QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numero 2/3
Anno II
Aprile/Settembre 2012

CON CONTRIBUTI DI:

Anna Chiara Calabrese, Monica Di Genova, Giuseppina Napoli, Gilberto Nava, Eleonora Sbarbaro, Rosetta Surdo, Alessandra Taccone, Marialisa Taglienti.

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

SOMMARIO

Cultura, industria e proprietà intellettuale

Diritto d'autore e cultura libera nella società dell'informazione
di Monica Di Genova
pag. 7

Mercato, concorrenza e regolazione

Public intervention to counter the relocation of production abroad: efficiency issues
di Alessandra Taccone
pag. 40

L'evoluzione della regolamentazione dei servizi a sovrapprezzo sulle reti mobili
di Gilberto Nava
pag. 57

La disciplina dei prezzi predatori dal Trattato C.E.C.A. all'art. 102 T.F.U.E.
di Rosetta Surdo
pag. 106

La concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3, c.c.: una clausola generale ancora aperta. Nota alla sentenza del Tribunale di Torino, Sez. IX civile, 2 febbraio 2012
di Marialisa Taglienti
pag. 133

Pratiche commerciali e tutela dei consumatori

L'azione di classe a tutela del consumatore contro pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali delle imprese
di Eleonora Sbarbaro
pag. 169

Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie

I Decreti legislativi 28 maggio 2012 n. 69 e n. 70: emendamenti al Codice delle Comunicazioni Elettroniche e al "Codice Privacy"
di Giuseppina Napoli
pag. 194

Osservatorio di Diritto Comparato

The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) and the impact assessment on intellectual property
di Anna Chiara Calabrese
pag. 221

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI REFEREE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Roberto Bocchini
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Raffaele Trequattrini
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

COMITATO EDITORIALE

- 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)
- 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 dè 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 deli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
- 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
- Cristina Schepisi, Università degli studi di Napoli Parthenope
- 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
- Michele Contartese
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Antonio Liguori
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Marco Scialdone
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Ferdinando Tozzi

Diritto d'autore e cultura libera nella società dell'informazione

di
Monica Di Genova

Abstract
Almost forty years has passed from the birth of Internet; since then, the net has overwhelmed official channels of spread of the knowledge.
The principles of freedom and sharing, which were the basis for the start and the development of the web, enabled the creation of a so-called "diffused power society", where everybody has the right to inform and to be informed. If this is an advantage in the exchange of creative contents and in the direct access to knowledge, the freedom of the net cannot be synonym of anarchy. This is especially true if we focus on the author's rights of the creative contents shared online.
The tension between copyrights and spread of knowledge should be mitigated by searching a balance between access and protection or, better perhaps, author's fair retribution.
Since the net is capable to host every kind of data and informations, it is easy to commit there those kind of crimes whose basis are the spread and the use of those data and informations.
In the complex dynamics bound with the crimes committed online there is the problem to portray the responsibility, in addition to the one of the crime perpetrator, of the network operators, specifically the Internet Service Providers (ISPs). The Italian and European legislators tried to outline this responsibility in the last twenty years, reaching to conclusions not widely accepted, in particular from the so-called "people of the web".

A ormai quasi quarant'anni dalla nascita di Internet si può indubbiamente affermare che la Rete ha travolto i canali ufficiali di diffusione della conoscenza. I principi di libertà e condivisione, che hanno reso possibile la nascita e lo sviluppo del *web*, hanno permesso la costruzione di una società a "potere diffuso", nella quale tutti hanno il diritto di informare e di essere informati.
Se ciò pone vantaggi relativamente allo scambio di contenuti creativi e all'accesso diretto alla cultura, la libertà della rete non può certamente essere sinonimo di anarchia della rete, soprattutto con riguardo alla tutela dei titolari dei diritti sui contenuti creativi diffusi *on line*. La tensione esistente tra diritto d'autore e diffusione della conoscenza dovrebbe essere temperata dalla ricerca di un equilibrio tra accesso e protezione o, meglio, giusta remunerazione dell'autore.
Posto che la rete è in grado di ospitare dati ed informazioni di ogni tipo possono in tale sede essere agevolmente consumati tutti gli illeciti che si

fondano sulla diffusione o sulla utilizzazione di tali dati e informazioni. Nella complessa dinamica legata al tema dell'illecito on line si pone il problema dell'eventualità di configurare, oltre ad una responsabilità in capo all'autore materiale dello stesso, anche una responsabilità in capo agli operatori della rete, in particolar modo gli ISP. Proprio nel tentativo di tracciare i contorni di tale responsabilità si sono mossi il legislatore europeo ed italiano negli ultimi vent'anni, giungendo a soluzioni tuttavia non sempre condivise soprattutto da parte del c.d. popolo della rete.]

Sommario: 1. Internet e diritto d'autore. *Selling Wine without Bottles on the GlobalNet;* 2. Cenni alla normativa di riferimento: la sfida del diritto d'autore nell'era digitale; 3. La responsabilità degli Internet Service Providers; 3.1. Una panoramica italiana: il d. lgs. n. 70/2003, a) La responsabilità del Provider nell'attività di semplice trasporto (*mere conduit*), b) La responsabilità del Provider nell'attività di memorizzazione temporanea (*caching*), c) La responsabilità del Provider nell'attività di memorizzazione delle informazioni (*hosting*), d) L'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, e) La neutralità della rete; 4. L'evoluzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria; 5. Lo "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" dell'AGCom; 6. Conclusioni.

1. Internet e diritto d'autore. *Selling Wine without Bottles on the GlobalNet* [1]

Da strumento nato per finalità militari - grazie all'iniziativa del Dipartimento Americano per la Difesa, attraverso la costituzione dell'ente di ricerca ARPA (*United States Defense Advanced Research Project Agency*), per la realizzazione di una rete di comunicazioni efficace anche in caso di conflitto nucleare[2] e capace di sopravanzare tecnologicamente il nemico sovietico appena lanciatosi nella corsa allo spazio[3] - e utilizzato poco dopo per finalità accademiche – con l'istallazione del primo server Internet presso la UCLA di Los Angeles nel 1969[4] - Internet è diventato un mezzo di comunicazione di massa facilmente accessibile dagli utenti di qualunque parte del mondo.
La Rete ha ampliato e decentralizzato le strutture di produzione e distribuzione di informazione, cultura e conoscenza, consentendo contemporaneamente l'incremento esponenziale dello scambio sia di beni materiali, attraverso l'*e-commerce*[5], sia di beni immateriali. Il termine Internet, infatti, deriva dall'espressione *interconnected networks*, ovvero "rete di reti interconnesse"; tale connessione crea uno spazio,

comunemente definito come *cyberspazio,* dove i computer di milioni di utenti interagiscono tra di loro utilizzando protocolli di comunicazione comuni.
Proprio sotto il profilo della tutela giuridica ed economica dei beni immateriali, Internet rappresenta una rivoluzione epocale, paragonabile a quella della stampa, poiché non solo rimette in discussione i modelli giuridici ed economici di fruibilità dei beni immateriali, ma aggiunge a questi la questione della a-territorialità della loro fruizione.
L'evoluzione della tecnologia digitale, attraverso la trasformazione dell'informazione in un'espressione in codice binario, ha consentito di inserire, riprodurre e modificare dati e, dunque, intere opere con una facilità prima inimmaginabile, permettendo a qualsiasi utente di diffondere il materiale digitalizzato, moltiplicando enormemente la probabilità di lesioni del diritto d'autore. Il processo di digitalizzazione ha permesso di scindere l'opera creativa dal supporto materiale in cui necessariamente prima si estrinsecava, e di renderla, dunque, idonea a viaggiare in uno spazio virtuale non più soggetto a limiti di territorialità. Proprio le caratteristiche dell'a-materialità e a-territorialità del dato creativo trasmesso su internet, suscitando non pochi problemi di identificazione fra l'opera digitale e quella tradizionale, permettono un numero infinito di lesioni potenziali e rendono difficile la definizione della loro collocazione spaziale[6].
A fronte del dibattito scaturito dal problema giuridico della trasposizione delle vecchie categorie concettuali alle nuove situazioni verificabili nel mondo digitale, possono individuarsi varie correnti di pensiero a seconda della diversa prospettiva dalla quale viene osservato il Web; parte della dottrina, considerando la Rete una vera e propria rivoluzione nel campo delle comunicazioni, ritiene necessaria una regolamentazione *ex novo* della disciplina esistente, magari con una codificazione ripensata a livello transnazionale, perché questa non sarebbe più in grado di provvedere alla protezione della proprietà intellettuale[7]; altri, considerando Internet solo come un ulteriore fenomeno tecnologico, ritengono che le previsioni dei propri ordinamenti siano sufficientemente elastiche a coprire i problemi ad esso connessi, seppur necessitando qualche adattamento, così come è avvenuto per altre tecnologie rivoluzionarie, quali la radio e la televisione[8]; una terza corrente, più radicale, coglie nella rivoluzione informatica il momento fondamentale per ripensare l'intera disciplina della proprietà intellettuale e, partendo dal presupposto che la forza innovativa di internet sia fortemente legata alla scomparsa dei costi imposti dal mondo fisico, ritiene che la questione della tutela della proprietà intellettuale *on line* non possa essere scissa dalla re-indagine sui suoi stessi fondamenti[9]. Soprattutto le prime due correnti, nonostante le svariate differenze, riconoscono la necessità di assicurare agli autori nel *web* una protezione altrettanto intensa rispetto a quella assicurata agli autori nel

mondo reale; assumendo che medesima cosa è l'opera nel mondo virtuale ed in quello analogico, medesimi sono gli illeciti lesivi, medesima deve essere l'efficacia della tutela. Nonostante questa tesi, sicuramente prevalente, non manca chi, in posizione critica rispetto al ruolo della proprietà intellettuale nel mondo digitale, ha messo in discussione l'applicabilità delle previsioni tradizionali all'opera virtuale supponendo che queste fossero pensate per beni che necessitavano una estrinsecazione fisica e, dunque, un investimento maggiore a livello produttivo; su tali basi l'equiparazione tra opera analogica e opera virtuale non sarebbe allora possibile per la mancanza del requisito di fisicità di quest'ultima[10]. La ragione della ostilità di tale corrente all'estensione del diritto d'autore in Internet e, dunque, all'equiparazione tra opera tradizionale ed opera digitale, sta nel fatto che, ove questa equiparazione avvenisse, verrebbe implicitamente affermato che il diritto esclusivo è attribuito indipendentemente dai presupposti economici che ne hanno storicamente segnato la nascita. Questo porterebbe, sempre secondo tali autori, alla pericolosa estensione del diritto esclusivo ben oltre i motivi per il quali è stato riconosciuto, con un pronunciato sbilanciamento a favore degli interessi degli autori nei confronti del pubblico.
Si ritiene, infatti, che la creazione intellettuale debba essere considerata un bene pubblico, sia perché non suscita godimento rivale, sia perché, tanto nel contenuto quanto nella forma di espressione, risulta essere in gran parte il prodotto della società cui appartiene.
Nello specifico, la tutela su qualsiasi opera dell'ingegno trasforma quest'ultima da semplice bene di mercato, potenzialmente concorrenziale, in "minimonopolio" (ossia monopolio su quella specifica opera). La diretta conseguenza è la libertà da parte del suo possessore, che ne possiede la totalità dei diritti di utilizzo e sfruttamento, di restringere l'offerta e fissare il prezzo che ritiene per lui più vantaggioso, che sarà necessariamente superiore a quello che si avrebbe se non vigesse alcuna forma di privativa sul bene. Secondo la "teoria economica del diritto d'autore" esiste una relazione causale tra diritti di proprietà intellettuale e mercati: in sostanza, la struttura di un mercato e i comportamenti degli agenti economici che vi operano sono in buona sostanza indirizzati e circoscritti dalle norme che lo governano. A sua volta, la dottrina ha poi rilevato un nesso deterministico tra assetto tecnologico e diritti di proprietà, laddove ad ogni significativo cambiamento del primo corrisponde un radicale cambiamento dei secondi[11]. Quest'ultima relazione serve ad interpretare l'attuale rilevanza del dibattito contemporaneo sul diritto d'autore da un lato, e a spiegare la strutturale debolezza di tale diritto rispetto ad uno scenario tecnologico in radicale mutazione, segnata da un marcato spostamento dall'ambito della riproduzione delle informazioni a quello della comunicazione. La tesi economica più diffusa a sostegno del diritto d'autore è quella dell' "incentivo a creare"[12]. Dietro il concetto di proprietà intellettuale si cela

infatti un conflitto di difficile soluzione che contrappone la sfera pubblica, propria del sapere, a quella privata, propria dei mercati. Le idee sono un bene pubblico, ma lo sono anche nell'accezione economica che rimanda a particolari tipi di beni i quali non sono rivali al possesso – tutti ne possono avere senza pregiudizio per alcuno – né si esauriscono al consumo. I mercati, invece, sono luoghi economici in cui vengono allocate in modo efficiente risorse scarse e private. Data la natura pubblica delle idee, dunque, la funzione allocativa del mercato sembrerebbe superflua. Tuttavia, la teoria economica ha sollevato l'obiezione che, nonostante un bene pubblico non provochi tensioni dal lato della domanda, talvolta ne può creare dal lato dall'offerta, giacché di norma gli individui si dedicano a quelle attività dalle quali possono ricavare un beneficio, che nel contesto del mercato è primariamente pecuniario. Nel caso delle idee, in particolare, i cui costi di duplicazione sono relativamente modesti, alcuni individui, definiti *free rider*, riuscirebbero facilmente ad appropriarsene senza remunerare l'autore che, quindi, potrebbe decidere di non continuare nella sua attività creativa. In tal frangente, l'impossibilità di appropriarsi dei benefici delle attività creative avrebbe la conseguenza di dirigere il lavoro di alcuni creatori verso ambiti più remunerativi, a danno della società. Questa situazione viene indicata in letteratura come «fallimento del mercato», nel senso che il normale funzionamento del mercato (senza d.d.a.) non permetterebbe di produrre e scambiare una quantità socialmente ottimale, anche in termini qualitativi, di nuove opere dell'ingegno[13]. L'attribuzione di nuovi diritti di proprietà ad un individuo, l'autore, permette di risolvere questo problema al prezzo, però, di creare un monopolio. L'autore infatti diventa titolare del diritto esclusivo di disporre della sua creazione e ciò, nella logica del mercato, lo spinge a comportarsi da monopolista. Naturalmente, tale soluzione non è ottima in senso assoluto, in quanto il monopolio inietta un certo grado di inefficienza nel sistema economico, ma la dottrina più recente arriva a considerarla preferibile, quindi teoricamente ottimale, nel punto in cui il costo sociale dell'opera (in termini di prezzi più alti pagati dai consumatori, che costituiscono l'incentivo per il suo ideatore a produrre nuove opere) eguaglia il beneficio sociale derivante dalla disponibilità sul mercato di una nuova opera originale protetta.

Il riconoscimento di questa sorta di monopolio, tuttavia, sarebbe legata al mondo fisico, mentre nel mondo virtuale, ove i costi di produzione e diffusione dell'opera esterni all'autore scompaiono, esso andrebbe perlomeno ripensato nella sua estensione se non, secondo alcuni, addirittura eliminato[14].

Nonostante le posizioni critiche anzidette, tali problemi, se fanno discutere, non appaiono irrisolvibili alla dottrina maggioritaria; secondo i più, infatti, una volta compiuto il salto mentale che permette di equiparare l'opera tradizionale a quella digitale, anche l'equiparazione del contesto in

cui essa si trova e dei rapporti tra questa e l'autore è pressoché automatico. Se c'è un diritto esclusivo sull'opera, infatti, ci saranno potenziali violatori e ci sarà la necessità di individuare un luogo fisico in cui l'illecito viene perpetrato.

2. Cenni alla normativa di riferimento: la sfida del diritto d'autore nell'era digitale

Nonostante le perplessità sopra riportate e tuttora presenti nell'ampio e controverso dibattito sulla tutela autorale *on line*, tale tutela non è in discussione in quanto essa è essenziale anche per lo sviluppo delle reti di comunicazione elettronica che veicolano i contenuti protetti. D'altra parte, fino allo sviluppo capillare della Rete i detentori dei diritti di proprietà intellettuale non erano soliti perseguire i privati trasgressori soprattutto perché le infrazioni erano economicamente irrilevanti e generalmente non soggette ad ulteriori diffusioni[15]. Con Internet le violazioni dei singoli sono divenute potenzialmente molto più dannose per i diritti degli autori, sia per la possibilità di riprodurre e diffondere senza costo l'opera, sia per il numero sempre maggiore di trasgressori.
Sul piano della normativa di settore, a seguito della rivoluzione digitale, Stati Uniti ed Unione Europea hanno iniziato a compiere passi necessari ad aggiornare la normativa generale sul diritto d'autore, adattandola alle nuove tecnologie, anche attraverso accordi internazionali e attraverso l'armonizzazione del quadro normativo europeo, tentando di superare così il dato testuale della protezione c.d. *off line*.
Fra gli accordi più importanti è doveroso ricordare l'accordo GATT/Trips, sugli "aspetti della proprietà intellettuale attinenti al commercio" adottato a Marrakech il 15 aprile 1994, il quale ha il merito di introdurre la protezione dei programmi per elaboratore come opera letteraria ai sensi della Convenzione di Berna e le compilazioni di dati o altro materiale che a causa della selezione o disposizione del contenuto costituiscono creazioni intellettuali.
Di maggior rilevanza è altresì l'accordo OMPI sul diritto d'autore e diritto connesso (WCT WIPO - *World Copyright Treaty*), adottato dalla *WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions*, tenutasi a Ginevra il 20 dicembre 1996, ed entrato in vigore il 6 marzo 2002; tale accordo assicura la protezione dei programmi per elaboratore e banche dati secondo la formula già adottata dagli accordi Trips, e rafforza i diritti degli autori a livello di distribuzione, locazione commerciale, comunicazione al pubblico con tutti i mezzi con o senza fili, prevedendo inoltre l'obbligo per gli Stati contraenti di stabilire sanzioni contro l'aggiramento dei mezzi tecnici di protezione. Un secondo trattato OMPI è stato concluso nello stesso momento con riguardo ai diritti di artisti interpreti ed esecutori (WPPT WIPO – *Performances and Programs Treaty*).

Il WCT all'art. 8 garantisce agli autori di opere letterarie ed artistiche "il diritto esclusivo di autorizzare ogni comunicazione al pubblico, sul filo o via etere, delle loro opere"[16]. Ma è il trattato WPPT a specificare il significato del concetto di "comunicazione al pubblico". Essa viene definita quale "trasmissione al pubblico mediante qualunque mezzo, diverso dalla radiodiffusione, di suoni di una esecuzione, ovvero dei suoni o di una rappresentazione di suoni fissati su un fonogramma", comprendendo questa definizione anche "l'atto di rendere udibile al pubblico". Tale definizione, contenuta in una fonte internazionale, non fa esplicito riferimento a Internet, o a comunicazioni *on line* o telematiche; ciò nonostante l'art. 10 e l'art. 14 del trattato WPPT prevedono, a favore dei produttori e degli esecutori, il diritto esclusivo di autorizzare la messa a disposizione del pubblico, sul filo o con la tecnologia *wireless*, delle esecuzioni fissate in fonogrammi, anche digitali, in modo che ciascun utente possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente[17]. Si tratta di una norma che disciplina tutte le diverse modalità di messa a disposizione al pubblico create con lo sviluppo della c.d. *information society*, come la diffusione, comunicazione e trasmissione di contenuti *on line* e i servizi c.d. *on demand*[18].
I suddetti Trattati sono stati poi implementati dalla Decisione del Consiglio dell'Unione Europea 2000/278/CE del 16 marzo 2000[19], la quale al primo Considerando afferma che "il trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e il trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (...) concorreranno a garantire un livello di protezione equilibrato alle opere e alle altre espressioni letterarie ed artistiche, consentendo l'accesso del pubblico ai contenuti che potranno essere veicolati sulle reti telematiche".
Per quanto concerne lo specifico della disciplina comunitaria, le direttive europee riprendono in sostanza la formulazione degli accordi OMPI. In particolare, cronologicamente, è doveroso citare la Direttiva n. 2000/31/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (c.d. "Direttiva sul commercio elettronico")[20].
A seguito della citata Decisione 2000/278/CE è stata emanata, inoltre, dal Parlamento e dal Consiglio una Direttiva n. 2001/29/CE relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, recepita nel nostro ordinamento dal d. lg. n. 68/2003. Tale direttiva riprende quanto stabilito in sede di accordi internazionali, rendendo pienamente esecutivi i principi degli accordi Trips e OMPI e prevedendo mezzi tecnici di protezione molto simili a quelli previsti nel *Digital Millennium Copyright Act* americano.
Di fronte alla diffusione della tecnologia digitale e della fruizione, anche illegale, di contenuti protetti dal diritto d'autore, la Direttiva n. 2004/48/CE sul c.d. *Enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale ha inteso poi

rafforzare gli strumenti di protezione dei diritti esclusivi riconosciuti ai titolari di opere intellettuali, privilegiando gli strumenti processuali rispetto a quelli sostanziali.
Particolare importanza ha rivestito la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo "sui contenuti creativi on-line nel mercato unico" del gennaio 2008 (COM (2007) 836), in cui si è analizzato il tema delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d'autore rilevanti per la diffusione della conoscenza nell'era digitale. La Commissione ha sostenuto che lo sviluppo di servizi leciti presuppone che si affronti e risolva il problema della pirateria on-line e si chiariscano i confini tra lecito e illecito, invocando una riforma della legge[21].
Nel 2009, ancora, la Commissione europea ha indicato, attraverso la Comunicazione su "il diritto d'autore nell'economia della conoscenza" (COM (2009) 532), alcune linee operative, basate sulla supervisione di un dialogo costante fra i portatori di interessi rilevanti. Tale Comunicazione ha portato alla stesura di un documento di riflessione che, con riguardo alla sfida costituita dalla creazione di un mercato unico europeo del digitale per i contenuti creativi, illustra le sfide attuali relative a tre categorie coinvolte: i titolari del diritto d'autore, i consumatori e gli utenti commerciali.
Il dibattito comunitario riguardante l'approvazione del nuovo quadro normativo per le comunicazioni elettroniche si è incentrato in particolare sul profilo della tutela delle prerogative degli utenti di fronte ad una possibile sospensione dell'accesso a Internet nei casi di violazione dei diritti d'autore. L'accesso ai contenuti *on line* costituisce lo snodo fondamentale con il quale il legislatore e le autorità di concorrenza e regolazione del settore devono confrontarsi. A fronte di inadeguate garanzie contro restrizioni eccessive all'accesso a Internet da parte della Commissione europea e del Consiglio, il Parlamento europeo ha richiesto che i diritti degli utenti non fossero limitati senza una decisione preliminare di un'autorità giudiziaria, come previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
In seguito all'approvazione, da parte del Comitato di conciliazione, di una nuova versione di compromesso riguardante la tutela della libertà di accesso ad Internet da parte dei cittadini europei, è stata approvata la Direttiva 2009/140/CE che riconosce la possibilità di restrizione dell'uso di Internet quando appropriata, proporzionata e necessaria in una società democratica. La Direttiva, inoltre, ha eliminato l'esigenza di un intervento esclusivo dell'autorità giudiziaria, apportando una serie di garanzie procedimentali all'intervento di sospensione del collegamento.
Nel 2010 la Commissione europea ha pubblicato una relazione[22] sull'applicazione della Direttiva Enforcement (Direttiva 2004/48/CE) in cui si rilevano dati "allarmanti" riguardo al volume e al valore finanziario delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. In seguito, la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica al fine di intraprendere una

riflessione che coinvolga gli Stati membri in un progetto di protezione dei diritti di proprietà intellettuale più efficace. La Commissione ha annunciato che la consultazione pubblica sarà il punto di partenza per una proposta di direttiva che sarà presentata nel 2012. Infine, nel maggio 2011, con una Comunicazione al Parlamento europeo, la Commissione ha posto ancora una volta l'attenzione sulla necessità di un quadro globale di regolamentazione del diritto d'autore nel mercato unico digitale[23].
In una prospettiva internazionale, nel 2006 su iniziativa di alcuni Paesi occidentali, in particolare degli Stati Uniti e del Giappone, è stata intrapresa la discussione su un nuovo trattato intergovernativo in materia di lotta alla contraffazione dei beni sia su Internet sia *off line*. Il discusso progetto dell'ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) avrebbe dovuto inserire norme di maggior rigore in materia di responsabilità per violazione della proprietà intellettuale, anche di natura penale, nonché filtri sulla rete per impedire lo scambio, soprattutto *peer to peer* dei files. Nonostante le critiche sia di parte della dottrina, che, in maniera molto più pressante, da parte dell'opinione pubblica, in special modo delle associazioni dei consumatori e del popolo della rete, l'ACTA è stato siglato a Tokyo il 26 gennaio 2012 tra 22 dei 27 Stati membri dell'Unione europea, tra cui l'Italia, e gli Stati che hanno adottato l'ACTA già nell'ottobre 2011 (l'Australia, il Canada, il Giappone, la Repubblica di Corea, gli Stati uniti messicani, il Regno del Marocco, la Nuova Zelanda, la Repubblica di Singapore, la Confederazione svizzera e gli Stati Uniti d'America). Il Parlamento europeo è stato chiamato a ratificare l'accordo l'11 giugno 2012. Proprio nei giorni in cui si scrive, nello specifico il 4 luglio 2012, la ratifica è stata respinta con una significativa votazione del Parlamento europeo. Da quando la proposta dell'accordo è trapelata raggiungendo l'opinione pubblica, sono state numerose ed accese le proteste contro l'ACTA poiché oggetto di negoziati riservati fra gli Stati e ritenuto lesivo dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini europei e non europei; infatti il timore condiviso da diversi operatori nasceva dalla consapevolezza che l'entrata in vigore di un trattato simile avrebbe privilegiato gli interessi dei detentori di diritti di proprietà intellettuale, rispetto ad altri interessi di natura più generale, quali quello alla riservatezza delle comunicazioni, alla libertà di manifestazione del pensiero, al diritto di venire sottoposti ad un processo equo e non sommario.

3. La responsabilità degli *Internet Service Providers*

Tra i numerosi problemi giuridici posti dalla diffusione di Internet ve ne sono alcuni che vengono ormai comunemente riassunti nella formula "responsabilità del *provider*". Si allude, in tal modo, all'eventualità di ritenere civilmente, o anche penalmente, responsabile il provider tutte le

volte in cui la immissione o la circolazione in Rete di dati della più varia specie integri gli estremi di un illecito[24].
L'illecito *on line* può derivare dalla violazione di norme a tutela del diritto d'autore, ma anche dalla violazione del diritto alla riservatezza o di altri diritti della persona, come l'onore o la reputazione, dalla violazione di norme a tutela dei marchi, dalla violazione di norme in materia di concorrenza sleale. Posto che la rete è in grado di ospitare dati ed informazioni di ogni tipo è del tutto naturale che sulla Rete, o meglio, attraverso la Rete, possano essere agevolmente consumati tutti gli illeciti che si fondano sulla diffusione o sulla utilizzazione di dati e informazioni. Gli svariati illeciti che possono essere compiuti per mezzo della rete Internet pongono il problema relativo all'eventualità di configurare, oltre ad una responsabilità in capo all'autore materiale dell'illecito, anche una responsabilità in capo all'Internet Provider[25].
Propedeuticamente all'esame, sul piano giuridico, della problematica in oggetto appare opportuno comprendere, attraverso brevi cenni tecnici, il funzionamento della rete Internet[26], ambiente virtuale nel quale si muovono i c.d. prestatori intermediari, e l'attività e il ruolo di questi ultimi.
Nel sistema Internet la trasmissione delle informazioni dei dati avviene, materialmente, tramite impulsi trasmessi attraverso cavi in rame che sono di proprietà di alcune società e passano, per la maggior parte, accanto ai binari delle normali linee ferroviarie. Alla stazione di arrivo i "cavi dedicati" finiscono nei c.d. bocchettoni di derivazione per terminare nei computer dei prestatori intermediari di servizi che, poi, forniscono agli utenti finali l'accesso alla rete Internet. I computer dei prestatori intermediari sono chiamati *server,* perché prestano un servizio tra l'utente finale e la società proprietaria dei cavi della rete. I *server* sono in comunicazione tra di loro attraverso un linguaggio comune basato su un protocollo di comunicazione; in sostanza, dunque, il *server* è il computer che dispone delle informazioni richieste da altri computer chiamati *client* (i quali lo interrogano alla ricerca di informazioni, *file*, pagine *web* o per l'esecuzione di procedure) e Internet, di conseguenza, è una rete di computer in comunicazione tra loro.
La Direttiva 31/2000/CE ha inteso anzitutto regolamentare il servizio di "trasmissione delle informazioni" attraverso la rete, occupandosi di coloro i quali, con propri mezzi, svolgono tale servizio intermediario tra utenti finali e proprietari dei cavi. Appariva fondamentale, dunque, disciplinare le responsabilità di tutti gli intermediari della Rete perché proprio tale attività di trasporto permette il funzionamento dell'intera rete Internet[27]. Se questi intermediari si fermassero, perché troppo gravati di responsabilità, il mercato europeo si arresterebbe a sua volta perché nessun imprenditore accetterebbe il "rischio di prestare il servizio di intermediario", con la conseguenza che gli operatori economici del settore cercherebbero un mercato nel quale il regime giuridico delle responsabilità sia più

liberale[28]. Naturalmente analogo discorso vale per i diritti civili connessi alla comunicazione: si è osservato, infatti, che un eccesso di responsabilità degli intermediari potrebbe comportare il blocco del settore connesso allo stesso diritto di comunicazione e più a monte alla libera manifestazione del pensiero[29].
Detto ciò appare intuibile la delicatezza e l'importanza dell'individuazione del corretto regime di responsabilità degli intermediari della rete Internet, avendo questa un riflesso diretto non solo sul piano giuridico ma anche su quello economico e sociale.
Nell'esame della problematica in oggetto è imprescindibile individuare il ruolo svolto in concreto dal prestatore del servizio; in modo particolare, si deve accertare se l'Internet provider si sia limitato a fornire l'accesso alla rete o ad offrire alcuni servizi, oppure se abbia rivestito il ruolo di produttore diretto dell'informazione (c.d. *content provider*); in quest'ultimo caso, è indubbio che il provider sia chiamato a rispondere del proprio operato in quanto autore e non in quanto intermediario di informazioni altrui. Il problema, invece, sorge nella fattispecie in cui manchi una qualsiasi partecipazione attiva del provider alla commissione dell'illecito.
L'affermazione di responsabilità in capo all'intermediario comporta indubbi vantaggi sul versante della semplificazione probatoria e sul piano di una maggiore garanzia dal punto di vista economico a favore del danneggiato[30]; infatti, anche se ogni utente accede alla Rete mediante un codice di accesso, ciò non garantisce di poter individuare con sicurezza l'identità del soggetto che ha commesso l'illecito e può accadere, altresì, che anche se si individua il responsabile, questo si trovi in uno stato la cui normativa non permetta di perseguirlo; l'Internet provider invece rimane un soggetto sempre identificabile.

3.1. Una panoramica italiana: il d. lgs. n. 70/2003

Il d. lgs. n. 70/2003 disciplina la responsabilità del provider agli artt. 14-17, recependo, in modo pressoché invariato, gli artt. 12-15 della Direttiva sul commercio elettronico.
Gli artt. 14-16 del d. lgs. 70/2003 distinguono tre tipologie di servizi svolti dall'intermediario, rispettivamente, semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*caching*), memorizzazione delle informazioni (*hosting*). In questo modo si differenziano le condizioni che escludono la responsabilità, sulla base del ruolo effettivamente svolto dal prestatore del servizio, nel contesto in cui è svolto l'illecito. L'art. 17, invece, prevede una norma generale, la quale si applica a tutte le tipologie di servizi svolti dall'intermediario, disponendo che il provider, nella prestazione dei servizi di cui agli articoli precedenti, non ha un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, ne un obbligo generale di

ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.
Il provvedimento sul commercio elettronico non introduce, in effetti, una specifica forma di responsabilità per i provider, bensì afferma che, ferma restando l'applicazione delle altre regole di diritto comune, per andare incontro a responsabilità extracontrattuale in ordine al fatto illecito commesso *on line* dagli utenti, nei confronti del provider dovranno risultare insussistenti le condizioni espressamente previste dal d.lgs. 70/2003. Viene insomma introdotta una sorta di "immunità condizionata" dell'intermediario[31].
In sostanza, i fornitori di servizi non hanno alcuna responsabilità per i contenuti, a condizione che non intervengano in alcun modo sui contenuti stessi. Tuttavia la formulazione delle norme è tale da ingenerare non poche perplessità in relazione alla natura degli interventi dei fornitori di servizi, perché è noto che le attività di trasmissione e instradamento delle informazioni comportano sempre qualche forma di intervento che potrebbe rientrare tra le cause di non esenzione della responsabilità[32].
La responsabilità del prestatore viene dunque definita in negativo: se sussistono le condizioni di cui al D.L.vo 70/2003 allora il prestatore non potrà essere chiamato a rispondere degli illeciti commessi on-line dagli utenti. Se, viceversa, il provider pone in essere un comportamento contrario a quanto sancito dal provvedimento, allora scatterà l'obbligo di risarcire il danno prodotto. Si tratterà evidentemente di una responsabilità solidale con l'autore dell'illecito *ex* art. 2055 cod. civ.[33].

a) La responsabilità del Provider nell'attività di semplice trasporto (*mere conduit*)

Ai sensi dell'art. 14, comma 1, del decreto sul commercio elettronico, 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.
Le predette attività di trasmissione e di fornitura di accesso 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 (art. 14, comma 2).

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 dell'art. 14, appena illustrate, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse[34].
Quello del *mere conduit* è il caso specifico del fornitore di posta elettronica, oppure dell'*access provider*, il quale si limita a fornire il semplice accesso alla Rete per gli utenti, ed è equiparato al gestore di una rete telefonica (*carrier*), il quale non può certamente essere ritenuto responsabile per gli illeciti commessi dagli utenti della rete stessa, in quanto si limita a porre a disposizione una piattaforma tecnologica che l'utente usa come preferisce.
Un problema si è posto nei casi di c.d. gerarchizzazione dei contenuti, cioè quando l'intermediario adotta politiche di gestione attiva nell'istradamento degli stessi. È il caso in cui si concede banda maggiore ad alcuni servizi (ad esempio i video) rispetto ad altri (come i *voip*). In questo caso il provider, a differenza di quanto avviene nei servizi telefonici, assume un ruolo attivo nella gestione delle comunicazioni in transito.
Come chiarito nei Considerando della direttiva europea, la neutralità, e quindi l'irresponsabilità, del provider deve ritenersi sussistente tutte le volte in cui esso pone in essere una attività di natura meramente tecnica, automatica e passiva (*mere technical, automatic and passive nature*), mentre non deve in alcun modo essere coinvolto con le informazioni trasmesse e non può volontariamente collaborare con l'utente che pone in essere l'illecito. Al comma 2 dell'articolo 14 è definita l'equiparazione delle attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria (*caching*) all'attività di semplice trasporto delle informazioni, qualora il *caching* sia funzionale alla sola trasmissione delle informazioni e la durata sia proporzionata al tempo necessario per l'instradamento delle informazioni. In casi diversi si applica l'art. 15.
Ovviamente, il prestatore può essere oggetto di provvedimenti inibitori dell'autorità giudiziaria o amministrativa, anche in assenza di una sua responsabilità, al fine di impedire o porre fine ad un illecito[35].

b) La responsabilità del Provider nell'attività di memorizzazione temporanea (*caching*)

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 inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che (art. 15, comma 1):
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.
Anche in questo caso, 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 1 dell'art. 15, appena illustrato, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse (art. 15, comma 2)[36].
Il sistema di *caching* ha lo scopo di aumentare l'efficienza della Rete, conservando presso il *server* del prestatore, per un periodo di tempo limitato, le informazioni a cui hanno accesso gli utenti del servizio, in modo da favorire l'accesso alle medesime informazioni da parte di altri destinatari. Proprio il riferimento ad altri destinatari distingue l'attività di *caching* dal "*caching* equiparato al trasporto". Ovviamente, anche in questo caso il riferimento all'obbligo di non modificare le informazioni, per andare esente da responsabilità, deve essere inteso in senso sostanziale e non meramente tecnico.
Quindi, l'intermediario per andare esente da responsabilità deve conformarsi alle condizioni di contratto e a quanto previsto dal fornitore delle informazioni, il quale resta nella piena disponibilità delle proprie comunicazioni, in riferimento all'accesso alle informazioni.
Le direttive CE prevedono che la rimozione delle informazioni, o la disabilitazione dell'accesso alle medesime, deve avvenire nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure previste a livello nazionale.
Si prevede inoltre l'obbligo di rimuovere prontamente le informazioni memorizzate, o di disabilitare l'accesso a tali informazioni, non appena il provider venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano originariamente sulla rete o che l'accesso alle informazioni é stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne abbia disposto la rimozione o la disabilitazione. A tale scopo rileva il momento dell'effettiva conoscenza da parte del prestatore, ovvero della comunicazione del soggetto che ha preteso la rimozione dei contenuti. Per non incorrere in responsabilità, il provider deve provvedere a cancellare le informazioni presenti nelle copie *cache*, nel caso in cui siano state rimosse dal sito d'origine sia dai titolari del sito stesso che, eventualmente, da un organo giurisdizionale o da un'autorità amministrativa.

Anche in questo caso permane la possibilità che il prestatore sia oggetto di provvedimenti inibitori da parte delle autorità, per impedire o porre fine ad un illecito.

c) La responsabilità del Provider nell'attività di memorizzazione delle informazioni (*hosting*)

Ai sensi dell'art. 16, comma 1, del provvedimento sul commercio elettronico, 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 del destinatario, 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 risarcitorie, 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.
Le disposizioni di cui sopra non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore (art. 16, comma 2).
L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle predette attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse (art. 16, comma 3) [37].
Il caso dell'*host provider* è quindi quello del prestatore che si limita ad offrire ospitalità sui propri server ad un sito internet gestito da altri in piena autonomia.
Nell'ipotesi dei servizi di *hosting* si differenzia la responsabilità penale, per la quale è richiesta l'effettiva conoscenza delle attività o delle informazioni illecite da intendersi in senso rigoroso in conformità ai principi dell'imputabilità penale, e quella civile, rispetto alla quale si impone la valutazione di colpa per negligenza del prestatore a fronte dell'allegazione della conoscenza sostanziale di fatti o circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, senza che ciò possa implicare l'esecuzione di un controllo approfondito sui contenuti veicolati, in assenza di specifiche segnalazioni da parte di soggetti terzi[38]. Si prevede, quindi, una generale esenzione di responsabilità, ma l'esenzione non si applica qualora l'intermediario, non appena sia a conoscenza di fatti illeciti, su espressa comunicazione delle autorità competenti, non si attivi per rimuovere le informazioni illecite o per disabilitarne l'accesso, oppure, ai fini della responsabilità civile, se il provider è informato di fatti o circostanze che rendono manifesto il carattere illecito o pregiudizievole per

qualcuno dell'attività o dell'informazione e non si attivi per informare l'autorità competente. L'esenzione di responsabilità cade, inoltre, qualora il destinatario del servizio agisca sotto l'autorità o il controllo del prestatore, come nel caso dei *content provider*, venendo meno la neutralità di quest'ultimo rispetto al contenuto.
Anche in questo caso permane la possibilità per l'autorità giudiziaria di imporre l'impedimento dell'illecito o di porne fine.
L*'host provider* non è responsabile del contenuto illecito di un sito ospitato sui propri server ma gestito da un terzo, a meno di non provare un diretto coinvolgimento. Non sussiste, infatti, in capo a tale soggetto alcun obbligo giuridico di controllo del materiale contenuto negli altri siti, controllo che sarebbe peraltro estremamente difficoltoso se non impossibile data l'enorme mole di dati, oltre che di scarsa utilità, vista la possibilità che i dati siano modificati in qualsiasi momento.

d) L'assenza di un obbligo generale di sorveglianza

Nella prestazione dei servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, di cui sopra, come accennato, 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 (art. 17, comma 1). D'altra parte, fatte salve le disposizioni di cui agli artt. 14, 15 e 16 del provvedimento, già illustrate, il prestatore è comunque tenuto (art. 17, comma 2):
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.
Conseguentemente, 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 abbia 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 abbia provveduto ad informarne l'autorità competente (art. 17, comma 3)[39].
Va sottolineato che la direttiva 2000/31/CE, nel prevedere all'art. 15 l'"assenza dell'obbligo generale di sorveglianza", prevedeva la facoltà, e non l'obbligo, per gli Stati membri di stabilire a carico del prestatore quanto oggi sancito dalle lettere a) e b) dell'art. 17, comma 2, del decreto legislativo in parola[40].

e) La neutralità della rete

In sintesi i provider non possono essere ritenuti responsabili per i contenuti immessi dagli utenti fin quando rispettino la *network neutrality*, cioè fin quando si limitino a far fluire il traffico in rete, al massimo attuando operazione meramente tecniche e passive sui contenuti. Nel momento in cui un provider non rispetta più tale neutralità, ad esempio sospendendo *l'account* di un utente, secondo la suddetta legge potrebbe essere ritenuto responsabile dei contenuti immessi dall'utente medesimo, poiché si ingerisce nelle scelte relative alla trasmissione dei contenuti, selezionandoli.
Allo stesso modo, un contratto di *hosting* dove il provider si riserva la facoltà di verificare i dati immessi dall'utente e rimuovere quelli che appaiono illeciti, oppure semplicemente in contrasto con la *netiquette* o la *policy* dell'azienda, si rivela pericoloso per il provider in quanto esso dichiara in tal modo di sorvegliare i contenuti immessi dal cliente e quindi si può presumere sia a conoscenza degli eventuali illeciti. In questo modo si addosserebbe automaticamente la responsabilità dei contenuti medesimi.
In conclusione, la responsabilità del provider si configura alla stregua di una responsabilità soggettiva: colposa, quando il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; dolosa, quando egli sia consapevole anche della antigiuridicità della condotta dell'utente e ometta di intervenire.

4. L'evoluzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria

Nel contesto di continuo cambiamento appena descritto e per districare le tante difficoltà applicative della normativa in esame, la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria hanno svolto un ruolo significativo nel chiarire alcuni aspetti cruciali della disciplina del diritto d'autore *on line*, già affrontati dalle citate direttive comunitarie, tra i quali rientrano: la responsabilità imputabile agli Internet Service Provider, la difficile identificazione del giudice competente a risolvere una controversia generata dall'uso di Internet, la corretta definizione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.
Per quanto riguarda la responsabilità degli ISP, la giurisprudenza è divisa tra l'escludere le responsabilità soggettive degli stessi sulla base dell'impossibilità di un controllo preventivo su tutti i contenuti veicolati attraverso la Rete e un atteggiamento più rigoroso, volto a configurare la responsabilità dell'ISP che non intervenga per prevenire od evitare l'illecito[41].

