a coprire solo un ridotto novero di casistiche, rispetto a quelle realmente configurabili grazie alle forme di trattamento dei dati personali per fini promozionali già esistenti [24]. In particolare, il Garante trascura di menzionare quelle modalità di raccolta dei dati personali di terzi che sfruttano gli stessi utenti/acquirenti di un bene o servizio, in maniera più ampia e pervasiva di quanto viene definito come "*marketing virale*": si pensi alla possibilità, offerta già oggi sia da servizi tradizionali che informatici, di "consigliare" gli stessi a propri amici, fornendo in tale sede indirizzi e recapiti altrui ad un fornitore, che li potrà utilizzare per sollecitare a più riprese l'acquisto/utilizzo di propri prodotti o servizi al soggetto segnalato [25].

Altro appunto critico riguarda le casistiche censite dal Garante per ricavare le linee guida in esame: anche in questo caso, benché il documento contenga svariati riferimenti a casi di spam via telefono, fax ed email, pochi sono i casi utilizzati per la definizione delle "nuove tipologie di spam".

L'acquisizione del consenso al trattamento per fini commerciali dei dati personali è parte integrante, ad oggi, delle condizioni d'uso di molteplici servizi digitali di varia natura (non solo social network o siti di *e-commerce*), soprattutto in ragione dello sviluppo (e del successo) di nuovi modelli di *business*; detti modelli permettono agli utenti l'utilizzo di un servizio a costi ridotti o persino gratuitamente, "spendendo" in cambio il trattamento dei propri dati personali per l'invio di comunicazioni commerciali da parte del fornitore e/o di terzi soggetti, oppure accettando di farsi "profilare" in maniera più o meno anonima [26]. Questo fenomeno viene in realtà solo lambito dal provvedimento in commento [27], ma il Garante sembra scegliere di non inserirlo nell'elenco delle casistiche esaminate; più efficace sarebbe stato, forse, fornire alcune indicazioni specifiche al riguardo, nella prospettiva di espansione del fenomeno, così da perimetrare il rispetto della privacy anche in tale ambito, preservando al

tempo stesso uno tra i più utilizzati ed apprezzati strumenti di compensazione per i servizi offerti in modalità digitale [28].

In conclusione, l'azione del Garante, nell'ambito dei fenomeni descritti, è ancora agli inizi e gli interventi di tutela sono stati, per ora, limitati a specifiche fattispecie; tuttavia *tracking cookies*, trattamenti per interposta persona ed altre pratiche affini sono già attive da tempo, sia all'estero che in Italia, ed hanno già consolidato la loro presenza nei confronti del pubblico. L'ingresso sul mercato di dispositivi elettronici potenzialmente sempre più invasivi della *privacy* (sia di chi li adopera che degli utenti terzi) [29], richiederà l'introduzione di una più adeguata normativa, anche per ciò che riguarda le comunicazioni commerciali ed il marketing mediante profilazione, per evitare che la semplicità tecnologica di tali strumenti giunga a creare prassi di trattamento difficilmente modificabili da un intervento a posteriori, da parte del Garante.

Il provvedimento analizzato, dunque, si dimostra ancora incompleto, sia dal punto di vista ricognitivo, che da quello prescrittivo: esso è ancora troppo legato a fenomeni "tradizionali" di spam, trascura di disciplinare fenomeni già esistenti di trattamento dati per finalità di invio pubblicitario, e rischia di diventare rapidamente desueto, in conseguenza dello sviluppo di nuove e più aggressive modalità di raccolta dei dati personali, legate ai nuovi mezzi di acquisizione del consenso.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Provvedimento del 4 luglio 2013, n.330, pubblicato in G.U. n. 174 del 26 luglio 2013.

[2] In ossequio all'omonimo marchio di carne in scatola americana, che per primo fu oggetto di molteplici e pervasive campagne pubblicitarie su ogni mezzo di comunicazione al pubblico allora esistente.

[3] Reperibile in versione integrale sul sito web del Garante, al seguente indirizzo: <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=2542348>

[4] E precisamente dal 29 maggio 2003, data in cui il Garante adottava il precedente provvedimento generale inerente "Regole per un corretto uso dei sistema automatizzati e l'invio di comunicazioni elettroniche", ormai desueto in ragione della successiva sostituzione della legge n. 675 del 31 dicembre 1996 con l'attuale Codice in materia di protezione dei dati personali, d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003.