A livello nazionale, la III sezione penale della Corte di Cassazione ha stabilito, con la sentenza n. 49437 del 23 dicembre 2009[42] (c.d. caso *"Pirate Bay"*), che l'utilizzo di tecnologie *peer-to peer* non esclude la responsabilità in capo al titolare del sito web che abbia messo a disposizione del pubblico opere protette dal diritto d'autore, nonostante il titolare del sito non detenga nei propri database l'opera protetta, detenuta invece dagli utenti che, attraverso il *peer-to-peer*, la trasferiscono direttamente ad altri soggetti. I giudici della Corte, inoltre, hanno avuto modo di affermare che in materia di circolazione di dati sulla Rete uno speciale potere inibitorio è assegnato all'autorità giudiziaria dal citato d. lgs. 70/2003, artt. 14 e 16. Come affermato dalla Suprema Corte, tale normativa nel prevedere in generale la libera circolazione di servizi, nei limiti del rispetto del diritto d'autore, quali quelli prestati dai provider per l'accesso alla Rete, contempla anche, come deroga a tale principio, che la libera circolazione di un determinato servizio possa essere limitata con provvedimento dell'autorità giudiziaria per motivi attinenti all'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati. In particolare l'art. 14, comma 3, l'art. 15, comma 2, e l'art. 16, comma 3, prevedono che l'autorità giudiziaria possa esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore del servizio impedisca o ponga fine alle violazioni commesse. Le disposizioni citate vanno lette unitamente al successivo art. 17, il quale esclude sì un generale obbligo di sorveglianza, nel senso che il provider non è tenuto a verificare che i dati che trasmette concretino un'attività illecita, ma - congiuntamente all'obbligo di denunciare l'attività illecita, ove il prestatore del servizio ne sia comunque venuto a conoscenza, e di fornire le informazioni dirette all'identificazione dell'autore dell'attività illecita- contempla che l'autorità giudiziaria possa richiedere al prestatore di tali servizi di impedire l'accesso al contenuto illecito (art. 17, comma 3). La lettura congiunta di tali disposizioni consente di affermare che sussiste un potere inibitorio dell'autorità giudiziaria penale avente il contenuto di un ordine ai provider dei servizi suddetti di precludere l'accesso a Internet al solo fine di impedire la prosecuzione della perpetrazione del reati di cui all'art. 171 *ter*, comma 2, lett. a-bis) della legge 22 aprile 1941 n. 6331[43].
Con tale inibitoria si ha quindi un rafforzamento dei mezzi di tutela del diritto d'autore in quanto alla mera sottrazione della disponibilità della cosa, attuata con la misura cautelare del sequestro preventivo del sito web riservata all'autorità giudiziaria, si aggiunge la possibilità di richiedere ai provider di escludere l'accesso al sito al fine di precludere l'attività di diffusione illecita di opere coperte da diritto d'autore.
Con la stessa sentenza, però, la Suprema Corte ha precisato che tale inibitoria deve essere rispettosa del principio di proporzionalità della limitazione dell'accesso alla Rete e ai suoi contenuti rispetto all'obiettivo di individuazione e perseguimento di reati, atteso che la circolazione di

informazioni su Internet rappresenta una forma di espressione e diffusione del pensiero che ricade nella garanzia costituzionale dell'art. 21, primo comma, della Costituzione. Con particolare riferimento al tema della giurisdizione competente per reati commessi attraverso un mezzo di per sé neutrale e a-territoriale come Internet, nella stessa sentenza, la Corte ha affrontato la questione giuridica della delocalizzazione delle condotte, chiarendo che la localizzazione del sito all'estero non fa venir meno la giurisdizione del giudice nazionale quando una parte della condotta illecita concorsuale sia avvenuta nel territorio dello Stato[44].
Ancora in tema di responsabilità imputabile agli ISP, la IX sezione civile del Tribunale di Roma, nell'ordinanza del 12 dicembre 2009[45], ha ritenuto che l'ISP, nello svolgere un'attività di intermediario, non può essere ritenuto responsabile del contenuto dei dati che trasporta e quindi non può rimuovere i contenuti illeciti o sospendere il servizio, se non in attuazione di un ordine dell'autorità giudiziaria.
Significativo è, sicuramente, il caso *Vividown c. Google*, risolto con la sentenza del Tribunale di Milano del 24 febbraio 2010[46]. Il Tribunale di Milano ha condannato tre dirigenti Google a sei mesi di reclusione (la condanna è stata in seguito sospesa) per non aver richiamato agli obblighi di legge gli utenti che avevano caricato un video che mostrava atti di bullismo nei confronti di un ragazzino Down. In capo a Google si era configurata la responsabilità per colpa con l'aggravante del fine di lucro. Il Tribunale ha argomentato che "la distinzione tra content provider e service provider è sicuramente significativa ma, allo stato e in carenza di una normativa specifica in materia, non può costituire l'unico parametro di riferimento ai fini della costruzione di una responsabilità penale degli internet providers".
Nel caso *PFA Film c. Yahoo!* del marzo 2011[47], il giudice ha riconosciuto la responsabilità del motore di ricerca Yahoo! per aver veicolato contenuti lesivi del diritto d'autore in quanto a conoscenza, perché informato dalla stessa società PFA Film, del contenuto illecito di specifici siti sorgente e quindi in condizione di esercitare un controllo successivo e impedirne il collegamento. Successivamente però, la Sezione Specializzata di proprietà intellettuale del Tribunale di Roma, in seguito a reclamo proposto da Yahoo!, ha revocato la citata ordinanza.
I Giudici hanno sottolineato che la vigente disciplina europea e nazionale in materia di tutela del diritto d'autore "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".
Il Tribunale di Roma, quindi, ha introdotto una limitazione della responsabilità a beneficio degli ISP 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".
Il titolare dei diritti che richiede di rimuovere o rendere inaccessibile un contenuto lesivo del diritto d'autore, inoltre, è tenuto a individuare l'URL -ovvero la sequenza che identifica univocamente l'indirizzo di una risorsa in Internet- del contenuto, non essendo sufficiente un generico riferimento a talune tipologie di contenuti. Altro aspetto di particolare rilievo della decisione è rappresentato da quanto i giudici sottolineano a proposito della difficoltà nell'accertare se, e in che misura, ogni atto di messa a disposizione del pubblico di un contenuto contestato risulti effettivamente abusivo. Nel caso di specie i giudici rilevano: "[…] dalla documentazione acquisita, prodotta dalla stessa parte ricorrente, risulta che la stessa P.F.A. Films s.r.l. è titolare solo di alcuni dei diritti di sfruttamento dell'opera cinematografica "About Elly" e solo per alcuni territori 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 "About Elly" – è necessario distinguere quelli provenienti da soggetti legittimati da quelli abusivi"[48].
La Corte di Giustizia dell'Ue, con decisione del 16 febbraio 2012 nella causa C- 360/10 (*Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA –SABAM- contro Netlog NV*)[49] è tornata a occuparsi dei profili di responsabilità degli Internet Service Provider ed, in particolare, dei gestori di siti di *social networking*, nella loro qualità di *hosting provider*, in relazione alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale di terze parti attuate attraverso la condivisione non autorizzata sulle piattaforme gestite dai provider di contenuti coperti da diritti di privativa. In particolare, la decisione è stata originata dall'iniziativa giudiziaria intrapresa dalla Sabam, *collecting society* belga, volta ad ottenere l'applicazione di un filtro sui contenuti ospitati dalla piattaforma di *social networking* gestita da Netlog, *hosting provider* convenuto nel giudizio insorto in Belgio. Tale sistema di filtraggio risultava diretto ad identificare i contenuti di proprietà degli associati della Sabam veicolati sul social network in questione al fine di inibirne, in via preventiva, la circolazione tra gli utenti della piattaforma stessa[50]. In proposito, i giudici di Lussemburgo hanno ricordato come dal *framework* legislativo comunitario emerga la necessità di assicurare che gli organi giurisdizionali degli Stati membri siano messi nelle condizioni di poter adottare provvedimenti nei confronti degli ISP, secondo le rispettive norme nazionali, che risultino idonei a contribuire in maniera effettiva a porre fine alle violazioni commesse in rete in danno dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale. Almeno in linea di principio, gli organi giurisdizionali dei Paesi membri devono avere la possibilità di ingiungere

l'adozione di misure anche di carattere preventivo che siano idonee, in quanto tali, ad evitare nuove violazioni dei diritti in questione. Tali misure, tuttavia, così come ricorda la Corte, devono risultare eque, proporzionate e non eccessivamente onerose.
Le misure adottabili al fine di proteggere i diritti di proprietà intellettuale devono risultare altresì conformi, così come sottolinea la Corte nel proseguo della decisione, tanto con il rispetto dovuto ai diritti fondamentali degli utenti della rete internet (privacy e libertà d'espressione su tutti) quanto con la necessità di assicurare ai provider la possibilità di offrire i propri servizi, in linea con la regolamentazione comunitaria dettata in materia dalla direttiva 2000/31/CE.
Sotto tale profilo la Corte ha ricordato come da un lato, l'art. 15 della direttiva 2000/31/CE escluda che gli internet service provider, e dunque anche gli hosting provider, siano tenuti ad un obbligo di generale di controllo sulle informazioni veicolate o ospitate attraverso i propri servizi, e ha evidenziato come, sotto altro e concorrente profilo, se fosse ammissibile imporre a tali soggetti l'adozione a proprie spese delle tipologie di filtri al traffico richiesti dalla *collecting society* nella causa principale si determinerebbe un'inaccettabile compromissione del libertà di impresa degli *hosting provider* stessi. Così la Corte con riferimento agli *hosting provider* ha chiarito che: "Le direttive: 2000/31/CE - 2001/29/CE – 2004/48/CE , lette in combinato disposto e interpretate alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione, rivolta da un giudice nazionale ad un prestatore di servizi di hosting, di predisporre un sistema di filtraggio: – delle informazioni memorizzate sui server di detto prestatore dagli utenti dei suoi servizi; – che si applichi indistintamente nei confronti di tutti questi utenti; – a titolo preventivo; – a spese esclusive del prestatore, e – senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare i file elettronici contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive rispetto alle quali il richiedente il provvedimento di ingiunzione affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare la messa a disposizione del pubblico di dette opere, lesiva del diritto d'autore".
In ultimo, relativamente all'Italia, con un'ordinanza depositata lo scorso 25 maggio, la Sezione proprietà industriale del Tribunale di Firenze fa chiarezza in merito alla responsabilità dei motori di ricerca[51]. Il caso riguardava un imprenditore che, navigando su Internet, si imbatteva in un sito nel quale, a suo dire, sarebbero state pubblicate alcune immagini che lo ritraevano, pur in assenza di una preventiva autorizzazione, nonché affermazioni dal contenuto diffamatorio nei confronti della sua società. Il sito in questione è gestito anonimamente e non vi è alcun recapito per contattare il webmaster o il gestore del sito. L'imprenditore si rivolgeva allora alla Google Inc. (ossia alla sede centrale americana), chiedendo che

fosse impedito il collegamento dal motore di ricerca al sito oggetto di lite. Dinanzi al rifiuto di Google, l'attore decideva di adire le vie giudiziarie.
La decisione, relativamente alle funzioni e agli obblighi dei motori di ricerca, affronta vari aspetti. Quanto al primo aspetto, l'ordinanza è dell'avviso che quella dei motori di ricerca sia un'attività di *caching*, atteso che sarebbe limitata "alla indicizzazione dei siti ed alla formazione di copie cache dei loro contenuti, con memorizzazione temporanea delle informazioni". Per ciò che concerne gli obblighi dei motori di ricerca nel caso in cui ricevano richieste di rimozione o di disattivazione dell'accesso a determinati contenuti, il giudice fiorentino precisa che "la conoscenza effettiva della pretesa illiceità dei contenuti del sito de quo non possa essere desunta neppure dal contenuto delle diffide di parte, trattandosi di prospettazioni unilaterali" e che la stessa conoscenza non sia neanche desumibile dal decreto di archiviazione del GIP, "trattandosi di un provvedimento privo di efficacia di giudicato e comunque reso perché ignoti gli autori del reato, senza alcun accertamento, dunque, sulla sussistenza del reato stesso, che non si può dare per presupposto".
Dunque, perché possa ritenersi che un motore di ricerca abbia effettiva conoscenza dell'illiceità commessa da terzi, è necessario che un "organo competente abbia dichiarato che i dati sono illeciti, oppure abbia ordinato la rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, ovvero che sia stata dichiarata l'esistenza di un danno" o, ancora, "che l'ISP stesso sia a conoscenza di una tale decisione dell'autorità competente"[52].

5. Lo "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" dell'AGCom

Con delibera n. 398/11/CONS, il 6 luglio 2011, l'AGCom ha pubblicato uno "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", frutto di una rielaborazione dei "lineamenti di provvedimento" in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica[53].
Lo schema è suddiviso in due parti: la prima è tesa ad incentivare lo sviluppo di misure per favorire l'offerta legale e la promozione effettiva dell'accesso ai contenuti *on line* da parte degli utenti, la seconda mira a tutelare i titolari del diritto d'autore attraverso due procedimenti, dinanzi ai gestori dei siti Internet e dinanzi all'Autorità. Inoltre, il regolamento prevede l'istituzione di un Tavolo tecnico all'interno dell'Autorità, composto da rappresentanti di tutte le categorie interessate e delle associazioni di consumatori e utenti, che ha il compito di agevolare accordi tra i vari attori coinvolti e di elaborare soluzioni al fine di promuovere l'offerta legale di contenuti digitali[54].
L'art. 6 dello schema di regolamento introduce l'istituto del *notice and take down*, ovvero una procedura di notifica di violazione del diritto d'autore

attraverso la quale un soggetto legittimato, che ritenga che uno specifico contenuto violi il diritto di cui è titolare, può rivolgersi direttamente al gestore del sito Internet inviandogli una richiesta di rimozione del contenuto. Il gestore del sito, se riconosce che i diritti del contenuto oggetto di segnalazione sono effettivamente riconducibili al segnalante, può rimuoverlo entro 4 giorni, accogliendo la richiesta rivoltagli. È fatta salva la facoltà del terzo che abbia caricato il contenuto oggetto di notifica di presentare le proprie controdeduzioni e, nel caso in cui ritenga che un contenuto sia stato rimosso ingiustificatamente, di presentare opposizione alla rimozione dello stesso (procedura della contro-notifica). In questo caso il segnalante avrà la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni, nonché trasmettere la richiesta di rimozione all'AGCom o rivolgersi all'autorità giudiziaria.
Qualora l'esito della procedura di *notice and take down* non risulti soddisfacente per una delle parti, questa potrà rivolgersi all'Autorità, la quale, a seguito di contraddittorio, potrà impartire nei successivi 20 giorni, prorogabili per non oltre 15 giorni in caso di necessità di ulteriori approfondimenti, un ordine di rimozione selettiva dei contenuti illegali o, rispettivamente, di loro ripristino, a seconda di quale delle richieste rivoltegli risulti fondata. Nel caso in cui sia accertata la violazione dei diritti d'autore e in caso di mancato rispetto dell'ordine di rimozione, l'Autorità potrà irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge 31 luglio 1997, n. 249.
All'interno di questa procedura è compresa la possibilità di procedere ad adeguamento spontaneo da parte di chi viola il diritto d'autore, senza alcuna conseguenza sul piano sanzionatorio.
In ogni momento della procedura introdotta dal Regolamento è fatta salva la facoltà per il titolare del diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria, non configurandosi la procedura dinanzi al gestore del sito o quella dinanzi all'AGCom come sostitutiva della via giudiziaria. Le decisioni in materia di diritto d'autore, inoltre, sono impugnabili dinanzi al TAR del Lazio, come ogni provvedimento dell'AGCom.
Nel caso di siti esteri si è previsto che, qualora in esito all'attività istruttoria svolta, l'Agcom chieda la rimozione dei contenuti destinati al pubblico italiano in violazione del diritto d'autore e il sito non ottemperi alla richiesta, il caso verrà segnalato alla magistratura per i provvedimenti di competenza.
Una delle più importanti novità introdotte dallo schema di regolamento è, poi, la declinazione delle eccezioni alla disciplina del diritto d'autore, per la quale l'Autorità si è ispirata anche a *best pratices* internazionali (la *fair use doctrine* statunitense). È previsto che le eccezioni si applichino: a) all'uso didattico e scientifico; b) al diritto di cronaca, commento, critica e discussione nei limiti dello scopo informativo e dell'attualità; c) in caso di assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro; d) in relazione

alla occasionalità della diffusione, della quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale, che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera.
Conclusa la fase di elaborazione degli esiti della seconda consultazione pubblica relativa al regolamento, ad ogni modo, l' AGCOM, nella persona del suo Presidente uscente Corrado Calabrò, ha dichiarato, nell'audizione parlamentare che si è tenuta lo scorso 21 marzo, l'intenzione di rimandare l'adozione del regolamento predisposto[55], in attesa che "veda la luce" una norma di legge della Presidenza del Consiglio che "ribadisce la legittimazione di AGCOM e ne definisce meglio la competenza ed i poteri dell'autorità nella materia del diritto d'autore"[56].

6. Conclusioni

Nonostante gli sforzi del legislatore comunitario e di quello nazionale, la strada per l'adeguamento della normativa sul diritto d'autore alla nuove frontiere della realtà digitale sembra essere ancora impervia. Posto che l'oggetto del diritto d'autore rimane l'opera di carattere creativo qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, l'a-materialità delle nuove opere circolanti nell'universo digitale, non può e non deve mettere in discussione una loro adeguata protezione. Il cambiamento connaturato a tali nuove forme di espressione creativa non deve consistere, infatti, nell'affievolimento della loro tutela, ma deve riguardare il nuovo modo di godere delle opere dell'ingegno.
Nell'ottica di un bilanciamento di interessi - distintivo della disciplina del diritto d'autore - tra la salvaguardia del bene intellettuale e dell'incentivo allo sforzo creativo degli autori da una parte, e la tutela della libera circolazione e utilizzazione delle conoscenze, dei saperi e delle idee a beneficio della collettività dall'altra, dovrebbe essere promossa una campagna di educazione e di incentivo allo scambio lecito di informazioni *on line* attraverso l'opera del legislatore e la collaborazione di tutti gli operatori del settore.
In tal modo sarà possibile migliorare l'accessibilità alle opere dell'ingegno in Internet, sfruttando a pieno le possibilità che le nuove tecnologie possono offrire per una più ampia e veloce diffusione della cultura e delle informazioni, ma allo stesso tempo plasmare un diritto d'autore che non serva da ostacolo, ma da incentivo allo sviluppo della conoscenza e della creatività attraverso la Rete.

Note:

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

[1] J. P. Barlow, *The Economics of Ideas: Selling Wine Without Bottles on the Global Net,* in *Wired*, 1994.

[2] P. Visco, S. Galli, *Il diritto della musica*, Milano, 2009, 491; A. G. Blank, TCP/IP Foundations, Alameda, 2004, 3).

[3] R. T. Griths, *The history of the Internet, From ARPANET to World Wide Web*, in http://let.leidenuniv.nl/ivh/chap2.htm;

[4] Cfr. M. Kenney, *The growth and development of the Internet in the United States*, in B. Kogut, *The Global Internet Economy*, Cambridge, 2004, 69; M. Castells, *The Internet Galaxy*, Oxford, 2001, 11;

[5] Con il termine *e-commerce* si identifica lo scambio di beni e servizi realizzato attraverso un sito Internet predisposto al fine specifico di commercializzare determinati beni e servizi; si escludono però dalla categoria il contratto telematico in senso stretto e il contratto concluso via mail o per altro mezzo di comunicazione individuale (cfr. G. Scorza, *Il contratto del commercio elettronico*, in *Diritto delle nuove tecnologie telematiche*, a cura di Cassano, Ichino, Padova, 2009, 138; A. Zuccarello, *Il commercio telematico dell'Unione Europea*, in *I contratti di Internet*, a cura di A. Lisi, Torino, 2006; C. Rossello, *La Governance di Internet, tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, DCol, 2006, 45).

[6] Cfr. B. Piola Caselli, *Internet ed il diritto d'autore*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, UTET, 2003.

[7] Cfr. all'estero tra gli altri T. Dreier, *Copyright Digitalized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, atti del *WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights*, 19 marzo 1993; per la dottrina italiana, cfr. G. Alpa, in Tosi, *I problemi giuridici di Internet*, Milano 1999.

[8] Cfr. J. Ginsburg, *Putting Cars on The Information Superhighway*, in *Col. Law. Rev.*,95, 1995, 1469; G. De Broglie, *Le droit d'auteur et l'internet*, Paris, 2001; Hugenholtz, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, in *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law Int., London, 1996.

[9] Cfr. tra gli altri, Negroponte, *Being Digital*, New York, 1996; C. Oppenheim, Great *is the truth, and it will prevail, The internet copyright case and its implications for users of the WWW*, in *Labnews*, 1997; J. P. Barlow, *The Economics of Ideas: Selling Wine Without Bottles on the Global Net,* in *Wired*, 1994.

[10] Cfr. P. Goldstein, *Copyright's Highway: the Law and Lore of Copyright from Gutemberg to the Celestial Juke Box*, New York, 1996; M. B. Nimmer, D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York, 2000.
[11]H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, in *American Economic Review (Proceedings*), 57, 1967.
[12]La sua elaborazione ha richiesto alcuni secoli di riflessione da parte degli studiosi, ma la sua definizione essenziale avviene ad opera dell'economista utilitarista inglese Jeremy Bentham che scrive: «*which one man has invented, all the world can imitate. Without the assistance of the laws, the inventor would almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price*» (J.Bentham, *Manuale di Economia*, 1839); V. Falce, nel suo saggio "*Profili pro-concorrenziali dell'istituto brevettuale*", afferma, citando Arrow e in questo caso facendo riferimento allo strumento del brevetto, che, in mancanza di un diritto esclusivo ed escludente, la rivelazione delle idee inventive ne agevolerebbe l'acquisizione e l'utilizzazione simultanea da parte di chiunque, con l'effetto di favorire la stabilizzazione del prezzo dell'invenzione originaria ad un livello non remunerativo per colui che l'ha per primo elaborata, ossia al suo costo marginale di produzione. Nell'impossibilità pratica di appropriarsi del valore economico dell'invenzione, il suo legittimo autore sarebbe spinto a destinare le risorse umane e finanziarie di cui dispone ad usi più remunerativi, con conseguente sottoinvestimento in attività di ricerca e sviluppo (Cfr. V. Falce, *Profili pro concorrenziali dell'istituto brevettuale*, Giuffrè, 2008).
[13]La giustificazione standard applicata al copyright, e agli altri DPI, riconduce in sostanza alla tesi dell'emergenza dell'istituzione giuridica come risposta a un fallimento del mercato, giacché senza tale diritto gli individui non avrebbero adeguato incentivo a dedicarsi alla creazione di idee nuove. L'argomentazione esposta trae origine dalla teoria dei beni pubblici e delle esternalità che viene risolta da Coase (*The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960) tramite il conferimento a un individuo di diritti di proprietà. Questi, per effetto della contrattazione tra agenti economici (e senza intervento pubblico), permettono di raggiungere un equilibrio ottimo nel senso di Pareto. L'assunto centrale di tale approccio postula, dunque, l'esistenza di un problema d'appropriabilità che, in assenza di un adeguato sistema di incentivi, porterebbe alla produzione di un livello sub-ottimale di nuove idee (tra i molti si vedano Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in Nelson R.R. ed., *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton, Princeton University Press, 1962; Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1992; Landes e Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, in «*Journal of Legal Studies*», 18,

1989 e per una rapida rassegna Audretsch, *Technological Regimes, Industrial Demography and the Evolution of Industrial Structures*, in *Industrial and Corporate Change*, 6, n. 1, 1997).
In altri termini, il consumo non-rivale e il basso costo marginale di diffusione/riproduzione delle idee si scontrano con il loro elevato costo fisso di produzione e stimolano comportamenti di free riding che hanno effetti negativi sugli investimenti. Perciò, la situazione descritta, senza l'appropriato *mechanism design*, ovvero la creazione di un adeguato incentivo, può portare all'estremo a fenomeni di selezione avversa e il numero di coloro che si dedicano alle attività creative può ridursi drasticamente.
L'affermazione, comunque, non è universalmente condivisa e suscita perplessità presso numerosi studiosi che hanno elevato, ripetutamente, voci di dissenso (alcuni, ad esempio, sostengono che "*il miglioramento della tutela della proprietà intellettuale non è necessariamente socialmente benefico*" giacché la "*più forte appropriabilità non produrrà maggiore innovazione in ogni ambito e, dove ciò accadrà, l'innovazione può avvenire ad un costo eccessivo*" , R.C. Levin, A.K. Klevorick, R.R. Nelson e S.G. Winter , *Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, n. 3,1987).
[14] Cfr. B. Piola Caselli, op. cit., 801.
[15] Cfr. J. Ginsburg, op. cit.
[16] Tale normativa è intervenuta sul testo dell'art. 16 della Legge sul Diritto d'Autore il quale è stato sostituito dall'art. 2 del d. lg. N. 68/2003 ed ora dispone che "*il diritto di comunicazione al pubblico (…) dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo (…); comprende altresì la messa a disposizione al pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente*".
[17] Cfr. P. Visco, S. Galli, op. cit.
[18] Tra gli esempi di musica *on demand* vedi lo *streaming on line* e iTunes, il *music store* della Apple.
[19] G.U.C.E. 1 marzo 2000, n. L 89/6.
[20] Cfr. *infra* in tema di responsabilità dei *providers*.
[21] Secondo la Commissione europea (COM (2007) 836) "*Il trasferimento dei servizi di contenuti creativi verso un ambiente online comporta un cambiamento sistemico. Per trarre il massimo benefici da questi cambiamenti, I responsabili politici devono conseguire i tre obiettivi seguenti:*
- garantire che i contenuti europei contribuiscano nella misura del possibile alla competitività europea e favoriscano la disponibilità e la diffusione

dell'ampia diversità della creazione di contenuti europei e del patrimonio linguistico e culturale dell'Europa;
- aggiornare o chiarire le eventuali disposizioni giuridiche che ostacolano inutilmente la diffusione online dei contenuti creativi online nell'UE, riconoscendo nel contempo l'importanza dei diritti d'autore per la creazione;
- incoraggiare il ruolo attivo degli utilizzatori nella selezione, diffusione e creazione di contenuti."
[22] Cfr. la relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "*Applicazione della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*" del 22 dicembre 2010, COM (2010) 779.
[23] Cfr. la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "*Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa*" del 24 maggio 2011, COM (2011) 287.
[24] L. Nivarra, *Responsabilità del Provider*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, 2003, 1196.
[25] Cfr. F. Di Ciommo, *La responsabilità civile nell'era di Internet*, in G. Ponzanelli, *La Responsabilità Civile*, 2002, 206; C. Gattei, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, in www.interlex.com/regole/gattei2.
[26] In realtà la rete di trasmissione delle informazioni, presupposta dalla Direttiva comunitaria 2000/31/CE, c.d. Direttiva sul commercio elettronico (pubblicata sulla G.U.C.E. 17/7/00 n. L178), non è necessariamente la rete Internet, ma una qualsiasi rete di trasmissione dati per il commercio elettronico. Infatti, sebbene la Direttiva utilizzi, nel secondo Considerando, la parola Internet, affermando che lo sviluppo del commercio elettronico faciliterà la crescita delle imprese europee nonché gli investimenti nell'innovazione "a condizione che Internet sia accessibile a tutti", tale affermazione non esclude, in alcun modo, che il commercio elettronico si possa sviluppare anche su una rete dati che non sia necessariamente la rete Internet e, quindi, la normativa comunitaria è applicabile a tutte le reti dati, nelle quali si può sviluppare questo tipo di commercio (cfr. R. Bocchini, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, 2003, 20).
[27] Gli intermediari hanno cercato, inizialmente, di autodisciplinarsi ponendo una serie di regole comuni; i providers hanno creato il c.d. *galateo della rete* individuando una serie di usi comuni e sono nati cosi i c.d. *Netiquette* (cfr. G. Santosuosso, *Il codice Internet e del commercio elettronico*, 2001,21; G. Palumbo, *L'autodisciplina del mercato virtuale*, in

A. Antonucci, *E-commerce. La Direttiva 2000/31/CE ed il quadro normativo delle rete*, 2001, 252); anche la Camera di Commercio di Milano ha pubblicato una raccolta di usi e consuetudini sugli Internet providers con la quale definisce il contratto di fornitura dei servizi Internet, gli obblighi del cliente, le prestazioni e gli obblighi del provider, le responsabilità di entrambi.

[28] Cfr. R. Bocchini, op. cit., 26.

[29] Cfr. G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet service providers?,* in *Danno e responsabilità,* 2002, 8.

[30] Cfr. G. Facci, *La responsabilità dei providers*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Vol. XXXII, 2007.

[31] Cfr. F. Di Ciommo, *Responsabilità civili in Internet: i soggetti, i comportamenti illeciti, le tutele*, in www.altalex.com.

[32] Cfr. M. Cammarata, *Sotto torchio gli operatori della Rete*, in www.interlex.it/regole/torchio.htm, il quale così prosegue: "*È ovvio che, ai fini dell'attribuzione di una responsabilità, il giudice indagherà su quello che i giuristi chiamano 'l'elemento soggettivo dell'illecito', dovrà cioè stabilire se l'intervento del provider sui contenuti sia una mera operazione tecnica o se vi sia l'intenzione di influire in qualche modo sui contenuti stessi: solo in questo caso si potrà parlare di responsabilità del fornitore. Tuttavia l'esperienza insegna che disposizioni così generiche costituiscono un pericolo non trascurabile: non è comunque positivo che un'assenza di responsabilità sia sancita da un giudice al termine di un'istruttoria o addirittura di un processo, laddove una norma più chiara eviterebbe all'origine l'intervento dell'autorità giudiziaria*".

Con riguardo alle questioni concernenti la responsabilità penale del provider, si rimanda a D. Minotti, *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?,* in www.interlex.it/regole/minotti8.htm, il quale osserva che "*il decreto, agli artt. 14, 15 e 16, solleva i prestatori da ogni responsabilità (diverse da quelle amministrative fissate nel decreto) a condizione che essi non intervengano sulle informazioni (i.e. i dati) da loro memorizzate o veicolate. Previsione di mero valore riproduttivo, atteso che, anche senza il decreto, l'intervento ('causalè) sulle informazioni (consapevolmente illecite) poteva già condurre, per i principi generali di diritto penale, ad ipotesi di concorso commissivo*".

[33] Cfr. F. Di Ciommo, op.cit. per il quale "*Proseguendo l'analisi della direttiva 2000/31/Ce, pare interessante notare come la normativa in parola non lasci l'accertamento della colpa del provider alla discrezionalità del giudice. Quest'ultimo, infatti, non è genericamente chiamato,come sarebbe in forza dell'art. 2043, a valutare la correttezza della condotta edell'atteggiamento psichico dell'intermediario, bensì è tenuto ad applicare i principi della direttiva – che il d. lgs. 70/2003 ha riprodotto fedelmente –, e dunque esclusivamente ad accertare, quando il danneggiato agisca contro l'intermediario cercando di provare la sua colpa specifica, che*

quest'ultimo non abbia posto in essere nessuna delle condizioni che fanno scattare la sua responsabilità.
Siamo, a ben vedere, alle prese con un sistema di imputazione della responsabilità basato esclusivamente sulla colpa specifica dell'intermediario, e cioè sulla colpa per violazione di legge; mentre al giudice è precluso, in quanto inutile al fine dell'imputazione della responsabilità, ogni accertamento ulteriore relativo all'atteggiamento psichico del convenuto".
[34] Cfr. tra gli altri, R. Bocchini, op. cit.; G. Facci, op. cit.; G. Cassano, I.P. Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un "novello censore telematico"*, in *I Contratti*, 1/2004; P. Sanna, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, in *Resp. Civile e previdenza*, vol.I, 2004.
[35] Cfr. B. Saetta, La responsabilità dei provider, disponibile al link www.brunosaetta.it/diritto/la-responsabilità-dei-provider.html.
[36] Cfr. tra gli altri, R. Bocchini, op. cit.; G. Facci, op. cit., G. Cassano, I.P. Cimino, op. cit.; P. Sanna, op. cit.
[37] Cfr. tra gli altri, R. Bocchini, op. cit.; G. Facci, op. cit., G. Cassano, I.P. Cimino, op. cit.; P. Sanna, op. cit.; L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d. lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, nota a Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Resp. Civile e previdenza*, 2005, 188.
[38] Il comma 3, infatti, sancisce che: "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". L'"ovvero" indica che è sufficiente una delle due ipotesi per far scattare la responsabilità.
[39] In tema di obblighi dei provider occorre oggi altresì segnalare quanto disposto dall'art. 1 D.L. 22 marzo 2004, n. 72 (cd. *"Decreto Urbani"*) convertito con legge 21 maggio 2004, n. 128, GU 119 del 22 maggio 2004, recante *Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo.*
[40] Cfr. G. Pino, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e Responsabilità*, n. 8.9/2004, 832; B. Terracciano, op. cit.
[41] Cfr. G. Gardini, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, 2009, 227.
[42] Pubblicata in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 2010, 3.
[43] Si può rilevare che lo stesso potere inibitorio spetta all'AGCom in quanto le richiamate norme accomunano nell'azione di contrasto alla

violazione del diritto d'autore l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa avente funzione di sorveglianza conferendo loro, nella materia in argomento, la possibilità di disporre che i provider inibiscano ai propri utenti l'accesso all'indirizzo del sito web operante in violazione del diritto d'autore.

[44] Cfr. L. Cuomo, *La Cassazione affonda la Baia dei Pirati*, in *Cassazione Penale*, Anno 2011, Vol. III, pag. 1102, parte A. A questo proposito cfr. anche il caso *Scarlet vs. Sabam* (procedimento C-70/10). Con sentenza del 24 novembre 2011 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ha stabilito che è incompatibile con la normativa comunitaria l'ingiunzione, da parte dei giudici nazionali nei confronti dei fornitori dei servizi della società dell'informazione (o Internet Service Provider, "ISP"), di predisporre un sistema di filtraggio che sia generalizzato (*i.e.* destinato a tutti gli utenti e a tutti i contenuti che transitano attraverso la piattaforma dell'ISP), preventivo, a spese esclusive dell'ISP e senza alcun limite temporale, al fine di bloccare il trasferimento di contenuti in violazione di diritti d'autore di terzi. Con la decisione in esame, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione pregiudiziale sottopostale dalla Corte d'Appello di Bruxelles nel contesto di una controversia sorta in Belgio tra un ISP belga (Scarlet Extended SA, "Scarlet") e la società di gestione che rappresenta gli autori, i compositori e gli editori di opere musicali a livello nazionale (Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL, "Sabam"), in Gianni, Origoni, Grippo & Partners, *Novità in tema di responsabilità degli Internet Service Provider,* in *Legal Update-Intellectual Property,* dicembre 2011.

[45] Caso *FAPAV c. Telecom Italia*, in cui FAPAV aveva richiesto a Telecom Italia di fornire i nominativi degli utenti che avessero prelevato in modo illecito contenuti tutelati dal diritto d'autore, di oscurare l'accesso ai siti di *file sharing* e inviare avvisi a coloro che commettono violazioni al diritto d'autore (Cfr. F. Macaluso, *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Diritto del commercio internazionale*, anno XXIV, 4-2010).

[46] Testo integrale pubblicato in http://speciali.espresso.repubblica.it//pdf/Motivazioni_sentenza_Google.pdf.

[47] Testo integrale pubblicato in http://www.leggioggi.it/2011/12/22/il-motore-di-ricerca-non-e-responsabile-dei-contenuti-indicizzati/.

[48] Cfr. B. Terracciano, *Il diritto d'autore on line: quale regolamentazione?,* in *Amministrazione In Cammino – rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione* a cura del Centro di Ricerca sulle amministrazioni pubbliche "V. Bachelet", 2011.

[49] Testo integrale pubblicato in http://www.comellini.it/autore_file/sentcortegiusteu2012-02-16.htm

[50] La causa principale presentava dei profili di indubbia somiglianza con un altro contenzioso che aveva condotto alla decisione della Corte di Giustizia del 24 novembre scorso nella causa C-70/10 (*Belgische*

Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA - SABAM contro Scarlet Extended SA), vedi nota 44. La Corte di Giustizia ha avuto, quindi, l'occasione di confermare il proprio orientamento contrario all'applicazione di tali tipologie di filtri al fine di offrire una protezione avanzata ai diritti di proprietà intellettuale in rete vagliando, in particolare, la posizione degli hosting provider in relazione alla richiesta di applicazione dei suddetti filtri.

[51] Tribunale ordinario civile di Firenze - Sezione marchi e brevetti - Sentenza 25 maggio 2012, Cfr. nota di G. M. Riccio, in *Guida al Diritto*, 4 giugno 2012.

[52] Un passo importante, perché sembra spazzar via l'indirizzo assunto da parte della giurisprudenza che, per mezzo di un'interpretazione (forse eccessivamente) estensiva del D. lgs. 70/2003, ha ritenuto sufficiente che il soggetto che pretenda di aver subito una lesione possa limitarsi a comunicare all'intermediario l'indirizzo Url contenente il presunto materiale illecito. La decisione fiorentina appare ancora più importante per Google se si allarga l'angolo prospettico e si considera la decisione, del 29 maggio scorso, del Tribunal de Grande Instance di Parigi (testo integrale pubblicato in http://www.scribd.com/doc/95294667/youtube-TF1-Jugement-29-Mai-2012), che ha statuito che YouTube non possa essere ritenuto responsabile in caso di pubblicazione, da parte dei propri utenti, di video tutelati dal diritto d'autore. Anche in questo caso, la posizione della giurisprudenza appare netta: gli operatori di internet sono degli intermediari e, in quanto tali, non possono essere considerati responsabili dei contenuti veicolati da terzi, né, tanto meno, essere equiparati a degli editori, neanche laddove, come nel caso deciso in Francia, operino una selezione di taluni contenuti ritenuti "*contrari alla propria linea editoriale*" ovvero organizzino i video, anche per mezzo di specifici suggerimenti agli utenti, o vendano spazi pubblicitari.

[53] Delibera n. 668/10/CONS dell'AGCom.

[54] Il Tavolo tecnico avrebbe dovuto avere come obiettivi: elaborare codici di condotta per gestori dei siti Internet e per i fornitori di servizi; promuovere accordi tra produttori e distributori al fine di semplificare *l'iter* di distribuzione dei contenuti; realizzare campagne di educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti. Era prevista anche la creazione di un osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e le riduzioni dei prezzi dell'offerta legale di contenuti digitali.

[55] "*In una prospettiva di più ampio respiro auspichiamo che il parlamento, nella sua sovranità, voglia affrontare le principali questioni aperte che si collocano oltre l'orizzonte dell'azione amministrativa. Ripensare sistematicamente la disciplina del diritto d'autore nel mondo digitale è un compito che solo le Camere elettive possono intraprendere. Proteggere i diritti di proprietà intellettuale vuol dire anche proteggere l'occupazione sul presupposto che l'economia italiana può restare*

competitiva soprattutto grazie all'innovazione, alla creatività e alla qualità (…) e forse, dato che il diritto d'autore travalica le frontiere nazionali, la sede più appropriata per una tale normativa – quanto meno sul piano degli indirizzi- sarebbe quella europea, se non addirittura l'ONU" (cfr. Audizione del Pres. AGCom Corrado Calabrò "*Aggiornamento problematiche emerse nel settore internet in materia di diritto d'autore*" alla VII Commissione e VIII Commissione del Senato della Repubblica, 21 marzo 2012).

[56]Lo schema era stato sottoposto infatti a numerose critiche da parte degli operatori del settore, soprattutto relativamente alla effettiva competenza dell'AGCom a dettare una disciplina generale relativa alla tutela del diritto d'autore in Rete che contemplasse l'adozione, in sede amministrativa, di provvedimenti pressoché sommari con l'affievolimento delle garanzie di difesa per i destinatari. Disciplina che, probabilmente, secondo i più, dovrebbe essere oggetto di un vaglio Parlamentare.

Public intervention to counter the relocation of production abroad: efficiency issues

di
Alessandra Taccone

Abstract

The economic and financial crisis that has hit the most traditionally industrialized countries has developed into the scope of a process of progressive change in the international specialization of labor that favors emerging countries. These countries, by virtue of different inputs, have gradually withdrawn shares of world production of the most industrialized European countries, who responded to the delocalization process with improper use of financial engineering instruments, adding to their instability. In such a scenario, the recovery of competitiveness can be facilitated by policies of reflation, together with incentives provided by public authorities to businesses to enable them to maintain production activities in the country. In this paper we call theory of incentives – which has developed models of the recent report "principal- agent" a useful guide for public policy interventions that aim to counter, in countries with older industrialization, the process of relocation of their industrial production and employment with them.

La crisi economico-finanziaria che ha investito i Paesi tradizionalmente più industrializzati si è sviluppata nell'alveo di un processo di progressiva modifica della specializzazione internazionale del lavoro che favorisce i Paesi emergenti. Questi ultimi, in virtù del differenziale dei fattori produttivi, hanno man mano sottratto quote della produzione mondiale ai Paesi europei più industrializzati, che hanno reagito al processo di delocalizzazione produttiva con l'utilizzo improprio di strumenti di ingegneria finanziaria, aggravando la loro situazione di instabilità. In questo scenario il recupero di competitività può essere favorito da politiche di reflazione, unitamente a incentivi forniti dall'Autorità pubblica alle imprese per consentire loro di mantenere le attività produttive nel territorio nazionale. Nel presente contributo si chiedono alla teoria degli incentivi - che ha elaborato modelli recenti del rapporto "principale-agente" - indicazioni utili per le politiche di intervento pubblico che si propongono di contrastare, nei Paesi di più antica industrializzazione, i processi di delocalizzazione delle loro produzioni industriali e con esse dell'occupazione.

Sommario: 1. Offshoring of productive activities; 2. An application of incentives theory under asymmetric information; 2.1. The basic model; 2.2.

Multidimensional asymmetric information; 3. Model with participation constraints dependent on the type of agent; 4. The efficiency of public intervention to counter offshoring; 5. Indications for policy measures to counter offshoring.

1. Offshoring of productive activities.

The economic crisis that hit the world economy – a crisis whose lingering effects the traditional industrial countries in particular are still struggling to overcome in order to regain satisfactory rates of growth – had an evident financial expression [1].
However, the financial crisis developed in the context of an ongoing modification of the international division of labor. In a process begun some thirty years ago, the so-called emerging countries [2] have steadily wrested shares of world output from the older industrial powers thanks to the differential in labor costs (gauged by monetary costs in relation to productivity) but also by virtue of the differentials in other direct and indirect costs that burden firms (taxes and the like; costs due to inefficiencies in other sectors, especially government and distribution; costs stemming from legislation and regulations restricting firms' choices regarding the use of territorial and environmental resources, production inputs, etc.) [3].
The simultaneous specialization of finance in the industrial countries in new products of financial engineering represented an "improper" (and disequilibrating) response to the migration of production towards the emerging countries [4].
Today and in the future, the economic policies of reflation proposed in the older industrial countries (with a return to the teachings of Keynes) risk having effects of only limited magnitude and duration on those countries' growth rates and, especially, their employment levels. Reflation alone cannot remedy their deficient competitiveness vis-à-vis the emerging countries; and the new balance-of-payments deficits incurred in order to finance reflation fuel renewed global financial and exchange-rate instability, thus spawning risks of new crises.
If a return to historical forms of protectionism is no longer a practicable solution today, then other strategies and instruments of policy have to be developed and made operational. A good starting-point for the study of such intervention is analysis of the agency relationship between government, which intends to give incentives to firms to retain production within the home country, and firms, which in the market economy make decisions based on their calculations of economic advantage. It appears legitimate to ask incentives theory, which has developed the most recent models of the principal-agent relationship, to provide useful indications for public policies, in the older industrial countries, aimed at countering the

transfer of industrial activities to emerging countries and the associated migration of jobs [5].

2. An application of incentives theory under asymmetric information.

In the market economy, public intervention to influence firms' choices – in the case considered here, in order to discourage them from relocating production abroad (where production costs are lower) – encounters the difficulties posed by informational asymmetries (which can generate adverse selection and moral hazard).
Modern incentives theory, which has developed since the 1970s, has through multiple contributions [6], constructed a basic model of the principal (P) – agent (A) relationship under asymmetric information. The model permits investigation of the conditions for efficient public intervention with the incorporation of distributive evaluation, expressed by the regulator's different social interest in the consumer's surplus vis-à-vis business profits [7].
In the case examined here – public intervention to deter the migration of production abroad – seeking the conditions for efficient public intervention is necessary not only because of the general objective of efficient resource allocation but also in light of the budget constraint (which "rations" the uses of public funds) and for reasons of "political economy", i.e. in order to demonstrate (to the taxpayers and trade unions) that the measure is intended to avoid awarding superfluous "premia" (with public money) to efficient firms and subsidies to less efficient ones.

2.1. The basic model.

The basic model assumes that the principal (P) delegates to the agent (A) the production of q units of a good; for P, the value of q is S(q), where $S' > 0$ and $S(0) = 0$. P cannot observe the production costs incurred by A, but he knows that the marginal costs α belong to a set $[\underline{\alpha}, \overline{\alpha}]$, and that A can be efficient ($\underline{\alpha}$) or inefficient ($\overline{\alpha}$), with probabilities of β and $1-\beta$ respectively, so that the cost function C is:

$C(q, \underline{\alpha}) = \underline{\alpha} q + F$ with probability β (1)

$C(q, \overline{\alpha}) = \overline{\alpha} q + F$ with probability $1-\beta$ (2)

Let us consider as economic variables of the contract the quantity produced q and the transfer T that P offers to A. If there were no

informational asymmetries, the first-best production levels would be given by the first-order conditions:

$$S'(q^*) = \underline{Q} \; ; \; S'(q^*) = \overline{Q}$$

The production orders are carried out provided their social values V are non-negative [8]. Assuming that the marginal value of the output for P is decreasing, the optimal production of an efficient agent is greater than that of an inefficient agent ($\underline{q}^* > \overline{q}^*$). For A to be willing to accept the task, P must offer a level of utility at least as high as the level of utility that A can obtain outside their relationship: this is the "participation constraint". If we normalize to zero the agent's outside opportunities (we drop this assumption in the next section), the participation constraints are given by:

$$\underline{T} - \underline{\alpha}\underline{q} \geq 0 \quad (3)$$

$$\overline{T} - \overline{\alpha}\,\overline{q} \geq 0 \quad (4)$$

Furthermore, A's decisions are also subject to the "incentive compatibility constraint":

$$\underline{T} - \underline{\alpha}\underline{q} \geq \overline{T} - \underline{\alpha}\overline{q} \quad (5)$$

$$\overline{T} - \overline{\alpha}\,\overline{q} \geq \underline{T} - \overline{\alpha}\underline{q} \quad (6)$$

That is, the contracts offered are incentive-compatible" when $(\underline{T}, \underline{q})$ is weakly preferred [9] to $(\overline{T}, \overline{q})$ by the $\underline{\alpha}$ agent, and $(\overline{T} - \overline{q})$ is weakly preferred to $(\underline{T} - \underline{q})$ by the $\overline{\alpha}$ agent.
A set of contracts is accepted if it offers each agent at least his outside utility level. Accordingly, the two participation constraints set out below must be satisfied:

$$\underline{T} - \underline{\alpha}\underline{q} \geq 0 \quad (7)$$

$$\overline{T} - \overline{\alpha}\,\overline{q} \geq 0 \quad (8)$$

Therefore, a set of contracts is realizable from the standpoint of incentives if it satisfies both the incentive and the participation constraints (5-8).
Let us take any set of contracts that satisfy the incentive constraints and let us consider the level of utility that an agent of the $\underline{\alpha}$ type can obtain by pretending to be an agent of the $\overline{\alpha}$ type:

$\overline{T} - \underline{\alpha}\overline{q} = \overline{T} - \overline{\alpha}\,\overline{q} + \Delta\alpha\overline{q} = \overline{U} + \Delta\alpha\overline{q}$ (9)

It can be seen that, even if the level of utility of the $\overline{\alpha}$ agent is reduced to zero $\overline{U} = T - \overline{\alpha}\,\overline{q} = 0$, the $\underline{\alpha}$ agent benefits from an information rent $\Delta\alpha\overline{q}$ determined by his ability to mimic the less efficient agent. If P insists on obtaining a positive output of the less efficient agent, $\overline{q} > 0$, P must grant a positive rent to the $\underline{\alpha}$ agent.
The information rents are: $\underline{U} = \underline{T} - \underline{\alpha}\underline{q}$ and $\overline{U} = \overline{T} - \overline{\alpha}\,\overline{q}$, respectively.
While P does know what type of agent ($\underline{\alpha}$ or $\overline{\alpha}$) he is dealing with, he must calculate the benefits (expected values) of each set of contracts $(\underline{T}, \underline{q})$; $(\overline{T}, \overline{q})$. He maximizes: $\max \beta[\underline{q} - \underline{T}] + (1-\beta)[\overline{q} - \overline{T}]$ under the constraints shown in (5-8).
P's objective function can then be written as:

$\beta[\underline{q} - \underline{\alpha}\underline{q}] + (1-\beta)[\overline{q} - \overline{\alpha}\,\overline{q}] - \beta\underline{U} + (1-\beta)\overline{U}$ (10)

The incentive constraints (5) and (6), taking account of the information rents, are:

$\underline{U} \geq \overline{U} + \Delta\alpha\overline{q}$ (11)
$\overline{U} \geq \underline{U} + \Delta\alpha\underline{q}$ (12)

and the participation constraints (7) and (8):

$\underline{U} \geq 0$ (13)
$\overline{U} \geq 0$ (14)

P must maximize (10) subject to the constraints in (11) to (14), reaching a second-best solution (denoted by the superscript SB).
Determining the optimal contract under asymmetric information requires P to identify which incentive compatible and participation constraints are relevant for the optimal solution. According to the model, these are the constraints represented by (11) – the $\underline{\alpha}$ agent's incentive constraint - and by (14) – the $\overline{\alpha}$ agent's participation constraint [10]. Therefore:

$\underline{U} = \Delta\alpha\overline{q}$ (15)

$\bar{U} = 0$ (16)

Substituting (15) and (16) in (10), the objective function that P intends to maximize becomes:

$$\max_{\underline{q}, \bar{q}} \beta S(\underline{q}) - \underline{\alpha}\underline{q} + (1-\beta) S(\bar{q}) - \bar{\alpha}\bar{q} - \beta\Delta\alpha\bar{q} \qquad (17)$$

Compared with the context of complete information, the context of asymmetric information modifies P's optimization by subtracting the expected rent that has to be given to the efficient agent. The inefficient agent gets no rent, but the efficient agent, $\underline{\alpha}$, obtains the information rent that he could procure by mimicking the inefficient agent, $\bar{\alpha}$. This rent depends only on the level of production requested of the inefficient agent.
Since the expected rent does not depend on the efficient agent's level of production, the maximization (P') does not entail any distortion away from the first-best production level of the efficient agent:

$$S'(\underline{q}^{SB}) = \underline{\alpha} \text{ or } \underline{q}^{SB} = q^* \qquad (18)$$

And the maximization with respect to $\bar{q}$ is:

$$(1-\beta) S'(\bar{q}^{SB}) - \bar{\alpha} = \beta\Delta\alpha \text{ [11]} \qquad (19)$$

Summing up, under asymmetric information the optimal set of contracts provides that:
- there is no distortion away from the first-best level for the efficient agent's output;
- there is a downward distortion for the inefficient agent's output:

$$S'(\bar{q}^{SB}) = \bar{\alpha} + \frac{\beta}{1-\beta}\Delta\alpha \qquad (20)$$

- only the efficient agent gets a positive information rent:

$$\underline{U}^{SB} = \Delta\alpha\bar{q}^{SB} \qquad (21)$$

The second-best transfers given respectively by:

$\underline{T}^{SB} = \underline{\alpha}\underline{q}^{*} + \Delta\alpha\bar{q}^{SB}$; $\bar{T}^{SB} = \bar{\alpha}\bar{q}^{SB}$

2.2. Multidimensional asymmetric information.

A deepening of the basic model that is appropriate for analysis of the incentives to keep production in the home country involves recognition that the parameter α of the informational asymmetry ("adverse selection") can take on a multi-dimensional nature. The agent has several pieces of information that are relevant to optimization of the contract.
In order to simplify, let's assume that A performs two activities for P (bi-dimensional asymmetry). A produces two goods in respective quantities q_1 and q_2 with the utility function $U = T - (\alpha_1 q_2 + \alpha_2 q_2)$ with α_i in $[\underline{\alpha}, \bar{\alpha}]$ for i=1,2. The probability distribution of the vector $\alpha = (\alpha_1, \alpha_2)$ is now defined by

$\underline{\beta} = P_2(\alpha_1 = \underline{\alpha}, \alpha_2 = \underline{\alpha})$, $\frac{\beta}{2} = P_2(\alpha_1 = \underline{\alpha}, \alpha_2 = \bar{\alpha}) = PR(\alpha_1 = \bar{\alpha}, \alpha_2 = \alpha)$
$\bar{\beta} = PR(\alpha_1 = \bar{\alpha}, \alpha_2 = \bar{\alpha})$

We denote: $q_{11} = q$; $q_{12} = \hat{q}_2$; $q_{21} = \hat{q}_1$; $q_{22} = \bar{q}$; e $T_{11} = \underline{T}$; $T_{21} = T_{12} = \hat{T}$; $T_{22} = \bar{T}$

Following the logic of the uni-dimensional model, the following incentive constraints become relevant [12]:

$\underline{U} = \underline{T} - 2\underline{\alpha}\underline{q} \geq \hat{T} - \underline{\alpha}(\hat{q}_1 + \hat{q}_2) = \hat{U} + \Delta\alpha\hat{q}_1$ (22)

$\underline{U} \geq \bar{T} - 2\underline{\alpha}\bar{q} = \hat{U} + 2\Delta\alpha\bar{q}$ (23)

$\hat{U} = \hat{T} - \underline{\alpha}q_2 - \bar{\alpha}\hat{q}_1 \geq \bar{T} - (\underline{\alpha} + \bar{\alpha})\bar{q} = \bar{U} + \Delta\alpha\bar{q}$ (24)

The participation constraint of an agent who is inefficient in both dimensions ($\alpha_1 = \bar{\alpha}$ e $\alpha_2 = \bar{\alpha}$) is also relevant:

$\bar{U} = o$ (25)

Constraints (24) e (25) are binding at the optimum for the solution of the optimum. Constraints (22) and (23) can be summarized as:

$\underline{U} \geq \Delta\alpha \max\{2\bar{q}, \bar{q} + \hat{q}_1\}$ [13] (26)

3. Model with participation constraints dependent on the type of agent

The basic model assumes that the outside opportunities of both types of agent are identical, so that it can be demonstrated that the relevant incentive constraint is always the constraint for the efficient agent. However, in many situations there is a correlation, generally positive, between the agent's productivity in a given P-A relationship and his outside opportunities. Assuming that the efficient agent's outside utility level is U_0>0, the participation constraints become respectively:

$\underline{U} \geq U_0$ (27)

$\overline{U} \geq 0$ (28)

When the utility of an efficient agent's opportunity outside the relationship with P rises to a certain level, P finds it is no longer useful to reduce the allocative efficiency in order to diminish the agent's information rent, which is constrained below the outside opportunity. Holding the agent in the P-A relationship can even mean that P must offer A such a high rent that the inefficient agent is induced to pretend to be efficient in order to take the offer. The efficient agent's incentive constraint thereupon become relevant, and this situation is called "countervailing incentives".
P must now optimize (10), subject to the incentive compatible constraints (11) and (12) and to the new agent type-dependent participation constraints (24) and (25).

The solution shows 5 different cases depending on the value of U_0 [14]:
1) Irrelevance of outside opportunity.
When $U_0 \leq \Delta\alpha\overline{q}^{SB}$, the second-best solutions (18), (20) and (21) – discussed above – remain valid. When the outside solution does not provide a sufficiently high level of utility to the efficient agent, it does not affect the second-best contract.
2) The incentive constraint of the efficient agent and the participation constraints of both agents are relevant.
When $\Delta\alpha\overline{q}^{*} > U_0 > \Delta\alpha\overline{q}^{SB}$, in order to participate the efficient agent wants to receive a higher utility than the information rent obtained in the second-best contract corresponding to $U_0 = 0$. By selecting $\overline{q}$ such that $U_0 = \Delta\alpha\overline{q}$, the distortion of the inefficient agent's output is reduced.
3) The participation constraints of both agents are relevant. When $\Delta\alpha\underline{q}^{*} > U_0 > \Delta\alpha\overline{q}^{*}$, P finds it is no longer optimal to use the inefficient agent's output to raise the efficient agent's information rent in order to induce him to participate. Since this output is already at its first-best level,

the only instrument available to P to raise the agent's rent is the transfer T: $\underline{T} = \underline{\alpha q}^{*} + U_0$. This solution is valid as long as the inefficient agent's incentive constraint is not relevant, i.e. as long as 0 $= \overline{U} > U_0 - \Delta\alpha \underline{q}^{*}$.

4) The participation constraints of both agents and the incentive constraint of the inefficient agent are relevant.

When $\Delta\alpha \underline{q}^{CI} > U_0 > \Delta\alpha q^{*}$ (the superscript CI means countervailing incentives), where q^{CI} is given by:

$$\delta' \underline{q}^{CI} \bar{} = \underline{\alpha} - \frac{1-\beta}{\beta}\Delta\alpha \qquad (29)$$

the efficient agent's output is distorted upward, up to the value $\underline{q}$, defined by $U_0 = \Delta\alpha \underline{q}$.

5) The efficient agent's participation constraint and the inefficient agent's incentive constraint are both relevant.

When $U_0 > \Delta\alpha \underline{q}^{CI}$, there is an upward distortion of the efficient agent's output, $\underline{q}^{CI} > \underline{q}^{*}$. When U_0 becomes $> \Delta\alpha \underline{q}^{CI}$, a rent equal to $U_0 - \Delta\alpha \underline{q}^{CI}$ must be granted to the inefficient agent. For $U_0 > \Delta\alpha \underline{q}^{*}$, we are in the case of countervailing incentives. To attract the efficient agent, who has more profitable outside opportunities, it is necessary to offer him a very high transfer (T). However, the contract now becomes attractive for the inefficient agent, and the efficient agent's output level is distorted upward to satisfy the inefficient agent's incentive constraint. For $U_0 > \Delta\alpha \underline{q}^{CI}$, it is even necessary to give the inefficient agent a positive rent in order to satisfy that constraint the lowest cost.

4. The efficiency of public intervention to counter offshoring.

The efficiency of public intervention to counter firms' decisions to transfer production abroad can be analyzed in the form of regulation by P (public authority) under asymmetric information. Our candidate for this purpose is the analytical method proposed by Baron and Myerson [15] for the case where it is the regulator that maximize a weighted average of the consumer's surplus $S \bar{q} - T$ and the profit of a regulated monopolist $U = T - \alpha q \quad con\ un\ peso \quad \phi < 1$ with a weight assigned to the profit of the firm. By assigning a weight of $\phi < 1$ to the firm's profit, the regulator makes

a redistributive choice, i.e. is not concerned solely with efficiency. Giving up a rent to the firm is considered a social cost (the regulator prefers the consumer's surplus). Accordingly, a higher value of ϕ reduces the distortion of level of output, because it expresses lesser concern on the part of the regulator with the distribution of rents (for ϕ=1, rent no longer represents a social cost and the regulator simply maximizes efficiency).
P's objective function is: $S(q) - \alpha q - (1-\phi)U$
Maximizing under the incentive and participation constraints, we get: $q^{SB} = q^*$ for the efficient agent and a downward distortion of output for the inefficient agent $q^{SB} = \bar{q}^*$, given by:

$$S'(q^{SB}) = \bar{\alpha} + \frac{\beta}{1-\beta}(1-\phi)\Delta\alpha \quad (30)$$

The analytical approach proposed by Baron and Myerson, summarized above, can be used, with suitable modifications taken from the basic model of incentives under asymmetric information, to examine the case that interests us here (countering the offshoring of production).
In this case the prime purpose of pubic intervention is to give firms that produce in the home market profit opportunities at least equal to those they expect to gain by shifting production abroad. In addition, the competent authority also pursues the objective of efficient intervention under asymmetric information.
Let the utility function of the domestic firm (meaning it produces inside the country) be represented as:

$$U = T - \alpha C(q)$$

where $C(q) = \frac{q^2}{2}$ [16]

The authority maximizes $S(q+q_f) - p_w q_f - \alpha C(q) - (1-\beta)U$, where q_f is the foreign output imported at the world price p_w.
The first-best result is such that the firm produces at the world price and that the residual domestic demand is satisfied by imports at the price p_w.
Under asymmetric information, if it is assumed that the firm has no opportunities to transfer production abroad, the second-best policy would be: $q^{SB} = q^*$, and $\bar{q}^{SB}$ would be given by:

$$p_w = \left(\overline{\alpha} + \frac{\beta}{1-\beta} \left(1-\phi\right) \underline{\Delta\alpha} \right) \overline{q}^{SB} \quad (31)$$

Consider, instead, that a private firm has opportunities to invest in activities abroad.

The participation constraint for the $\underline{\alpha}$ agent and $\overline{\alpha}$ agent become respectively

$$\underline{U} \geq \underline{U}_0 = \max_q \; p_w q - \underline{\alpha} C \left(\frac{q}{\underline{\alpha}}\right) = \frac{p^2 w}{2\underline{\alpha}} \quad (32)$$

$$\overline{U} \geq \overline{U}_0 = \max_q \; p_w q - \overline{\alpha} C \left(\frac{q}{\overline{\alpha}}\right) = \frac{p^2 w}{2\overline{\alpha}} \quad (33)$$

Given that $U_0 = \underline{U}_0 - \overline{U}_0 = \frac{p^2 w \Delta\alpha}{2\overline{\alpha}\,\underline{\alpha}}$, the information rents associated with the first-best outputs $\underline{q}^{\alpha}$ and $\overline{q}^{*}$ are now: $\frac{\Delta\alpha \underline{q}^{*2}}{2}$ and $\frac{\Delta\alpha \overline{q}^{*2}}{2}$.

It follows that $\frac{\Delta\alpha \underline{q}^{*2}}{2} > U_0 > \frac{\Delta\alpha \overline{q}^{*2}}{2}$.

Going back to the basic model with agent type-dependent participation constraints, which expresses solutions depending on the value of U_0, the above application is one where the participation constraints of both types of agent are relevant (case 3 of the five possible solutions, depending on the value of U_0, set out above). In this case, the instrument the authority (P) can use in order to increase the efficient agent's rent is the transfer T: $\underline{T} = \underline{\alpha} q^{*} + U_0$. As long as $0 = \overline{U} > U_0 - \Delta\alpha \underline{q}^{*}$, the inefficient agent's incentive constraint is not relevant (there are no "countervailing incentives").

5. Indications for policy measures to counter offshoring.

Like every other economic model, the principal-agent model is based on assumptions that simplify the real complexities and uses stylized facts. Therefore, it offers the competent authorities (the principal) a rational method of facing the difficulties of decisions to be taken under asymmetric information, which it is plausible to suppose characterize the position of authorities setting incentives for certain choices on the part of firms.

The rationality of public intervention under asymmetric information is consistent with the general interest of promoting efficient resource allocation and also satisfies needs of "political economy".
In the real-world debate on proposals for public measures to incentivate certain choices by firms (in the case considered, the decision to keep production at home), a recurring objection is that public support to firms tends to give them unjustified rents [17], which the firms benefiting from public transfers capture by exploiting the informational asymmetry in their favor. When the government is subject to a budget constraint, the transfer of funds for one purpose (transfers to firms) forces it to "ration" the budget resources available for other purposes [18].
From the perspective of political economy [19], the question is posed by the taxpayers, who know that every new public measure requires a greater tax levy on them and/or the reduction of other expenditures to the detriment of those now benefiting from them. And it is posed by workers (and their trade unions), who know that such transfers to firms are alternative (given the government budget constraint) to increases in take-home pay and/or social measures in their favor. Consequently, the commitment of the authorities to make measures in favor of firms compatible with the maximization of social value, even under asymmetric information, helps render such measures politically acceptable.
In the model used above, we concluded that the instrument of intervention available to the authorities in order to counter the incentives to offshoring is the transfer of public funds (T) to the efficient firm [20]. The transfer of funds by the authority (the principle) to the firm (the agent) stylizes a category of interventions that, in actuality, also includes tax and other fiscal variables and public expenditure variables [21], as well as regulations governing business activity, when changes to them redistribute costs from firms to society (or parts of society).
Besides, in practical reality the time factor plays an important role in shaping the strategic decisions of the public authority. The transfer abroad of productive activities is often the outcome of business decisions which in the short term harm employment (both direct and in related activities) in the territories affected, triggering social protest. Policies for infrastructural development and for human capital formation with investment in knowledge (basic and applied research and development, training, etc.) generally take considerable time to produce tangible effects on firms' production costs. By contrast, transfers of public funds (and reductions in taxes and social contributions charged to firms) also respond to the immediate needs of modifying the cost parameters based on which firms decide whether to locate productive activities at home or abroad.

_____
Notes

[*] This work has been previously subjected to blind refereeing entrusted to a member of the Referee Committee in accordance with the regulations adopted by this Journal.
[1] See Florio (2009, 2010, 2011) and the ample bibliography cited.
[2] China, India and other Asian countries; the countries of eastern Europe that had centrally planned economies until the early 1990s; more recently, South Africa and the countries of South America
[3] On the current difficulties of the industrial countries, see Eichengreen (2008a, 2008b); Hutton (2003); IMF (2004); Kim and Roubini (2004); Krugman (2000); Krueger and Stiglitz (1986); Palmerio (2008); Reich (1984); Roubini and Setser (2004); Stiglitz (2007); and Taccone (2008).
In the debates on the issue, the industrial countries are often urged to compete by adopting more advanced technologies and channeling research in that direction. This position fails to consider, however, that the emerging countries, which have relatively high rates of capital formation, monopoly structures in the basic sectors of the economy and institutional arrangements that favor the allocation of resources to public over private priorities, are able to direct large flows of capital and other forms of support to theoretical and applied research and to the infusion of its results into the productive macinery, so as gradually to close many of the technological gaps with the advanced countries.
[4] By now it is evident that many of the excesses and distortions in the creation and multiplication of "innovative" financial instruments served to disguise adverse developments in production and trade. See Shiller (1999, 2003, 2006); Shleifer (2006); and Manasse, Roubini and Schimmelpfennig (2003).
[5] See Taccone (2008).
[6] See the ample bibliography cited in Laffont and Martimort (2002) and the references therein to individual theoretical developments. See also Laffont and Tirole (1993) and Laffont (2005).
[7] See in particular the model of Baron and Myerson (1982), one of the pioneering contributions in the field.
[8] That is, even for the least efficient agent the social value of the output must have a non-negative social value $\overline{V}^* = S(\overline{q}^*) = \overline{\alpha q}^* - F \geq 0$.
[9] See Laffont and Martimort (2002), pp. 36 ff.
[10] See the demonstration in Laffont and Martimort (2002), pp. 41-43.
[11] At the second-best optimum, P is willing neither to increase nor to decrease the inefficient agent's output; (19) expresses the trade-off between efficiency and rent extraction that arises under asymmetric information.

[12] Laffont and Martimort (2002), pp. 93 ff.
[13] P's optimization program becomes:
$P' \max_{\underline{q},\hat{q},\bar{q}} \beta[S(\underline{q}) - 2\alpha\underline{q}] - \Delta\alpha \max[2\bar{q}, \bar{q}, \hat{q}_1] + \hat{\beta}[S(\hat{q}_1) + S(\hat{q}_2) - \underline{\alpha}\hat{q}_2 - \bar{\alpha}\hat{q}_1 - \Delta\alpha\bar{q}] + \beta[S(\bar{q}) - 2\alpha\bar{q}]$. See Laffont and Martimort (2002), pp. 95 ff., who show the solutions of P's optimization program in the cases of weak correlation ($\bar{q} \leq \hat{q}_1$) or strong correlation ($\bar{q} > \hat{q}_1$) between the two dimensions of adverse selection. Perfect correlation, $\hat{\beta}$ = 0, would bring us back to the case of the uni-dimensional model.
[14] See. Laffont and Martimort (2002), pp. 101 ff.
[15] Baron and Myerson (1982).
[16] See Laffont and Martimort (2002), chapter 3, pp. 86 ff.
[17] Such as to increase profits or to enable firms (especially in "group" approach") to make prior-year losses good and tyo reduce debt.
[18] On the government budget constraint in the principal-agent model, see Laffont and Martimort (2002, pp. 84 ff.) and Laffont (2005).
[19] See Padovano and Petretto (2010) and the ample bibliography cited.
[20] In compliance with the inefficient firm's participation constraint, in the model used above.
[21] Tax or social contribution rates; definition sof tax bases; public expenditures that indirectly affect firms' production costs; public spending on infrastructure, research and training and other public expenditures that externalize some business costs; the provision of public guarantees to expand firms' access to credit and direct support to the bankiing system).

Bibliography

Araujo, A,. and H. Moreira (2002), "Adverse Selection Problems without the Spence-Mirrlees Condition". Mimeo IMPRA, Rio de Janeiro.
Armstrong, M. (1996), "Price Discrimination by a Many-Product Firm". *Review of Economic Studies* 66.
Armstrong, M., and J.C. Rochet (1999), "Multidimensional Screening: A User's Guide". *European Economics Review* 43.
Baron, D., and R. Myerson (1982), "Regulating a Monopolist with Unknown Costs". *Econometrica* 50.
Biglaiser, G., and C. Mezzetti (1993), "Principals Competing for an Agent in Presence of Adverse Section and Moral Hazard". *Journal of Economic Theory* 61.
Biglaiser, G., and C. Mezzetti (2000), "Incentive Auctions and Information Revelation". *Rand Journal of Economics* 31.
Brainard, L., and D. Martimort (1996), "Strategic Trade Policy for Uninformed Policy Makers". *Journal of International Economics* 42.

Chiappori, P. A., and B. Salaniè (2000),"Testing Contract Theory: A Survey of some Recent Works". Mimeo. University of Chicago.
Dasgupta, P., P. Hammond and E. Maskin (1979), "The Implementation of Social Choice Rules: Some General Results on Incentive Compatibility". *Review of Economic Studies* 46.
Eichengreen, B., et al. (2008 a), *China, Asia, and the New World Economy*. Oxford: Oxford University Press.
Eichengreen, B. (2008 b), "Should There be a Coordinated Response to the Problem of Global Imbalances?, Can There Be One ?". Background Paper, United Nations Department of Economic and Social Affairs, published as Working Paper No. 69.
Florio M. (2009), Antologia della crisi globale, numero special di Quale Stato, Roma.
Florio M. (2010), "The real roots of the financial crisis: income distribution and investment decisions", manuscript presented at OpsA's Thursdays, EIB conference.
Florio M. (2011), "Le radici distributive della crisi infinita. Income distribution: the roots of the neverending crisis", CSIL
Guesnerie, R., and J.J. Laffont (1979), "Taxing Price Makers". *Journal of Economic Theory* 19.
Guesnerie, R., and J.J. Laffont (1984), "A Complete Solution to a Class of Principal – Agent Problems with an Application to the Control of a Self-Managed Firm". *Journal of Public Economics* 25.
Hutton, W. (2003), *Europa vs USA*. Rome: Fazi
IMF (2004), "Fostering Structural Reforms in Industrial Countries", *World Economic Outlook*.
Julien, B. (2000), "Participation Constraint in Adverse- Selection Models". *Journal of Economic Theory* 93.
Kim, S. and N. Roubini (2004), "Twin Deficit or Twin Divergence? Fiscal Policy, Current Account and the Real Exchange Rate in the USA". *Journal of International Economics* 74.
Krugman, P. (2000), *The Return of Depression Economics*. New York: W.W. Norton.
Krueger, A., and J.S. Stiglitz (1986), "The Political Economy of the Rent-seeking Society". *American Economic Review* 64.
Laffont, J. J. (2005), *Regulation and Development*. Cambridge: Cambridge University Press.
Laffont, J. J., and D Martimort (2002), *The Theory of incentives*. Princeton: Princeton University Press.
Laffont, J. J., and J. Tirole (1986), "Using Cost Observation to Regulate Firms". *Journal of Political Economy* 94.
Laffont J. J., Tirole J. (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge MA: MIT Press.

Lewis T., and D. Sappington (1989), "Countervailing Incentives in Agency Problems". *Journal of Economic Theory* 49.
Lewis T., Sappington D. (1991), "All or Nothing Information Control", in *Economic Letters* 37.
Lewis T. , Sappington D. (2000), "Contracting with Wealth- Constrained Agents", in *International Economic Review* 41.
Lewis, T., and D. Sappington (2001), "Optimal Contracting with Private Knowledge of Wealth and Ability". *Review of Economic Studies* 68.
Manasse, P., N. Roubini and A. Schimmelpfennig (2003), "Predicting Sovereign Debt Crises". IMF Working Paper, No. 221.
Mirrless, J. (1971), "An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation". *Review of Economic Studies* 38.
Mirrless, J. (1999), "A Theory of Moral Hazard with Unobservable Behavior: Part I"- *Review of Economic Studies* 66.
Myerson, R. (1979), "Incentive Compatibility and the Bargaining Problem". *Econometrica* 47.
Myerson, R. (1982), "Optimal Coordination Mechanisms in Generalized Principal- Agent Models". *Journal of Mathematical Economics* 10.
Padovano F., Petretto A. (2010), Public choice e political economy. I fondamenti positivi della teoria di finanza pubblica. Milano: Franco Angeli Editore.
Palmerio, G. (2008), *Temi di Economia contemporanea*. Apricena (Foggia): Malatesta Editrice.
Reich, R. B. (1983), *The Next American Frontier* New York: Times Books.
Roubini, N., and B. Setser(2004), "The U.S. Twin Deficits and External Debt Accumulation: Are They Substainable". Working paper, Stern School of Business.
Saha, B. (2001), "Red Tape Incentive Bribe and the Provision of Subsidy". *Journal of Development Economics* 65.
Sappington, D. (1983), "Limited Liability Contracts Between Principal and Agent". *Journal of Economic Theory* 29.
Shiller, R.J. (1999), "Human Behavior and the Efficiency of the Financial System". In J.B Taylor and W. Woodford, eds., *Handbook of Macroeconomics*, Vol. 1.
Shiller, R.J. (2003), "From Efficient Markets to Behavioural Finance". *Journal of Economic Perspectives*, CFP 1055.
Shiller, R.J. (2006), "Tools for Financial Innovations: Neoclassical versus Behavioral Finance". *The Financial Review*, CFP 1180.
Shleifer, A., and T. Frey (2006), "The Invisible Hand and the Grabbing Hand". In *Law and Economic Development*. Edward Elgar Publishing Company.
Stiglitz, J., M. Humphreys and J. Sachs (2007), "Future Directions for the Management of Natural Resources". In *Escaping the Resource Curse*. New York: Columbia University Press.

Taccone, A. (2008), "Riforme economiche e scelte collettive". Quaderni del Dipartimento di Scienze economiche e aziendali – DPTEA, Luiss "Guido Carli", no. 156.
Williamson, S. (1987), "Costly Monitoring, Loan Contracts and Equilibrium Rationing". *Quarterly Journal of Economics* 52.

L'evoluzione della regolamentazione dei servizi a sovrapprezzo sulle reti mobili

di Gilberto Nava

Abstract:
The paper assesses the development of regulation of value added services on mobile networks, describing the evolution of national numbering plan from the first NRA decision on 1999 to the existing regulatory framework. Specifically, consumer protection profiles, the role of AGCOM and the Ministry of Economic development as well as procompetitive effects of the regulation of numbers dedicated to value added services will be assessed. The paper also explores the development of a self regulation code and the impact on the prerogatives of the NRA regarding the consumer protection policies.

Il contributo esamina il progresso della regolamentazione dei servizi a sovrapprezzo descrivendo l'evoluzione della normativa relativa al Piano di numerazione Nazionale dalla prima delibera del 1999 alla vigente disciplina (52/12/CIR). In particolare vengono esaminati gli aspetti di tutela dei consumatori, i poteri sanzionatori di AGCom e del Ministero dello Sviluppo Economico e gli effetti pro-concorrenziali connessi alla regolamentazione dei servizi su decade 4 interoperabile nonché l'introduzione di un Codice di Autoregolamentazione e le implicazioni sulla competenza dell'AGCom in materia di tutela dei consumatori.

Sommario: 1. Il Piano di Numerazione Nazionale e l'evoluzione dei servizi telefonici; 2. I servizi VAS su numerazione interna di rete in decade 4: problematiche di tutela utenza e concorrenziali; 3. La delibera n. 26/08/CIR: fonti normative, novità regolamentari e implicazioni operative e concorrenziali; 4. Difficoltà applicative della delibera n. 26/08/CIR: delibere n. 34/09/CIR e n. 80/09/CIR; 5. I servizi a sovrapprezzo nell'ambito del quadro regolamentare; 6. Implementazione tecnica e contrattuale del nuovo modello regolamentare; 7. Tutela del consumatore; 8. Codice di Autoregolamentazione a tutela dell'utenza; 9. Procedure sanzionatorie; 10. Integrazioni e modifiche al Piano di numerazione: la delibera 52/12/CIR; 11. Considerazioni conclusive.

1. Il Piano di Numerazione Nazionale e l'evoluzione dei servizi telefonici

Il Piano di Numerazione Nazionale (PNN) è lo strumento regolamentare mediante il quale vengono disciplinate le regole di utilizzo e di

assegnazione agli operatori dei diritti d'uso delle numerazioni per i servizi di comunicazioni elettroniche. Sin dall'apertura del mercato, il legislatore europeo ha assegnato alle Autorità nazionali di regolamentazione il compito di redigerlo e di gestirne l'applicazione.
Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche (CCE [1]), che recepisce il "*quadro normativo per le comunicazioni elettroniche del 2002*" [2] stabilisce che tale attività venga svolta dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom) condividendo le responsabilità, per le materie di competenza, con il Dipartimento comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) e con l'Istituto superiore delle comunicazioni e delle tecnologie dell'informazione. Gli organismi ministeriali, in particolare, provvedono a gestire le procedure di richiesta ed assegnazione delle numerazioni ai soggetti che ne hanno titolo, a vigilare in merito al corretto utilizzo della numerazione ed a tenere i rapporti con gli organismi internazionali di standardizzazione (e.g. ITU) [3].
All'origine, in un mercato in regime di monopolio e costituito dalla sola rete telefonica fissa, lo scopo principale del PNN era quello di garantire la corretta allocazione delle numerazioni sul territorio, al fine di evitare che, ad esempio, zone densamente popolate non avessero numeri sufficienti per soddisfare tutte le richieste di allacciamento alla rete. La numerazione telefonica, infatti, è una risorsa intrinsecamente scarsa, al pari delle frequenze elettromagnetiche, il cui utilizzo deve necessariamente essere regolato al fine di evitare disfunzioni nella disponibilità dei servizi e possibili accaparramenti anticompetitivi [4] [5]. Occorre tuttavia notare che, nel caso dei diritti d'uso delle numerazioni, abbiamo a che fare con una scarsità affatto diversa rispetto a quella relativa allo spettro elettromagnetico. Mentre infatti quest'ultimo è insuperabilmente limitato dalle leggi della fisica, la scarsità di numeri, come noto intrinsecamente infiniti, dipende esclusivamente dai limiti stabiliti dal PNN, fra i quali, ad esempio, il numero massimo di cifre che sono allocate ed utilizzabili per ciascun servizio [6].
La struttura del PNN attuale, definito dalla normativa come "*organizzato per servizi*" [7], è stata pensata in modo da identificare le numerazioni che vengono utilizzate per accedere alle diverse tipologie di servizi dalla cifra iniziale: ad esempio, i numeri di rete fissa iniziano con lo "0", mentre quelli di rete mobile con il "3". Quando non è possibile o efficiente allocare una intera decade ad una tipologia di servizi, il piano raggruppa i servizi della medesima macrocategoria in un'unica decade (e.g. numeri non geografici) ed utilizza le cifre successive per consentire la loro identificazione: ad esempio, i servizi di informazione/intrattenimento in fonia hanno numeri che iniziano con le cifre "89", quelli gratuiti per il chiamante (i c.d. "numeri verdi") con "800" e "803" [8].
Il PNN vigente, accanto ai pregi appena illustrati, è tuttavia intrinsecamente più rigido di quello precedente: è il prezzo inevitabile che si paga

ogniqualvolta si sceglie di strutturare semanticamente qualsiasi insieme di informazioni. In conseguenza di ciò, poiché le regole definite dal PNN vengono direttamente utilizzate per la progettazione delle reti e dei servizi, la loro ideazione e successiva ed eventuale modifica devono essere pianificate con grande cura. La successiva implementazione infatti, oltre a coinvolgere la totalità degli operatori presenti nel mercato, ed incidere anche sui contratti di interconnessione internazionali per consentire la terminazione delle chiamate da reti estere, richiede tempi e costi di aggiornamento o di modifica che possono essere anche molto elevati.
In uno scenario competitivo, com'è attualmente quello che caratterizza le comunicazioni elettroniche fisse e mobili, il PNN, oltre a dover garantire numeri sufficienti per tutti gli operatori, deve spesso essere modificato in ragione dello sviluppo di nuove tipologie di servizi, che richiedono l'allocazione di risorse di numerazione specifiche e distinte. Tale necessità, imposta dalla struttura "per servizi" descritta e che trova la sua remota origine nei limiti tecnici delle vecchie centrali elettromeccaniche che potevano distinguere fra i diversi servizi solo esaminando le primissime cifre dei numeri, ha oggi un significato che trova fondamento soprattutto nella necessità di protezione del consumatore.
Tenuto conto che la pluralità dei servizi a pagamento accessibili mediante le reti telefoniche presenta una gamma di prezzi molto ampia, la modalità ritenuta più efficace per limitare il più possibile errori da parte degli utenti - od anche tentativi di truffa - è quello di rendere univoche e perciò più facilmente riconoscibili le numerazioni dedicate a ciascuno di essi. Naturalmente questo accorgimento, seppur molto importante, da solo non esaurisce le misure che devono essere garantite per evitare che i clienti degli operatori possano essere tratti in inganno. Altri meccanismi pro-consumeristici, di cui ci occuperemo più in dettaglio nel seguito, riguardano la comunicazione trasparente del prezzo dei servizi, anche con annunci fonici in linea, ed i limiti di prezzo, comprensivi di massimali periodici, che gli operatori ed i fornitori di servizi devono rispettare.
Se si considera che al momento della liberalizzazione dei mercati delle telecomunicazioni (1 gennaio 1998) il PNN vigente risaliva agli anni '50, dopo l'introduzione con la delibera AGCom n. 1/CIR/99 della prima versione del Piano di numerazione adeguata al nuovo contesto competitivo caratterizzato dalla presenza di più operatori, le sue successive modifiche hanno assunto un ritmo incalzante. Dopo il PNN del 1999, l'anno successivo AGCom ha adottato la delibera 6/00/CIR che, oltre ad operazioni di "manutenzione" del testo precedente, ha introdotto i servizi c.d. "a tariffazione specifica" (codici 192 e 199) e le numerazioni per accesso commutato (*dial-up*) ad internet (codici 700, 701, 702 e 709) [9].
Nel 2003 AGCom ha adottato la delibera 9/03/CIR, che ha definito un primo schema di regolamentazione per i servizi c.d. "interni di rete", ovvero i numeri con prima cifra uguale a 4, che nei testi precedenti, in

considerazione dell'assenza di regole in quanto potevano essere utilizzati in modo del tutto discrezionale dagli operatori, non erano soggetti ad alcun vincolo. Originariamente queste numerazioni erano dedicate a comunicazioni "di servizio" dell'operatore indirizzate al proprio cliente, come ad esempio in merito alla tariffazione dei servizi, ma l'assenza di regole e una certa "riluttanza" dell'AGCom ad intervenire nel disciplinare i servizi mobili, hanno rapidamente avviato lo sviluppo di un fiorente mercato [10]. La delibera si limita a prevedere, infatti, all'art. 10, comma 4 che "[l']*utilizzazione delle numerazioni per servizi interni di rete è comunicato all'Autorità ed al Ministero delle comunicazioni con almeno 30 giorni di anticipo rispetto alla data di attivazione del servizio*".
La ragione dell'introduzione di tale obbligo è costituita dal progressivo diffondersi dei servizi a valore aggiunto su reti mobili che gli operatori, avvalendosi di fornitori di contenuti esterni (CSP – Content Service Provider), avevano iniziato a mettere a disposizione dei propri clienti. Tipici esempi di servizi di quel periodo sono costituiti dalla possibilità di scaricare loghi, suonerie, sfondi e giochi per il proprio apparato mobile.

2. I servizi VAS su numerazione interna di rete in decade 4: problematiche di tutela utenza e concorrenziali

In realtà lo scenario definito dalla Delibera 9/03/CIR poteva dirsi tutt'altro che soddisfacente per diversi ordini di motivi:

- indeterminazione sui limiti tariffari: la delibera prevedeva infatti limiti di prezzo per i cosiddetti servizi a tariffazione specifica ed altri servizi a tariffa premium, ma non definiva esplicitamente a quelle regime debbano essere assoggettate le numerazioni in decade 4. Oltretutto i limiti indicati valevano solo per l'accesso da rete fissa [11];
- mancanza di regole sulle modalità di comunicazione del prezzo dei servizi, sia per quanto riguarda la pubblicità, sia per quanto riguarda gli annunci *online*;
- mancata definizione della responsabilità contrattuale in merito al contenuto, nonché alla definizione del prezzo e dei servizi forniti.

In sostanza in seguito all'emanazione della citata delibera continuava ad essere in vigore un quadro regolamentare dei servizi a valore aggiunto su reti mobili non chiaramente definito, che, in ragione delle lacune regolamentari evidenziate, non consentiva agevoli interventi *ex-post* in tema di controllo e di sanzione [12].
L'unico elemento rilevante sotto il profilo regolamentare, che per alcuni anni ha supplito alla carenza di una normativa specifica, è stato il Decreto del Ministero delle Comunicazioni n. 385 [13] del 13 luglio 1995 che definiva le caratteristiche ed i limiti a cui è soggetta la fornitura di servizi audiotex e videotex [14]. Il decreto, oltre a definire quale avrebbe dovuto

essere la natura dei contenuti veicolati da quei servizi, obbligava l'operatore a fornire un messaggio vocale che informava il cliente sui costi e sulle caratteristiche del servizio.
Inoltre l'art. 9 definiva la facoltà per il cliente dell'operatore di poter rinunciare, dietro richiesta scritta indirizzata all'operatore, alla possibilità di usufruire di tali servizi (una sorta di anticipazione di quello che poi è diventato il "blocco selettivo di chiamata", che regola oggi l'accesso ai servizi a tariffazione *premium*) e l'operatore aveva l'obbligo di ottemperare a tale richiesta.
Tuttavia le definizioni contenute nel D.M. 385/1995 erano troppo generiche e troppo focalizzate sull'offerta di servizi dalla rete fissa, anche in considerazione del contesto storico in cui la norma è stata emanata, per poter essere efficacemente applicate ai nuovi servizi forniti su reti mobili tramite SMS/MMS o con altre modalità di *download*.
Tale incertezza relativa al quadro delle regole da applicare ha dato luogo a diverse controversie fra operatori mobili, che non ritenevano il D.M. 385/95 applicabili ai loro servizi in quanto non trasmessi *"tramite l'uso di specifiche numerazioni delle rete pubblica commutata* [15]" (come indica l'art. 2, comma 1, lettera a) del D.M. 385/95, ed AGCom, che invece, in più occasioni, ha adottato provvedimenti sanzionatori sulla base della citata normativa [16], sebbene vi fossero fondati dubbi che i poteri di vigilanza e sanzionatorio fossero esercitabili dall'Autorità mediante un semplice richiamo alla normativa applicabile nell'art. 10, comma 2 della Delibera 9/03/CIR, in presenza di una specifica riserva di competenza nell'esercizio dei poteri di vigilanza e sanzionatori prevista in capo al Ministero delle Comunicazioni dagli artt. 20 e 21 del citato D.M. [17].

3. La delibera n. 26/08/CIR: fonti normative, novità regolamentari e implicazioni operative e concorrenziali

3.1. I poteri di AGCom ai sensi del quadro regolamentare comunitario

Preliminarmente alla dettagliata analisi delle rilevanti modifiche introdotte dalla delibera in esame, esaminiamo sinteticamente le fonti della potestà regolamentare di AGCom, con particolare riferimento ai profili di tutela dell'utenza e di definizione delle modalità di offerta dei servizi disciplinati nel Piano di numerazione. La delibera 26/08/CIR è il primo intervento sistematico di revisione del Piano di numerazione avvenuto in vigenza del Codice delle comunicazioni elettroniche, adottato nell'agosto 2003, poiché la precedente delibera 9/03/CIR, approvata nel luglio 2003, trovava il suo fondamento nell'art. 11 del D.P.R. 318/97 e nell'articolo 1, comma 6, lett. a), n. 13 della L. 249/97, istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

La potestà regolamentare dell'Agcom trova la propria fonte nell'art. 15, comma 2 CCE, in attuazione dell'art. 10 della Direttiva Quadro 2002/21/CE: *"L'Autorità stabilisce il piano nazionale di numerazione e le procedure di assegnazione della numerazione, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza e non discriminazione, in modo da assicurare parità di trattamento a tutti i fornitori dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico* […]*".*
Vi sono molteplici ambiti e profili di intervento dell'AGCom che hanno trovato spazio nel PNN, in particolare le norme a tutela del consumatore quali i tetti di prezzo, l'imposizione di blocchi selettivi di chiamata, gli obblighi di comunicazione, che non paiono rinvenirsi tra le finalità essenzialmente pro-concorrenziali della citata norma che appare preoccuparsi maggiormente di possibili utilizzi non efficienti e discriminatori delle risorse di numerazione [18]. Molti dubbi sono stati espressi in merito al potere di AGCom di ampliare le funzioni d'uso tipiche di un piano di numerazione fino ad intervenire con una regolamentazione di dettaglio con finalità proconsumeristiche.
Peraltro in giurisprudenza l'ampiezza dei poteri regolamentari dell'AGCom e la legittimità dell'intervento in tema di PNN in una prospettiva pubblicistica a favore dell'utenza è stata riconosciuta anche dal giudice amministrativo in relazione alla Delibera n. 26/08/CIR): " […] *effettiva, e non solo teorica, tutela del consumatore per porlo al riparo dall'uso fraudolento o scorretto dei numeri destinati ai servizi a sovrapprezzo, con legittimo utilizzo del potere conferito all'Autorità che bene può incidere direttamente sulle previsioni contrattuali privatistiche nell'ambito del compito alla stessa affidato di effettiva garanzia di interessi che travalicano quello del singolo utente, per assumere una più ampia portata pubblicistica*" [19].