[5] Il riferimento è all'art. 7, comma 4, lettera b). E' interessante, sul punto, notare come questa sia probabilmente la prima volta che il Garante riferisce il colloquiale termine "SPAM" a previsioni del Codice Privacy, pur

non ritenendo opportuno, come si dirà, di introdurre una definizione *ad hoc* nello stesso Codice.

[6] D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, come convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n.214

[7] Direttiva 2009/136/CE del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009, che ha di fatto integrato e modificato la già vigente Direttiva 2002/58/CE, “relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche” implementata con D.lgs. 28 maggio 2012, n. 69.

[8] D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

[9] Il Garante fa espresso riferimento ai pareri n. 4/1997 e 5/2004 del Gruppo.

[10] La genericità dell’espressione non permette una interpretazione chiara della prescrizione: in particolare, fermo restando il rispetto della privacy degli utenti, non è agevole comprendere a che livello, nelle intenzioni del Garante, i fornitori di servizi di posta elettronica debbano coordinare reciprocamente l’azione dei propri filtri antispam e scambiarsi informazioni sugli utenti spammer in regime di neutralità tecnologica pura. E’ presumibile che il Garante torni in un prossimo futuro a specificare il dettaglio delle misure, in questa sede solo tratteggiate.

[11] La delimitazione dei trattamenti effettuati rispecchia il principio del c.d. *purpose limitation*, recentemente riaffermato, in ambito comunitario, dal Gruppo Art. 29, con il parere WP #203, reperibile all’indirizzo: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf

[12] Il criterio implicitamente richiamato dal Garante per l’imposizione degli obblighi di cui al Codice Privacy è quello del luogo in cui la comunicazione viene ricevuta, in aperto contrasto con i differenti criteri (sede del professionista, luogo di invio della comunicazione, ecc.) sostenuti a più riprese dai professionisti oggetto di scrutinio e sanzione da parte del Garante.

[13] Acronimo per “Copia Carbone Nascosta”, opzione mediante la quale è possibile inviare la stessa email a più destinatari senza che gli stessi possano visualizzare gli altri indirizzi ai quali la comunicazione è inoltrata.

[14] L’intervento in questione va inquadrato nell’ambito della campagna “connetti la testa”, avviata dal Garante per sensibilizzare gli utenti dei *social network* sul corretto utilizzo di tali strumenti e sui rischi della incontrollata e spesso inconsapevole condivisione di dati personali in rete (<http://www.garanteprivacy.it/connettilatesta>).

[15] In questo caso, il criterio adottato dal Garante è quello del contenuto dei messaggi veicolati, e ciò implica che la valutazione in sede di istruttoria sarà compiuta secondo una logica di c.d. *case by case*.

[16] Andando oltre il certamente veniale errore ortografico (Messenger invece che Messenger, riferito alla rete di messaggistica istantanea online

di Microsoft), non deve stupire che il Garante rivolga la disciplina anche ad uno strumento di messaggistica già dismesso dal produttore (MSN Messenger è stato sostituito integralmente da Skype, a decorrere da Aprile 2013, in ragione dell'acquisizione di tale ultimo strumento da parte di Microsoft): come abbiamo detto in precedenza, le linee guida in esame sono prevalentemente costituite da un coacervo di casistiche sottoposte negli anni al Garante, e dunque l'orientamento riassunto in materia si è formato anche a seguito segnalazioni che riguardavano tale dismesso strumento.

[17] Il riferimento al social network per antonomasia Facebook è costante nel documento, segno della particolare attenzione prestata dal Garante a tale mezzo di aggregazione in rete.

[18] Si dirà, *infra*, della effettiva pericolosità di tale esclusione, in rapporto alla diffusione di fenomeni pubblicitari che sfruttano proprio la tecnica del "consiglio amicale".

[19] A ben vedere, anche nelle Direttive UE che riguardano il settore (95/46/CE, 2002/58/CE e 2009/136/CE), non compare la dicitura "spam". Tuttavia, tale assenza è giustificata dalla previsione, in esse, dell'espresso obbligo, per i legislatori dei singoli Stati Membri, di "adottare le misure appropriate per garantire che le comunicazioni indesiderate allo scopo di commercializzazione diretta, in casi diversi [da quelli tradizionali] non siano permesse se manca il consenso degli abbonati o utenti interessati [...]" (art. 13, comma 3, Direttiva 2002/58/CE).