3.2. Finalità generali del nuovo PNN

Con delibera n. 44/07/CIR recante "*Consultazione pubblica concernente la revisione del piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa*" [20] l'Autorità diede inizio al processo che nell'arco di un anno avrebbe portato all'emanazione della delibera 26/08/CIR, che ha rappresentato la terza revisione sostanziale del PNN da parte di AGCom. L'ampio questionario sottoposto all'esame degli operatori prendeva atto della necessità di adeguare uno strumento fondamentale quale è il PNN alle nuove esigenze nate dall'evoluzione dei servizi e dei mercati.
Dalle risposte alla consultazione emergono chiaramente, sia pur con diverse sfumature fra i vari *stakeholder*, le seguenti necessità:

- adeguamento ai nuovi servizi e alle nuove modalità di utilizzo dei terminali, soprattutto mobili;

- riorganizzazione e semplificazione della classificazione delle numerazioni, raggruppando in modo più razionale i servizi e completando la migrazione dei servizi dalla decade 1;
- riduzione dei rischi di ambiguità e incertezze applicative del quadro previgente che la nascita di servizi nuovi aveva determinato;
- tutela dell'utenza mediante la definizione di regole chiare sulla comunicazione del prezzo dei servizi e meccanismi efficienti di gestione delle sottoscrizioni e dell'accesso ai servizi (blocco selettivo);
- focus specifico sulle numerazioni a sovrapprezzo, con particolare riferimento a quelli erogati su reti mobili.

3.3. Servizi interni di rete e servizi a sovrapprezzo

La delibera n. 26/08/CIR ha definito un quadro sufficientemente articolato dei servizi a sovrapprezzo. La tabella che segue è una rappresentazione della loro classificazione, che è sostanzialmente rimasta invariata fino ad oggi.
La delibera prosegue il processo di dismissione e razionalizzazione di alcune numerazioni in decade 1 (144, 163, 166) dedicate ai servizi a sovrapprezzo, la cui collocazione era in modo incongruo rimasta, rispetto alla struttura del PNN organizzata per servizi, in decade 1 che non ne prevede la presenza [21] e peraltro senza che questi servizi venissero ancora utilizzati.

Tipologia di servizio	Numerazione utilizzata
Servizi a carattere sociale-informativo (es. pubblica utilità, informazioni abbonati)	166* - 892 – 43 – 44 – 12
Servizi di assistenza e consulenza (es. servizi consulenza, meteo, assistenza clienti)	163* – 164* - 895
Servizi di chiamate di massa (es. televoto, raccolta fondi, concorsi)	163* – 164* - 894 – 46 – 47
Servizi di intrattenimento (pronostici, astrologia, manifestazioni a premio, giochi)	144* - 899 - 892 – 48 – 49
Servizi di vendita di prodotti e servizi (es. loghi, suonerie, programmi software, audio e video)	899 - 892 – 48 – 49
* Queste numerazioni sono state utilizzabili solo sino al 31/12/2009 (art. 20, comma 1)	

La decade 4 viene per la prima volta formalmente riconosciuta dal PNN come parzialmente dedicata ai servizi a sovrapprezzo. Sin dalla Delibera

1/CIR/99, come accennato sopra, il PNN ha individuato nella decade 4 le numerazioni per servizi interni di rete, come quelle dedicate ai servizi forniti dall'operatore di rete ai propri clienti correlati con le funzionalità di rete e che, per loro natura, non necessitano di interoperabilità tra reti di operatori diversi.

3.4. Presupposti di modifica e nuova struttura delle numerazioni in decade "4"

Con la Delibera 26/08/CIR, la caratterizzazione di tale decade viene modificata attribuendone una parte (ossia le sottodecadi 40, 41 e 42 [22]) alla effettiva fruizione di servizi connessi al funzionamento della rete, quali la gestione del trasferimento di chiamata, oppure alla gestione, anche amministrativa, degli utenti, come quello di fatturazione (articolo 9), mentre una seconda porzione della decade 4 viene dedicata alla fornitura di servizi a sovrapprezzo.
Attraverso le numerazioni dedicate ai servizi interni di rete propriamente detti è espressamente escluso che possano essere forniti ai clienti dell'operatore servizi che richiedano l'interoperabilità o la connessione a soggetti esterni, ovvero la diffusione di informazioni provenienti o dirette a soggetti esterni rispetto all'operatore di rete (in merito ai profili sanzionatori connessi a questo divieto si rinvia al cap. 7).
Le sottodecadi in decade 4 per servizi a sovrapprezzo sono dedicate ai servizi forniti attraverso reti di comunicazione elettronica, che consentono l'accesso degli utenti ad informazioni o prestazioni a pagamento, e per i quali l'operatore di rete addebita all'abbonato un prezzo complessivo comprendente il trasporto, l'instradamento, la gestione della chiamata e la fornitura delle informazioni o prestazioni (art. 1, comma 1).
Si potrebbe obiettare, non senza ragione, che una tale scelta leda i principi che sono alla base di un PNN organizzato per servizi, che peraltro la delibera 26/08/CIR ribadisce come principio ispiratore. Occorre però tener conto che questa scelta discende dalla necessità di non causare attraverso l'azione di regolamentazione eccessivi "traumi" al mercato dei servizi a sovrapprezzo, che avrebbero potuto determinare conseguenze significativamente negative per molti operatori. L'uso della decade 4 per fornire servizi a sovrapprezzo era infatti diffuso, soprattutto nel settore mobile, diverso tempo prima dell'emanazione della delibera 26/08/CIR: una decisione che avesse repentinamente spostato questa tipologia di servizi un'altra decade (ad esempio la decade 8) avrebbe determinato un elevato grado di sconcerto fra gli utenti e creato seri problemi di comunicazione per gli operatori ed i fornitori di servizi [23].
Va osservato tuttavia che, in esito alla delibera, i servizi a sovrapprezzo allocati nella decade 4 sono comunque classificati per tipologia di informazione o prestazioni fornite, coerentemente alle definizioni dei

servizi adottate dal MISE all'art. 3 del D.M. 145/2006, con l'obiettivo di conseguire una maggiore razionalizzazione del sistema nel suo complesso ed un più corretto e trasparente utilizzo dei servizi interni di rete.
Come approfondito al successivo cap. 5, in considerazione dei limiti del contesto competitivo finora vigente, che si caratterizzava per una struttura di *walled garden* ad opera degli MNO, fra le richieste maggiormente supportate da molti stakeholder vi era quella di arrivare ad un superamento della situazione di vantaggio competitivo goduto dagli operatori mobili infrastrutturati (MNO) nei confronti degli altri operatori e dei fornitori di contenuti. Le regole introdotte hanno consentito di superare, in parte, tale problema, sottomettendo le relazioni fra MNO e CSP alle regole generali dell'interconnessione (*rectius* dell'accesso). Viene cioè a cessare il rapporto necessario fra MNO e CSP in base al quale ciascun CSP doveva negoziare con ciascun MNO per poter fornire servizi ai clienti attestati sulla propria rete, con una crescente asimmetria nella forza negoziale tanto maggiore era il numero dei clienti attestati sulla rete dell'MNO [24]. Nel nuovo contesto il CSP dotato di contenuti interessanti per i consumatori può mettere in competizione, come vedremo di seguito, i diversi MNO per il ruolo di fornitore del servizio (*Serving Provider*) rispetto agli altri MNO che si limiteranno ad offrire l'accesso ai propri clienti (*Access Provider*).
Infine le numerazioni diventano interoperabili sulle diverse reti e vengono assegnate dal MI.S.E.C. con i medesimi criteri, procedure e oneri delle altre numerazioni "pubbliche".
Per quanto riguarda gli oneri amministrativi per l'utilizzo della numerazione per offrire servizi a sovrapprezzo in decade 4, essi sono analoghi a quelli previsti per altre numerazioni (es. 899) dedicate a servizi dello stesso tipo, superando una asimmetria riscontrata tra l'offerta di servizi a sovrapprezzo su numeri interni di rete, non assegnati dal MISEC e quindi non soggetti ad oneri amministrativi e gli analoghi servizi a sovrapprezzo offerti su numerazione specifica (e.g. 899), soggetti alle procedure ed ai costi connessi all'utilizzo di diritti d'uso di risorse di numerazione.
Rispetto all'altro tema sollevato nella consultazione, vale a dire quello della responsabilità sui contenuti dei servizi a sovrapprezzo, nell'allegato B alla Delibera, che riporta la sintesi dei contributi della consultazione e le considerazioni dell'Autorità, si afferma: "*L'Autorità conferma l'intenzione di meglio esplicitare le diverse responsabilità in gioco nella gestione della numerazione, anche sulla base di quanto previsto all'art. 18 del D.M. 145/06, rimanendo comunque nella sfera di pertinenza del Piano e senza invadere ambiti diversi dalle proprie competenze, già disciplinati da norme di carattere generale o particolare*", rimandando con ciò la tematica a provvedimenti successivi, che esamineremo nel seguito.
La Delibera definisce direttamente importanti strumenti di tutela del consumatore:

(a) da un lato obbliga operatori e CSP a fornire informazioni chiare e dettagliate, anche in voce ove applicabile, dei costi dei servizi a sovrapprezzo [25];
(b) dall'altro sottopone anche i servizi in decade 4 al regime del blocco selettivo di chiamata [26];
(c) infine assoggetta anche le numerazioni in decade 4 ai limiti di prezzo e di spesa definiti nell'allegato 1 al PNN e riportati nella successiva tabella di cui al parag. 3.6.

Infine AGCom introduce al comma 4 dell'art. 30 PNN una rilevante previsione - nella prospettiva dell'introduzione di meccanismi di *soft law* - per regolamentare le modalità di comunicazione che ha rilevanti implicazioni giuridiche ed istituzionali (vedi successivo cap. 7): "Gli operatori rendono disponibile entro il 1° luglio 2009 [27] la prestazione di blocco delle comunicazioni realizzate tramite SMS/MMS e trasmissione dati, relative a servizi a sovrapprezzo offerti su decade 4, di cui all'art. 21. Entro la medesima data gli operatori ed i fornitori di contenuti sottoscrivono un codice di autoregolamentazione che, oltre a prevedere le necessarie tutele a favore dell'utenza, includa anche la definizione uniforme e comune tra i vari operatori di prassi per l'informazione sui prezzi dei servizi, sulle modalità di attivazione e disattivazione dei servizi stessi e della predetta prestazione di blocco delle comunicazioni".
In questo modo l'AGCom attraverso, sia pur attraverso uno strumento utilizzato dalle Autorità di regolamentazione in modo crescente, impone ai numerosi attori della filiera l'adozione, in via convenzionale, di una efficace modalità di microregolazione delle forme di comunicazione dell'offerta di servizi e delle loro principali caratteristiche.

3.5. Nuova struttura delle numerazioni in decade "4" e relative soglie di prezzo

La delibera ha introdotto delle nuove soglie di prezzo sia per la porzione della decade 4 che viene riservata ai servizi interni di rete (codici 40, 41, e 42) che per le numerazioni divenute interoperabili (codici 43-49).

Categoria del servizio	Codice associato	Prezzo massimo alla risposta (€)	Prezzo massimo al minuto(€)
Servizi interni di rete	40	Gratuito	
	41	Prezzo delle chiamate geografiche interdistrettuali o per servizi mobili e personali terminate sulla stessa rete secondo il profilo tariffario dell'utente	
	42	0,30	1,00
		1,50 per prezzo forfetario	
Servizi di carattere sociale-informativo (escl. servizio informazioni elenco abbonati)	43 e 44	2,00 (prezzo forfetario per servizi una tantum) 20,00/mese (per servizi in abbonamento) 0,25 (prezzo forfetario per i codici 44)	
Servizi di chiamate di massa	46 e 47		
Servizi di intrattenimento	48 e 49		
Servizi a sovrapprezzo di vendita di prodotti e servizi trasmessi direttamente ed esclusivamente attraverso la rete di comunicazione elettronica	48 e 49		

La delibera in esame [28] prevedeva un periodo transitorio per la migrazione al nuovo modello, il cui termine era fissato al 1° luglio 2009. Si tenga presente che, per poter attuare una migrazione tecnologicamente solida e coerente con i modelli di interconnessione vigenti tra le reti alla nuova modalità di interazione tra operatori e di gestione dei servizi prevista dalla Delibera, sarebbe stata necessaria l'emanazione da parte del MISE delle relative specifiche tecniche di interconnessione. La delibera tuttavia, pur prevedendo all'art. 2 [29] una serie di obblighi in capo al Ministero relativi alla definizione dei contributi di assegnazione per le nuove numerazioni pubbliche in decade 4, non ha fatto alcun riferimento a tale necessità tecnica, né, quindi, prevedeva termini specifici per l'emanazione della specifica tecnica.
La specifica tecnica a cui si sarebbero dovute adeguare le reti di tutti gli operatori [30] viene approvata dalla Commissione Interconnessione,

istituita presso l'Istituto Superiore delle Comunicazioni e delle Tecnologie dell'Informazione (ISCTI), solo nel mese di giugno del 2009, per essere poi sostituita con la definitiva versione 2 nel dicembre dello stesso anno.
In tal modo il tempo per provvedere all'adeguamento dei sistemi e delle reti, che risultava comunque ridotto rispetto ai circa 12 mesi previsti nella delibera n. 26/08/CIR, diventava estremamente stringente al punto che la pressoché totalità degli operatori e CSP lo ha giudicato del tutto insufficiente ed ha richiesto perciò all'AGCom di prorogare di almeno un anno il termine per l'implementazione della Specifica tecnica fissato al 1° luglio 2009 [31].
Alcune scelte effettuate dall'Autorità sono state oggetto di osservazioni dalle diverse categorie di *stakeholder*:

a) innanzitutto la scelta di rendere disponibili nella porzione della decade 4 interoperabile solo codici di lunghezza pari a 5 cifre. Poiché la, lunghezza di un codice è inversamente proporzionale al suo costo [32], i contributi richiesti per un singolo numero risultavano essere molto elevati in un contesto di numerazione pubblica interoperabile e non più di numeri interni di rete.
b) la delibera (art. 6) obbliga tutti gli operatori, compresi quelli che forniscono servizi a sovrapprezzo, ad inviare per ogni chiamata/SMS/MMS il CLI (*Calling Line Indicator*, ovvero il numero del chiamante) effettivo della linea chiamante. Nel caso dei servizi in questione, tale CLI risulterebbe essere quello associato al punto di ingresso del messaggio nella rete. Tale numero, nella stragrande maggioranza dei casi, è del tutto scorrelato con quello con cui l'utente identifica il servizio richiesto. In questo modo chi riceve un messaggio relativo ad un servizio a sovrapprezzo si trova nella difficile situazione di doverne identificare la provenienza (ad esempio per escludere spam o altri messaggi indesiderati) senza avere alcun elemento per poterlo fare. Oltretutto non risulta infrequente il caso in cui il medesimo servizio, a seconda degli orari o dei giorni della settimana, venga fornito da numerazioni diverse. La richiesta perciò comune a tutti gli *stakeholder* è stata quella di poter derogare a quanto stabilito e poter utilizzare, per le comunicazioni con i clienti, il numero che identifica il servizio.
c) la delibera all'art. c. 4 prevede tassativamente che l'accesso ai servizi a sovrapprezzo debba essere preceduto da un "*annuncio fonico, chiaro ed esplicito, sul prezzo applicato, con riferimento alla rete fissa o mobile, dalla quale è effettuata la chiamata. In caso di prezzo differenziato a seconda dell'operatore da cui si origina la chiamata, l'informazione può limitarsi al prezzo massimo previsto da rete fissa e mobile. … L'obbligo informativo non può essere assolto attraverso il rimando ad altre numerazioni, a siti Internet o a qualsivoglia altra forma di comunicazione*". Appare evidente come sia impossibile

adempiere a tale obbligo per un servizio basato su SMS/MMS o sola trasmissione dati.

d) nel regime precedente la Delibera, ogniqualvolta era sorta la necessità di richieste fondi alla cittadinanza da raccogliere mediante l'invio di un SMS a pagamento, ad esempio a fronte di disastri naturali, emergenze sanitarie o umanitarie, gli operatori avevano stabilito di volta in volta di usare all'uopo un numero in decade 4. Nel nuovo regime di interconnessione stabilito dalla Delibera 26/08/CIR quella metodologia non sarebbe stata più applicabile. Da qui la richiesta di definire per tali scopi una serie di numeri dedicati, senza oneri per gli operatori e gestiti in modalità speciale sia per quanto riguarda l'assegnazione, sia per l'interconnessione. Il codice proposto era il "455XY", che avrebbe consentito di utilizzare 100 numerazioni diverse.

Tali richieste di modifica sono successivamente state esaminate dall'Autorità e poste in consultazione nella delibera 25/09/CIR del 14 maggio 2009, che indice una Consultazione pubblica fra tutti gli *stakeholder* per misure urgenti di modifica della Delibera 26/08/CIR.

4. Difficoltà applicative della 26/08/CIR: delibere 34/09/CIR e 80/09/CIR

4.1. In esito alla consultazione l'AGCom approva nel luglio 2009 la delibera 34/09/CIR che modifica le precedenti disposizioni della delibera 26/08/CIR per quanto concerne i seguenti punti.

4.1. a) Proroga del periodo transitorio

In considerazione delle tempistiche necessarie per la complessiva implementazione della disciplina, l'entrata in vigore della disciplina viene posticipata al 1° febbraio 2010. L'AGCom esclude ulteriori proroghe – fino a luglio 2010 come richiesto dagli MNO - anche in considerazione della possibilità per gli operatori di stipulare fra loro accordi temporanei tra operatori per la fornitura dei servizi secondo il nuovo schema di numerazione pubblica, in attesa della sperimentazione e della messa a regime delle specifiche tecniche di interconnessione. In particolare MNO e CSP hanno proposto e, infine, posto a regime un meccanismo di "interconnessione virtuale" mediante il quale, pur senza modificare i collegamenti fisici esistenti tra le piattaforme degli MNO e dei CSP, è possibile realizzare, anche dal punto di vista dei flussi economici e delle rispettive responsabilità contrattuali derivanti dal nuovo modello, l'assetto regolamentare previsto dalla delibera 26/08/CIR.

4.1.b) CLI per servizi a sovrapprezzo

Viene consentito l'utilizzo del CLI nel caso di fornitura dei servizi a sovrapprezzo (compresi servizi informazione abbonati) erogati mediante invio al cliente del contenuto richiesto tramite SMS/MMS. Come forma di tutela specifica del consumatore viene stabilito che gli SMS vuoti siano bloccati dall'operatore di origine e non comportino l'attivazione di alcun servizio né un addebito ulteriore rispetto al normale costo dell'SMS.

4.1.c) Aumento del numero massimo di cifre per i numeri in decade 4

A seguito della delibera 26/08/CIR il MI.S.E.C. aveva determinato il costo unitario annuo del codice 4X a 5 cifre in 111.000 euro [33].
In considerazione dell'esigenza per gli operatori di acquisire diritti d'uso di codici ad un costo minore e di avere a disposizione un numero di codici più elevato, che consentano di differenziare i servizi e di garantire nel contempo la sostenibilità economica di servizi di nicchia, AGCom ha deciso di estendere la lunghezza massima delle numerazioni in decade "4" dalle 5 cifre definite dalla 26/08/CIR fino a 7 cifre ed a 9 cifre sui codici 44, 47 e 48. Non è stata invece accolta la proposta di un ulteriore allungamento attraverso *post-digit* [34] nella logica che vi debba essere una certezza univoca rispetto al numero di cifre utilizzate per ciascun servizio all'interno delle reti pubbliche di comunicazioni.
Poiché la definizione dei contributi relativi ai diritti d'uso delle numerazioni esula dalle competenze dell'AGCom, con questa delibera l'AGCom si è limitata a segnalare al MI.S.E.C., competente a fissare il valore dei contributi per la concessione dei diritti d'uso sulle nuove numerazioni a 7 cifre, di tenere in considerazione: "*l'opportunità di favorire l'ingresso nel mercato dei nuovi soggetti che offrono servizi a sovrapprezzo, lo sviluppo di nuovi servizi, nonché la sostenibilità economica di servizi rivolti ad una platea di clienti di numerosità limitata*".

4.1.d) Introduzione codici 455

È stata poi decisa, come da numerose richieste degli operatori, l'introduzione dei codici "455" per raccolta fondi, gestiti autonomamente da parte degli MNO, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione e per i quali non è prevista l'assegnazione d'uso da parte del MI.S.E.C.
Viene infine chiarito che l'obbligo dell'annuncio fonico relativo al prezzo del servizio applicato all'utente vale per i soli servizi in fonia.

4.2. Delibera 80/09/CIR

Una ulteriore provvedimento del dicembre 2009 (delibera n. 80/09/CIR) provvede poi a disciplinare con ulteriore dettaglio la transizione fra il vecchio ed il nuovo scenario, soprattutto per quanto riguarda la cessazione dei numeri in decade 4 usati dagli operatori precedentemente all'entrata in vigore della 26/08/CIR e che non sono compatibili con le destinazioni d'uso dei codici previsti nel nuovo schema.
L'entrata in vigore della 34/09/CIR chiude senz'altro un ciclo di significative modifiche della regolamentazione sui servizi a sovrapprezzo e definisce un quadro complessivo ragionevolmente coerente, anche se non del tutto privo di criticità.

5. I servizi a sovrapprezzo nell'ambito del quadro regolamentare

Al fine di individuare la finalità di natura sistemica sottesa all'introduzione delle numerazioni pubbliche nella decade "4" ed alla sua complessa attuazione nel mercato, al di là delle ovvie esigenze di razionalizzazione del PNN, è senza dubbio possibile affermare che essa sia consistito nel definire le condizioni regolamentari che consentissero l'apertura del mercato dei servizi a sovrapprezzo su rete mobile, ponendo fine al vantaggio competitivo goduto dagli MNO, anche in relazione ad economie di rete, ed ai *walled garden* (ossia la realizzazione di offerte di servizi completamente controllate dall'MNO, sia dal lato della domanda – utente finale – che dell'offerta – CSP), che per molto tempo hanno costituito la modalità prevalente di offerta dei servizi a sovraprezzo.
La qualifica delle numerazioni in decade 4 come numerazioni pubbliche, con il conseguente vincolo di utilizzare modalità di interconnessione interoperabili (vedi il successivo cap. 6) e l'incremento dei costi per gli MNO dovuto alla corresponsione dei diritti per l'uso dei numeri e per gli altri adempimenti di ordine tecnico accennate, nell'intento dell'Autorità avrebbe dovuto modificare i rapporti economici tra MNO e CSP, rispetto a quanto rilevato dall'Indagine conoscitiva congiunta di AGCM e AGCOM dell'aprile 2009.
A riprova di ciò nella delibera n. 34/09/CIR, l'AGCom esplicita la sua linea di indirizzo favorevole a valorizzare gli effetti potenzialmente benefici della "*mano invisibile del mercato*": "*Quanto ai rapporti economici, si rammenta che l'aver reso la numerazione di cui si tratta interoperabile, sottrae al quadro regolatorio un precedente elemento di ostacolo al dispiegarsi di una migliore situazione concorrenziale e di una più efficace autoregolazione del mercato*".
Per comprendere appieno quali siano i limiti dell'azione dell'AGCom nella possibilità di imporre obblighi regolamentari agli operatori (e.g. obbligo di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi, di non discriminazione, di

trasparenza di cui agli artt. 46 e ss CCE) occorre evidenziare che, secondo quanto previsto dalla Raccomandazione della Commissione Europea 2007/879/CE del 17 dicembre 2007 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche, possono essere oggetto di una regolamentazione *ex-ante* i mercati rilevanti che non sono inclusi tra quelli elencati nella Raccomandazione stessa (come il mercato della raccolta da mobile) qualora l'autorità di regolamentazione nazionale rilevi la sussistenza dei seguenti tre criteri:

i) la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso;
ii) la presenza di caratteristiche che inducono a ritenere che nel mercato non si svilupperanno, con il passare del tempo, condizioni di concorrenza effettiva;
iii) l'efficienza relativa del diritto della concorrenza e della regolamentazione *ex-ante* complementare.

Il mercato dell'accesso e dell'originazione delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili [35], come originariamente definito nel mercato n. 15 della precedente Raccomandazione n. 2003/311/CE e nella delibera n. 46/06/CONS, è stato successivamente oggetto di analisi con la delibera n. 65/09/CONS del 13 febbraio 2009 che ha stabilito che il mercato dei servizi di accesso e raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili non è suscettibile di regolamentazione *ex ante*, non risultando cumulativamente soddisfatti i sopracitati tre criteri della Raccomandazione della Commissione europea del 17 dicembre 2007 [36].

La scelta di AGCom di incidere nella ridefinizione delle "*regole del gioco*" del mercato dei servizi a sovrapprezzo su rete mobile si deve perciò necessariamente limitare alla modifica della qualificazione regolamentare della numerazione ed all'ampliamento dei potenziali attori del mercato con la legittimazione ad operare anche dei soggetti titolari di autorizzazioni generali per la fornitura del servizio telefonico accessibile al pubblico, senza poter incidere direttamente sui fattori economici, ed in particolare sui criteri e sulle percentuali di attribuzione della *revenue sharing* tra i diversi attori della filiera.

Fra le diverse modalità di attuare i propri obiettivi regolamentari di cui dispone l'AGCom e che potrebbero essere efficacemente utilizzati in questo mercato, possiamo individuare la possibilità di intervenire in materia di accesso ed interconnessione di cui all'art. 42 commi 1 e 2 CCE nell'ambito delle procedure di risoluzione delle controversie *ex* art. 23 CCE (qualora sorga fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica) aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dallo stesso Codice, che consentono all'Autorità di adottare una decisione vincolante che risolva la controversia tra gli operatori che sono parte dello specifico procedimento [37]. In questa fattispecie il *petitum* potrebbe essere la determinazione di un prezzo equo e ragionevole per la raccolta da rete mobile.

Alla luce del quadro comunitario del 2002 occorre evidenziare che la legittimazione per poter attivare il contenzioso *ex* art. 23 derivava dalla qualifica di operatori autorizzati *ex* art. 25 CCE [38]. Nel mercato in esame occorre ricordare che molti CSP non sono operatori autorizzati per la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche, e pertanto le loro eventuali controversie con gli MNO in materia di condizioni di accesso esulerebbero soggettivamente dai poteri dell'AGCom. A seguito del recepimento delle Direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE nell'ordinamento italiano è stato integrato anche l'art. 23 CCE che amplia la disciplina delle controversie sotto il profilo soggettivo estendendone l'applicabilità anche ai soggetti, non operatori di comunicazioni elettroniche, "*che beneficiano di obblighi in materia di accesso e/o interconnessione derivanti dalla presente direttiva (2002/21/CE NdR) o dalle direttive particolari* […]" [39].
Alcuni elementi sicuramente rilevanti frutto del nuovo quadro regolamentare dei servizi a sovrapprezzo, caratterizzato dall'introduzione di servizi interoperabili, sono stati (i) una competizione tra MNO per svolgere il ruolo di *Serving Provider* e quindi ospitare i CSP dotati di servizi a sovrapprezzo più attraenti per la clientela, anche nella prospettiva di instaurare rapporti di partnership facendoli evolvere verso la realizzazione di servizi a valore aggiunto customizzati non solo su SMS, ma su varie piattaforme digitali; (ii) la scelta strategica per alcuni CSP di dotarsi di un'autorizzazione *ex* art. 25 CCE alla fornitura di servizi telefonici al pubblico, diventando essi stessi dei *Serving Provider* e acquisendo dal MISE diritti d'uso in decade 4.
A distanza di alcuni anni la spinta propulsiva registrata nel mercato a valle dell'attuazione della Delibera 26/08/CIR mostra segni di rallentamento poiché, da un lato il nuovo contesto regolamentare non ha significativamente inciso negli aspetti economici della catena del valore, dall'altra il mercato del *mobile content* sta progressivamente subendo una significativa flessione rispetto alle performance di fatturato e di margini riscontrabili negli anni precedenti al 2009 [40], anche in relazione alla diffusione esponenziale nel mercato mobile di *smartphone* e *tablet*, dotati di connessioni ad internet performanti che mettono a disposizione degli utenti piattaforme commerciali sofisticate e ricche di contenuti, maggiormente in grado di soddisfare le esigenze degli utenti per quanto riguarda intrattenimento, gioco online e servizi informativi personalizzati.
Anche da parte degli ESP [41], la tipologia prevalente di operatore mobile virtuale in Italia, così come da parte dei principali operatori focalizzati sulla rete fissa (per lo più presenti anche sul mercato mobile come operatori mobili virtuali), non vi è stato un significativo interesse a competere nell'offerta di servizi a sovrapprezzo su rete mobile, operando non tanto come fornitori di servizi ai propri clienti, quanto piuttosto come fornitori di servizi per mobili sviluppando, in tal caso, una piattaforma diversa da quella degli MNO.

6. Implementazione tecnica e contrattuale del nuovo modello regolamentare

Come accennato *supra*, il quadro definito dalle delibere fin qui discusse non è esente da criticità.
Fra esse la principale, almeno per quanto riguarda gli aspetti operativi, riguarda la tempistica di entrata in vigore del nuovo modello di interconnessione previsto per le numerazioni in decade 4. La proroga concessa dalla delibera 34/09/CIR, appariva non essere sufficiente per garantire il completamento di tutte le prove necessarie. Infatti il periodo di implementazione e sperimentazione previsto per le specifiche tecniche terminava con la messa a regime nel luglio 2010, a fronte invece dell'entrata in vigore della nuova disciplina prevista per il 1° febbraio 2010.
Le motivazioni con cui la Delibera 34/09/CIR escludeva ulteriori proroghe fanno riferimento al fatto che, a giudizio dell'AGCom, la Delibera 26/08/CIR prevedeva un tempo di entrata a regime del tutto congruo. La scelta di procedere alla definizione di una nuova specifica di interfaccia per l'interconnessione relativa ai servizi in decade 4 era stata, secondo AGCom, effettuata autonomamente dagli operatori senza che vi fosse una effettiva necessità e con finalità asseritamente dilatorie per posticipare l'attuazione di una significativa e potenzialmente pericolosa "rivoluzione" nell'offerta di servizi su decade 4.
Da un lato, la scelta di procedere alla stesura della nuova specifica tecnica è stata avallata dal competente organismo del MI.S.E., che ha la responsabilità di redigere la documentazione tecnica nazionale di settore, dall'altro, nelle more dell'implementazione di una specifica di interconnessione/accesso, gli operatori hanno finora operato con una "simulazione" del nuovo modello di interconnessione realizzata utilizzando l'infrastruttura tecnica precedente, ma applicando modelli contrattuali e di fatturazione coerenti con il nuovo modello regolamentare.
Infatti il nuovo sistema frutto delle previsioni regolamentari definisce un quadro di ruoli dei diversi attori della filiera molto più chiaro rispetto al passato, ai quali è quindi più agevole associare le specifiche responsabilità contrattuali. I diversi ruoli ricoperti dagli attori della filiera sono ora identificati:

- SP: *Service Provider* è un operatore autorizzato titolare dei diritti d'uso sulla numerazione utilizzata [42] e rappresenta l'unica controparte contrattuale del CSP nell'accordo per la fornitura dei contenuti. È responsabile delle caratteristiche delle limitazioni e della definizione dei prezzi dei servizi SMS/MMS;
- CSP: *Content Service Provider* è un soggetto terzo che produce contenuti specifici o anche servizi "chiavi in mano" per conto del SP e li mette a disposizione di tutti gli utenti attestati sulla rete dell'SP e

degli AP che hanno sottoscritto un contratto con l'SP. Non è un operatore dotato di un titolo autorizzativo e, formalmente non è titolare del diritto d'uso della numerazione in decade 4, sebbene sia il soggetto che investe in termini pubblicitari per valorizzare la numerazione come fattore distintivo della propria offerta commerciale. Nel contratto sottoscritto con l'SP il CSP dovrebbe avere cautelativamente previsto delle garanzie in merito alla collaborazione dell'SP per l'effettuazione di una rapida portabilità del numero in decade 4 verso un altro operatore con cui volesse successivamente sottoscrivere un contratto di fornitura in qualità di SP;

- AP: *Access Provider* è un operatore alla cui rete è connesso il cliente finale e non ha alcuna relazione contrattuale con il CSP. L'AP si limita a svolgere le funzioni di *front-end* del cliente attestato sulla sua rete per attività di *caring, provisioning* e *assurance,* a gestire gli addebiti e il controllo del credito ed a riversare all'SP la percentuale di ricavi convenuta.

Occorre infine sottolineare che l'SP può essere un MNO così come un operatore autorizzato a fornire servizi al pubblico privo di una propria base clienti, mentre l'AP per sottoscrivere un accordo con l'SP deve necessariamente detenere un parco clienti interessati ad utilizzare i servizi a sovrapprezzo. Gli MNO, in quanto titolari di un parco clienti, possono svolgere per i CSP alternativamente il ruolo di SP o di AP.
Al fine di dare attuazione al nuovo quadro regolamentare e disciplinare i complessi rapporti tecnici e contrattuali sottostanti l'offerta del servizio, gli operatori autorizzati hanno sottoscritto un accordo quadro multilaterale con il quale vengono disciplinati i profili operativi che necessitano una omogeneità di modalità attuative (analogamente a quanto accaduto per l'offerta del servizio di *mobile number portability* [43]), mentre il bilanciamento delle responsabilità contrattuali nell'offerta dei servizi al pubblico, i modelli di monitoraggio, le percentuali di *revenue sharing* rispetto a quanto incassato dal cliente sono definiti nell'ambito di accordi contrattuali bilaterali tra AP e SP che sono il presupposto per poter consentire all'SP di raccogliere il traffico dagli utenti attestati sulle reti dell'AP.

7. Tutela del consumatore

Lo sviluppo dei servizi a sovrapprezzo, anche prima che venissero sviluppati quelli in decade 4 su rete mobile, è stato purtroppo affiancato da evidenti comportamenti di alcuni operatori e centri servizi che hanno adottato pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori, talvolta sconfinati in vere e proprie attività fraudolente.

Uno degli obiettivi dell'Autorità è stata quella di introdurre progressivamente, attraverso il Piano di numerazione, degli strumenti dissuasivi e precettivi al fine di evitare comportamenti a danno dei consumatori e garantire un utilizzo consapevole di questi servizi.
Innanzitutto occorre evidenziare che anche il MI.S.E.C. svolge un ruolo significativo nella prospettiva di tutela de consumatori poiché il Codice delle Comunicazioni all'art. 15 prevede: "*Il Ministero vigila affinché non vi siano utilizzi della numerazione non coerenti con le tipologie di servizi per i quali le numerazioni stesse sono disciplinate dal piano nazionale di numerazione*".
Inoltre, in considerazione della natura di *lex specialis* del D.L. 23 ottobre 1996, n. 545, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 dicembre 1996, n. 650, con particolare riferimento all'articolo 1, commi 25, 26 e 27, il Ministero ha emanato nel febbraio del 2006 il decreto n. 145, che ha abrogato le precedenti disposizioni in materia di servizi audiotex e che ha definito gli obblighi per tutti i soggetti coinvolti nell'offerta di servizi a sovrapprezzo. In particolare stabilisce un tetto massimo di spesa per chiamata (€ 12,5 iva esclusa) e l'obbligo per gli operatori di fornire il blocco a richiesta delle chiamate e la possibilità di stabilire una soglia massima mensile, con l'esclusione tuttavia, ai sensi dell'art. 15, comma 10, per i terminali provvisti di PIN di protezione (cioè, praticamente, tutti), secondo la *ratio* per la quale, essendo il terminale mobile, al contrario del telefono fisso, un oggetto di uso esclusivamente personale, non sarebbero necessari meccanismi di limitazione della spesa se il proprietario è nelle condizioni di poter evitarne l'uso da parte di terzi.
Per quanto concerne l'azione di AGCom numerose sono le previsioni che, in via diretta o indiretta, sono finalizzate a tutelare i consumatori. Innanzitutto l'obbligo dei titolari delle numerazioni di utilizzare la risorsa numerica e di fornire i relativi servizi in conformità con i vincoli e le prescrizioni stabilite dal PNN, per finalità di trasparenza dell'offerta e di garanzia della piena coerenza tra servizi e codici utilizzati (art. 3, comma 3), nonché l'obbligo in capo agli assegnatari della numerazione, ossia agli operatori autorizzati, di comunicare ai soggetti che offrono i servizi su numerazioni da loro messe a disposizione in merito alle norme da rispettare per il corretto utilizzo delle stesse numerazioni, arrivando ad incidere sulle previsioni contrattuali tra operatore e CSP che devono prevedere, in caso di una violazione del PNN accertata dai competenti organi, "*la chiusura immediata dell'offerta di servizio*" (art. 3, comma 3).
È interessante notare come le disposizioni regolamentari introdotte a partire dalla delibera n. 26/08/CIR incidano in modo diverso sull'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette da parte dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato.
Dalle prime pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato relative a violazioni della disciplina relativa alle pratiche

commerciali scorrette avvenute a valle dell'entrata in vigore delle numerazioni in decade 4 interoperabili (ossia a valle del termine previsto dalla Delibera 80/09/CIR) si evidenzia che il mutato regime di interoperabilità delle numerazioni e la diversa allocazione dei ruoli nella fornitura del servizio (CSP, SP, AP) e nelle responsabilità contrattuali ha trovato un parziale riconoscimento anche nei procedimenti sanzionatori dell'AGCM.
Infatti, da un lato la piena separazione nei ruoli e nelle responsabilità attuata secondo il nuovo modello regolamentare tra AP e SP ha trovato conforto nell'esclusione degli AP in quanto "*non risulta che le suddette società abbiano poteri di controllo ed autorizzativi sull'operato del (CSP), in relazione all'ideazione ed alla realizzazione dei messaggi, nonché alla loro diffusione in Internet. Dagli atti non risulta, altresì, esservi alcun rapporto tra i suddetti operatori e la società (CSP), non essendovi alcun contratto tra dette parti, né alcun rapporto commerciale*" [44].
Invece un approccio molto differente e una conseguente divergente imposizione della normativa sanzionatoria si può riscontrare tra l'applicazione alle medesime fattispecie fattuali delle previsioni in tema di responsabilità del corretto utilizzo della numerazione, applicata agli operatori da AGCom ai sensi dell'art. 3, e la previsione di un modello di "responsabilità oggettiva" dell'AGCM.
Infatti AGCom, a fronte di un richiamo alla necessità dell'operatore di "garantire, con il costante impiego della massima diligenza possibile", esamina come si sia concretamente attuato l'obbligo dell'attività di controllo in ordine alle modalità di utilizzo delle numerazioni cedute in uso ai centri servizi.
Ad esempio AGCom ha verificato che "l'attività posta in essere al riguardo è risultata limitata all'invio di lettere standard ai centri di servizio, in luogo di concrete e sistematiche verifiche circa gli utilizzi delle numerazioni assegnate", comportamento che secondo l'Autorità ha evidenziato "l'assenza da parte della società di autonome iniziative volte ad evitare l'utilizzazione impropria delle numerazioni stesse. Peraltro, l'Autorità ha "misurato" l'inefficacia dell'attività di controllo preventivo posta in essere dalla società ricorrente proprio dall'aumento, nel corso del 2010, dei soggetti (tra cui anche la società controinteressata Telecom Italia) che hanno segnalato l'utilizzo difforme delle numerazioni dal parametro individuato con il Piano di numerazione, nonostante già nel 2009, come sopra ricordato, fossero stati denunziati utilizzi impropri" [45]. Le finalità dell'azione regolamentare esercitata dall'Autorità mediante il procedimento sanzionatorio risponde anch'essa ai principi di proporzionalità e ragionevolezza previste dall'art. 13, comma 1 CCE.
Di converso la previsione di una separazione delle responsabilità tra SP e CSP, basata su precisi obblighi informativi e conformativi alla disciplina vigente disciplinati dal contratto, non ha trovato sinora asilo nella

giurisprudenza dell'AGCM poiché con motivazioni non difformi da quelle confermate in sede giurisdizionale anche dal Consiglio di Stato [46] per sanzioni adottate in vigenza del precedente regime di numeri interni di rete [47], AGCM ha confermato un approccio che prevede una "responsabilità oggettiva" stabilendo che "*dall'esame del contratto stipulato tra le parti, si rileva il coinvolgimento diretto di (MNO), nella pratica commerciale oggetto del provvedimento, nella misura in cui il gestore di telefonia è chiamato contrattualmente ad esercitare un'attività di controllo sui messaggi promozionali prodotti da (CSP)* […] *Inoltre, in base al suddetto contratto, (MNO) percepisce in via immediata e diretta, ingenti benefici economici in termini di* revenue share *dalla remunerazione dei servizi di (CSP) promossi tramite i banner, nonché effetti pubblicitari dalla diffusione dei messaggi oggetto della pratica commerciale accertata.*" (par. 101) "*Si rileva, pertanto, in capo a (MNO) una responsabilità editoriale, assunta mediante il contratto stipulato con il* content service provider*, consistente nell'obbligo (preventivo e successivo di verificare la diffusione del contenuto dei messaggi pubblicitari in questione e di autorizzare, nell'ambito di operazioni pubblicitarie relative ai suesposti prodotti digitali reclamizzati, l'uso di marchi, segni distintivi, slogan, propri e di altri operatori* Access Provider" (par. 102) [48].

Senza poter approfondire in questa sede quali possano essere gli effetti negativi in termini di operatività e di efficienza delle attività imprenditoriali di un duplice e discorde intervento di due Autorità sulla medesima fattispecie oltre alle implicazioni sui principi di *ne bis in idem* e di buon andamento della Pubblica amministrazione, si rinvia in merito alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11-16 dell'11 maggio 2012 descritte al successivo § 8.

Particolare rilevanza assume il divieto di utilizzare le numerazioni in maniera difforme rispetto al PNN che si applica anche ai "soggetti che offrono servizi su numerazioni messe a disposizione dagli operatori ed agli utenti finali", sia con riferimento ai servizi svolti sulle numerazioni sia per quanto riguarda la struttura stessa della numerazione (art. 3, comma 4). Non del tutto pacifica appare l'estensione soggettiva del divieto, ed in particolare del potere sanzionatorio a soggetti che non detengono alcun diritto d'uso sulla numerazione e quindi non risultano oggettivamente connessi alla disciplina posta a presidio del Piano di numerazione.

L'Autorità ha ampliato in modo significativo, a partire dalla delibera n. 26/08/CIR, il perimetro di efficacia ed il ruolo del Piano di numerazione poiché ha introdotto diverse norme a tutela dell'utenza imponendo vincoli stringenti nell'offerta dei servizi, ad esempio in materia di soglie di prezzo, blocco di chiamata, trasparenza della fatturazione, comunicazione al Ministero dei dati anagrafici del fornitore del servizio e dei contenuti e della tipologia dei servizi offerti, obblighi informativi preventivi, in alcune

numerazioni anche la definizione del modello di business mediante l'identificazione del titolare del prezzo della chiamata etc.
Uno degli strumenti più efficaci a tutela dell'utenza, anche per la sua semplicità applicativa, è rappresentato dai tetti di prezzo per i servizi, che incidono sulla libera negoziazione privatistica delle parti ponendo "sotto tutela" una parte contrattuale nella prospettiva, ritenuta prevalente, di una tutela pubblica e generalizzata di una moltitudine indifferenziata di utenti meritevoli di garanzie di trasparenza a prescindere dalle caratteristiche soggettive. Restano dubbi che una forma di tutela così assoluta ed insuperabile come i tetti di prezzo non possa essere superata con strumenti che possano garantire l'oggettiva consapevolezza dell'utente e che quindi la misura in vigore, oltre che essere tecnologicamente non neutrale, poiché induce l'utilizzo di altri *media* non regolati (e.g. web) per acquistare i medesimi prodotti, appare non proporzionata al perseguimento dell'obiettivo regolamentare di tutelare l'utente/consumatore "nel rispetto del principio della libera circolazione delle persone e delle cose" previsto all'art. 4 comma 1 CCE.
A questo riguardo, la Delibera innovava significativamente il quadro regolamentare preesistente introducendo soglie di prezzo differenziate per tipologia di servizio su base mensile e *una tantum*. In particolare, per le numerazioni di nostro interesse, ricordiamo che per i codici 43, 46, 47, 48 e 49 viene stabilito un tetto di 2 € per singolo invio e di 20,00 € su base mensile. È opportuno sottolineare come il tetto di prezzo impedisse la distribuzione di contenuti innovativi di ultima generazione (es. giochi, video), con effetto di appiattimento qualitativo dell'offerta disponibile sul mercato e possibile scelta di altri canali distributivi per i clienti *high-spender (es. mobile Internet, WAP Portal)*. Questa considerazione esce tanto più rafforzata quanto più si estende la fascia di utenti che dispongono di dispositivi mobili avanzati quali *smartphone* e *tablet*, che consentono senza alcun vincolo l'accesso a *market place* digitali senza limiti di prezzo.
Infine l'art. 30 prevede che: "Gli operatori rendono disponibile entro 1 febbraio 2010 la prestazione di blocco delle comunicazioni realizzate tramite SMS/MMS e trasmissioni dati relative a servizi a sovrapprezzo offerti su decade 4", ossia la possibilità per l'utente di disabilitare la fruizione di questa tipologia di servizi.

8. Codice di Autoregolamentazione a tutela dell'utenza

L'art. 30, comma 4 della delibera n. 26/08/CIR, così come modificato dalla delibera 34/09/CIR, prevedeva che "*Entro il 1° febbraio 2010, gli operatori ed i fornitori di contenuti sottoscrivono un codice di autoregolamentazione che, oltre a prevedere le necessarie tutele a favore dell'utenza, includa anche la definizione uniforme e comune tra i vari operatori di prassi per*

l'informazione sui prezzi dei servizi, sulle modalità di attivazione e disattivazione dei servizi stessi e della predetta prestazione di blocco delle comunicazioni".
A titolo informativo, altri codici di autoregolamentazione sono stati definiti in passato, ad esempio quello per la tutela dei minori stipulato fra gli operatori mobili il 16 febbraio 2005.
In tema di servizi a sovrapprezzo, occorre poi ricordare che nel maggio 2008, cioè prima della pubblicazione della delibera 26/08/CIR che avrebbe poi imposto tale obbligo, 4 MNO e 5 CSP avevano firmato un codice di condotta denominato CASP (acronimo di Codice di Autoregolamentazione Servizi Premium), che la versione 2.0 pubblicata nel novembre 2009 così descrive: "*Il CASP è un tavolo di lavoro riunitosi nel 2008 su iniziativa congiunta dei principali operatori di telefonia del mercato italiano (Telecom Italia, Vodafone Omnitel, Wind Telecomunicazioni ed H3G) e di alcuni dei maggiori* Content Service Provider *(Buongiorno, Dada, David 2, Neomobile, Zero 9), con fini di autoregolamentazione del mercato dei servizi premium a tutela dell'utenza. Il tavolo di lavoro ha redatto e approvato il Codice di Condotta per i servizi a sovrapprezzo SMS/MMS offerti su numerazioni in decade 4. Il Codice di Condotta, nella sua prima versione, è stato sottoscritto in data 29 Maggio 2008 ed è stato applicato ed è integrato nei contratti tra gli Operatori e i* Content Service Provider".
A valle dell'imposizione dell'obbligo di adottare un codice di autoregolamentazione, il CASP si è evoluto ed ampliato, assumendo la denominazione di CASP 2.0 e, dopo diverse interazioni con AGCM e AGCOM, ha rappresentato l'ottemperanza del "mercato" (ossia degli operatori, direttamente obbligati, e del *Content Service Provider*) alla previsione dell'art. 30, comma 4 della delibera n. 34/09/CIR.
In particolare, il Codice nella versione vigente ha ulteriormente sviluppato la disciplina delle modalità di comunicazione dell'offerta dei servizi a sovrapprezzo e prevede in dettaglio i formati che devono essere usati per comunicare i servizi all'utente sui vari *media* e le modalità di informare gli utenti per quanto riguarda la loro possibilità di attivazione e disattivazione.
A seguito dell'entrata in vigore della delibera n. 52/12/CIR AGCom è ulteriormente intervenuta chiedendo l'estensione del Codice di autoregolamentazione anche alle attivazioni via web e wap ed alla modalità di ricezione e conservazione degli SMS o dei log di conferma o di accettazione da parte dell'utente in appositi data base facilmente consultabili, ai fini di consentire un più agevole esercizio dei poteri di vigilanza e sanzionatori.
L'analisi dell'ambito applicativo del CASP ci offre l'occasione di esaminare alcuni significativi profili amministrativi relativi ai conflitti di competenze esistenti tra la regolamentazione dei servizi a sovrapprezzo, attuata dall'AGCom (o dal MISE), e la modalità di esercizio da parte dell'AGCM sulle

medesime tematiche delle competenze in materia di pratiche commerciali scorrette.
Nell'ambito della funzione nomofilattica riconosciuta alle decisioni dell'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Stato, in adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo, ha adottato alcune importanti sentenze (nn. 11, 12, 13, 14, 15 e 16 dell'11 maggio 2012) che hanno stabilito i criteri per l'applicazione del criterio di specialità previsto all'art. 19, comma 3 del Codice del Consumo [49] affermando, di conseguenza, la competenza dell'AGCom a dare attuazione alla disciplina settoriale prevista per la tutela dei consumatori nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche in luogo della disciplina generale dettata dal Codice del Consumo (d.lgs. 206/2005 di recepimento della Direttiva 2005/29/CE, integrato dal d.lgs. 146/2007) la cui competenza è demandata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.
Nelle citate sentenze, Consiglio di Stato ha richiamato il fondamentale principio del *ne bis in idem* anche come strumento per garantire la libertà di iniziativa economica, che deve avvenire all'interno di regole di indirizzo del mercato certe ed imparziali, certamente non compatibili con la duplicazione degli interventi autoritativi da parte delle due Autorità, foriera di "*una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare*".
Inoltre ha invocato l'applicazione del principio costituzionale del buon andamento della Pubblica Amministrazione, "*atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati*" affiancato dal rispetto del basilare atteggiamento di leale collaborazione tra organi pubblici, atto a perseguire gli obiettivi di efficacia e di efficienza dell'azione amministrativa.
Le rilevanti sentenze adottate dall'Adunanza plenaria avrebbero potuto avere un impatto dirimente sulla definizione delle competenze se AGCM non avesse interpretato in senso restrittivo il principio di specialità adottando diversi provvedimenti sanzionatori in merito a fattispecie attinenti a servizi a sovrapprezzo su rete mobile [50] ricomprese nel perimetro dell'ordinamento delle comunicazioni, in palese contrasto con i citati orientamenti [51].
Purtroppo sarà onere del giudice amministrativo verificare se l'azione sanzionatoria dell'AGCM si possa considerare coerente con l'univoco orientamento dell'Adunanza Plenaria, dovendo rilevare che, sulle medesime fattispecie già sanzionate, risulta che anche AGCom abbia avviato, ai sensi della delibera 136/06/CONS s.m.i., proprie attività preistruttorie preliminari ad un eventuale avvio di un procedimento sanzionatorio, reiterando le due Autorità nuovamente il medesimo conflitto di competenza che, in attuazione del principio comunitario e nazionale di

specialità, ed alla luce degli obiettivi di evitare sanzioni *bis in idem* e di buona amministrazione, il Consiglio di Stato aveva voluto sanare.

Da ultimo esaminiamo una recente modifica normativa in materia di competenza ad accertare e sanzionare comportamenti scorretti nei confronti di consumatori che, in parte, può avere un impatto sui poteri di AGCom in materia di servizi a sovrapprezzo sulle reti mobili.

La L. 135 del 7 agosto 2012 (c.d. *Spending review*) all'art 23, comma 12-*quiquiesdecies* ha previsto che "*L'importo massimo delle sanzioni di cui all'articolo 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentato a 5.000.000 di euro*".

La norma ha due obiettivi, entrambi finalizzati a rafforzare il potere sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pratiche commerciali scorrette:

(i) incrementare da 500.000 € a 5.000.000 € il massimo edittale delle sanzioni amministrative pecuniarie previste all'art. 27 del D.Lgs. 206/2005, come più volte richiesto dai vertici di AGCM, al fine di dotare l'istituzione di un apparato sanzionatorio che possa avere una concreta efficacia deterrente in presenza di comportamenti commerciali scorretti che in alcuni casi, a causa della gravità, rilevanza economica, impatto su consumatori, natura e dimensioni dei professionisti coinvolti, hanno avuto una scarsa efficacia deterrente anche in caso di erogazione di sanzioni amministrative pecuniarie nel loro massimo edittale (500.000 €);

(ii) cercare di "cristallizzare" in via legislativa alcuni principi che, secondo una delle possibili letture delle sentenze dell'Adunanza Plenaria sopracitate, dovrebbero governare il riparto di competenza tra AGCM e le Autorità di settore. Perciò il Parlamento, con una tecnica legislativa che rischia di seminare maggiori dubbi piuttosto che sanare incertezze applicative, utilizzando un *obiter dictum*, ha voluto affermare che le pratiche commerciali scorrette alle quali si potrà applicare questa decuplicazione del massimo edittale saranno i comportamenti per i quali la competenza per l'accertamento e la sanzione è in capo ad AGCM, ossia che le pratiche commerciali scorrette che non siano poste in essere in settori per i quali prevalga il principio di specialità previsto dall'art. 3, comma 4 della Direttiva 29/2005/CE. Il legislatore precisa le condizioni per l'applicazione del principio di specialità, ossia che (a) siano settori oggetto di regolazione di derivazione comunitaria, (b) che

la regolazione abbia (anche) finalità di tutela del consumatore, (c) sia affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e (d) sia limitata agli aspetti regolati.

L'intervento del legislatore appare in larga misura pleonastico poiché richiama, in gran parte, i presupposti di applicazione del principio di specialità già espressamente contenuti nella citata Direttiva (e coerentemente interpretati dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria sopracitate), ma può essere foriero di ulteriori problemi applicativi, solo alcuni dei quali possono essere oggetto di approfondito esame nell'ambito del presente contributo [52].

Esaminiamo perciò ciascuna delle condizioni poste dal legislatore, limitatamente alla prospettiva di determinare la competenza di accertamento e sanzionatoria in materia di servizi a sovrapprezzo sulle reti mobili:

(i) il potere regolamentare di disciplinare i comportamenti degli operatori che offrono servizi a sovrapprezzo su rete mobile, ed in particolare di "*stabilire i piani di numerazione nazionale dei servizi di comunicazione elettronica, incluse le connesse modalità di accesso e svolgimento dei servizi di comunicazione elettroniche*" è stato attribuito ad AGCom dal D.Lgs. n. 259/03, che ha recepito nell'ordinamento italiano il quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche del 2002, come integrato dalle Direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE;

(ii) tra i compiti ed i poteri dell'AGCom vi è sicuramente anche la tutela del consumatore, come confermato dalle citate sentenze dell'Adunanza Plenaria e dalla lettura delle rilevanti norme del CCE (artt. 4, 13, 60, 70, 71, 84);

(iii) come descritto nel successivo capitolo 9, l'Autorità è titolare ed attua con costanza i propri poteri inibitori e sanzionatori con finalità non soltanto repressive ma, soprattutto, dissuasive dal commettere violazioni dei propri provvedimenti regolamentari.

L'ultima condizione posta dal legislatore, ossia la limitazione della competenza delle Autorità di settore "agli aspetti regolati" anche delle materie che rispondono alle altre condizioni oggettive e soggettive, desta rilevanti perplessità sia sotto il profilo sistematico che applicativo.

Innanzitutto il legislatore sembra aver indicato che si riferisce soltanto ai profili di tutela del consumatore che siano già stati oggetto di regolazione, ossia di un espresso provvedimento di carattere secondario avente natura normativa.

Sotto un profilo sistematico, se la norma venisse interpretata in senso restrittivo sarebbe, ad avviso di chi scrive, in palese contrasto con il dettato della stessa Direttiva 29/2005/CE che espressamente fa riferimento alle "norme di diritto comunitario" ed alla "legislazione di settore", ossia ad un plesso normativo primario di matrice comunitaria e non all'esigenza che la competenza speciale della legislazione di settore sia subordinata alla

preventiva adozione di una regolamentazione secondaria che espressamente regoli il comportamento in esame.
Il medesimo orientamento è stato già espresso in più occasioni dallo stesso Consiglio di Stato, in termini generali, con riferimento a diversi mercati: "Nondimeno, anche per evitare frammentarietà che ripeterebbero la questione a livello operativo, il confronto a questo proposito è tra due ordinamenti di settore, non tra due strumentazioni operative. Del resto, è a questo criterio che si è richiamata, nel non dissimile caso, la ricordata decisione di questo Consiglio di Stato, VI, 16 ottobre 2002, n. 5640. La questione insomma non è quella delle diverse strumentazioni e della loro non integrale sovrapponibilità, ma quella dell'identificazione, grazie a questo principio generale, di quale dei due ordinamenti si debba qui invocare, dal che discende l'applicazione dell'inerente strumentazione di intervento. Non si tratta però di negazione del principio di specialità nella materia che qui interessa, ma semmai di sua migliore messa a punto" [51].
Espressamente sul tema si era espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con al sentenza n. 11 dell'11 maggio 2012: "la possibilità – indubbiamente da ammettersi – di interventi non puntualmente disciplinati trovi il suo fondamento sempre nella normativa, sia primaria che secondaria, come fin qui ricostruita, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che teorico, fra una disciplina "*ex ante*", affidata alla competenza di una autorità, ed una presunta disciplina "*ex post*" affidata ad una altra autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore.".
L'intervento del legislatore risulta perciò potenzialmente un fattore di incertezza che, sino a quando il giudice amministrativo oppure (auspicabilmente) la leale collaborazione tra le amministrazioni non avranno identificato delle modalità attuative coerenti con il quadro comunitario e nazionale, potrà incidere sia sull'efficienza dell'azione della Pubblica Amministrazione, dando luogo a possibili duplicazioni di procedimenti nell'incertezza del perimetro delle materie regolate, sia, di conseguenza, sull'efficacia dell'azione a tutela dei consumatori.
Sotto il profilo applicativo si pone invece un diverso tema legato alla natura del Codice di autoregolamentazione previsto dall'art. 30, comma 4 della delibera n. 26/08/CIR, anche nella prospettiva della definizione del perimetro degli "aspetti regolati" richiamati dalla legge in esame.
Indubbiamente il Codice di autoregolamentazione previsto dall'art. 30, comma 4 della delibera n. 26/08/CIR (poi previsto dall'art. 22, comma 6 della delibera n. 52/12/CIR) (comunemente denominato CASP), allo stato attuale non può essere qualificato come un Codice di condotta ai sensi del Codice del Consumo [52] poiché risulta carente dell'individuazione di un

soggetto terzo incaricato di verificarne la correttezza dell'applicazione e, conseguentemente, dotato dei necessari poteri di vigilanza nonché di opportuni strumenti dissuasivi e repressivi.
Ciononostante la nostra finalità non è individuare quale sia la fonte autonoma dei codici di autoregolamentazione in esame, ma individuare se vi possa essere una fonte eteronoma e quale ne siano le conseguenze sul sistema delle competenze in materia di tutela del consumatore.
Infatti l'art. 30, comma 4 della delibera n. 26/08/CIR, grazie alla proroga della delibera n. 34/09/CIR, prevedeva che entro il 1° luglio 2009 "gli operatori ed i fornitori di contenuti sottoscrivono un codice di autoregolamentazione che, oltre a prevedere le necessarie tutele a favore dell'utenza, includa anche la definizione uniforme e comune tra i vari operatori di prassi per l'informazione sui prezzi dei servizi, sulle modalità di attivazione e disattivazione dei servizi stessi, sulle e della predetta prestazione di blocco delle comunicazioni" [55]. La bozza di codice di autoregolamentazione è stata successivamente oggetto di confronto con AGCom, modificata sulla base delle indicazioni ricevute e costituisce attualmente parte integrante di tutti i contratti sottoscritti dagli operatori e dai CSP che operano in questo mercato, in quanto analitico strumento per la definizione delle modalità comuni e condivise di comunicazione dei servizi sui diversi *media* con schemi e formalità che vengono ritenute cautelative per i consumatori nonché di molteplici e trasparenti forme di disattivazione dei servizi a sovrapprezzo..
Si pone perciò la necessità di valutare se questo codice di autoregolamentazione (nelle versioni che sono state successivamente redatte), per la sua fonte, le modalità di adozione e di implementazione, possa considerarsi parte integrante della regolamentazione settoriale, oppure se sia necessario che AGCom ne confermi questa natura (con efficacia *ex tunc* o *ex nunc*) e con quali strumenti.
Indubbiamente AGCom ha potuto imporre agli operatori di redigere un codice di autoregolamentazione relativo alle modalità di comunicazione al cliente dei servizi a sovrapprezzo sulla base di uno specifico potere regolamentare che, dall'adozione del D.Lgs. 70/2012, è specificamente fondato sugli artt. 15, comma 2 e 70 CCE e, comunque, già presente agli artt. 13, comma 6, lettera d) e 71 CCE. La scelta di chiedere agli operatori (ed ai fornitori di contenuti) di adottare e sottoscrivere un codice di autoregolamentazione sottende la consapevolezza che in tematiche complesse come l'offerta al pubblico di servizi evoluti, che presuppone profili tecnologici, informatici, marketing e di comunicazione, sia più efficace affidarsi alle scelte frutto delle mediazioni di un mercato dove sono presenti una pluralità di attori, a diversi livelli delle filiera produttiva, piuttosto che avviare un complesso intervento di microregolazione.
Perciò i contenuti pattizi del codice di autoregolamentazione, supervisionati dall'AGCom, indipendentemente dallo strumento

regolamentare utilizzato (vedi *infra*), rappresentano una declinazione della regolamentazione settoriale di cui è competente l'Autorità, almeno nei confronti degli operatori autorizzati. L'inclusione nel perimetro dei fornitori di contenuti appare incerta sebbene si possa ipotizzare che gli obblighi di comunicazione e trasparenza delle modalità di fruizione dei servizi che il CCE (e quindi il codice di autoregolamentazione) pongono in capo agli operatori debbano trovare attuazione per i CSP attraverso vincoli contrattuali poiché i CSP, grazie al contratto con l'SP, forniscono i propri contenuti agli operatori che li veicolano agli utenti finali attestati sulle proprie reti. A questo proposito è ancora incerta e non approfondita a livello giurisprudenziale la natura dei rapporti contrattuali tra CSP e SP nonché tra CSP e cliente finale attestato sulla rete dell'SP e dell'AP, benché il dato di fatto comune ed inoppugnabile è la sottoscrizione del CASP da parte di tutti i CSP operanti nel mercato italiano e quindi una auto sottomissione volontaria alla disciplina regolamentare prevista nella delibera n. 26/08/CIR.
Perciò, ad avviso di chi scrive, anche il CASP deve considerarsi parte integrante della regolamentazione delle comunicazioni elettroniche imposta nel mercato, seppure con modalità indirette, da AGCom. Per l'identificazione dei profili soggettivi, ossia quali siano gli attori della filiera soggetti al CASP, e quindi ai conseguenti poteri di vigilanza e sanzionatori dell'AGCom, possiamo affermare che sono inclusi gli operatori autorizzati *ex* art. 25 CCE, mentre per i CSP occorre valutare caso per caso i profili contrattuali.
Analizziamo, infine, con quali strumenti AGCom possa formalizzare da un punto di vista procedimentale l'inclusione delle regole del CASP nella regolamentazione di settore:

1) una prima ipotesi è una delibera dell'organo competente (la Commissione per le Infrastrutture e le reti) che prenda atto della trasmissione da parte di operatori e CSP della versione del CASP 2.0, ricevuta e integrata grazie all'interlocuzione con i competenti uffici di AGCom, avente natura costitutiva *ex nunc* poiché darebbe atto ora della conclusione di un processo di verifica di congruità. Questa modalità, peraltro, sarebbe anomala poiché darebbe un riscontro al mercato ad anni di distanza dalla comunicazione del CASP da parte degli aderenti. Potrebbe invece essere utilizzata questa modalità qualora vi siano ulteriori modifiche o integrazioni oggettive o soggettive del perimetro del CASP, per esempio l'introduzione nel codice di autoregolamentazione della disciplina pattizia relativa alla comunicazioni su nuovi *media* finora non utilizzati per commercializzare i servizi a sovrapprezzo oppure l'ampliamento delle modalità di attivazione dei servizi attraverso ulteriori piattaforme (web o wap).

2) Una seconda modalità potrebbe essere l'avvio di un procedimento sanzionatorio nei confronti di un attore del mercato (operatore o CSP, con i distinguo sopra specificati) per la violazione di una previsione del codice di autoregolamentazione. L'adozione di una ordinanza ingiunzione per la violazione di una previsione del CASP ai sensi dell'art. 3 della delibera 52/12/CIR configurerebbe anche il codice di autoregolamentazione come parte integrante dell'apparato regolamentare che disciplina l'offerta dei servizi a sovrapprezzo su rete mobile e, in qualità di "aspetto regolato" escluderebbe anche le modalità di comunicazione di questi servizi dal perimetro di competenza dell'AGCM per l'applicazione della disciplina sulla pratiche commerciali scorrette, ai sensi di quanto previsto dall'art. 23, comma 12-*quiquiesdecies* della L. 135 del 7 agosto 2012.
3) Ad un analogo risultato si potrebbe pervenire qualora un operatore avviasse un contenzioso nei confronti di un altro operatore ai sensi dell'art. 23 CCE [54] e della Delibera 352/08/CONS al fine di chiedere all'AGCom la risoluzione di una controversia avente ad oggetto l'interpretazione o le modalità applicative di una previsione del codice di autoregolamentazione. Infatti l'art. 23, comma 1 CCE prevede che le controversie aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice possano essere oggetto di un intervento di risoluzione che configura un "regolamentazione del caso specifico" che, nel risolvere la controversia pendente tra i due soggetti, da un lato aggiunga un "*quid pluris* di regolamentazione" ad una tematica che si presume già essere oggetto dell'azione regolamentare di AGCom, affermi la piena competenza dell'Autorità a decidere su una tematica oggetto di autoregolamentazione nel CASP [57], dall'altra dia indirettamente un indirizzo applicativo a tutti gli attori del mercato sulla tematica oggetto di decisione.
4) Infine una modalità più semplice, aliena da procedure e avente efficacia *erga omnes* può essere l'adozione da parte di AGCom di una diffida generalizzata nei confronti di tutti gli attori del mercato rilevante ad adeguarsi alle previsioni del CASP. Con questa modalità, che rappresenterebbe il richiamo di un obbligo regolamentare preesistente, si applicherebbe *ex nunc*, ma avrebbe il limite che presupporrebbe l'esistenza di un solo CASP applicabile all'intero mercato ed adottato da tutti i soggetti. La presunzione che vi sia un unico codice di autoregolamentazione non appare contemplare la molteplicità di servizi tra loro molto diversi che sono effettivamente offerti utilizzando la decade 4 e che possono essere garantiti, nelle loro forme di comunicazione, dalle previsioni di codici di autoregolamentazione anche molto differenti (si pensi, ad esempio, ai servizi di *alert* delle carte di credito, dei conti bancari, delle informazioni assicurative o sanitarie).

Non possiamo infine escludere che AGCom possa ribadire la propria competenza a vigilare e sanzionare anche le norme del CASP relative alle modalità di comunicazione e di offerta dei servizi a sovrapprezzo finanche con un contestuale utilizzo dei diversi citati strumenti procedurali che rappresentano l'applicazione della propria complessiva funzione regolamentare nei mercati delle comunicazioni elettroniche.

9. Procedure sanzionatorie

Le fattispecie più significative, per rilevanza degli operatori coinvolti e per la gravità delle sanzioni irrogate, di applicazione dei poteri sanzionatori dell'AGCom in materia di violazione del PNN riguarda le delibere nn. 545/11/CONS e 504/11/CONS, adottate in esito a due distinti procedimenti sanzionatori *ex* delibera 136/06/CONS s.m.i. nei confronti della società Telecom Italia, la prima, e di Vodafone Omnitel, la seconda. Entrambe le ordinanze di ingiunzione riguardano la violazione delle medesime norme relative all'evoluzione della numerazione in decade 4, ed in particolare alla illegittima fornitura di servizi interoperabili sulle numerazioni interne di rete, secondo quanto previsto dalle delibere 26/08/CIR e 34/09/CIR.
Le violazioni oggetto dei procedimenti sanzionatori riguardano per entrambi gli operatori l'utilizzo per finalità commerciali di risorse numeriche riservate dal PNN alla fornitura di servizi interni di rete. I servizi interni di rete si caratterizzano per la loro natura di servizi serventi o "ancillari" ossia di completamento del servizio telefonico base. Per questi servizi il rapporto di fornitura deve essere diretto, senza intermediazioni, tra l'operatore ed il cliente finale, non può necessitare di interoperabilità tra reti di operatori diversi perciò qualunque attività di commercializzazione di servizi su numerazioni vincolate dal PNN come numeri interni di rete per scopi e funzioni differenti deve ritenersi illegittima.
A Telecom Italia ed a Vodafone sono stati contestate e accertate nell'aprile 2011 le seguenti violazioni:

a) l'utilizzo di archi numerici in sotto-decadi 40 e 41 per l'attivazione di servizi di messaggistica aziendale mobile (cd. MAM) da parte di soggetti terzi (clienti *business*, prevalentemente enti pubblici e banche), in violazione della norma che riserva le numerazioni in sotto-decade 40, 41 e 42 all'utilizzo diretto dell'operatore per servizi interni di rete (art. 9, comma 1 PNN);
b) l'omesso invio all'AGCom delle comunicazioni di dettaglio relative all'utilizzo di tali numerazioni (art. 9, comma 5 PNN);
c) l'omessa migrazione dei servizi MAM ancora attivi sulle numerazioni interne di rete verso altre numerazioni legittimamente utilizzabili ai

sensi del PNN entro il termine del 31 gennaio 2010, stabilita dall'art. 1, comma 11, delibera n. 34/09/CIR.

In merito al procedimento sanzionatorio gli elementi più rilevanti sono stati:

a) le proposte di impegni presentate da entrambe le imprese sono state considerate inammissibili in quanto sono stati valutati "*dilatori e manifestamente inidonei a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore attraverso idonee e stabili misure*", condizioni che sono invece richieste dal Regolamento in materia di impegni e dall'art. 12*bis* del Regolamento in materia di procedure sanzionatorie approvato con delibera n. 136/06/CONS [58];
b) al termine dei due procedimenti AGCom ha irrogato per le diverse violazioni riscontrate delle sanzioni amministrative pecuniarie per un importo complessivo pari a 750.000 Euro per ciascuna delle due imprese.

I contenziosi esaminati, ed in particolare la delibera 504/11/CONS adottata nei confronti di Vodafone, ci consente di approfondire brevemente alcune tematiche relative al fondamento del potere in capo all'Autorità per l'esercizio del potere sanzionatorio a fronte di una lettura formale (e parziale) delle disposizioni dell'art. 15 CCE che attribuirebbero il potere per l'esercizio del potere sanzionatorio al MISE. Secondo un indirizzo interpretativo, l'Autorità non sarebbe dotata di poteri sanzionatori poiché dovrebbe limitare il proprio intervento in materia di numerazione alla sola vigilanza sulla concorrenza tra le imprese al fine di presidiarne la effettiva regolarità e l'utilizzo in modalità non discriminatorie. L'articolo 15 CCE attribuirebbe invece al Ministero la gestione, in concreto, dei diritti d'uso di tutte le numerazioni ed il potere di vigilanza sugli utilizzi della numerazione non coerente con le tipologie di servizi disciplinate dai piani nazionali di numerazione e quindi il relativo potere sanzionatorio.

Un approccio di questa natura avrebbe l'effetto di disaccoppiare il naturale (ed efficace) binomio dei poteri di vigilanza e di sanzione poiché attribuire all'Autorità un potere di vigilanza privo della consequenziale potestà sanzionatoria sarebbe, di fatto, svuotato di ogni contenuto e peraltro inefficiente al raggiungimento della finalità dissuasiva propria del regime sanzionatorio. Peraltro una lettura formale dell'art. 15 attribuirebbe al Ministero soltanto il potere di verificare che l'utilizzo della numerazione da parte degli operatori sia coerente con le tipologie di servizi per i quali le numerazioni sono disciplinate dai Piani di numerazione e non di verificare se siano attuate correttamente le modalità di utilizzo della numerazione una volta che il servizio è correttamente allocato sulla numerazione ad essa attribuito dal PNN.

Secondo un diverso approccio interpretativo, prevalente in giurisprudenza, vi sono diversi ed articolati fondamenti normativi e regolamentari del potere sanzionatorio dell'Autorità. Innanzitutto, sotto il profilo normativo,

la relativa legge istitutiva (L. n. 249/97 art. 1, comma 6, lettera a), n. 13) attribuisce ad AGCom il potere di determinare i criteri per la definizione del Piano di Numerazione Nazionale e l'art. 15 CCE stabilisce il relativo potere di vigilare in capo all'Autorità. Dalla lettura combinata delle due norme primarie si desume che l'Autorità, dopo avere stabilito attraverso il PNN i criteri per l'assegnazione delle numerazioni ai servizi e le relative modalità di utilizzo, ha il potere di vigilanza in ordine alle modalità di utilizzo non discriminatorio delle risorse che ha regolato (art. 15, comma 2), ovverossia che siano utilizzate in modalità non difformi dai criteri stabiliti nel PNN e dai principi ne hanno ispirato l'azione regolatoria, *in primis* la tutela dei consumatori. Il potere conferito all'Autorità, in ragione delle competenze attribuite dal CCE allo scopo di presidiare i principi concorrenziali e consumeristici nel mercato delle comunicazioni elettroniche, si estenderebbe quindi a tutti gli obblighi specifici che si riferiscono alle modalità di utilizzo delle risorse di numerazione assegnate. Se i complessivi poteri di AGCom di governo del mercato si riversano legittimamente nella redazione del Piano di numerazione e nella sua vigilanza ne deriva che, di conseguenza, abbia il potere di accertare la violazione di una propria regola, contestarla e sanzionarla in base al presidio normativo di cui all'art. 98 CCE [59].
Un ulteriore fondamento del potere sanzionatorio viene evidenziato grazie ad una compiuta ricostruzione del quadro normativa rilevante [60].
Il D.M. n. 145/2006 fu adottato dal Ministero delle Comunicazioni sulla base di una legge nazionale [61], grazie al diritto riconosciuto ad uno Stato membro di "*adottare norme specifiche a tutela della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico, ed in particolare a tutela degli utenti in genere e soprattutto dei minori, in ordine alla fornitura di servizi di telecomunicazioni, inclusi quelli a sovrapprezzo, tenuto conto della peculiarità di ciascuna piattaforma tecnologica*".
L'art. 22 del D.M., recante la disciplina delle sanzioni per gli operatori titolari della numerazione e per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica, prevede che le sanzioni irrogate dal Ministero delle comunicazioni e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nei confronti di operatori titolari della numerazione e di fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche siano definite nel Codice delle comunicazioni elettroniche. Questa norma prevede, perciò, che sussiste una competenza ripartita tra AGCom e MISEC nella disciplina di questa materia, inclusi i poteri sanzionatori. Per individuare nel complesso quadro normativo la ripartizione delle competenze si esamina il CCE, a cui fa riferimento il citato art. 22, ed in particolare si ritorna all'art. 15 CCE che, come abbiamo esaminato al cap. 7, suddivide chiaramente le competenze attribuendo al MISE i poteri di rilasciare i diritti d'uso delle numerazioni nazionali e la gestione dei piani di numerazione, con particolare riferimento alla coerenza dell'utilizzo delle numerazioni da parte degli operatori con le

tipologie di servizi per i quali il PNN (vigente *ratione temporis*) li ha allocati (cfr. art. 15, commi 1 e 5 CCE). All'AGCom l'art. 15, commi 2 e 3 CCE sono invece riservati i poteri di "stabilire i piani di numerazione nazionale, incluse le connesse modalità di accesso e svolgimento dei servizi" e le procedure di assegnazione della numerazione nazionale, "nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza e non discriminazione", nonché la vigilanza sull'utilizzo non discriminatorio da parte degli operatori di blocchi di numeri. Da questi poteri deriva l'emanazione periodica del Piano di numerazione che disciplina anche le responsabilità degli operatori assegnatari per il corretto utilizzo della numerazione, incluso l'obbligo di garantire, *ex* art. 3 PNN, la conformità dei servizi offerti alle prescrizioni sia del PNN che di "*ogni altra normativa pertinente alle numerazioni di cui sono titolari dei diritti d'uso*" (e.g. D.M. 145/2006), usando la massima diligenza possibile. All'insieme di questi severi obblighi, che incidono specificamente anche sulla formulazione dei contratti tra operatori titolari dei diritti d'uso e fornitori di contenuti, sono affiancati sia delle incisive penalizzazioni rispetto ai diritti d'uso, che possono implicare provvedimenti commercialmente rilevanti come la sospensione o la revoca dell'uso del numero, sia l'irrogazione di sanzioni che sono identificate dall'art. 98 CCE.

Per completezza, la giurisprudenza ha attribuito al Piano di numerazione adottato dall'Autorità la natura di ordine amministrativo, la cui violazione comporta l'immediata sanzionabilità ai sensi dell'art. 98, comma 11, senza la necessità che siano impartiti ulteriori ordini e diffide. La natura di ordine amministrativo viene radicata in una più completa analisi delle norme che attribuiscono poteri regolamentari e sanzionatori all'AGCom , ed in particolare negli artt. 1, 2 comma 12, lettera h) della L. 14 novembre 1981 n. 481 per quanto riguarda i poteri regolamentari e nell'art. 2, comma 20 della medesima legge, come novellato dall'art. 28, comma 4 della L. 23 luglio 2009 n. 99.

Il potere di emanare direttive del citato art. 2, comma 12 della L. 481/95 legittima l'Autorità a definire regole che stabiliscono dei "vincoli comportamentali" che sono finalizzati ad imporre agli operatori dei comportamenti ritenuti coerenti con il quadro regolamentare (e.g. "assicurare che gli utenti [...] traggano il massimo beneficio in termini di scelta, prezzi e qualità" art. 13, comma 2 CCE). La legge 481/95, così come il CCE (art. 98, comma 11) connette al potere di emanare direttive il potere di irrogare sanzioni "in caso di inosservanza dei propri provvedimenti". Nel caso del Piano di numerazione adottato dall'Autorità viene riconosciuta la vigenza di una regolazione che comporta la descrizione in modo cogente "dei comportamenti cui sono tenuti i titolari delle numerazioni e le conseguenze derivanti dal mancato rispetto delle puntuali prescrizioni ivi contenute" [62] (vedi ad esempio l'art. 3 della delibera 52/12/CIR che impone i comportamenti degli operatori, anche in sede contrattuale,

richiamando precisi doveri e divieti, nonché la garanzia del "costante impiego della massima diligenza possibile").
Dall'esame del Piano di numerazione, costellato di una serie crescente nel tempo di obblighi e divieti finalizzati a impedire agli operatori comportamenti illegittimi o opportunistici, in quanto dannosi della corretta evoluzione del mercato, emerge la natura immediatamente precettiva per gli operatori delle previsioni regolamentari, rendendo superfluo l'utilizzo di ulteriori ordini. In altri termini, le previsioni regolamentari del Piano di numerazione, sebbene di natura generale, sono esaustive e rendono immediata ed effettiva la precettività del divieto di comportamenti non consentiti, quindi la loro sanzionabilità.

10. Integrazioni e modifiche al Piano di numerazione: la delibera 52/12/CIR

La potestà regolamentare dell'AGCom trova la propria rinnovata fonte nell'art. 15, comma 2 CCE, attuazione dell'art. 10 della Direttiva Quadro 2002/21/CE, come modificata dalla Direttiva 2009/140/CE che, alla consolidata previsione secondo cui *"L'Autorità stabilisce i piani di numerazione nazionale dei servizi di comunicazione elettronica,* […]*"* ha aggiunto un importante potere di regolare *"le connesse modalità di accesso e svolgimento dei servizi di comunicazione elettronica,* […]*"* grazie al quale l'Autorità ha consolidato il fondamento normativo del suo costante intervento, anche attraverso i limiti posti dal PNN, nel disciplinare le modalità di utilizzo e di fornitura dei servizi di comunicazione elettronica.
La delibera n. 52/12/CIR, emanata il 3 maggio del 2012, può essere considerata un provvedimento di "manutenzione" ed aggiornamento del PNN che la delibera n. 26/08/CIR e le modifiche successive avevano definito. Per quanto riguarda le numerazioni in decade 4 la principale novità riguarda la definizione all'art. 19 di "*Numerazioni riservate a servizi SMS/MMS e trasmissione dati*" non a sovrapprezzo sul codice 43 con lunghezze di 5 cifre (430xx e 431xx), 7 cifre (434xxxx e 435xxxx) e 10 cifre (439xxxxxxx). Per quanto riguarda le numerazioni a sovrapprezzo (art. 22), conclusa la fase transitoria, viene definito assegnabile come di prassi per tutte le altre numerazioni, un solo codice per tipologia di servizio secondo la tabella che segue, lasciando gli altri per sviluppi futuri.

	Categorie servizi a sovrapprezzo	Codici associati
a)	Servizi di carattere sociale-informativo, con esclusione del servizio informazione abbonati	44
b)	Servizi di chiamate di massa, con esclusione dei servizi di raccolta fondi di cui alla lettera e)	47
c)	Servizi di intrattenimento	48

d)	Servizi a sovrapprezzo di vendita di prodotti e servizi trasmessi direttamente ed esclusivamente attraverso la rete di comunicazione elettronica	48
e)	Servizi di raccolta fondi per fini benefici di utilità sociale da parte di enti, organizzazioni e associazioni senza fini di lucro e di amministrazioni pubbliche	455

Su tutti questi codici, eccetto il 455, è possibile richiedere numeri a 5 o a 7 cifre.
La delibera provvede ad un adeguamento dei valori dei massimali di prezzo come da tabella seguente (prezzi al netto dell'IVA):

Rete	Articolo del Piano di Numerazione	Codice	Quota massima alla risposta (€)	Prezzo minutario massimo (€)
Accesso da rete fissa e da rete mobile	Art. 9 – Numerazione per servizi interni di rete	41	Prezzo delle chiamate geografiche interdistrettuali o per servizi mobili e personali terminate sulla stessa rete secondo il profilo tariffario del cliente.	
		42	0,30	1,00
			1,50 prezzo forfetario	
	Art. 10 – Numerazione per servizi di comunicazione telefonica nomadici	5	Prezzi massimi pari a quelli delle chiamate verso numerazione geografica secondo il piano tariffario sottoscritto dal cliente. Se il piano tariffario prevede la distinzione tra chiamate locali e interdistrettuali, prezzo massimo pari a due volte il prezzo delle chiamate locali, e comunque non superiore al prezzo delle chiamate interdistrettuali-	
	Art. 19 – Numerazioni riservate a servizi SMS/MMS e trasmissione dati	43X con X=0, 1, 4, 5 e 9	Prezzo massimo non superiore al prezzo delle comunicazioni SMS/MMS e trasmissione dati dirette alle numerazioni per servizi mobili e personali, secondo il profilo tariffario del	

			singolo cliente, senza alcuna discriminazione rispetto alle condizioni praticate per queste ultime numerazioni.
	Art. 22 – Ulteriori numerazioni per servizi a sovrapprezzo: numerazione per servizi SMS/MMS e trasmissione dati	44 47, 48	5,00 prezzo forfetario per servizi *una tantum*
			20,00 mensili, per servizi in abbonamento
		455	2,00
			10,00 Per servizi in fonia da rete fissa

.
Rispetto alla corrispondente tabella delle precedenti delibere, l'unica novità degna di nota (oltre all'identificazione della numerazione non a sovrapprezzo nella sottodecade 43), ma in sé molto rilevante, è l'aumento del massimale del prezzo forfetario per servizi sui codici 44, 47 e 48, che passa da 2 a 5 euro. Questa variazione accoglie le richieste di MNO e CSP che lamentavano la mancanza di proporzionalità, il mancato rispetto del principio di neutralità e l'effetto discriminatorio di tale previsione poiché rendeva impossibile poter fornire servizi caratterizzati da prezzi intrinsecamente più elevati (e.g. giochi), che sono peraltro disponibili liberamente su altre piattaforme.
La delibera prevede però che, in caso di prezzo forfetario per servizi *una tantum* superiore a 2 euro (e comunque fino a 5 euro), gli operatori adottino un sistema per incrementare la consapevolezza del cliente, che può consistere nell'obbligo di indicazione esplicita del prezzo nella sintassi di richiesta del servizio, con rifiuto di erogazione in caso di non corrispondenza con il prezzo effettivamente praticato, ovvero nell'invio al cliente di un SMS con richiesta di accettazione esplicita del prezzo mediante un ulteriore SMS, ovvero ancora in un diverso sistema che deve essere preventivamente approvato dall'Autorità.

11. Considerazioni conclusive

Con la delibera 52/12/CIR è senz'altro possibile affermare che il quadro regolamentare dei servizi a sovrapprezzo forniti mediante SMS/MMS e trasmissione dati utilizzando le numerazioni in decade 4 definite nel PNN ha raggiunto un notevole livello di maturità e fornisce un impianto di regole completo per i diversi soggetti della catena del valore che operano in questo settore, oltre a definire significativi meccanismi di protezione per gli utenti. Tuttavia, come spesso succede in un mondo caratterizzato da mutamenti rapidissimi come quello delle comunicazioni elettroniche,

questa complessa architettura regolamentare rischia di divenire desueta, se non inutile, nel breve volgere di pochi anni.
La diffusione ormai generalizzata di *smartphone* e *tablet*, dotati di connessioni internet veloci di terza e, nel prossimo futuro, di quarta generazione, mette infatti a disposizione degli utenti piattaforme commerciali sofisticate e molto ricche di contenuti. Il modello basato sulle c.d. applicazioni (app) che si possono scaricare da tali piattaforme in forma gratuita o a pagamento e che soddisfano ormai tutte le esigenze degli utenti per quanto riguarda intrattenimento, gioco online e servizi informativi dedicati, è ormai irreversibile e si presenta, grazie alle funzionalità molto evolute dei nuovi terminali, con caratteristiche di flessibilità e di facilità d'uso molto superiori rispetto ai modelli classici dei servizi a sovrapprezzo. Quello a cui stiamo assistendo, con un processo ineludibile, è la progressiva marginalizzazione dei servizi telefonici tradizionali, di cui i servizi a sovrapprezzo sono pur sempre una derivazione, a favore di modalità più articolate di comunicazione e di consumo/produzione di contenuti [63]. In un mondo di terminali sempre connessi alla rete l'utilizzo di servizi basati sulla numerazione è destinato anch'esso a ridursi significativamente.
Vi sono, infine, due implicazioni *de jure condendo* che possono essere richiamate.
Il primo riguarda il recente utilizzo di numerazione in decade 4 per il pagamento di servizi non digitali nell'ambito del trasporto pubblico locale [64] che pone interrogativi sia sui limiti e sui presupposti regolamentari e concorrenziali dell'offerta di tipologie di servizi che si caratterizzano per prelevare l'importo dal credito telefonico dell'utente [65] nonché sulla necessità di un adeguamento al mutato contesto di mercato e tecnologico dell'attuale disciplina relativa all'offerta di servizi a sovrapprezzo su reti di comunicazione elettronica (D.M. n. 145/2006), anche alla luce della normativa comunitaria e nazionale relativa ai sistemi di pagamento [66].
Il secondo profilo di interesse riguarda la protezione del consumatore.
Poiché l'ambiente Internet risulta sostanzialmente deregolato e sono sostanzialmente inapplicabili meccanismi di *enforcement* analoghi a quelli predisposti nell'offerta di servizi in decade 4 per evitare frodi o, comunque, per prevedere soglie di spesa tutelanti per l'utente, i successi ed i fallimenti della regolamentazione a tutela del consumatore che abbiamo tratteggiato nel presente contributo potrebbero essere un utile punto di partenza per affrontare una tematica per la quale non esistono ad oggi soluzioni efficaci di breve periodo e che potrebbero trovare una via di approfondimento a livello globale, o quantomeno di legislazione europea, valorizzando gli strumenti della *self-regulation* e modelli di co-gestione allo scopo di realizzare un contesto commerciale rispettoso dei diritti dell'utente.