[20] E' interessante notare come proprio le Direttive UE in materia di diritto alla privacy, pur essendo datate, non sembrano prevedere alcuna preventiva limitazione delle modalità di manifestazione e propagazione dello spam.

[21] Sul punto, deve darsi risalto anche alla tendenza diffusa, da parte dei siti web che adoperano tecnologie di c.d. *tracking cookies* e similari, a rimandare i propri utenti alla lettura delle condizioni di utilizzo e trattamento dei terzi soggetti che forniscono tali tecnologie, con una evidente asimmetria informativa nei confronti del soggetto i cui dati sono trattati, che sarebbe forse meritevole di adeguato approfondimento sia normativo che di tutela.

[22] Trattasi di quello che è stato definito "*Web Spam*"; sul punto, si veda anche la breve analisi di GYONGYI / GARCIA-MOLINA "*Web Spam Taxonomy*" in *First International Workshop of Adversarial Information Retrieval on the Web (AIRWeb 2005)*, disponibile all'indirizzo <http://ilpubs.stanford.edu:8090/771/>.

[23] Il citato concetto di "*Spam 2.0*" ha dunque radicalmente alterato l'originaria definizione di spam. Volendo ipotizzare una definizione aggiornata, oggi dovrebbe ritenersi "spam" qualsiasi pratica non espressamente richiesta o autorizzata dagli utenti che preveda la

proposizione agli stessi di iniziative pubblicitarie di vario genere, tramite mezzi di comunicazione di qualsiasi natura.

[24] Come si è accennato, il Garante sembra fermo, nel provvedimento, alle posizioni espresse dal Gruppo Art. 29, in ambito comunitario, con l'opinione n.5/2004 "*on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC*" (disponibile all'indirizzo:

http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp90_en.pdf), mentre il Gruppo in questione ha, nel tempo e con opinioni e raccomandazioni successive, affinato e, in taluni casi, superato tali posizioni (un appropriato documento di riepilogo del corrente stato dei lavori del Gruppo è la dichiarazione del 27 febbraio 2013, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_reform_package_en.pdf).

[25] Si noti che la moltitudine dei soggetti clienti a cui è rivolto lo strumento della "segnalazione ad un amico" e la circostanza che l'opzione in questione non sembra affatto espressamente predisposta per far "emergere la volontà dei promotori di avviare una campagna promozionale", esclude che la stessa possa essere considerata "*marketing virale*". Tuttavia, data la serialità dello strumento, non si può fare a meno di ritenerlo, perlomeno a livello concettuale, una pratica di spam, che si concretizza grazie ad una autorizzazione al trattamento ottenuta per interposta persona.

[26] Il Garante si è per verità già espresso in più occasioni, in tema di profilazione per fini statistici e di *marketing* in rete, eppure, inspiegabilmente, ha ritenuto di non includere riferimenti aggiornati alla disciplina di tali prassi, all'interno delle linee guida in commento. Il riferimento più aggiornato alle pratiche di profilazione, nel documento, risale al 2005 (provvedimento del 24 febbraio 2005, in tema di c.d. *fidelity cards*), mentre avrebbe potuto essere citato ben più recente indirizzo in materia (si vedano i provvedimenti del 25 giugno 2009 e del 7 ottobre 2010, rispettivamente reperibili agli indirizzi: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1629107> e <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1763037>).

[27] La parte delle linee guida riferita all'obbligo di informativa preventiva, per la sua naturale ampiezza, si presta, infatti, ad essere estesa anche a tali fenomeni.

[28] In tema di profilazione dell'utenza, il Gruppo Articolo 29 ha già ravvisato, con un breve *advice paper* del 13 maggio 2013, la possibile necessità di riformare l'art. 20 della Direttiva 2002/58/CE, proprio per introdurre una definizione del fenomeno. Il citato *paper* è reperibile al

seguito indirizzo: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130513_advice-paper-on-profiling_en.pdf.

[29] Il riferimento non deve limitarsi ai soli *Google Glasses*, le cui dirompenti criticità per la privacy sono già all'esame dei Garanti europei, ma anche ad altri dispositivi che sono già presenti sul mercato (come ad esempio i più recenti *smartphone*, capaci di profilare e tracciare i comportamenti degli utenti, allo scopo di proporre pubblicità, applicazioni e/o servizi conferenti alle abitudini rilevate).

**QUADERNI DI
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA
Numero 2 - 2013
Anno III
www.dimt.it
ISSN (Online edition): 2239-7442**