Note:

[*] Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
[1] D.Lgs 1 agosto 2003 n. 259 "Codice delle comunicazioni elettroniche", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 214 del 15 settembre 2003 - Supplemento Ordinario n. 150.
[2] Il quadro normativo per le comunicazioni elettroniche del 2002 è composto dalla Direttiva 2002/19 del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime (Direttiva Accesso), dalla Direttiva 2002/20/CE del 7 marzo 2002 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (Direttiva Autorizzazioni), dalla Direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), dalla Direttiva 2002/2/CE del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale ed ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) e dalla Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche. Il quadro normativo per le comunicazioni elettroniche del 2002 è stato successivamente integrato ed emendato dalle Direttive 136/2009/CE e 140/2009/CE, recepite nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. 28 maggio 2012 n. 70.
[3] In merito si veda: L. Ulissi, I diritti d'uso delle frequenze radio e dei numeri, in M. Clarich e G.F. Cartei (a cura di), Il codice delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2004, pag. 190.
[4] In merito si rinvia all'art. 27 CCE – Diritti d'uso delle frequenze radio e dei numeri.
[5] Sul tema si veda anche F. Donati, La gestione delle risorse di numerazione, in L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni, Torino, 2004, pag. 98.
[6] Una delle modalità per assicurare un uso efficiente dei diritti d'uso delle numerazioni è la definizione per il medesimo servizio di numerazioni aventi diversa lunghezza, ad esempio a 5, 7 o 9 cifre, attribuendo ad esse un costo inversamente proporzionale al numero delle cifre della numerazione assegnata. Si veda in merito l'allegato n. 10 art. 3 al CCE. Evidentemente la propensione di un operatore, in una logica costi/benefici, ad acquisire numerazione avente un minore numero di cifre e quindi più facile da ricordare e più pregiata (c.d. numerazione mnemonica) può essere un criterio per l'uso economicamente efficiente della numerazione, ma non

rappresenta una modalità pro competitiva atta a sanare le asimmetrie competitive presenti nei mercati rilevanti.
[7] Delibera AGCom 52/12/CIR art. 2, comma 1.
[8] Il PNN non è stato storicamente organizzato per servizi fino al 1999, ad esempio, i numeri per servizi mobili erano introdotti mediante prefissi telefonici fittizi di rete fissa. Ad esempio con i prefissi fittizi 0348, 0335 etc. mentre numerazioni contigue, ad esempio lo 0331 oppure lo 0342 identificavano, e tuttora identificano, dei distretti telefonici di rete fissa, alle numerazioni mobili sono poi state attribuite le numerazioni 348, 335 etc. sulla decade 3. Il PNN precedente, infatti, aveva una struttura piatta, nel senso che non definiva regole che consentissero di distinguere i diversi servizi sulla base del loro numero, se non per alcune numerazioni in decade "1" utilizzate per i primi servizi di emergenza e/o di pubblica utilità. Questa scelta era del tutto giustificata tenendo conto che fino a pochissimi anni prima della fine del secolo scorso esisteva in pratica solo la rete fissa e non si erano sviluppati in modo significativo servizi a valore aggiunto.
[9] Per una ricostruzione della evoluzione storica del Piano di numerazione si veda: G. Nava, Numerazione e portabilità, in F. Bruno – G. Nava, Il nuovo ordinamento delle comunicazioni, Milano, 2006, pag. 531.
[10] Alcune osservazioni relativamente al mercato dei c.d. mobile content a pagamento possono essere tratte da Rapporti pubblicati annualmente degli Osservatori del MIP School of Management del Politecnico di Milano. A titolo di esempio nel 2008 il fatturato nel mercato dei mobile content raggiungeva i 744 milioni di euro.
[11] L'allegato A al piano di Numerazione Nazionale, contenuto nell'allegato alla delibera n. 9/03/CIR, riporte le tabelle che definiscono i prezzi massimi che possono essere applicati dagli operatori ai clienti che chiamano da rete fissa numeri corrispondenti a servizi a tariffazione premium.
[12] La successiva delibera 84/05/CIR, che ritoccava i valori della tabella allegata alla 9/03/CIR, non modificava la situazione per quanto riguarda la disciplina della decade 4.
[13] Ministero delle poste e delle telecomunicazioni – D.M. 13 luglio 1995, n. 385 che definisce il Regolamento recante norme sulle modalità di espletamento dei servizi audiotex e videotex, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 18 settembre 1995, n. 218.
[14] Riguardo alla definizione dei due servizi in questione, la seconda si riferisce ad una modalità di diffusione di informazioni grafiche tramite linea telefonica (simile al servizio Minitel lanciato in Francia nei primi anni '80) e che era diventata obsoleta già prima della liberalizzazione, mentre la prima era stata coniata avendo come riferimento i primi servizi di utilità/intrattenimento lanciati da Telecom Italia, prima della liberalizzazione, su numerazione 144 e 166. Il decreto ministeriale

definisce i servizi audiotex e videotex rispettivamente come: “a) servizi audiotex, tutti i servizi che consentono, tramite l'uso di specifiche numerazioni della rete telefonica commutata, l'accesso, a pagamento, da parte degli utenti telefonici, a informazioni o prestazioni, di tipo vocale, testuale o grafico, rese disponibili da fornitori, direttamente ovvero tramite centri servizi, e contraddistinte da "modalità di espletamento", "caratteristiche e contenuti" "procedure di esercizio" quali, in particolare, descritte nell'allegato 1, che costituisce parte integrante del presente regolamento; b) servizi videotex, quei servizi che consentono, tramite l'uso di specifiche numerazioni della rete di telecomunicazioni nonché di codici alfanumerici di indirizzamento, l'accesso, a pagamento, da parte degli utenti della rete, a informazioni o prestazioni, di tipo testuale o grafico e strutturate secondo gli standard videotex internazionali, rese disponibili da fornitori, direttamente ovvero tramite centri servizi, e contraddistinte da "modalità di espletamento", "caratteristiche e contenuti", "procedure di esercizio" quali, in particolare, descritte nell'allegato 1, che costituisce parte integrante del presente regolamento”.

[15] Il riferimento alla rete telefonica commutata nella definizione dei servizi audiotex di cui all’art. 2, comma 1 del D.M. 385/95 richiama inevitabilmente la fornitura di servizi attraverso la rete fissa, anche in considerazione del contesto storico di emanazione della norma, nel quale vigeva ancora il regime di concessione in capo all’allora SIP.

[16] A tale proposito può essere utile menzionare la delibera n. 230/06/CONS con la quale l’Autorità ingiunge all’operatore Wind di ottemperare alle prescrizioni della delibera 9/03/CIR in combinato disposto con il D.M. 385/95 (richiamato dall’art. 10 comma 2 della citata Delibera) e sanziona l’operatore per l'inadempienza pregressa.

[17] Della regolamentazione proconsumeristica della decade 4 si occupa anche la delibera n. 83/05/CIR che si limita ad imporre la generazione di un messaggio gratuito per gli utenti che ancora avessero voluto accedere, mediante numerazione in decade 4, ai servizi di informazione elenco abbonati che molti operatori fissi e mobili fornivano, appunto, su tale decade. La stessa delibera infatti disponeva che, a partire dal 1° dicembre del 2005, tutti i servizi di quella categoria avrebbero dovuto essere forniti sulla numerazione pubblica definita dal PNN che la delibera n. 15/4/CIR aveva indicato nei codici numerici di struttura 12xy. In merito si rinvia a F. Donati, Il Piano di numerazione nazionale e la sua attuazione (con particolare riguardo al servizio informazione abbonati), in L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni, cit., pag. 100.

[18] In merito a comportamenti discriminatori sull’accesso alla numerazione, ed in particolare ai costi correlati, si vedano le sentenze della Corte di Giustizia 20 ottobre 2005, cause riunite C.32703 e C.328/03 Repubblica Federale di Germania con la quale si è dichiarata l’illegittimità della richiesta ad un operatore nuovo entrante di una tassa commisurata al

valore economico dei numeri concessi mentre all'operatore dominante era stato consentito di acquisire dall'ex monopolista un ampio numero di risorse di numerazione senza alcun costo.
[19] In tema si rinvia a Tar Lazio, Sez. III Ter, sent. n. 1035/2010.
[20] Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n.163 del 16 Luglio 2007.
[21] L'ultima edizione del PNN, di cui alla delibera 52/12/CIR, prevede infatti all'art.2 che la decade 1 contenga "Numerazione per servizi specifici, numerazione breve e per servizi armonizzati europei a valenza sociale.
[22] I servizi sulla numerazione interna di rete in sottodecade 40 sono offerti a titolo gratuito, nella sottodecade 41 al prezzo delle chiamate geografiche interdistrettuali o per servizi mobili e personali terminate sulla stessa rete secondo il profilo tariffario dell'utente, nella sottodecade 42 con due modelli tariffari, uno con uno scatto alla risposta massimo di euro 0,30 e un prezzo minutario massimo di 1 euro oppure con un prezzo forfettario di 1,50 euro.
[23] Si tenga presente che il numero utilizzato per accedere ad un servizio viene associato dagli utenti al servizio stesso, contribuendo ad identificarlo memonicamente. Operatori e CSP hanno quindi richiesto all'AGCom che, per quanto possibile, che i rilevanti investimenti in pubblicità e comunicazione effettuati negli anni non venissero vanificati modificando totalmente l'allocazione dei servizi nel PNN rispetto alle numerazioni già in uso. La riorganizzazione della decade ha potuto, tuttavia, soddisfare tale richiesta solo parzialmente. Si veda l'art. 30, comma 3 della delibera n. 26/08/CIR.
[24] Sul tema si veda anche l'Indagine conoscitiva riguardante le condizioni attuali e prospettiche dei servizi SMS, MMS e dei servizi dati in mobilità effettuata congiuntamente da AGCM e AGCom, capitolo 4, Aprile 2009, allegato A alla delibera n. 251/09/CONS.
[25] "5. L'operatore che fornisce il servizio di comunicazioni elettroniche o, dove applicabile, l'operatore titolare dei diritti d'uso delle numerazioni o il fornitore di contenuti assicura, nelle informazioni e nella pubblicità con qualunque mezzo diffuse e relative ai servizi offerti sulle numerazioni di cui al presente provvedimento, la corretta indicazione del prezzo della chiamata da rete fissa e mobile nelle modalità previste dal precedente comma 4, comprensivo della quota fissa alla risposta ed inclusivo dell'IVA. 6. L'operatore che fornisce il servizio di comunicazione elettronica assicura che venga fornita ai propri clienti, su richiesta, la corretta e completa informazione sul prezzo applicabile per tutte le numerazioni accessibili."
[26] Per blocco selettivo di chiamata si intende il servizio che consente all'abbonato, previa richiesta al fornitore del servizio telefonico, di bloccare determinati tipi di chiamate in uscita o determinati tipi di numeri.
[27] Il termine del 1 luglio 2009 è stato posticipato dalla delibera n. 34/09/CIR al 1° febbraio 2010.

[28] La delibera è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 172 del 24/07/2008 Suppl. Ordinario n. 181.
[29] Art. 2 delibera n. 26/08/CIR: "Entro 90 giorni dalla pubblicazione della presente delibera nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana l'Amministrazione competente adotta i provvedimenti necessari per l'attuazione delle procedure di propria pertinenza previste dal Piano di cui al comma 1 ed, in particolare, ai sensi dell'art. 35 del Codice delle comunicazioni elettroniche, fissa i contributi per la concessione dei diritti di uso delle nuove numerazioni introdotte dal Piano stesso, secondo criteri di analogia con i contributi già fissati per altre numerazioni, di commisurazione alla disponibilità della risorsa, di ristoro degli oneri amministrativi di gestione."
[30] Specifica Tecnica n. 763 – 27 Soluzione tecnica di interconnessione per i servizi SMS e MMS a sovrapprezzo.
[31] Non risulta che, ad oggi, tale specifica sia stata ancora implementata sulle reti di tutti gli operatori, anche a causa degli elevati costi di sviluppo e di adeguamento delle reti e della carenza di interesse di alcuni MNO a fornire questa tipologia di servizi.
[32] Poiché la lunghezza standard delle numerazioni contenute nel PNN è di 10 cifre, l'utilizzazione di un codice di lunghezza inferiore "consuma" una quantità di numeri pari a 10 volte per ciascuna unità di minore lunghezza del numero richiesto. Poiché la quantificazione dei contributi da versare per ottenere l'assegnazione di una numerazione è calcolata usando il numero singolo come unità di misura, i codici più brevi risultano essere molto costosi. Vedi anche la precedente nota n. 6.
[33] Si veda l'art. 35, Allegato 10, art. 3 CCE.
[34] Con la tecnica c.d. post-digit l'utente può digitare un numero di lunghezza maggiore di quello gestito dalla rete, che perciò instrada la chiamata sulla base del numero di cifre definito. Le cifre ulteriori vengono tuttavia "lasciate passare" dalle centrali e consegnate sul punto di terminazione della chiamata o del messaggio. Sarà il server applicativo che le gestirà per indirizzare il servizio richiesto.
[35] Nella delibera n. 46/06/CONS, l'Autorità ha definito il mercato dell'accesso e dell'originazione delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili come il mercato della fornitura congiunta di accesso e originazione da parte di operatori di rete mobile nazionali ad operatori sprovvisti di risorse radio, che permetta a questi ultimi di fornire servizi finali, sia vocali, sia dati, quali gli SMS.
[36] Occorre inoltre rammentare che l'Autorità, nel gennaio 2007, ha ravvisato l'opportunità di approfondire l'esame del mercato della raccolta su rete mobile delle chiamate dirette verso numerazioni non geografiche (NNG). Su tale mercato (o segmento di mercato) l'Autorità aveva avviato con la delibera n. 732/06/CONS una consultazione pubblica nazionale notificata contestualmente alla Commissione europea, ed inoltre aveva

adottato con la delibera n. 504/06/CONS un provvedimento di urgenza, in data 7 settembre 2006, focalizzato sulla regolamentazione dei prezzi dei servizi di originazione da rete mobile utilizzati per la fornitura del servizio informazione abbonati. Quest'ultimo provvedimento ha avuto efficacia fino al 28 febbraio 2007, quando il Tribunale amministrativo ha rilevato la sua illegittimità, mentre lo schema di provvedimento sul mercato della raccolta su rete mobile della chiamate dirette verso numerazioni non geografiche (caso IT/2007/575) è stato ritirato dall'Autorità a seguito dell'apertura da parte delle Commissione europea della c.d. II fase.

[37] In merito alla natura ed alla finalità dell'art. 23 CCE nell'ordinamento si rinvia agli approfondimenti contenuti in F. Donati, L'Ordinamento amministrativo delle comunicazioni cit., pag. 209, E.L. Camilli – M. Clarich, Poteri quasi giudiziali delle autorità indipendenti, in Astrid, La riforma delle Autorità Indipendenti, 2009; A. Leone, La risoluzione delle controversie tra operatori, in F. Bassan (a cura di), Diritto delle comunicazioni elettroniche, pag. 273; G. Nava – V. Mosca, Nuovi orientamenti di AGCom nella regulation by litigation: definizione di obblighi e prezzi nei mercati non regolamentati ex ante, in questa rivista Anno I, n. III, Ott-Dic. 2011; G. Nava, Regolazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche, Torino, 2012, pag. 72 ss.

[38] Sul tema si rinvia alla delibera n. 41/08/CIR del 5 giugno 2008 ("Definizione della controversia BPhone s.r.l./Telecom Italia S.p.A. concernente la sospensione del traffico relativo alle numerazioni non geografiche a tariffazione specifica 89X") avente ad oggetto il diritto di BPhone, in qualità di operatore titolare dei ricavi delle numerazioni 899/892, a ricevere l'integrale corresponsione degli importi relativi all'offerta di servizi offerti su numerazioni 899. L'istanza di Bphone è stata rigettata per difetto di legittimazione ad agire. Nel periodo oggetto della controversia, infatti, la società istante non era un operatore autorizzato alla fornitura di reti o servizi di comunicazione, essendo entrata in possesso del relativo titola autorizzatorio di cui all'art. 25 CCE solo in un momento successivo. Secondo l'Autorità, quindi, a prescindere da una valutazione sulla riconducibilità agli obblighi derivanti dal Codice in materia di accesso ed interconnessione delle questioni oggetto dell'istanza introduttiva, considerata la natura dell'attività svolta da Bphone ed i rapporti contrattuali in essere con Telecom Italia, la società ricorrente non può essere considerata legittimata a proporre una controversia tra operatori ai sensi dell'art. 23 CCE in quanto non qualificabile, almeno nel periodo di riferimento oggetto della controversia, come impresa autorizzata a fornire reti o servizi di comunicazione elettronica.

[39] Art. 20 Direttiva 2002/21/CE, come modificata dalla Direttiva 2009/140/CE. La possibilità che un CSP abbia un diritto di accesso alla rete di un operatore mobile, o, reciprocamente che vi sia un corrispondente

obbligo dell'MNO appare discutibile, sebbene vi siano indirizzi comunitari in tal senso.
[40] Sulla base delle analisi degli Osservatori del Politecnico di Milano vi sarebbe stata una flessione del 21% dei ricavi derivanti da servizi di mobile content tra il 2008 ed il 2009.
[41] Per un approfondimento sulle caratteristiche delle diverse tipologie degli operatori mobili virtuali si rinvia alla delibera n. 65/09/CONS par. 27-35.
[42] L'SP ha l'onere di acquisire a titolo oneroso i diritti d'uso della numerazione, il che può comportare anche costi ingenti: per esempio il costo stabilito dal MI.S.E. per i codici a 5 cifre è pari a € 111.000/anno.
[43] In merito si rinvia all'art. 80 CCE e alle numerose ed articolate delibere AGCom in materia, dalla n. 12/01/CIR alla più recente n. 147/11/CIR.
[44] Provvedimento AGCM n. 23675, PS 6948 – David2 – Servizio in Abbonamento par. 105 e Provvedimento AGCM n. 23743 PS 5873 – Buongiorno – Promozioni via Internet e via SMS, in Bollettino n. 30 del 13 agosto 2012 pag. 161 par. 73.
[45] Si veda in merito la sentenza TAR Lazio, Sez. Terza Ter n. 0836/2012.
[46] Sent. Cons. St n. 1810/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 646/2010 relativa al procedimento PS1469 - SUONERIE.IT-SUONERIE PER CELLULARI); sent. Cons. St. n. 1811/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 648/2010 relativa al procedimento PS1325 - ZENG-LOGHI E SUONERIE); sent. Cons. St. n. 1812/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 645/2010 relativa al procedimento PS1551 - DADA-LOGHI E SUONERIE); sent. Cons. St. n. 1813/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 647/2010 relativa al procedimento PS1451 - ZED-SMS NON RICHIESTI); sent. Cons. St. n. 2242/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 10645/2008 relativa al procedimento PI5723 - COSTI SMS PER IL SERVIZIO 48469); sent. Cons. St. n. 2251/2011 (appello contro le sentt. Tar Lazio nn. 10466-10467-10468/2008 relative al procedimento PI6254 - MOBY.DADA.NET-BRANI MUSICALI GRATIS SUL CELLULARE); Sent. Cons. St. n. 2256/2011 (appello contro le sentt. Tar Lazio nn. 7122-7123-7558/2009, relative al procedimento PS457 - 10 SMS GRATIS).
[47] Per l'esame di una significativa sentenza del Consiglio di Stato sul regime di "responsabilità oggettiva" in materia di pratiche commerciali scorrette applicato ai CSP ed agli MNO in vigenza del precedente quadro regolamentare, si rinvia alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256, con commento di G. Nava e V. Mosca, in questa rivista, Anno I, N. I, pag. 216.
[48] Si veda ancora il provvedimento AGCM n. 23675, PS 6948 – David2 – Servizio in Abbonamento par. 101-102 e Provvedimento AGCM n. 23743 PS 5873 – Buongiorno – Promozioni via Internet e via SMS, in Bollettino n. 30 del 13 agosto 2012 pag. 161 par. 68-72.

[49] In merito si rinvia all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 29/2005/CE che prevede che "in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici" nonché al considerando 10 della medesima direttiva ove si precisa che " [...] la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore [...]. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari.". In particolare, la Commissione ha specificato che "la direttiva quadro si applicherà laddove la legislazione di settore non contenga norme specifiche che disciplinano le pratiche commerciali sleali".
[50] Si veda il provvedimento AGCM n. 23675, PS 6948 – David2 – Servizio in Abbonamento e il provvedimento AGCM n. 23743 PS 5873 – Buongiorno – Promozioni via Internet e via SMS., in Bollettino n. 30 del 13 agosto 2012.
[51] La sentenza n. 15/2012 dell'Adunanza Plenaria espressamente afferma che "la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità [...]"
[52] Per una prima analisi delle problematiche applicative della norma introdotta dalla L. 135 del 7 agosto 2012 all'art 23, comma 12-quiquiesdecies si rinvia a G. Nava, La Competenza in materia di tutela dei consumatori nei servizi di comunicazione elettronica tra normativa comunitaria e principi costituzionali, in G. Cassano (a cura di), Diritto dell'Internet. Il sistema delle tutele nelle risposte giurisprudenziali, Padova, 2012 .
[53] Consiglio di Stato, Sez. I, Parere 3 dicembre 2008, n. 3999.
[54] I Codici di condotta sono disciplinati dall'art. 27-bis del Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n. 2006 (codice del Consumo) come modificato dall'articolo 1 del D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146. 1. Le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l'indicazione del soggetto responsabile o dell'organismo incaricato del controllo della loro applicazione. 2. Il codice di condotta è redatto in lingua italiana e inglese ed è reso accessibile dal soggetto o organismo responsabile al consumatore, anche per via telematica. 3. Nella redazione di codici di condotta deve essere garantita almeno la protezione dei minori e salvaguardata la dignità umana. 4. I codici di condotta di cui al comma 1 sono comunicati, per la relativa adesione, agli operatori dei

rispettivi settori e conservati ed aggiornati a cura del responsabile del codice, con l'indicazione degli aderenti. 5. Dell'esistenza del codice di condotta, dei suoi contenuti e dell'adesione il professionista deve preventivamente informare i consumatori.
[55] Attualmente l'obbligo è disciplinato dall'art. 22, comma 6 della Delibera 52/12/CIR.
[56] Il D. Lgs. 70/2012 ha introdotto la previsione contenuta nella Direttiva 2009/140/CE che include tra i soggetti titolari del diritto di instaurare un contenzioso ex art. 23 CCE anche "le imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione", soggetti tra i quali attualmente non risultano siano inclusi i CSP. Nulla esclude che AGCom si possa esprimersi sul diritto del fornitore di contenuti di accedere alle reti di un operatore mobile, dovendosi poi declinare tale diritto in modalità commerciali oppure se possa essere oggetto di una imposizione di condizioni economiche eque e ragionevoli, da determinarsi anche attraverso un contenzioso ex art. 23 CCE.
[57] Sul tema si rinvia agli approfondimenti contenuti in F. Donati, L'Ordinamento amministrativo delle comunicazioni cit., pag. 209, E.L. Camilli – M. Clarich, Poteri quasi giudiziali delle autorità indipendenti, in Astrid, cit.; A. Leone, La risoluzione delle controversie tra operatori, in Diritto delle comunicazioni elettroniche cit, pag. 273; G. Nava – V. Mosca, Nuovi orientamenti di AGCom nella regulation by litigation: definizione di obblighi e prezzi nei mercati non regolamentati ex ante, in questa rivista cit. Anno I, n. III, Ott-Dic. 2011, cit; G. Nava, Regolazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche, cit. pag. 97.
[58] Sulla specifica disciplina degli impegni si veda l'interessante analisi di F. Donati, "Funzioni di regolazione e impegni nel settore delle comunicazioni elettroniche", in F. Cintioli e F. Donati (a cura di), Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust; L. De Lucia - V. Mlinervini, Le decisioni con impegni nella disciplina dei mercati regolamentati, in D. Corletto (a cura di), Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione, pag. 201 ss., Cedam 2012; G. Nava, Regolazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche, cit. pag. 105.
[59] Per completezza si rammenta che il presidio sanzionatorio applicabile a questa tipologia di servizi si ritrova nell'art. 98, comma 11 che prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 120.000 euro e 2.500.000 euro.
[60] Ex multis si veda TAR Lazio, Sezione Terza Ter, sentenza n. 08367/2012 che ha rigettato un ricorso avverso una ordinanza di ingiunzione dell'AGCom per violazione della delibera n. 26/08/CIR.
[61] Si fa riferimento al D.L. 23 ottobre 1996, n. 545, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 dicembre 1996, n. 650, ed in particolare all'articolo 1, commi 25, 26 e 27 a cui il Consiglio di Stato, con i pareri resi nelle adunanze della Sezione consultiva per gli atti normativi del 26 agosto

2002 e 27 ottobre 2003, ha riconosciuto il carattere di lex specialis rispetto alla normativa settoriale la cui competenza regolamentare, di vigilanza e sanzionatoria è attribuita all'AGCom.
[62] Ex multis si veda la recente sentenza del TAR Lazio, Sezione Terza Ter, n. 08367/2012 che ha rigettato un ricorso avverso una ordinanza di ingiunzione dell'AGCom per violazione della delibera n. 26/08/CIR (già sopracitata).
[63] A mero titolo di esempio si può fare riferimento a servizi come Skype, WhatsApp, Messenger che utilizzano la connessione dati per fornire servizi "telefonici" tradizionalmente offerti dagli operatori, con evidenti effetti di cannibalizzazione rispetto alle offerte dei servizi vocali o SMS ed ai relativi fatturati.
[64] Il servizio di Mobile Ticketing offerto dalla società di trasporto pubblico di Firenze (Ataf) realizzato con i quattro principali operatori di comunicazioni mobili consente di acquistare il biglietto dell'autobus attraverso il credito telefonico inviando un sms al numero 4880105 prima di salire sul mezzo pubblico. Non è necessario utilizzare i servizi dei circuiti di carte di credito perché il costo del biglietto viene scalato direttamente dal credito telefonico.
[65] Si rinvia in questa sede alla definizione prevista all'articolo 10 del D.M. 145/2006 relativa alla "Vendita di prodotti e servizi" che espressamente prevede che "Tramite i servizi a sovrapprezzo è consentita esclusivamente la vendita, anche tramite abbonamento, di prodotti e servizi direttamente trasmessi mediante reti di comunicazione elettronica".
[66] In questa sede ci si limita a rinviare alla normativa comunitaria della Direttiva 2007/64/CE, al D. Lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010 ed alla disciplina attuativa dettata da Banca D'Italia.

La disciplina dei prezzi predatori dal Trattato C.E.C.A. all'art. 102 T.F.U.E.

di
Rosetta Surdo*

Abstract
Predatory pricing is, under Article 102 TFEU, one of the most complex and ambiguous form of abuse of dominant position centered on the prices of products or services. In general terms, prices are called predatory whenever, ranking below the costs necessary to make or sale products or services, do not provide to the company any margin of profit or, even, are likely to procure it losses, with the aim to foreclose markets to actual or potential competitors. In Europe, because of the absence of a precise definition of predatory pricing in the competitive law, the contribution of the Court of Justice has been very important. The Court, often called to decide on matters of great importance for companies and on the interpretation of competition law, has come to the identification of a predatory test focused on comparing price / cost and on the company's intent.
The objective of this study is therefore to analyze the evolution of the European legal framework for predatory pricing, highlighting the positive aspects, but also the inconsistencies that emerge.

Sommario: 1. Premessa; 1.1. Il Trattato C.E.C.A.; 1.2. Il Trattato C.E.E.; 1.3. L'interpretazione estensiva dell'abuso di posizione dominante; 2. Le decisioni comunitarie in materia di *predatory pricing* ¸Il caso AKZO; 2.1. La sentenza della Corte di giustizia nel caso Akzo; 3. Altre decisioni fondate sul raffronto tra prezzi e costi: Tetra Pak II, British Sugar e BPB Industries; 3.1. Il caso France Télécom e il definitivo rigetto del recoupment test; 3.2. I rilievi della WIN; 3.3. Le decisioni delle Corti nel caso France Télécom; 4. L'intento escludente e la discriminazione di prezzo: i casi Meldoc e Compagnie Marittime Belghe; 5. Sintesi dei criteri di valutazione del *predatory pricing*;

1. Premessa

La condotta predatoria rientra tra gli abusi escludenti non espressamente previsti dall'elencazione della disciplina comunitaria né di quella nazionale. La pratica rappresenta, dunque, il frutto di una lunga e complessa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che ha consentito di individuare

i presupposti e i criteri economici per un suo, non sempre agevole, riscontro. Analizziamo brevemente l'evoluzione normativa comunitaria della strategia ai fini di una migliore comprensione della stessa.

1.1 Il Trattato C.E.C.A.

In ambito comunitario il *predatory pricing* compariva per la prima volta nel Trattato che istituiva, nel 1951, la Comunità europea del carbone e dell'acciaio. La disciplina del Trattato s'incentrava sostanzialmente sugli articoli 65 e 66, che regolavano rispettivamente le intese e le concentrazioni. L'articolo 66, n. 7, prevedeva invece una disciplina in tema di imprese in posizione dominante [1]. Nel testo dell'articolo si ritrovava una definizione, seppur sommaria, della posizione dominante (la posizione, cioè, che sottrae l'impresa «a una concorrenza effettiva in una parte importante del mercato comune»), mentre risultava estremamente generica la nozione di abuso quale utilizzo della posizione stessa «a scopi contrari agli obiettivi del presente Trattato».
È certo, comunque, che l'estrema genericità del dispositivo contenuto nell'articolo 66, n. 7 lasciasse agli Organi comunitari un ampio potere discrezionale nella precisazione degli obiettivi e dei parametri in virtù dei quali si sarebbe dovuta giudicare ogni azione intrapresa da imprese in posizione dominante. Oltre all'attività posta in essere da una singola impresa, la normativa trovava applicazione anche nell'ipotesi di abusi attuati da concentrazioni in precedenza autorizzate in conformità a valutazioni rivelatesi *a posteriori* erronee.
All'articolo 60, contenuto nel capitolo V del Trattato (60-64), vi si trovavano invece disposizioni, per la regolamentazione dell'attività delle imprese operanti nel mercato carbosiderurgico, che si riferivano al meccanismo di formazione dei prezzi disponendo, in particolare, il divieto delle pratiche discriminatorie e la fissazione di listini dei prezzi. Quanto alle pratiche discriminatorie l'articolo 60. n. 1 così stabiliva: «Sono proibite in materia di prezzi le pratiche contrarie agli artt. 2, 3, 4, e in particolare: Le pratiche di concorrenza sleale, specialmente i ribassi di prezzi puramente temporanei o puramente locali, tendenti, all'interno del mercato comune, all'acquisizione di una posizione di monopolio…[…]».
L'articolo, dunque, menzionava espressamente il *predatory pricing* quale pratica anticoncorrenziale. Il vecchio sistema introdotto dal Trattato C.E.C.A., in tema di concorrenza, era piuttosto completo, poiché riservava agli Organismi comunitari la competenza esclusiva sulla messa in opera dei divieti e delle autorizzazioni e l'irrogazione delle relative sanzioni. L'illustrazione della disciplina in tema di concorrenza/abuso introdotta dal Trattato carbosiderurgico costituisce l'antecedente logico, oltre che cronologico, a un'analisi delle importanti regole contenute, sempre in materia di concorrenza, nel Trattato istitutivo della C.E.E. [2].

1.2 Il Trattato C.E.E.

Le regole del Trattato C.E.E. (stipulato a Roma il 25 marzo 1957) s'inserivano nel più ampio contesto della Comunità Economica Europea, cui il Trattato stesso aveva dato vita. Contesto, dunque, di maggiori vedute all'interno del quale si gettavano le basi per un'integrazione economica di portata generale e non più limitata a settori particolari. Scopo della Comunità Economica era di «promuovere mediante l'instaurazione di *un mercato comune* il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni tra gli stati che a essa partecipano» (art. 2)
Per contro, però, il Trattato C.E.E. all'articolo 86 relativo all'abuso di posizione dominante, successivo art. 82 T.C.E., non forniva alcuna definizione idonea a individuare l'impresa dominante ed era invece molto dettagliata l'esemplificazione delle pratiche che costituivano lo sfruttamento abusivo. Sembrava pertanto ignorare la pratica di *predatory pricing*.

1.3 L'interpretazione estensiva dell'abuso di posizione dominante

La portata dell'articolo 86 non ha però soddisfatto gli interpreti, che hanno con vigore ampliato l'ambito d'intervento della disposizione ricomprendendovi anche i comportamenti escludenti e predatori. Importante è stato l'*iter* che ha condotto all'accoglimento dell'interpretazione estensiva, ormai indiscussa, e alla conseguente elaborazione della figura dell'abuso anticoncorrenziale. Sembrava poco plausibile che classici comportamenti anticoncorrenziali potessero essere tralasciati dall'applicazione della disciplina comunitaria. La Commissione accolse tale indirizzo nel "Memorandum sulle concentrazioni" [3]. Nel documento l'Organo *antitrust* comunitario rilevò la volontà di considerare abusivo ogni «comportamento contrario alla realizzazione degli obiettivi fissati dal Trattato», ricomprendendovi le pratiche con effetti negativi nei confronti «dei concorrenti attuali, dei concorrenti potenziali, nonché dei fornitori e degli utilizzatori». La Commissione proseguiva rilevando come: «lo stesso art. 86 enumera in modo *non* esauriente alcuni esempi di tali pratiche abusive. A tali esempi si potrebbe aggiungere innanzitutto una concorrenza di prezzi destinata a eliminare dal mercato un concorrente che non disponga degli stessi mezzi finanziari per sostenere a lungo vendite al di sotto del prezzo di costo». Si arrivò così al riconoscimento dell'abuso di esclusione (o d'impedimento), da affiancare all'abuso di sfruttamento.

L'innovativa costruzione interpretativa fondava le proprie basi sull'originario dispositivo dell'art. 3 lettera f) del Trattato (ora lettera g), di cui l'articolo 86, come pure tutte le altre disposizioni del Trattato in tema di concorrenza, è considerato espressione. L'art. 3 lettera f), «contempla la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia alterata»; ne deriva da ciò che la norma impone, «a maggior ragione, che la concorrenza non venga eliminata»[4].

2. Le decisioni comunitarie in materia di *predatory pricing*. Il caso AKZO

Nello studio delle politiche predatorie, ai fini di una loro attenta comprensione, è essenziale dapprima l'analisi dei casi comunitari nei quali il comportamento predatorio è risultato predominante. Nel diritto europeo della concorrenza è possibile distinguere due principali approcci nei confronti dei casi di politiche predatorie dei prezzi: un primo approccio giurisprudenziale, più tradizionale, quale quello che emerge dai casi Akzo e Tetra Pak II, dove le decisioni si fondano principalmente sul raffronto tra prezzi e costi, seguito da una valutazione della strategia predatoria, quale frutto, invece, della discriminazione di prezzo e dell'intento escludente.
Il *landmark case* comunitario in tema di prezzi predatori è il caso Akzo [5]. Si tratta della prima controversia per la quale gli Organi comunitari hanno dovuto affrontare la problematica questione della liceità delle vendite sottocosto.
Secondo la Commissione, nella fattispecie in esame, il comportamento abusivo è consistito nell'attuazione di una politica di riduzione selettiva dei prezzi di vendita al di sotto dei costi di produzione, nei confronti dei clienti del principale concorrente, ECS, allo scopo di danneggiare le attività di quest'ultimo ed escluderne la concorrenza [6].
Sebbene il concetto di *predazione* non fosse espressamente utilizzato dalla Commissione, dalle argomentazioni da questa impiegate risulta comunque chiaro che l'Organo comunitario considerasse il presunto abuso quale predatorio.
Nel provvedimento del 1985, la Commissione ha innanzitutto osservato come la Corte di giustizia, nel noto caso Continental Can, avesse definitivamente confermato la non esaustività dell'enumerazione delle pratiche abusive contenute nell'articolo 86, lettere da a) a d). Nella fattispecie in esame, la condotta è consistita in «riduzioni massicce e prolungate dei prezzi» e, «una riduzione dei prezzi potrebbe perseguire un intento anticoncorrenziale indipendentemente dal fatto che l'aggressore fissi i suoi prezzi al di sopra o al di sotto dei suoi costi, qualunque sia il modo in cui questi vengano intesi» (punto 79 della decisione) e [...] un'analisi dettagliata dei costi invocati dall'aggressore può comunque avere un peso considerevole quando si voglia accertare la correttezza o meno del

suo comportamento in materia di prezzi, nonché l'intento con esso perseguito. Gli effetti di eliminazione dei concorrenti di una campagna di riduzione dei prezzi svolta da un produttore possono essere così evidenti che non è necessario provarne l'intento. Viceversa, quando il basso livello dei prezzi può avere diverse spiegazioni possibili, può anche risultare necessario, per dimostrare l'esistenza di un'infrazione, comprovare anche l'intento di eliminare un concorrente o di restringere la concorrenza» (punto 80 della decisione) ossia l'esistenza di un «progetto inteso a danneggiare i concorrenti». Perciò, il raffronto tra prezzi e costi costituirebbe un elemento d'individuazione oggettivo di quello che appare il vero elemento peculiare del *predatory pricing*: l'elemento intenzionale dell'agente.
Nella fattispecie, esistevano svariati elementi atti a dimostrare l'intento anticoncorrenziale di Akzo: il carattere selettivo delle riduzioni di prezzo, che erano concesse ai clienti abituali del concorrente ECS, mentre la clientela abituale di Akzo continuava a pagare prezzi più elevati (sino al 60%); il fatto che Akzo abbia deciso di non ripercuotere integralmente sui prezzi i costi di produzione degli additivi per farina, come faceva prima della controversia con ECS; l'aver applicato, nei rapporti con i clienti (RHM e Spillers), una strategia commerciale consistente nell'ottenere, da questi due acquirenti, precise informazioni sulle offerte di prezzi fatte da altri produttori, per proporre poi un prezzo appena inferiore in modo da ottenere l'ordinazione; nel caso del cliente Spillers, questa pratica era abbinata a un obbligo di approvvigionamento esclusivo che eliminava gli altri fornitori.
Dopo aver esposto le proprie tesi in materia di *predatory pricing,* la Commissione ha inteso, poi, sgomberare il campo dal dubbio di voler colpire indiscriminatamente ogni forma di ribasso dei prezzi capace di indebolire l'esistenza di una pluralità di offerta. Si legge pertanto che «la Commissione tiene a precisare che [...] un'impresa dominante è legittima a competere con le altre imprese sul piano dell'efficienza. Essa non vuole neppure sostenere che i grandi produttori dovrebbero anche minimamente astenersi dal fare una vigorosa concorrenza ai rivali di più piccole dimensioni o ai nuovi venuti. La salvaguardia di un sistema di concorrenza effettiva presuppone tuttavia che i concorrenti di piccole dimensioni siano protetti contro i comportamenti di imprese dominanti che si *propongono* di escluderli dal mercato non in virtù di una maggiore efficienza o di prestazioni superiori, ma abusando della forza di mercato».
A giudizio della Commissione, pertanto, nella valutazione d'illiceità di una politica di riduzione dei prezzi, non dovevano essere presi in considerazione i dati oggettivi relativi ai costi marginali o totali [7], ma piuttosto era necessario indagare sulla strategia di lungo periodo e sulla volontà di discriminazione che ispira la politica dei prezzi dell'impresa

dominante. «L'elemento fondamentale è come il rivale risente della determinazione dell'aggressore nel frustrare le sue aspettative» [8].
Si tratta dunque di discutibili argomentazioni attraverso le quali la Commissione tenta di colpire una pratica a essa ancora poco conosciuta.

2.1 La sentenza della Corte di giustizia nel caso Akzo

La decisione veniva impugnata da Akzo dinanzi alla Corte di giustizia europea. Quest'ultima, con sentenza del 3 luglio 1991, confermava in gran parte la legittimità della decisione, pur non condividendo l'impostazione di principio seguita dalla Commissione. La Corte, infatti, «sembra orientata a restringere l'area degli indici rilevanti [9]»ritenendo che: «l'analisi dettagliata dei costi di un'impresa dominante potrebbe avere un rilievo considerevole quando si voglia accertare la correttezza o meno del suo comportamento in materia di prezzi. Le ripercussioni, in termini di eliminazione dei concorrenti, di una campagna di riduzione dei prezzi condotta da un produttore in posizione dominante potrebbero essere così evidenti che non sarebbe affatto necessario provarne l'intento. Viceversa, quando il livello basso dei prezzi può avere diverse spiegazioni possibili, potrebbe risultare necessario, per dimostrare l'esistenza di un'infrazione, comprovare anche l'intento di eliminare un concorrente o di restringere la concorrenza».
Dopo aver chiarito il principio secondo il quale la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva [10], la Corte ha precisato il *test* da utilizzare nella valutazione di predatorietà, e quindi di abusività, dei prezzi applicati da un'impresa dominante: «i prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti) mediante i quali un'impresa dominante persegue l'obiettivo di eliminare un concorrente devono ritenersi illeciti. Poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita, ossia la totalità dei costi fissi (vale a dire quei costi che restano costanti a prescindere da quale sia l'entità dei quantitativi prodotti) e, almeno in parte, dei costi variabili relativi all'unità prodotta, la detta impresa non ha, infatti, alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio. D'altra parte, prezzi inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso a eliminare un concorrente. Tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti».

Nulla si dice sui prezzi superiori ai costi totali, né espressamente sulla possibilità dell'impresa dominante di recuperare le sue perdite.
In sostanza, la Corte sembra aver escluso che l'intento predatorio possa da solo determinare la qualificazione della pratica in assenza di un confronto oggettivo dato dal raffronto tra i prezzi e i costi [11].
La decisione, adottando in parte il criterio di Arreda-Turner [12], ha stabilito precise regole circa il livello al di sotto del quale l'abbassamento dei prezzi diviene pred atorio, e quindi abusivo [13]. Sebbene alcuni passi della sentenza Akzo (cfr. punto 71), sembri emergere l'impossibilità di spiegazioni alternative all'intento predatorio nell'ipotesi di prezzi inferiori ai costi medi variabili, la Corte non ha affermato espressamente che, in tali ipotesi, la presunzione di predatorietà sia assoluta. Una simile conclusione, d'altra parte, sarebbe stata considerata inaccettabile, atteso, che, in realtà, ben possono sussistere fondate ragioni commerciali che legittimino il ricorso a politiche di prezzo inferiori ai costi medi variabili: basti pensare alle vendite promozionali o alle vendite di prodotti che stiano per diventare tecnologicamente obsoleti [14].
La Corte ha quindi concluso che «Akzo, mantenendo prezzi inferiori alla media dei suoi costi totali per un periodo prolungato e senza obiettiva giustificazione, ha potuto danneggiare la ECS, dissuadendola dal rivolgersi alla sua clientela».
Nel caso in questione, tuttavia, la Corte è apparsa consapevole del significato del *recupment* all'interno del paragrafo 71 della sentenza, nel quale ha evidenziato come un'impresa dominante non abbia alcun interesse a praticare prezzi al di sotto dei costi variabili medi: «se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio».
Ciononostante non ha espressamente incorporato la necessità di una prova della possibilità di recupero come parte dell'infrazione.
Pur confermando nella sostanza la quasi totalità delle infrazioni ascritte ad Akzo nella decisione, la Corte riduceva l'ammenda inflitta dalla ricorrente in ragione, tra l'altro, del fatto che gli illeciti commessi attenevano «a un ambito normativo nel quale le regole non erano mai state precisate» e che l'infrazione non aveva influito in modo apprezzabile sulle quote di mercato detenute dalle due imprese interessate nel settore degli additivi per farine [15].

3. Altre decisioni fondate sul raffronto tra prezzi e costi: Tetra Pak II, British Sugar e BPB Industries

Il successivo caso comunitario per il quale la Commissione è rimasta fedele a una valutazione del *predatory pricing* basata sul raffronto tra prezzi e costi è il caso Tetra Pak II [16]. Si tratta di una strategia d'impresa finalizzata alla conquista del mercato italiano dei contenitori non asettici,

attraverso una politica aggressiva di prezzi del cartone Rex [17] sovvenzionata dai profitti quasi monopolistici realizzati all'interno di un mercato differente, quello dei contenitori asettici [18]. Nel periodo considerato, Tetra Pak ha infatti venduto i suoi cartoni Rex a prezzi ampiamente inferiori a quelli praticati da Elopak sul suo cartone concorrente, il Pure-Pak, e la differenza di prezzo tra questi due tipi di cartoni è andata crescendo (fino al 30% e addirittura, ad un certo momento, al 50%). Ciò ha comportato un declino delle vendite di Elopak [19].
Tutto ciò, supportato dai documenti raccolti nel corso delle ispezioni e, in particolare, dai rapporti del CdA, dimostrava che le vendite in perdita furono deliberate in attuazione di una strategia predatoria. E, infatti, essendo «in posizione dominante sul mercato dell'imballaggio asettico, da cui traeva la quasi totalità delle sue risorse, il gruppo Tetra Pak poteva permettersi di vendere a prezzi che si devono considerare "eliminatori" in un settore per lui marginale». In tali condizioni, Tetra Pak avrebbe potuto continuare una tale politica, senza grandi danni finanziari, fino alla scomparsa totale dal mercato italiano di Elopak, la quale fortemente risentiva degli attacchi.
Le corti comunitarie hanno ampiamente supportato le valutazioni elaborate dalla Commissione europea ed hanno, inoltre, contribuito all'introduzione, per la prima volta, di un ulteriore elemento caratterizzante la politica del *predatory pricing*: la non necessità del *recoupment test*, ovvero l'inopportunità del recupero delle perdite sostenute dall'impresa durante il periodo della predazione [20].
Nel presente caso, sia la durata sia la natura e la costanza delle perdite non risultavano obbedire ad alcuna razionalità economica che non fosse quella di estromettere la Elopak dal mercato e quindi rafforzare la posizione della Tetra Pak sui mercati dei cartoni non asettici, nei quali già essa deteneva una posizione egemone, com'era già stato accertato, indebolendo in tal modo la concorrenza su questi mercati. Simili comportamenti integravano gli estremi dell'abuso di cui all'art. 86 «senza che sia necessario accertare in modo specifico se l'impresa considerata potesse ragionevolmente supporre di recuperare le perdite volontariamente riportate». La Corte [21], in seguito, non soltanto ha ripreso il criterio d'identificazione dei costi già individuato nel caso Akzo ai fini della predatorietà del comportamento, ma ha confermato un elemento importante che contraddistingue tutt'oggi l'approccio europeo di fronte al *predatory pricing*: «per qualificare come eliminatori i prezzi praticati dall'impresa interessata, non sarebbe opportuno, nelle circostanze del caso di specie, esigere anche, come prova supplementare, la dimostrazione del fatto che l'impresa considerata disponeva di un'effettiva possibilità di recupero delle perdite subite. Infatti, una pratica di prezzi predatori deve potersi sanzionare non appena sussista il rischio di eliminazione dei concorrenti».

L'obiettivo perseguito dalla normativa, che è quello di preservare una concorrenza non falsata, non consente, infatti, di aspettare che una strategia del genere pervenga all'effettiva eliminazione dei concorrenti [22]. Nel caso in questione, l'intento anticoncorrenziale dell'impresa, manifestato da una serie di atti abusivi, è risultato particolarmente chiaro; per di più il potere di mercato della stessa è apparso considerevole, fino al punto da poter considerare il caso contraddistinto da superdominanza anziché da mera dominanza. Ciò potrebbe essere utile per comprendere il motivo per cui la Corte ha statuito che "nelle circostanze del caso di specie" non fosse stato necessario imporre alla Commissione l'ulteriore onere di dimostrare la possibilità di recupero, con ciò lasciando chiaramente aperta la possibilità che nei futuri casi, ove la prova dell'intento eliminatorio sia meno chiara e il predatore non sia superdominante, la Corte possa prendere in considerazione una tale prova [23].
Altro caso in cui la Commissione è giunta alla condanna di una pratica di prezzo a seguito del raffronto tra prezzi e costi è il caso British Sugar [24] (di seguito BS), in cui il più grande produttore e fornitore di zucchero del Regno Unito è stato accusato di aver cercato di estromettere dal mercato Napier Brown (di seguito NB), il più importante commerciante di zucchero, impiegando, tra gli altri mezzi, prezzi predatori.
Sulla base delle informazioni concernenti i prezzi, raccolte dalla Commissione nel corso dell'istruttoria, risultava che BS aveva condotto una campagna di riduzione dei prezzi che lasciava alle imprese di confezionamento e di vendita di zucchero destinato al dettaglio, altrettanto efficienti quanto BS stessa in questo tipo di operazioni, un margine assolutamente insufficiente per sopravvivere nel lungo periodo. A tal proposito, la Commissione ha posto l'accento sulla circostanza secondo la quale «il mantenimento ad opera di un'impresa dominante, che è dominante sia sul mercato delle materie prime che su quello del prodotto derivato, di un margine tra il prezzo praticato per il prodotto derivato stesso, margine che sia insufficiente a rispecchiare i costi di trasformazione dell'impresa dominante (nella fattispecie il margine mantenuto da BS tra i suoi prezzi per lo zucchero industriale e quelli per lo zucchero al dettaglio rispetto ai propri costi di riconfezionamento) e che abbia come risultato di eliminare la concorrenza per il prodotto derivato, configura un abuso di posizione dominante» [25]. Infatti, la riduzione da parte di BS del margine tra i suoi prezzi per lo zucchero industriale e i prezzi dello zucchero al dettaglio, a tal punto che lo zucchero al dettaglio veniva da essa venduto a un prezzo che non rifletteva più i propri costi di trasformazione, dettagliatamente analizzati dalla Commissione, si è tradotto in un abuso di posizione dominante. Se, infatti, BS avesse mantenuto un tale margine nel lungo periodo, NB, al pari di qualsiasi altra impresa, tanto efficiente quanto BS nel riconfezionamento e sprovvista di una fonte di approvvigionamento di zucchero industriale di propria

produzione, sarebbe stata costretta a uscire dal mercato britannico dello zucchero al dettaglio.
Il mantenimento di una tale politica di prezzi rispondeva all'intenzione, o avrebbe avuto la conseguenza logica e prevedibile, di estromettere NB dal mercato dello zucchero al dettaglio. Una tale estromissione avrebbe inciso sensibilmente sul mercato comunitario, pregiudicandone la struttura competitiva e commerciale.
Nel caso BPB Industries plc [26], invece, la Commissione confuta la tesi di un'eventuale politica di *predatory pricing* adottata dalla società produttrice di pannelli di gesso cartonato, fondando la propria motivazione sulle economie aggiuntive, ossia sulla riduzione dei costi che si sarebbe potuta ottenere ampliando l'ambito geografico della produzione, pur sanzionando l'impresa per abuso di posizione dominante consistente in svariati comportamenti distorsivi della concorrenza. La Commissione ha osservato, infatti, che il regime di prezzi praticati dall'impresa, durante la fase di sperimentazione iniziale, poteva considerarsi supportato da obiettive giustificazioni giacché «soltanto in parte la riduzione dei prezzi praticata era compensata dalle economie effettivamente ottenute in materia di costi: per un'altra parte, la riduzione dei prezzi corrispondeva alle economie aggiuntive che sarebbe stato possibile conseguire se il regime fosse stato attuato su scala nazionale». A parere della Commissione, dunque, non vi erano indizi per ritenere che un tale regime di prezzi fosse un'operazione anticoncorrenziale [27].

3.1 Il caso France Télécom e il definitivo rigetto del *recoupment test*

La controversia France Télécom [28], giunta innanzi ai giudici della Corte di giustizia, non ha risparmiato pesanti critiche sul metodo di valutazione dei prezzi utilizzato dalla Commissione [29].
Il caso ha come protagonista la Wanadoo Interactive Sa (WIN in prosieguo), che all'epoca dei fatti era una società del gruppo *France Télécom* operante in Francia nel settore dei servizi di accesso a *Internet*, accusata dall'Organo comunitario di aver praticato, nel periodo marzo 2001 - ottobre 2002, per i suoi servizi ADSL, prezzi predatori che non le hanno permesso di ricoprire, fino all'agosto del 2001, i suoi costi variabili, e, a partire dalla stessa data, i suoi costi totali, nell'ambito di un disegno diretto ad appropriarsi prioritariamente del mercato dell'accesso a *internet* ad alta velocità in una fase importante del suo sviluppo.
Quanto ai prezzi collocati tra i costi variabili e i costi totali, da considerare illeciti allorché siano fissati nell'ambito di un disegno inteso a eliminare un concorrente, la Commissione aveva sottolineato che l'intento escludente fosse chiaramente desumibile dalla documentazione interna [30], la quale accertava che la società era perfettamente consapevole delle perdite

sopportate in pendenza della condotta e che era parimenti intenzionata e reiterarla nel 2003 e nel 2004.

3.2 I rilievi della WIN

La WIN, cui è subentrata *France Télécom* in seguito ad un'operazione di fusione avvenuta il 1° settembre 2004, ha proposto ricorso innanzi al Tribunale diretto all'annullamento della decisione controversa. Tra le obiezioni sollevate dall'impresa, rientrava la negazione, da parte della Commissione, del riconoscimento del diritto di ogni impresa di allinearsi in buona fede ai prezzi dei propri concorrenti; tale diritto sarebbe riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte e dalla prassi decisionale anteriore della Commissione. L'Organo comunitario avrebbe giudicato accertata l'esistenza di un disegno predatorio sostenendo che la dimostrazione del recupero delle perdite non fosse necessaria, utilizzato un criterio del calcolo dei costi scorretto oltre che commesso errori di calcolo. La WIN lamentava inoltre che il ragionamento della Commissione sulla dominanza si era sostanzialmente appiattito sulla rilevazione delle quote di mercato, ponendo scarsa attenzione sulla concorrenza attuale o potenziale. La Commissione avrebbe anche commesso un errore manifesto di valutazione nel considerare come predatori prezzi che erano perfettamente razionali in un contesto di forte concorrenza, giudicandoli illeciti nonostante avessero consentito all'impresa il raggiungimento di economie di scala ed effetti di apprendimento [31]. Quanto al recupero delle perdite economiche, l'impresa ha sostenuto che esso costituisse una componente integrale del *test* sulla strategia predatoria di cui la Commissione avrebbe dovuto fornire la prova. La WIN, in particolare, riteneva che, se un'impresa in posizione dominante non potesse ragionevolmente sperare di ridurre la concorrenza nel lungo periodo per recuperare le perdite, in particolare perché l'ingresso sul mercato considerato è facile, non sarebbe stato razionale per essa impegnarsi in una politica di prezzi predatori. In tale ipotesi, la politica di bassi prezzi condotta dall'impresa avrebbe trovato necessariamente la sua spiegazione al di fuori di una strategia predatoria. Secondo la WIN, tale posizione era condivisa dalla totalità della dottrina economica e giuridica, così come da numerosi organi giurisdizionali e Autorità di vigilanza sulla concorrenza, tra le quali figurano quelle degli Stati Uniti, ma anche quelle di diversi Stati membri dell'Unione europea. La stessa giurisprudenza comunitaria non avrebbe mai escluso che si dovesse procedere a una tale dimostrazione [32]. Orbene, le condizioni di concorrenza nel mercato dell'accesso a *internet* ad alta velocità erano totalmente differenti da quelle che il Tribunale e la Corte hanno avuto modo di accertare nelle precedenti cause in materia di strategie predatorie. Infatti, le barriere all'ingresso in tale mercato erano basse [33], la crescita forte, la situazione concorrenziale

non sarebbe stata rigida e sarebbero stati numerosi i nuovi operatori effettivi e potenziali.

3.3 Le decisioni delle Corti nel caso France Télécom

Il Tribunale di primo grado [34] ha invece avvalorato il lavoro e le valutazioni della Commissione [35]. Ciò che emerge dalla decisione, quanto alla prima contestazione, è che, sul piano dei principi, «è vero che nuovi operatori o imprese che non esercitano una posizione dominante hanno il diritto di praticare prezzi promozionali per durate limitate nel tempo. Il loro solo obiettivo consiste nell'attirare l'attenzione del consumatore sull'esistenza stessa del prodotto, in modo più persuasivo che attraverso un semplice messaggio pubblicitario, e tali offerte non esercitano effetti negativi sul mercato. Al contrario, l'allineamento dell'operatore dominante ai prezzi promozionali dell'operatore non dominante non è giustificato. Benché sia vero che non è vietato, in assoluto, all'operatore dominante allinearsi ai prezzi dei concorrenti, ciò non toglie che tale facoltà deve essergli negata qualora essa comporti per l'impresa dominante la mancata copertura dei costi del servizio in questione. Benché una posizione dominante non possa privare un'impresa, che si trovi in una tale posizione, del diritto di preservare i propri interessi commerciali, qualora questi siano minacciati, non si possono ammettere tali comportamenti quando essi abbiano precisamente per oggetto di rinforzare tale posizione dominante e di abusarne. Incombe così all'impresa dominante una speciale responsabilità di non pregiudicare con il suo comportamento una concorrenza effettiva e leale nel mercato comune».
Quanto alle contestazioni sulla predatorietà della condotta, il Tribunale ha rilevato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 82 C.E., la prova in merito all'oggetto e quella concernente l'effetto anticoncorrenziale avrebbero potuto, eventualmente, confondersi [36]. Qualora, dunque, si dimostri che il comportamento di un'impresa in posizione dominante abbia lo scopo di restringere la concorrenza, detto comportamento sarebbe anche idoneo a produrre un effetto di tal genere. Infatti, se un'impresa in posizione dominante attua una pratica il cui fine sia l'estromissione di un concorrente, il fatto che il risultato atteso non si sia realizzato non è sufficiente a escludere la qualifica di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 T.C.E. Peraltro, che si trattasse di prezzi inferiori alla media dei costi variabili oppure di prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili, non era necessario dimostrare, a titolo di prova supplementare, che l'impresa considerata avesse la reale possibilità di recuperare le sue perdite [37].
La Corte [38], proponendo le conclusioni cui erano giunti la Commissione e il Tribunale, ha definitivamente chiarito la non necessaria applicazione del *recoupment test* [39], il quale ha invece riscosso crescente attenzione negli

USA, quale elemento complementare della riduzione dei prezzi attuata nel periodo della predazione [40]. L'importanza relativa da attribuire al *recoupment test* per l'accertamento di una violazione *antitrust* costituisce dunque un elemento di divergenza tra l'approccio comunitario e quello statunitense.
Sulla necessità o meno del *recoupment test* l'Avv. Generale Mazà, nelle sue conclusioni [41] presentate all'interno del caso Wanadoo, nel vano tentativo di un'evoluzione in chiave economica dell'orientamento prevalente, aveva rilevato come il Tribunale, nelle proprie motivazioni, avesse citato una sentenza (caso Tetra Pak II) in cui si era affermato chiaramente che, *nelle circostanze del caso di specie*, non fosse opportuno esigere la dimostrazione del fatto che l'impresa dominante disponesse di un'effettiva possibilità di recupero delle perdite subite. Pertanto, lo stesso, non avrebbe dovuto semplicemente trasformare quella dichiarazione, che era chiaramente basata sulle specifiche circostanze di fatto della causa Tetra Pak II, in una regola di portata generale. La Corte, utilizzando nella sentenza Tetra Pak II la predetta espressione, intendeva chiaramente evitare di formulare una dichiarazione di portata generale, che avrebbe reso superflua la prova della possibilità di recupero nei futuri casi di strategie predatorie.
Nella fattispecie in questione, la Corte ha invece affermato che la possibilità di recupero dei costi, sostenuti per l'applicazione, da parte di un'impresa in posizione dominante, di prezzi inferiori a un determinato livello di costi, non costituiva un presupposto necessario per dimostrare il carattere abusivo di una siffatta politica in materia di prezzi. Ciò non esclude tuttavia che la Commissione possa considerare una siffatta possibilità come elemento rilevante in sede di valutazione della natura abusiva della pratica in questione in quanto, per esempio, essa può contribuire a escludere, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi variabili, giustificazioni economiche diverse dall'eliminazione di un concorrente, oppure a dimostrare, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi totali ma superiori alla media dei costi variabili, l'esistenza di un piano avente lo scopo di eliminare un concorrente.
Del resto, la mancanza di qualsiasi possibilità di recupero delle perdite non poteva bastare a escludere che l'impresa in questione giungesse a rafforzare la sua posizione dominante in seguito, in particolare, all'uscita dal mercato di uno o più tra i suoi concorrenti, di modo che il grado di concorrenza esistente sul mercato, già indebolito proprio a causa della presenza dell'impresa in questione, sarebbe risultato ancor più diminuito; e che i consumatori avessero subito un danno derivante dalla limitazione delle loro possibilità di scelta.
Sebbene, dunque, la giurisprudenza comunitaria non richieda la dimostrazione della plausibilità del recupero, la probabilità di *recoupment*

nella presunta fase predatoria è stata spesso affrontata dalla Commissione, con legittimazione della Corte, quale elemento aggiuntivo di valutazione.

4. L'intento escludente e la discriminazione di prezzo: i casi Meldoc e Compagnie Marittime Belghe

Nei casi qui di seguito trattati, gli Organi comunitari attribuiscono un ruolo di notevole rilievo alla discriminazione di prezzo e all'intento, pressoché ignorando, invece, il raffronto tra i prezzi e i costi delle imprese coinvolte.
Nel caso Meldoc [42], infatti, gli aggressivi ribassi di prezzo praticati in conseguenza dell'ingresso di un'impresa rivale sul mercato, sono frutto di un cartello stipulato all'interno dell'industria lattiero-casearia olandese. In particolare, l'accordo di cooperazione concluso dai cinque membri prevedeva sistemi di quote, soggette a periodiche modifiche, finalizzate alla ripartizione del mercato; il coordinamento delle vendite e dei prezzi nell'ottica di una politica commerciale comune; misure per impedire le importazioni in Olanda da parte di altri Stati membri, in particolare il Belgio; misure compensative.
La Commissione *in primis* ha notato che l'elemento dell'illiceità si rintracciasse nello stesso accordo sul comune prezzo da praticare, avente dunque un oggetto anticoncorrenziale [43], ha poi evidenziato l'illiceità del comportamento consistente in vendite sottocosto selettive al fine di estromettere o ostacolare l'ingresso sul mercato di un concorrente. L'esistenza di una stretta cooperazione tra i membri del cartello era poi ulteriormente dimostrata dalle numerose riunioni svoltesi in seno a Meldoc. Anche se l'accordo non conteneva alcun riferimento alle importazioni o alle esportazioni, esso tuttavia imponeva alle parti l'obbligo specifico di tutelare le loro vendite contro i terzi. In particolare, i *partner* di Meldoc intendevano far cessare la concorrenza del latte belga sul mercato olandese sia perché il latte belga, più conveniente, comprimeva i loro prezzi, sia perché temevano un'erosione delle loro quote.
Nei documenti di lavoro su cui si fondava la discussione dell'accordo di base era già ammessa la «crescente concentrazione dei dettaglianti» e «l'ulteriore penetrazione dall'estero sul nostro mercato» e quindi l'urgenza di una cooperazione più stretta. La cooperazione offriva, tra gli altri vantaggi, la possibilità di intraprendere un'azione comune e, in particolare, di organizzare «una lotta serrata contro la residua concorrenza nonché un'infiltrazione comune oltre frontiera». Risultava dalle prove fattuali che i membri di Meldoc proteggevano le loro vendite contro i terzi mediante un'azione comune diretta a impedire le importazioni. Falliti, infatti, gli interventi presso i fornitori belgi affinché cessassero le importazioni, il cartello prevedeva, tra le altre cose, offerte selettive a basso prezzo ai clienti olandesi per indurli a rinunciare alle importazioni del latte a un prezzo migliore. Le perdite erano poi ripartite tra i membri e recuperate

attraverso la previsione di sistemi di compensazione. I margini di perdita sul latte venduto sottocosto erano notevoli, tant'è che nelle relazioni si parlava di *vendite in perdita*.
L'entità del cartello, insieme all'obbligo di difendere le vendite contro i terzi e all'intensa cooperazione in termini di vendite e di prezzi, sminuiva la possibilità per i fornitori esteri di penetrare sul mercato olandese, i quali si trovavano dinanzi ad un mercato diviso tra i membri di un cartello che copriva più del 90% del mercato di cui trattasi, membri che hanno agito in comune accordo per mantenere il volume delle loro vendite e compromettere, in tal modo, il sistema di libera concorrenza.
La discriminazione di prezzo è stata utilizzata come importante indice di esclusione dal mercato del concorrente anche all'interno del caso Compagnie Marittime Belghe. La fattispecie classica delle *fighting ships* o "navi da combattimento" già incontrata nel primo caso di politiche predatorie, il caso Mogul Steamship [44], si ripropone nella controversia in questione dove però, nel frattempo, l'approccio nei confronti di simili comportamenti attuati dalle Conferenze marittime era ormai evoluto verso una visione ostile all'utilizzo di tali strumenti competitivi. Anche in questo caso, però, sia la Commissione [45] sia le Corti comunitarie hanno attribuito un'autonoma forza persuasiva all'argomento fondato sull'intento escludente e sulla discriminazione di prezzo, pressoché ignorando, invece, il raffronto tra il prezzo e i costi, al fine dell'attuazione della strategia eliminatoria nei confronti delle compagnie di navigazione non associate.
Nel caso in questione, Cewal (Associated Central West Africa Lines), Cowac (Continental West Africa Conference) e Ukwall (United Kingdom West Africa Lines Joint Service), erano tre conferenze marittime attive nel trasporto marittimo tra l'Europa del Nord e l'Africa Occidentale. Tra le stesse, accusate di aver attuato un'intesa restrittiva del commercio consistente in una compartimentalizzazione dei mercati, merita particolare attenzione la strategia intrapresa dalla Cewal nei confronti del concorrente, quale impresa indipendente [46], che le varrà la condanna, tra l'altro, per abuso di posizione dominante collettiva [47]. In particolare, dai documenti in possesso della Commissione, risultava che la Cewal avesse fatto ricorso, tra il maggio del 1988 e il novembre del 1989, alla pratica delle *fighting ships* al fine di eliminare il suo principale concorrente sul tratto tra il Mare del Nord (escluso il Regno Unito) e lo Zaire (oggi Repubblica Democratica del Congo). Si trattava della Grimaldi e della Cobelfret (di seguito G & C), che avevano istituito un servizio comune di collegamento sulla predetta tratta.
La suddetta pratica constava del seguente schema: la segreteria della conferenza marittima informava i membri delle date delle prossime partenze previste dalla compagnia indipendente, della natura dei carichi da trasportare e, se nota, dell'identità dei caricatori; era poi convocata, con frequenza pressappoco bimestrale, un'apposita riunione dello «Special Fighting Commitee» al fine di determinare quali navi di Cewal avrebbero

dovuto offrire “noli aggressivi” ridotti e diversi dai normali noli praticati dalla conferenza. Tali navi avrebbero dovuto salpare alla medesima data, o a date vicine (prima e dopo), di quella prevista per la partenza della nave dell’*outsider*. Le “tariffe aggressive” erano fissate di comune accordo in funzione delle tariffe offerte dalla compagnia concorrente e costituivano una deroga alle tariffe normalmente praticate dalla conferenza. La differenza, tra la normale tariffa della conferenza e le tariffe in deroga, era posta a carico dei membri della conferenza. L’intento della Cewal di utilizzare un simile strumento di concorrenza era rinvenibile in vari elementi, tra cui l’utilizzo del termine *fighting ships* in diversi documenti interni e la creazione di un apposito comitato.
A giudizio della Commissione, i membri della Cewal detenevano una posizione dominante collettiva per effetto dell’accordo di conferenza che le univa e che instaurava legami economici assai stretti tra loro. Secondo l’Organo comunitario, ai fini della valutazione della condotta competitiva «la multilateralità e intenzionalità» erano indici di abusività del comportamento consistente nel fissare un prezzo eccezionale concordato che mirava a estromettere il concorrente.
Cewal, dal canto suo, ha sostenuto, senza peraltro dimostrarlo, che i membri della conferenza non avevano subìto alcuna perdita dai «noli aggressivi» praticati, ma semplicemente avevano guadagnato un margine di profitto inferiore a quello guadagnabile applicando «noli normali». A questo proposito la Commissione, pur rilevando che tali affermazioni apparentemente fossero contraddette dalle dichiarazioni dei membri della conferenza menzionate nei verbali delle riunioni del «fighting committee», ha affermato che il fatto di compensare il costo dei noli aggressivi con i noli normali conferenziati ottenuti sugli altri trasporti, per i quali la conferenza non ricorreva a «fighting ships», costituiva di per sé, nel caso in oggetto, «un comportamento abusivo che distrugge(va) la concorrenza e atto a estromettere dal mercato un'impresa forse altrettanto efficiente della conferenza dominante, ma che a causa della sua inferiore capacità finanziaria non […] (poteva) resistere alla concorrenza organizzata in modo concertato e abusivo da un potente gruppo di armatori riuniti in una conferenza marittima», turbando, così, le normali correnti di scambio nel mercato comune. L’esistenza di perdite finanziarie effettive era irrilevante, essendo sufficiente che si verificassero perdite di entrate. Pertanto, nel caso in questione, ci si limitava a parlare di possibili perdite senza soffermarsi sul loro esatto ammontare.
Ai fini della valutazione del comportamento in questione il Tribunale [48] ha rilevato la necessità di ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, l'art. 86 del Trattato (102 TFUE) pone a carico di un'impresa in posizione dominante, indipendentemente dalle cause di tale posizione, la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata

nel mercato comune [49]. Rientra, quindi, nelle previsioni dell'art. 86 qualsiasi comportamento di un'impresa in posizione dominante atto a ostacolare il mantenimento o lo sviluppo del grado di concorrenza su un mercato nel quale, proprio in conseguenza del fatto che vi opera tale impresa, il grado di concorrenza sia già sminuito [50]. A questo proposito, il Tribunale ha ritenuto che, tenuto conto dei verbali dello Special Fighting Committee, in particolare del verbale del 18 maggio 1989, nel quale si parlava di «sbarazzarsi» dell'armatore indipendente, la Commissione ha sufficientemente dimostrato che tale pratica era stata attuata al fine di estromettere l'unico concorrente della Cewal sul mercato di cui trattasi.
La Corte di giustizia [51] ha confortato un tale criterio di qualificazione sancendo l'illiceità del comportamento consistente in una riduzione selettiva dei prezzi al fine di allinearli, in maniera mirata, a quelli dell'unico concorrente. In particolare, secondo la Corte, qualora una conferenza marittima in posizione dominante proceda a una riduzione dei prezzi al fine di allinearli, in maniera mirata, a quelli di un concorrente, questa ne approfitta doppiamente. In primo luogo, essa elimina il principale, se non il solo, mezzo di concorrenza a disposizione dell'impresa concorrente. In secondo luogo, la stessa può continuare a chiedere agli utenti prezzi superiori per i servizi che non siano minacciati da tale concorrenza. Non era poi necessario, nel caso di specie, prendere posizione, in maniera generale, sulle circostanze in presenza delle quali una conferenza marittima potesse legittimamente adottare, caso per caso, prezzi inferiori a quelli della tariffa da essa pubblicata, al fine di far fronte a un concorrente che offra prezzi più interessanti. Basti ricordare che si trattava, nella fattispecie, del comportamento di una conferenza che deteneva una quota di oltre il 90% del mercato di cui trattasi e che aveva un solo concorrente[52]. Le ricorrenti, del resto, non hanno mai seriamente contestato, ma hanno in definitiva riconosciuto all'udienza, che lo scopo del comportamento contestato era quello di estromettere la G & C del mercato.

5. Sintesi dei criteri di valutazione del *predatory pricing*

Nonostante il tentativo, da parte delle Autorità *antitrust*, di regolare in maniera chiara e puntuale l'utilizzo di prezzi predatori, non esiste tutt'oggi una disciplina coerente della materia [53].
Una tale incertezza è dovuta probabilmente al fatto che la pratica non riesce a collocarsi immediatamente, nel diritto europeo, in una delle fattispecie di cui all'art. 102 TFUE. Le corti hanno, dunque, dovuto procedere all'identificazione di criteri che consentissero un distinguo tra le forme di concorrenza lecita e quelle illecite. La Corte comunitaria, in particolare, ha riconosciuto che non tutti gli atti che portino all'estensione o al rafforzamento della posizione dominante debbano considerarsi vietati;

vanno distinti i mezzi abusivi dai mezzi di concorrenza "normale" imperniata sui meriti. Sarebbe predatorio, pertanto, il comportamento imperniato sui prezzi che si discosti da una concorrenza meritoria che faccia leva sugli stessi.
L'impianto che è emerso dalla casistica giurisprudenziale in tema di applicazione delle norme concernenti il *predatory pricing* è qui di seguito esposto. Per i prezzi inferiori ai costi medi variabili vige una presunzione *iuris tantum* di predatorietà (casi Akzo, Tetra Pak, British Sugar, France Télécom). La difesa di un tale livello di prezzi potrebbe essere supportata ricorrendo all'argomento del raggiungimento delle economie aggiuntive (caso BPB). I prezzi compresi tra i costi medi variabili e i costi medi totali sono abusivi allorquando siano parte di un piano volto all'eliminazione del rivale, provato sul fondamento d'indizi "gravi e concordanti" (caso Akzo). Sia la Commissione sia le Corti europee hanno dato chiara importanza alla documentazione interna dell'impresa, considerata a volte come prova diretta dell'intento escludente. Quanto ai prezzi superiori al costo totale medio, è possibile considerarli predatori, in casi eccezionali, fondandosi prevalentemente sulla valutazione dell'intento dell'impresa in odore di predazione (caso Compagnie Marittime Belghe). Per tali prezzi, il divieto di prezzi predatori e il divieto di discriminazione si sovrappongono.
Il *recoupment test*, come criterio di preselezione dei casi rilevanti, è stato espressamente rigettato dalle Corti (casi Tetra Pak II, France Télécom). Sebbene nella giurisprudenza comunitaria non sia richiesta la dimostrazione della plausibilità del recupero dei costi sostenuti durante la fase predatoria, ciò non esclude, tuttavia, che la Commissione possa considerare una tale eventualità come elemento rilevante in sede di valutazione della natura abusiva della pratica in questione. La stessa può, per esempio, contribuire a escludere, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi variabili, giustificazioni economiche diverse dall'eliminazione di un concorrente, oppure a dimostrare, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi totali ma superiori alla media dei costi variabili, l'esistenza di un piano avente lo scopo di eliminare un concorrente (caso France Télécom).
Si tratta sicuramente di argomentazioni intrise di valutazioni economiche che contraddistinguono la natura economica del *predatory pricing* rispetto alle altre pratiche abusive. Tuttavia, l'ambizione di colpire l'utilizzo strategico dei prezzi utilizzando, come spartiacque tra lecito e illecito, l'intento dell'impresa non va esente da critiche. L'unico criterio probabilmente valido rimane quello di valutare se, dal punto di vista dell'impresa che pone in essere un dato comportamento, il suo impiego è economicamente razionale a prescindere da qualsiasi effetto escludente, nei confronti del rivale, che il comportamento possa avere. Sebbene il metodo di raffronto tra prezzo e costi sia arduo, lo stesso rimane il più appropriato.

Il livello di scarsa certezza nei confronti della strategia predatoria probabilmente sarà destinato ad accentuarsi in conseguenza delle previsioni contenute nel *Guidance Paper*. La disciplina che emerge dalle stesse richiede come elemento di preselezione dei casi rilevanti il deliberato sacrificio dei profitti da parte dell'impresa dominante, sia sotto forma di vendita sottocosto che di prezzi inferiori rispetto a una condotta di prezzo alternativamente razionale. L'effetto di preclusione anticoncorrenziale è di seguito rilevato attraverso l'esame di una serie di fattori, quali la posizione sul mercato dell'impresa, dei suoi clienti e concorrenti, le specifiche condizioni di mercato e l'ampiezza della condotta escludente. Si sostituisce pertanto all'intento, quale secondo criterio elaborato dalle corti, l'interpretazione dei fattori di mercato quali indici di probabile preclusione anticoncorrenziale. Tuttavia, sebbene la Commissione cerchi di discostarsi da valutazioni soggettive, focalizzandosi invece sugli effetti della condotta, l'intento risulta persistente nel primo elemento del *test*, rappresentato dal "deliberato" sacrificio dei profitti. Sembra che tali elementi non coincidano in maniera puntuale con i classici elementi del *test* sul *predatory pricing* elaborati dalle corti comunitarie. L'approccio che ne deriva risulta maggiormente restrittivo per la Commissione: mentre la Corte valuterà esclusivamente il sacrificio economico, il *Guidance Paper* richiede, accanto allo stesso, l'idoneità della pratica alla preclusione anticoncorrenziale del mercato, quest'ultima di non agevole dimostrazione al fine dell'assolvimento dell'onere probatorio.
Al di là delle discussioni sull'opportunità degli Orientamenti, il bando dei prezzi superiori a un'appropriata misura dei costi non sembra trovare solide fondamenta né nella giurisprudenza comunitaria né in termini economici. La giurisprudenza ha, infatti, accolto la possibilità di condanna di tali prezzi in casi eccezionali, rappresentati dalla coesistenza di una posizione dominante collettiva e di una previa intesa tra le imprese coinvolte. In termini economici, poi, una simile valutazione rischia, non solo di costituire un'indebita ingerenza nelle scelte e nella valutazione del rischio d'impresa, ma altresì di creare un clima di esagerate paure per le grandi imprese, la cui attività potrebbe essere sottoposta a valutazione di predatorietà anche qualora i prezzi si collochino al di sopra dei costi aziendali [54].
Un uso del diritto *antitrust* non attento a queste considerazioni è destinato a conseguire un risultato paradossale: la normativa può diventare il primo strumento di stallo delle dinamiche del sistema concorrenziale ed essere impiegata per fini protezionistici. Per di più, un tale approccio potrebbe dare origine a significativi costi amministrativi, oltre che ad una sostanziale imprevedibilità della disciplina *antitrust* a danno della certezza del sistema giuridico.

Note:

[*] Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
L'Autrice desidera ringraziare il Prof. Baccini Alberto e l'Avv. Vasques Luciano per le preziose discussioni sugli argomenti trattati e per il supporto nella stesura del presente lavoro.
[1] Esso disponeva: «se l'Alta Autorità (la Commissione) riconosce che imprese pubbliche o private che, di diritto o di fatto, hanno ovvero acquistano, sul mercato di uno dei prodotti oggetto della propria giurisdizione, una posizione dominante che la sottrae ad una concorrenza effettiva in una parte importante del mercato comune, usano di questa posizione a fini contrari agli scopi del presente Trattato, rivolge loro ogni raccomandazione atta ad ottenere che questa posizione non sia usata a tali fini. In mancanza di esecuzione soddisfacente di dette raccomandazioni entro un termine ragionevole, l'Alta Autorità, con decisioni prese in consultazione con il governo interessato e sotto le sanzioni previste rispettivamente agli artt. 58, 59, e 64, fissa i prezzi e le condizioni di vendita da applicarsi da parte dell'impresa in causa o stabilisce programmi di produzione o programmi di consegna da eseguirsi da parte della stessa». È necessario rilevare che, nel diritto CECA, le raccomandazioni erano datate di efficacia vincolante.
[2] G. Bernini, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, Vol. 1, Milano, Giuffrè, 1962.
[3] Memorandum della Commissione della Comunità economica europea del 1° dicembre 1965, p. 1182.
[4] Corte di giustizia delle Comunità Europee, 21 febbraio 1973, Continental Can, cit. c. 116.
[5] Commissione, 14 dicembre 1985, ECS/Akzo in G.U.C.E. n. L 374 del 31 dicembre 1985, p. 1. Corte di giustizia, 3 luglio 1991, causa C-62/86, Akzo Chemie BV c. Commissione. Per un commento alla decisione della Commissione vd.: D. Guy, *The AKZO Case. Predatory pricing as an Abuse of a Dominant Position*, in «European Intellectual Property Review», EIPR Oxford, Vol. 9 No. 3, March 1987, pp. 86-89.
[6] Nel senso di una vigorosa concorrenza sono L. Phlips e I. M. Moras. *The AKZO Decision: A Case of Predatory Pricing?* in «The Journal of Industrial Economics»; Vol. 41 No 3, Sep., 1993, pp. 315 - 321.
[7] Interessanti dibattiti sono stati sollevati dai giuristi ed economisti del tempo in ordine alla decisione della Commissione sul caso in questione. In particolare, si veda R. Rapp, *Predatory pricing and entry deterring*

strategies: the economics of Akzo, in «European Competition Law Review», ECLR Oxford, Vol. 7, No. 3, 1986, pp. 233-240.
[8] Per un'analisi del caso Vd anche D. Guy: *The Akzo case. Predatory pricing as an abuse of dominant position*, in: «European Intellectual property review», EIPR Oxford, Vol. 9, No. 3, March 1987, pp. 86-89.
[9] P. Giudici, *I prezzi predatori*, Milano, Giuffrè, 2000.
[10] La nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza, sentenza Hoffmann -La Roche/Commissione, causa 85/76.
[11] "The Court emphasized that the concept of an abuse is an objective one, although the test which it devised retains an element of subjectivity". J. Faull – A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University press, 2007. Sul punto vedi: F. Alese, *Federal Antitrust and EC Competition law analysis*, casa editrice Ashgate, 2008.
[12] La Corte considera abusivi i prezzi superiori agli AVC (average variable cost) ma inferiori agli ATC (average total cost) qualora siano parte di un piano diretto ad eliminare il concorrente. Sulla base del criterio di Areeda - Turner, invece, non vi è predazione qualora i prezzi siano superiori agli AVC.
[13] A. Jones - B. Sufrin *, EC Competition Law. Text, cases, and materials.*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
[14] P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004. Sul punto vd. anche: R. Whish*, Competition Law*, Oxford, Oxford University press, 2009.
[15] Sul punto Vd: L. Prosperetti, M. Beretta, M. Siragusa, M. Merini, *Economia e diritto antitrust, un'introduzione.*, Roma, Carocci editore, 2006.
[16] Commissione delle Comunità Europee, 24 luglio 1991.
[17] In particolare, l'Organo comunitario ha riscontrato, sulla base di dati chiari ed univoci, che la redditività del prodotto in questione risultava negativa (da -10 a - 34%); in Italia le perdite registrate non mostravano un carattere occasionale in quanto esse si erano prolungate su un periodo di sette anni ed erano tali che il prezzo di vendita era lungi dal coprire i soli costi variabili e, in taluni casi, addirittura il solo costo delle materie prime.
[18] Non occorreva dimostrare l'esistenza di una posizione dominante di Tetra Pak sul mercato non asettico, poiché i nessi esistenti fra i diversi mercati di cui sopra mostrano che un approccio distinto è infondato. La Commissione a tal proposito "si richiama su queste punto alle sentenze della Corte di giustizia nelle cause 6 e 7/73 «Commercial Solvents» e

311/84 CBEM/CLT («Télémarketing»), in particolare ai punti 23 e 25 della motivazione di quest'ultima sentenza, dove la Corte ha riconosciuto che l'esistenza di una posizione dominante su un mercato può creare una possibilità di controllare le attività delle imprese concorrenti su un mercato vicino. Nel caso di specie, la CGCE ha ritenuto che gli stretti legami esistenti trai i due marcati giustificassero l'applicazione della normativa antitrust.

[19] La Commissione, ha giustamente analizzato l'eventuale esistenza di giustificazioni economiche alla base di un tale comportamento e, pertanto, ha ritenuto che «se è difficilmente ammissibile che un comportamento così evidentemente in contrasto con la logica della redditività economica e che proviene da un'impresa multinazionale estremamente efficiente possa dipendere da un semplice errore di gestione, occorre altresì chiedersi se circostanze eccezionali indipendenti dalla volontà di Tetra Pak abbiano potuto costringere tale gruppo a subire queste perdite nella vendita del suddetto prodotto». Così non sembrerebbe: è infatti da escludere che si trattasse di prezzi lancio, considerata sia la durata che l'entità delle perdite, sia il fatto che Tetra Pak era già da lungo tempo presente, e in posizione dominante, sul mercato dei cartoni di tipo Brik al momento in cui ha introdotto il cartone Rex e che la stessa disponeva di tutta l'infrastruttura tecnica e commerciale necessaria. Non si poteva nemmeno ritenere si trattasse di una risposta di Tetra Pak ad una pressione sui prezzi esercitata da Elopak, in quanto, per tutto l'arco del periodo considerato, Tetra Pak ha venduto il prodotto Rex nettamente al di sotto dei prezzi praticati dalla concorrente Elopak per il Pure-Pak e addirittura la differenza di prezzo tra i due prodotti è andata sempre di più aumentando, mentre le perdite sul cartone Rex aumentavano.

[20] La Tetra Pak impugna infatti il provvedimento della Commissione dapprima dinnanzi al Tribunale, contestando il carattere eliminatorio dei propri prezzi e giustificando il loro livello sulla base di un accanita competizione commerciale esistente tra essa e la propria concorrente. Secondo la Tetra Pak, la vendita del prodotto al di sotto del costo variabile medio avrebbe potuto avere spiegazioni economiche alternative ad un mero intento estromissorio e ha argomentato come la sentenza Akzo non potesse essere interpretata nel senso di un divieto di praticare, da parte di un'impresa in posizione dominante, vendite a prezzi inferiori ai costi medi variabili. Incomberebbe poi alla Commissione, secondo Tetra Pak, non solo provare l'esistenza di un proposito eliminatorio ma, affinché le vendite in perdita configurassero una politica predatoria dei prezzi, era necessario che l'impresa che le effettuava potesse ragionevolmente pensare di *recuperare*, in seguito, le perdite volontariamente riportate, richiamandosi, a tal proposito, al criterio utilizzato dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso Brooke Group/Brown & Williamson Tobacco del 1993. In sintesi, affinché fosse configurabile una strategia predatoria era necessaria,

secondo la ricorrente, l'esistenza della possibilità di recupero delle perdite durante la fase monopolistica successiva all'esito positivo della predazione. Si trattava del cosiddetto «*recoupment test*» ampiamente supportato sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza statunitense. Tale possibilità secondo Tetra Pak sembrava potersi escludere nel caso in questione.
[21] Corte di giustizia, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94P.
[22] Case Comment: A. Jones, *Distinguishing Predatory Prices from Competitive Ones: Tetra Pak II*, in «European Intellectual Property Review», 1995, pp. 252-259.
[23] R. Whish, *Competition Law*, cit.
[24] Commissione, 18 luglio 1988, Napier Brown – British Sugar.
[25] Punto 20 del provvedimento di cui sopra. La fattispecie avrebbe forse potuto rilevare come *compressione dei margini* o *price squeeze*. Si è a lungo discusso, per quanto concerne la collocazione del c.d. *price squeeze* nell'ambito dell'art. 102 T.F.U.E., se esso configurasse un abuso *stand alone*, o se invece non fosse più esatto inquadrarlo, di volta in volta, fra i casi di imposizione di prezzi eccessivamente alti o discriminatori, o di prezzi predatori. Sebbene la Commissione si sia in passato più volte mostrata incline ad un riconoscimento autonomo della violazione, il *Guidance Paper* l'ha espressamente ricompresa tra le ipotesi di rifiuto di contrarre, assoggettandola ai presupposti tipici dell'*essential facility*. Sennonché, nelle recenti pronunce Deutsche Telecom e TeliaSonera, la Corte ha affermato la rilevanza autonoma della pratica, senza che sia necessario da un lato, che l'*input* a monte costituisca un'*essential facility* in virtù della quale sussista un obbligo legale di contrarre, dall'altro che le tariffe all'ingrosso e quelle al dettaglio siano di per sé abusive. La constatazione dell'esistenza della pratica considerata richiede dunque un'analisi volta a verificare la sussistenza di alcune condizioni: l'impresa deve detenere una posizione dominante sul mercato del prodotto a monte (prodotto di base o materia prima), deve altresì operare sul mercato del prodotto a valle (prodotto finito). Le imprese che operano a valle non riescono - a causa dell'incidenza del prezzo del prodotto di base sul costo di produzione del prodotto derivato - a sostenere il confronto competitivo sul mercato di quest'ultimo prodotto.
Vd: A. Pappalardo, Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali, Torino, Utet Giuridica, 2007; Faella G. - Pardolesi R., Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, in «Mercato concorrenza regole», 1, 2010, pp. 29 – 62, G. Colangelo, Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telecom e TeliaSonera, in «Mercato concorrenza regole», 2, 2011, pp. 367 – 377.
[26] Commissione, 5 dicembre 1988.
[27] La riduzione dei prezzi era di entità minima e non aveva carattere discriminatorio (pag. 67 par. 132-133) .

[28] Commissione 16 luglio 2003, caso COMP/38.233 – Wanadoo Interactive.
[29] Per un'analisi del caso: M. S. Gal, *Below - Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Télécom Case*, in: «European Competition Law Review», 2007, Vol. 28, n. 6, pp. 382 - 391.
[30] «Several documents found on Wanadoo Interactivès premises attest the existence of a strategy of *preemption* of the high - speed market on "ADSL market" (110) ». «A translation of this concept of preemption into market share terms can be seen in several documents, which state that Wanadoo Interactive is trying not just to be the market "leader" but to take and hold very large market share (112)». «A large number of company documents, [...] confirm that the company was aware of the dangers associated with its pricing of ADSL services from a very early stage. These documents clearly show that Wanadoo Interactive knowingly weighed a short term profitability objective against an objective of vigorous penetration of the market, and that it deliberately sacrificed the first to the second (126)». Decisione della Commissione del 26 luglio 2003, COMP/38.233.
[31] La WIN aveva ribadito la razionalità, in termini di efficienza, del proprio comportamento commerciale in quanto le avrebbe consentito di guadagnare esperienza e ridurre i costi della futura produzione. A tal proposito la Commissione aveva sancito che «for an argument based on efficiency gains to be admissible, it must be possible to prove that such gains could not have been achieved by means other than a below - cost selling strategy. In the present case, there is no guarantee that such gains could not have been achieved had the market developed in a balanced manner» (307).
La WIN aveva inoltre sostenuto che la vendita a prezzi bassi del servizio ad alta velocità le avrebbe consentito una maggiore diffusione dello stesso tra i consumatori. Anche in tal caso, la Commissione ha rigettato l'argomentazione difensiva sostenendo che «An undertaking in a dominant position has no need to practice predatory pricing in order to attract new customers and draw consumers' attention to the product» (311).
[32] La Corte di giustizia ha riconosciuto, in particolare, in AKZO che la condotta predatoria si giustificava proprio in funzione di un successivo recupero; mentre in Tetra Pak II, ha sottolineato come *nelle circostanze del caso* non fosse necessario dimostrare la possibilità di recupero delle perdite. Sebbene la Commissione non lo considerasse un criterio necessario ai fini della classificazione di una pratica come *predatory,* ha ritenuto probabile, nel caso in questione, il recupero dei costi. A tal proposito ha sancito che «subsidiarily, it must be pointed out that the recoupment of losses is rendered plausible in the present case by the structure of the market and the associated revenue prospects (336). The

Commission considers that there are indeed significant entry barriers and high entry costs to be paid for the acquisition of a critical size, even if these obstacles are not absolute in nature. Contrary to what Wanadoo Interactive maintains, entry (or reentry) into and the acquisition of a critical size on the relevant market are costly and time - consuming. These features create an environment conducive to the maintenance by Wanadoo Interactive of a position of very strong dominance and prevent the growth of competitors representing a danger to Wanadoo Interactive. The recoupment by Wanadoo Interactive of its initial losses is therefore a likely scenario. The predatory strategy introduced in 2000 appears pertinent in this context » (367).

[33] Ragion per cui sarebbe stato particolarmente irrazionale cercare di escludere concorrenti su un mercato con tali caratteristiche, poiché ciò avrebbe comportato, anche se vi fosse stata esclusione, l'onere di dover affrontare un possibile ingresso in ogni momento, annullando in tal modo l'eventuale interesse all'esclusione dei concorrenti.

[34] Sentenza del Tribunale di primo grado del 30 gennaio 2007, causa T-340/03

[35] Nel senso di una strategia aggressiva, tuttavia non predatoria, si A. Giannaccardi, *Il caso Wanadoo*, in: «Mercato Concorrenza e Regole», 1, 2007.

[36] Quindi, per quanto concerne le pratiche in materia di prezzi, i prezzi inferiori alla media dei costi variabili praticati da un'impresa che detiene una posizione dominante sono giudicati di per sé abusivi, in quanto l'unico interesse che l'impresa può avere a praticare simili prezzi è quello di eliminare i propri concorrenti e prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili, sono abusivi allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso a eliminare un concorrente. Non sarebbe stata necessaria alcuna dimostrazione degli effetti concreti delle pratiche di cui trattasi.

[37] La Commissione a tal proposito aveva ribadito che la giurisprudenza chiaramente non richiederebbe in alcun modo il *recoupment test*. *Ad abbundantiam*, tale recupero era reso plausibile, nel caso in questione, dalla struttura del mercato e dalle prospettive di ricavi ad esso associate. La WIN ha poi anche esperito il tentativo di giustificare il proprio comportamento in quanto portatore di economie di scala e di processi di *learning by doing*. Gli argomenti avanzati dalla WIN, che avrebbero giustificato, nella fattispecie, i prezzi al di sotto dei costi, non erano tuttavia di natura tale da rimettere in causa la conclusione alla quale è giunto il Tribunale, e dunque esonerare l'impresa dalla sua responsabilità ex art. 82. Infatti, l'impresa che pratichi prezzi predatori può beneficiare di economie di scala e di effetti dell'apprendimento a causa di una produzione aumentata proprio grazie a tale pratica. Le economie di scala e

gli effetti dell'apprendimento ottenuti, non possono in alcun modo esonerare l'impresa dalla sua responsabilità.
[38] Sentenza della Corte del 2 aprile 2009. France Télécom Sa contro Commissione delle Comunità europee. Causa C-202/07P.
[39] Per un'attenta analisi del caso si veda: A. Alemanno e M. Ramondino, *The ECJ France Télecom/Wanadoo Judgment: "To Recoup or not to Recoup? That "was" the question for a predatory price finding under Article 82 EC*, in: «European Law Reporter», 2009. N. 6, Jun, pp. 202-210. Si veda inoltre A. Giannaccardi*, Il caso Wanadoo*, in: «Mercato Concorrenza e Regole», 1, 2007. pp. 109 - 117.
[40] La Corte Suprema considera infatti quale elemento essenziale ai fini della sussistenza della pratica di *predatory pricing* la «probabilità reale che l'impresa dominante sarà capace di recuperare le perdite subite durante la messa in opera della pratica, aumentando i prezzi una volta eliminata la concorrenza»[1], (Brooke Group Ltd. v. Brown Ɛ Williamson Tobacco Corp., in US Law Week 4699 21 giugno 1993). Sulla necessità di un'attenuata applicazione del test si veda: C. S. Hemphill, *The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses*, in: «Stanford Law Review», Vol. 53, No. 6, Jul., 2001, pp. 1581-1612.
[41] Conclusioni dell'Avvocato Generale del 25 settembre 2008, Sentenza della Corte del 2 aprile 2009. France Télécom Sa contro Commissione delle Comunità europee. Causa C-202/07P.
[42] Commissione, 26 novembre 1986, Melkunie Holland e altri (Meldoc), in G.U.C.E., n. L 348 del 10 dicembre 1986, p. 50.
[43] Si trattava di una restrizione cosiddetta *hard-core* non suscettibile di esenzione per categoria.
[44] House of Lords, 18 December 1891, Mogul Steamship Co. versus McGregor, Gow & Co. and others, (1892) A.C.2.
[45] Commissione, decisione del 23 dicembre 1992, 93/83/CEE.
[46] Il concorrente indipendente, grazie ad una politica di noli molto aggressiva, era riuscito a ritagliarsi una quota pari al trenta per cento circa del mercato di riferimento.
[47] La definizione di posizione dominante collettiva e di coordinamento tra le imprese in questione, soprattutto a livello di differente onere della prova, ha dato adito ad ampi dibattiti dottrinali. Qui è sufficiente ricordare che, trattandosi di una conferenza marittima che deteneva una quota di mercato pari al 90% dello stesso, risultava agevole, per gli Organi comunitari, la prova della sussistenza di una posizione dominante collettiva e del relativo abuso.
[48] Sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 ottobre 1996. - Compagnie marittime belghe contro Commissione delle Comunità europee. Cause riunite T-24/93, T-25/93, T- 26/93, T- 28/93. [49] In particolare, sentenza 6 ottobre 1994, Tetra Pak/Commissione, citata, punto 114.

[50] Infine, se l'esistenza di una posizione dominante non privi un'impresa che si trovi in questa posizione del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, qualora questi siano insidiati, e se detta impresa ha la facoltà, entro limiti ragionevoli, di compiere gli atti che essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, non è però ammissibile un comportamento del genere che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso. Sentenza del Tribunale 1° aprile 1993, causa T-65/89, BPB Industries e British Gypsum/Commissione, Racc. pag. II-389, punto 69
[51] Sentenza del 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96P, C-396/P.
[52] La posizione dominante può assumere diversi gradi di intensità. Nelle sue conclusioni alla causa, peraltro, l'Avv. Gen. Fennelly esplicitamente enunciava l'innovativa teoria della superdominanza secondo cui, per quelle imprese dotate di una posizione di completo dominio sul mercato, vigerebbe una responsabilità accresciuta, con la conseguenza che, ad esempio, una strategia di prezzi aggressivi non necessariamente inferiori ai costi potrebbe essere considerata di già abusiva, ove trasparisse l'intento escludente dell'impresa. Fattori - Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. Si veda anche I. V. Bael - J. F. Bellis, *Il Diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2009.
[53] Non a caso, già nel 1981 Easterbrook (Easterbrook, Predatory Strategies and Counterstrategies) iniziava la trattazione del proprio articolo osservando ironicamente come "c'è un mercato altamente concorrenziale per le teorie sul *predatory pricing*".
[54] Altro discorso rileverebbe qualora i costi aziendali dell'impresa dominante, non fossero inferiori in virtù di maggiore efficienza, ma a causa del mancato rispetto delle normative concernenti l'attività d'impresa.

La concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3, c.c.: una clausola generale ancora aperta. Nota alla sentenza del Tribunale di Torino, Sez. IX civile, 2 febbraio 2012

di
Marialisa Taglienti

Abstract
The legal action against a competitor, if recklessness performed, represents a violation of article 2598, n.3 c.c.

L'attivazione di un'azione giudiziaria nei confronti del concorrente posta in essere con modalità gravemente azzardate ed imprudenti integra l'illecito di cui all'art. 2598, n. 3, c.c.

IL TRIBUNALE DI TORINO
NONA SEZIONE CIVILE
SPECIALIZZATA IN MATERIA DI PROPRIETÀ INDUSTRIALE INTELLETTUALE

in composizione collegiale in persona dei magistrati
dr. Umberto SCOTTI - Presidente
dr. Maria Cristina CONTINI - Giudice Relatore
dr. Gabriella RATTI - Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta, al n. R.G 1319/2009 avente ad oggetto: accertamento negativo di contraffazione e concorrenza sleale.

Promossa da:

La. s.a. società di diritto belga, in persona dei legali rappresentanti sig. Al.D. Vo. Va. St. e sig. Fr. Bo., elettivamente domiciliati in To., Corso Vi. Em. I., (...) presso Io studio dell'Avv. Gi. Gi. che la rappresenta e difende con gli Avvocati Ma. Gr., Ly. Me. e Da. Pa. del Foro di Mi. in forza di procura speciale agli atti;
- parte attrice -

CONTRO

Os.S.r.l. in persona del legale rappresentante sig. Os. Cr., elettivamente domiciliata in To., via Vi. Am. I. (...) presso lo studio dell'Avv. Ma. Ve. che la rappresenta e difende con gli avvocati Ri. Ca., Ma. Ma. e Fe. L. Di. Le. del Foro di Mi. per procura in calce alla comparsa di risposta;
- parte convenuta -

all'udienza del 15 giugno 2011 la causa è stata trattenuta a decisione sulle seguenti

CONCLUSIONI

PER LA PARTE ATTRICE

Piaccia al Tribunale, respinta ogni contraria istanza, eccelsone e/o deduzione:
- accertare e dichiarare che la fabbricazione, la vendita, l'utilizzazione, la detenzione, l'importazione e/o la pubblicizzazione da parte di La. s.a, dei caschi della linea Pa. o di qualunque altro casco integrante il meccanismo di cui al doc. 12 di Au., Be., Bu., Sv., Ci., Re. Ce., Da., Ge., Es., Sp., Fi., Fr., Gr. Br., Gr., Ir., It., Li., Lu., Pr. D. Mo., Ol., Po., Sv., Re. Sl. e Tu. non interferiscono con l'ambito di protezione del brevetto (Omissis) laddove convalidati in tali Paesi o con qualsiasi altro diritto o titolo di proprietà industriale di Os. S.r.l. che sia derivata o possa derivare da tate brevetto, inclusi domande divisionali o modelli di utilità, il cui titolo di protezione sia stato o venga in futuro domandato o concesso;
- accertare e dichiarare che il comportamento tenuto da Os. S.r.I. riportato in narrativa di cui ai punti da 3 a 7 - tra cui la presentazione della denuncia - querela in data 6 novembre 2008 nonché l'invio della diffida del 20 novembre 2008 - integra gli estremi della concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 3 c.c.;
- condannare Os. S.r.I. al risarcimento di tutti, i danni patiti dall'attrice per effetto degli illeciti tutti da essa commessi, danni da liquidarsi nella misura che sarà dimostrata a esito dell'istruttoria di causa in base alle presunzioni e agli elementi di valutazione esposti in motivazione o, in subordina, in via equitativa, in base ai medesimi criteri e comunque non in misura inferiore a Euro 300 mila, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali sulle somme rivalutate;
- disporre la pubblicazione del dispositivo dell'emananda sentenza a cura e spese della convenuta, a caratteri doppi del normale sul quotidiano "I. Co. De. Se.", nonché su due riviste specializzate del settore a scelta dell'attrice, disponendo che ove essa non provveda entro 15 giorni dal deposito della sentenza possa provvedervi l'attrice e che la ricevuta dei rispettivi pagamenti costituisca titolo esecutivo per il recupero delle somme spese;

- condannare Os. S.r.l. al risarcimento in favore dell'attrice dal danno per responsabilità aggravata da determinarsi in via equitativa ex art. 1226 c.c. - ricorrendo i presupposti di cui all"art. 96 c.p.c. commi 1 e 2 e, in ogni caso, 3;
- in ogni caso condannare Os. S.r.l. a rifondere all'attrice spese, competenze e onorari del presente giudizio, oltre IVA e CPA.

PER LA PARTE CONVENUTA

Voglia il Tribunale, disattesa ogni contraria istanza e, previa ogni statuizione ritenuta necessaria, nel merito, premessa ogni più ampia riserva di agire per il risarcimento del danno causato alla convenuta dalla condotta posta in essere dall'attrice costituente contraffazione del brevetto (Omissis), rigettare integralmente le domande tutte, avanzate dalla società La. s.a. nei confronti di Os. S.r.l., per i motivi esposti e, per l'effetto, dichiarare che nulla è dovuto da questa in favore della prima, per i fatti di causa;
in via istruttoria si insiste per il rigetto di tutte le istanze istruttorie avversarie, ivi comprese quelle avanzate in udienza ex art. 254 c.p.c. e, in caso di eventuale ammissione di mezzi istruttori non precedentemente ammessi, si chiede di essere ammessi a prova testimoniale contraria;
in ogni caso con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio.

BREVE SINTESI DELL'OGGETTO DEL GIUDIZIO

La. s.a. lamenta il compimento da parte di Os. S.r.l. di atti di concorrenza sleale costituiti nell'avere preteso, illegittimamente, il sequestro penale preventivo di alcuni prototipi di casco, denominati Pa., mentre erano esposti per la prima volta alla Fiera Ei., nei giorni da a al 9 novembre 2008.
Il sequestro era stato eseguito il 7 novembre 2008, alle ore 11,30 presso lo stand di La., dalla Guardia di Finanza di Rh., che nell'occasione si era avvalsa di Cr. Cr. (figlia dell'amministratore unico di Os.) come ausiliare di P.G., dopo che la stessa convenuta aveva presentato una denuncia - querela con cui lamentava la contraffazione del proprio brevetto (Omissis).
Il brevetto in questione ha ad oggetto un casco protettivo per motociclisti, dotato di "doppia visiera", ossia una visiera atta a proteggere la persona dal vento e dagli agenti atmosferici, e di una seconda visiera brunita, volta a proteggere l'utilizzatore dalla luce diretta del sole.
L'invenzione protetta verte, in particolare, sul meccanismo di azionamento della visiera parasole, caratterizzato dalla presenza di due fulcri che consentono all'utilizzatore di far ruotare la visiera brunita da una posizione di utilizzo a una di non utilizzo, attraverso un sistema di scorrimento concentrico delle due visiere.

Ritiene La. che i suoi prototipi di casco, pur presentando una doppia visiera, siano dotati di un meccanismo di scorrimento del tutto diverso rispetto a quello brevettato con il quale non interferiscono neppure indirettamente e che, anzi, rappresenta una soluzione inventiva autonoma, di cui la parte attrice (dopo i fatti del novembre 2008) ha chiesto la brevettazione.
Sottolinea La. che Os. aveva attivato la tutela penale del suo brevetto in modo assolutamente imprudente e gravemente illegittimo in quanto; a) non poteva assolutamente conoscere il meccanismo di scorrimento dei caschi Pa. e non aveva pertanto elementi per sospettare che essi costituiscano contraffazione della sua privativa; b) in sede di sequestro l'esame dei prototipi era stato assolutamente sommario e tale da non consentire un effettivo accertamento del meccanismo e quindi l'esistenza di dubbi sulla contraffazione; c) l'azione di Os. in tale contesto poteva essere semmai spiegata con la volontà di accedere alle nuove e ancora segrete innovazioni tecniche della concorrente La.
L'attrice, anche in considerazione del fatto che la convenuta ha insistito a diffidare La. a commercializzare i caschi della linea Pa., ha esposto di avere interesse a ottenere dal Tribunale una pronuncia di accertamento negativo di contraffazione del brevetto (Omissis) di Os.
Ha infine chiesto il risarcimento dei danni subiti a causa del comportamento contrario alle buone regole concorrenziali (ex art. 2598, n. 3 c.c.) in misura di Euro 300 mila, oltre accessori.
Os. si è costituita in giudizio, confermando in punto di fatto di avere chiesto il sequestro indicato dalla parte attrice.
Ha però contestato i profili di illegittimità della sua condotta.
Sul punto ha precisato che il brevetto (Omissis) si caratterizza per il fatto che la piccola visiera mobile "parasole" del casco e incernierata in modo del tutto indipendente dalla visiera principale, così da consentirne un utilizzo autonomo, sfruttando un movimento che segue in percorso diverso e indipendente da quello seguito dalla visiera principale.
Ha pertanto sostenuto che ricadono nell'ambito della privativa tutti i meccanismi che riproducono detta soluzione tecnica sia in modo "letterale" che per "equivalenti".
Sul punto si è espressamente riservata di agire in separato giudizio, al fine di ottenere il risarcimento dei danni causati da La. del brevetto (Omissis).
Ha poi ribadito la correttezza della valutazione di contraffazione operata in sede di sequestro presso lo stand della parte attrice in occasione della fiera Ei. del novembre 2008 con riferimento ai soli caschi della linea Pa.
Quanto alla diffida 20 novembre 2008 inviata a La. ha contestato che essa possa essere ritenuta atto concorrenzialmente scorretto, trattandosi di normale strumento di tutela della privativa legittimamente acquisita dalla parte convenuta.

Ha perciò concluso per il rigetto di tutte le richieste avversarie, ivi compresa quella di pubblicazione della sentenza.
Con provvedimento 12 gennaio 2010 è stata disposta consulenza tecnica d'ufficio e, con ordinanza 23 novembre 2010 sono state ammesse le prove orali.
All'esito è stata fissata udienza di precisazione delle conclusioni.
La causa è stata quindi trattenuta a decisione il 15 giugno 2011.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda di accertamento negativo con riferimento ai Paesi, diversi dall'Italia, nei quali Os. ha chiesto l'estensione del brevetto (Omissis).
Come accennato in narrativa La., oltre a spiegare le ragioni che fondino il suo interesse a ottenere una pronuncia di accertamento negativo di contraffazione del brevetto in questione ha chiesto al Tribunale una pronuncia che estenda i propri effetti anche ai territori dei Paesi nei quali il brevetto europeo di Os. è stato registrato.
Ha infatti fatto presente di avere "concentrato la propria attività produttiva in Re. Ce., In., Ci., In. e Ma., paesi da cui esporta verso il magazzino di Ri. Sc. (AL) l'intera sua produzione di caschi. Tale magazzino serve l'intera Europa, poiché da esso partono i prodotti destinati ad essere commercializzati non solo in Italia, ma anche in altri 35 paesi europei ..." (v. pagine 11 e 12 dell'atto di citazione).
Di qui il suo interesse a far accertare, una volta per tutte, che la produzione dei caschi Pa. non interferisce con alcuna delle diverse "porzioni" nazionali in cui attualmente si articola il brevetto di Os.
Ritiene il Tribunale di essere carente di giurisdizione rispetto a tali domande.
Infatti ogni valutazione inerente la porzione italiana del brevetto europeo (sia quando si lamenti la sua contraffazione, sia quando ne venga chiesta la nullità e quindi anche quando vengano svolte domande di accertamento negativo di contraffazione) deve essere svolta sulla base della normativa interna, conformemente alla previsione dell'art. 64 C.B.E., come risulta per la contraffazione dall'art. 56, secondo comma c.p.i., e per la nullità dall'art. 76 comma 5 c.p.i. e con una pronuncia che, in asserita di norme che ne estendano l'efficacia a Paesi diversi dall'Italia, non può che avere efficacia esclusivamente interna.
Presupposto per emettere la pronuncia richiesta è, invece, che sia normativamente prevista la possibilità per il giudice di valutare l'ambito della privativa sulla base di tutte le legislazioni vigenti nei Paesi per i quali è stata ottenuta la registrazione, e l'esistenza di una specifica; disposizione che consenta di estendere tali effetti anche ai territori di tali Paesi.

Non esiste, neppure nella CBE, una disposizione che legittimi il giudice nazionale ad emettere pronunce di accertamento che abbiano validità negli altri Paesi.
Pertanto il Giudice italiano è carente di giurisdizione in relazione alla domanda di accertamento negativo di contraffazione di un brevetto europeo per le porzioni della privativa ulteriori e diverse rispetto a quella registrata in Italia.
La domanda di accertamento negativo di contraffazione della porzione italiana di (Omissis).
Come anticipato in parte narrativa la presente controversia trae origine dal conflitto sorto tra La. e Os. in ordine all'effettiva portata del brevetto (Omissis) che, secondo la parte convenuta, sarebbe tale da ricomprendere anche il sistema adottato da La. per i caschi della serie denominata Pa., che permette di azionare in modo indipendente le due visiere (una brunita e l'altra no).
Sussiste, tenuto conto delle vicende che hanno contrapposto le parti in occasione della fiera di settore "Ei." che si era tenuta a Rh. dal 4 al 9 novembre 2008 e della convinzione manifestata dalla parte convenuta anche nella presente controversia, in ordine alla interferenza tra il suo brevetto e i prodotti Pa., l'interesse di La. ad ottenere una pronuncia di accertamento negativo di contraffazione.
La domanda è fondata e merita accoglimento, per le ragioni che seguono.
Il brevetto di cui Os. è titolare è intitolato "casco protettivo, in particolare per piloti di motocicli dotati di visiera parasole" e l'invenzione si riferisce a un "casco protettivo ... dotato oltre che di una visiera trasparente atta a proteggere l'utilizzatore dal vento e dagli agenti atmosferici di una seconda visiera brunita atta a proteggere l'utilizzatore dalla luce diretta del sole" e si propone di risolvere i problemi tecnici consistenti nella difficoltà di utilizzo dei meccanismi della tecnica nota, che permettono di azionare (per inserirla o disinserirla) la visiera parasole.
Scopo principale dell'invenzione è di realizzare un casco protettivo dotato di visiera parasole munito di un meccanismo di posizionamento di detta visiera di semplice uso e facilmente accessibile in ogni condizione di guida, oltre che economico e di semplice realizzazione.
A questo fine è stata prevista la "presenza di una visiera trasparente esterna che occupa completamente l'apertura di osservazione di detto casco e di una visiera interna parasole, che può essere abbassata ad occupare la parte superiore di detta apertura di osservazione, oppure sollevata e ritratta in un'intercapedine prevista tra il guscio del casco e l'imbottitura interna del casco stesso" (v. brevetto (Omissis) e traduzione italiana, doc. 1 di p. convenuta).
Come spiegato dal consulente d'ufficio dr. No., la tecnica nota, menzionata anche nel documento brevettale, conosceva caschi dotati di due visiere (di cui una parasole) e meccanismi di movimento e comando della visiera

parasole che faceva capo a un organo di comando previsto all'interno del casco, il che permetteva al motociclista di manovrare la visiera parasole interna (tra la posizione sollevata e abbassata) azionando l'organo di comando collocato all'esterno del casco.
La tecnica nota lasciava tuttavia irrisolto, ad esempio, il problema della agevole manovrabilità della visiera brunita che secondo alcune soluzioni, in determinate condizioni, rendeva in sostanza inaccessibile l'apposito elemento di comando (ad esempio quando la visiera trasparente esterna e in posizione, anche solo parzialmente, sollevata).
Altro problema irrisolto era quello della collocazione del meccanismo di comando che, essendo posizionato nel casco in posizione centrale, induceva il motociclista ad azionarlo con la mano destra, con gli intuibili pericoli derivanti dalla diminuzione del controllo delle condizioni di guida.
La soluzione brevettata, invece, prevede un sistema di scorrimento delle visiere del tutto indipendente l'una dall'altra, dato che la visiera principale è disposta all'esterno del guscio del casco (e ancorata con una coppia di perni) mentre la seconda visiera mobile (quella parasole) è incernierata lateralmente e indipendentemente dalla prima, per effetto di una seconda coppia di perni distinta da quella di cui è dotata la visiera principale.
Il meccanismo di posizionamento della visiera parasole comprende poi una leva fissata, a una estremità, a un prolungamento laterale della stessa visiera parasole e, all'altra estremità, a un elemento di azionamento posto sulla superficie esterna del guscio del casco.
Questo elemento, nella soluzione è collocato lateralmente (rispetto all'apertura di osservazione del casco) e sul suo lato sinistro; così da essere sempre e facilmente accessibile, utilizzando di preferenza la mano sinistra, a prescindere dalla posizione della visiera esterna trasparente.
Il meccanismo brevettato consente, in conclusione, attraverso il particolare sistema di incernieramento e articolazione delle due visiere, di azionarle in modo indipendente e di azionare la visiera parasole in modo graduale e con l'utilizzo della mano sinistra (senza quindi distogliere la mano destra dai comandi del motoveicolo) e con un dispositivo di comando esterno al casco e sempre disponibile.
Anche i caschi Pa. prodotti da La. sono dotati di doppia visiera e, secondo quanto accertato dal C.T.U., in pieno accordo con i C.T.P., la visiera parasole è "alloggiata in un supporto in plastica ... tra il guscio esterno e il rivestimento interno, ed è azionabile mediante un meccanismo comprendente un cursore ... posizionato nella parte bassa del guscio" (v. elaborato del C.T.U., pag. 19).
Sono in sostanza assenti allegazioni di Os. in ordine al compimento, da parte di La., di atti di contraffazione, "letterale" dei meccanismi brevettati, così che deve escludersi, sulla stessa base delle argomentazioni tecniche svolte dalla difesa di Os. che il meccanismo di scorrimento indipendente

delle visiere e il meccanismo per il loro azionamento, oggetto del brevetto, sia stato anche solo in parte esattamente riprodotto.
Ritiene Os. che vi sia contraffazione per equivalenti, in quanto il meccanismo di scorrimento delle visiere adottato da La. per Pa., nonostante le differenze per così dire "estrinseche" sarebbe nondimeno sovrapponibile a quello brevettato da Os. (il sistema a leva ideato da Os. sarebbe nella sostanza riprodotto da La. con un sistema di cavi mossi comandati da un cursore).
Come è noto la nozione di contraffazione "per equivalenti" è frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, sorta dall'esigenza di assicurare al titolare del brevetto una effettiva protezione evitando, cioè, di mandare assolto il contraffattore che pur non operando una pedissequa e appunto "letterale" riproduzione delle soluzioni tecniche brevettate, faccia tuttavia applicazione dell'insegnamento oggetto di privativa, e al contempo di assicurare una adeguata tutela dell'affidamento dei terzi sulla effettiva portata del brevetto.
L'idea che si possa ricadere nella contraffazione anche in assenza di una riproduzione letterale del brevetto non può infatti condurre ad attribuire al titolare del brevetto una protezione più ampia di quella che deriva dalla privativa i cui limiti devono essere ricavati dal testo brevettuale e, in particolare, dalle rivendicazioni (v. art. 52 c.p.i. comma 2: "i limiti della protezione sono determinati dalle rivendicazioni ...").
Il contenuto delle rivendicazioni costituisce l'imprescindibile atto di autolimitazione del titolare della privativa rispetto alle possibili soluzioni idonee a superare determinati problemi tecnici lasciati irrisolti dalla tecnica nota e su di esso i terzi che operano nello stesso settore devono poter fondare un ragionevole affidamento sull'ambito reale della protezione.
Quindi una privativa si può ritenere violata anche se non vi sia stata perfetta riproduzione della soluzione tecnica brevettata tutte le volte che la soluzione adottata dal contraffattore presenti, rispetto al brevetto, varianti non significative che sono tali quando, nonostante le apparenze, la soluzione, lungi dal prescindere dall'insegnamento brevettato, continua a farne piena applicazione con illecita appropriazione dell'invenzione che grazie al suo contenuto di originalità e altezza inventiva ha consentito al suo titolare di ottenere la privativa.
Si esula invece dalla contraffazione non letterale o "per equivalenti" quando il dispositivo accusato di contraffazione, pur finalizzato a risolvere lo stesso problema tecnico individuato nel brevetto, lo fa attraverso un percorso tecnico autonomo rispetto a quello brevettato, per tale intendendosi quello che non fa applicazione dell'insegnamento contenuto nella privativa.
Questa delimitazione della nozione di contraffazione per equivalenti appare del resto conforme al protocollo interpretativo dell'art. 68 CBE (cui si ispira del resto l'attuale testo dell'art. 52 c.p.i) secondo l'art. 69 CBE non

dovrebbe essere interpretato nel senso che l'estensione della protezione conferita da un brevetto europeo debba essere definita in base al (mero) significato letterale delle parole usate nelle rivendicazioni, descrizione e disegni, ma neppure dovrebbe essere interpretato nel senso che le rivendicazioni rappresentano delle (mere) linee guida, perché questo porterebbe ad estendere la portata della protezione anche ad aspetti non realmente contemplati dal titolare del brevetto.
Secondo detto protocollo, pertanto, in sede di interpretazione del brevetto è necessario collocarsi tra queste due ipotesi estreme al fine di assicurare al titolare del brevetto una effettiva ed equa protezione, ma anche di salvaguardare, un ragionevole grado di certezza per i terzi che intendono operare e sviluppare tecnologie in settori che pongono identici o affini problemi tecnici.
Facendo concreta applicazione di tali principi, raffrontando il brevetto di cui Os. è titolare e la soluzione tecnica adottata da La. nei caschi Pa., deve, escludersi che vi sia interferenza tra detta soluzione e la privativa della convenuta.
In base a (Omissis) spetta a Os. la privativa su un meccanismo che consente di dotare un casco da motociclista di due visiere che siano azionabili in modo indipendente tra loro e in condizioni di sicurezza per il guidatore che si fondi sui seguenti insegnamenti tecnici (quali si ricavano dalle rivendicazioni brevettuali, e, precisamente: a) una visiera disposta all'esterno del guscio del casco e una disposta all'interno; b) un sistema di articolazione delle due visiere che le renda indipendenti; c) incernieramento della seconda visiera con una coppia di perni indipendente e distinta dalla coppia di perni che incernierano la visiera esterna; d) un sistema di azionamento a leva delle visiere che permetta, in particolare, di azionare quella parasole azionando un comando posto all'esterno del casco nella sua parte sinistra (si vedano le rivendicazioni di (Omissis), doc. 1 di parte convenuta).
Detta privativa non le attribuisce, evidentemente, l'esclusiva su ogni possibile ulteriore soluzione tecnica che consenta di far scorrere le due visiere (una interna e l'altra esterna) in modo indipendente lima.dall'altra né su ogni possibile sistema di comando di tale meccanismo di scorrimento.
La soluzione adottata da La. per il casco Pa. prevede: a) che la visiera parasole sia alloggiata in apposito supporto in plastica posto tra il guscio esterno e il rivestimento interno; b) che essa sia azionabile mediante un meccanismo che comprende tre cursori (indicati con le lettere A, B e C ne con il n. 15L nella figura di cui alla pag. 19 C.T.U.) e due bracci (individuati con la lettera C nella figura di cui alla pag. 20) fissati a un apposito supporto individuato nel suo insieme con la lettera S della figura pag. 19 (il particolare è poi raffigurato autonomamente nella figura a pag. 20); c) che i cursori scorrano in apposite guide ricavate dal supporto S; d) che il meccanismo per azionare la visiera parasole sia azionabile attraverso uno

dei tre cursori, quello denominato 15 L, posizionato a ridosso della mentoniera "sotto la zona dell'orecchio" nella parte sinistra del casco.
Ritiene perciò il Collegio che sia pienamente condivisibile la conclusione cui è giunto il dr. No. che, esaminati comparativamente i sistemi appena descritti, ha escluso ogni interferenza di tale soluzione con il brevetto in quanto: "la soluzione implementata nei caschi La. corrisponde ad una originale e diversa esperienza progettuale rispetto alla, soluzione formante l'oggetto del brevetto Os. ... Laddove il brevetto Os. prevede che la visiera interna sia articolata al casco con due perni distinti dai perni di articolazione della visiera esterna (caratteristica questa che è stata alla base della concessione del brevetto) il casco La. prevede invece una visiera parasole che non è neppure articolata al casco bensì è montata in modo scorrevole entro un telaio di guida ed è azionata con un meccanismo del tutto originale, che prevede bracci a bilanciere portati da detto telaio di guida, ed una trasmissione a cavo flessibile che fa capo all'organo di azionamento previsto all'esterno del casco" e ha escluso che i perni dei bracci articolati che nel casco La. consentono di far scorrere la visiera parasole costituiscano applicazione dello stesso insegnamento tecnico ricavabile dal brevetto quanto al meccanismo di scorrimento della visiera parasole, che nella soluzione brevettata scorre grazie a un sistema di leve non presente nei caschi Pa. (v. C.T.U. pagine 24 e 25).
Deve, in conclusione, essere accertata l'assenza di interferenza e quindi di contraffazione tra il meccanismo di scorrimento delle visiere e i relativi sistemi di azionamento della visiera brunita adottato da La. per la linea di caschi Pa. e quella oggetto di (Omissis) di cui Os. è titolare.
La domanda di accertamento del compimento di atti di concorrenza sleale da parte di Os. è titolare.
La domanda di La. s.a. si fonda su una vicenda che da un punto di vista puramente fattuale è del tutto pacifica in causa.
Os. S.r.l. il 5-6 novembre 2008 allorché era in corso a Mi. - Rh. a la fiera di settore denominata Ei. "Salone Internazionale del Ciclo e del Motociclo" ha presentato querela presso la locale compagnia della Guardia di Finanza segnalando il compimento di atti di contraffazione del brevetto europeo di cui è titolare, perseguibili penalmente ex art. 127 c.p.i., da parte di diverse aziende tra cui La. che attraverso i "responsabili degli stand" allestiti in detta fiera stavano esponendo e vendendo caschi identici a quelli prodotti da Os. contenenti il meccanismo brevettato (v. doc. 2 di parte convenuta).
La Compagnia della G.d.F. di Rh. ha dato corso alla denuncia procedendo, il giorno 7 novembre 2008, a perquisizione presso la Stand della La. che in quel momento era "gestito" dalla signora Ma. e provvedendo al sequestro di 8 caschi appartenenti alla linea Pa. di cui si è detto in precedenza (v. anche doc. 3 di p. convenuta, oltre alle deposizioni testimoniali di Ma. e Cr.).

Nell'occasione la G.d.F. si era avvalsa della collaborazione, quale ausiliare di p.g., della signorina Cr. Cr. che unitamente a un tecnico in forza a Os. (il sig. Ci.) ha materialmente proceduto alla perquisizione e, per quanto qui rileva, all'esame dei caschi Pa. poi sequestrati.
È del tutto pacifico che il sequestro è stato eseguito sul presupposto che i caschi Pa. contenessero la tecnologia brevettata e che tale valutazione sia stata compiuta senza procedere allo smontaggio dei caschi, operazione che, invece, era imprescindibile per avere contezza della reale natura della tecnologia impiegata da La. (v. sul punto elaborato del dr. No., pag. 28, che ha sottolineato che i caschi La. non presentavano una "palese" o evidente interferenza con il brevetto così che un semplice esame visivo, non permetteva di giungere ad alcuna conclusione definitiva sulla esistenza di detta interferenza.)
È stato così avviato un procedimento penale presso la Procura della Repubblica di Milano che ha proceduto agli opportuni accertamenti tecnici (v. doc. 4 e 5 di p. convenuta).
Nei giorni successivi, precisamente il 20 novembre 2008, Os. S.r.l. ha reiterato la volontà di contrastare la produzione e commercializzazione dei caschi Pa. da parte di La., inviandole la diffida prodotta da parte attrice quale doc. 10.
Os. nega di avere posto in essere, in tal modo, atti di concorrenza sleale riconducibili, in particolare, all'ipotesi di cui all'art. 2598, n. 3 c.c. in quanto da un lato la presentazione della querela e rinvio della diffida altro non erano che legittimi strumenti di tutela messi a disposizione del titolare del brevetto che temeva il compimento di atti di contraffazione, mentre dall'altro la perquisizione e il sequestro erano stati posti in essere dalla pubblica autorità e di essi, in buona sostanza, non poteva essere chiamato a rispondere a nessun titolo, e meno che mai per concorrenza sleale del querelante.
Inoltre secondo Os. difettava totalmente l'elemento soggettivo, costituito dall'"animus nocendi" dato che lo scopo delle azioni poste in essere da convenuta era quello, assolutamente legittimo, di tutelare la propria privativa, non certo di danneggiare l'altrui azienda.
Ritiene il Collegio che tali argomentazioni debbano essere completamente disattese, per le ragioni che seguono.
La difesa di Os. S.r.l. muove dal presupposto secondo cui il titolare di una privativa industriale possa agire per la sua tutela senza incorrere, in nessun caso, in responsabilità avendo tale comportamento "per definizione" uno scopo lecito.
Si tratta, evidentemente, di un presupposto privo di fondamento in quanto chiunque sia titolare di un diritto, e quindi anche il titolare di una privativa industriale, è tenuto ad esercitarlo nel rispetto del generale dovere di prudenza, in modo da evitare l'ingiusta lesione dell'altrui diritto oltre che l'ingiusto perseguimento di risultati diversi e sproporzionati rispetto a

quelli per i quali la tutela è stata apprestata (si veda Cass. Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106).
Le peculiarità del comportamento tenuto da Os. nel novembre (...) consentono di affermare che vi sia stato un abuso della querela e della normale prudenza che ne deve sorvegliare l'utilizzo.
Tale abuso, avuto riguardo al caso concreto e al rapporto di concorrenza che sussiste tra La. e Os. ha integrato un atto di concorrenza sleale riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 2598, n. 3 c.c.
Ritiene infatti il Collegio che debba dirsi provato che al momento della presentazione della denuncia - querela Os. S.r.l. fosse del tutto priva di concreti elementi per sostenere fondatamente, ma anche per sospettare fondatamente che i caschi La. comprendessero la tecnologia brevettata.
È infatti pacifico che si trattava di "prototipi" esposti per la prima volta in pubblico (l'allegazione di parte attrice sul punto è rimasta del tutto priva di contestazioni da parte di Os.) e che per avere almeno un'idea della tecnologia impiegata fosse necessario procedere allo smontaggio del casco stesso.
L'assenza, in capo a Os., di fondati sospetti sulla reale esistenza di un'azione di contraffazione è inoltre confermata dal contenuto dell'istanza depositata dalla stessa convenuta presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Milano, successiva alla querela e gli atti di sequestro che sono seguiti, finalizzata ad acquisire maggiori informazioni sulla effettiva interferenza tra i caschi Pa. e il brevetto (v. doc. 4 La.),
Nonostante ciò con l'atto di querela Os. S.r.l. segnalava, tra l'altro, che i timori di Os. in ordine ad un'eventuale violazione ed usurpazione del proprio brevetto e della tecnologia con esso tutelata hanno trovato reali conferme a contrasto delle quali si chiede l'intervento di questa Autorità Giudiziaria. Infatti nonostante la registrazione come brevetto europeo il prodotto è oggetto di violazione da parte di aziende che operano nel settore dei caschi ... le quali ben consapevoli non solo della chiara riconducibilità del prodotto a Os. ... non esitano a violare i diritti facenti capo a Os., pur di produrre e commercializzare il casco oggetto di registrazione. In particolare, nel corso della fiera denominata ... Ei. in corso a Mi. ... dal 4 al 9 novembre 2008, Os. si è avveduta della presenza di diverse e molte delle società che espongono nel proprio stand un prodotto identico (così evidenziato in querela) a quella oggetto della registrazione come brevetto europeo ... e i due implementano la stessa tecnologia. ...Le condotte tenute dai responsabili degli stand allestiti nella Fiera ... che espongono ed offrono caschi in violazione del brevetto europeo n. (...) sono perseguibili penalmente ai sensi dell'art. 127 del Codice della Proprietà Industriale. ..." (così evidenziato nella querela).
La sollecitazione, in questi termini, affinché l'autorità giudiziaria procedesse a perquisizione presso La. per accertare il compimento di reati di contraffazione costituiva perciò, alla data di presentazione della querela,

una grave imprudenza, che sconfina nell'abuso, nell'esercizio della privativa di cui si controverte.
Infatti Os., così facendo, pur essendo priva di concreta elementi per affermare che La. stesse davvero sfruttando la tecnologia brevettata, e fatto tutto quanto in suo potere per porre l'autorità giudiziaria non in condizioni di dover procedere con urgenza, per contrastare il segnato compimento di un reato.
Il mezzo utilizzato da Os. (ossia la querela) era finalizzato a conseguire inoltre, un risultato che azionando i soli strumenti civilistici di cui essa disponeva non poteva essere conseguito, ossia mettere il concorrente nell'impossibilità di pubblicizzare e vendere i prodotti accusati di contraffazione.
Il testo all'epoca vigente dell'art. 129 comma 3 c.p.i., infatti" così disponeva "Salve le esigenze della giustizia penale non possono essere sequestrati ma solo descritti, gli oggetti nei quali si ravvisi la violazione di un diritto di proprietà industriale, finché figurino nel recinto di un'esposizione ufficiale o ufficialmente riconosciuta, tenuta nel territorio dello Stato o siano in transito per la medesima".
Si può quindi "concludere che Os. quando ha presentato la descritta querela all'autorità giudiziaria contro La. al fine di ottenere il sequestro di un nuovo prodotto della concorrente ha compiuto atti contrari alla correttezza professionale, riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 2598, n. 3 c.c., trattandosi di atto obiettivamente idoneo a danneggiare l'altrui azienda.
L'esposto, infatti, si è rivelato sufficientemente dettagliato da non potere essere ignorato dall'autorità giudiziaria competente che, pertanto, aveva pochi margini di discrezionalità nel decidere se procedere quantomeno ad una perquisizione presso Io stand di La.
Os. ha inoltre eccepito che il suo comportamento non poteva ritenersi illecito sotto "il profilo concorrenziale difettando del tutto il requisito soggettivo dell'animus nocendi dato che la sua finalità non era certo quella di danneggiare l'altrui azienda, quanto piuttosto di proteggere il suo brevetto.
Secondo l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale della concorrenza nello "storno di dipendenti" l'animus nocendi è la specifica finalità" che deve caratterizzare l'azione di storno (v. tra le tante Cass. Sez. I, 23/5/2008 n. 13424), ma essa non caratterizza ogni ipotesi di concorrenza sleale né, in particolare, quella che viene integrata abusando di una privativa industriale.
Quando si verte in tema di "storno" di dipendenti, infatti, illecito si realizza attraverso l'acquisizione di risorse umane che vengono sottratte dalla concorrente in un contesto di generale liceità e di libertà del lavoratore di cambiare lavoro e datore di lavoro.

È pertanto necessario, per stabilire quando un comportamento in sé lecito diviene illecito, individuare un "quid pluris" che connoti la condotta del concorrente, e questo "quid" è stato individuato nella finalità disgregatrice che deve caratterizzare l'azione del concorrente che accaparra le risorse umane dell'altrui azienda.
Non è, evidentemente, necessaria tale specifica finalità dell'azione anticoncorrenziale quando essa venga posta in essere, come nel caso in esame, attraverso l'esercizio con modalità gravemente azzardate e imprudenti di un titolo di proprietà industriale, stante la sufficienza di un tale comportamento a integrare l'illecito.
È stato inoltre indimostrato che, come accennato, gli stessi organi di P.G. hanno proceduto agli atti di indagine di loro competenza in modo superficiale e imprudente avendo disposto il sequestro dei caschi Pa. senza procedere a un minimo di approfondimento tecnico.
Come emerso nel corso dell'istruttoria la perquisizione è stata effettuata nella mattinata del giorno 7 novembre 2008 mentre erano in corso attività promozionali e pubblicitarie da parte di La. e il sequestro è stato disposto non solo senza avere alcuna contezza della eventuale interferenze tra la tecnologia brevettata e quella impiegata da La. ma senza neppure verificare in modo sufficiente quale fosse davvero questa tecnologia.
Il consulente d'ufficio dr. No. ha ben spiegato per quali motivi tecnici era impossibile fare questa verifica senza procedere all'integrale smontaggio dei caschi La. operazione mai effettuata.
Sotto questo profilo la difesa Os. ha sottolineato come l'esito della perquisizione sarebbe stato influenzato dallo stesso comportamento della La. che non aveva fornito alcun supporto tecnico agli agenti intervenuti tra i quali un consulente tecnico messo a disposizione dalla querelante.
Si tratta di circostanza non provata (si richiama sul punto la deposizione della teste Ma.) e comunque non dirimente, non sussistendo in capo a La. alcun obbligo di svelare la propria tecnologia, mentre sussisteva il dovere di Os., in quanto parte querelante, di mettere a disposizione dell'autorità giudiziaria adeguate informazioni in ordine alla asserita contraffazione che, invece, si sono limitate alla descrizione del proprio ambito di privativa e alla sicura ma del tutto apodittica affermazione della loro indebita appropriazione da parte del concorrente.
Secondo le difese della convenuta il fatto che i comportamenti assertivamente lesivi degli interessi di La. siano stati posti in essere dall'autorità Giudiziaria nell'ambito dei propri poteri discrezionali di indagine costituirebbe fatto idoneo ad interrompere ogni nesso causale tra gli atti che dalla stessa compiuti (limitati alla presentazione della querela) e i fatti che secondo La. le avrebbero creato un danno (la perquisizione e il sequestro nel corso della fiera).
Anche tale argomentazione deve essere disattesa.

Il generale principio della sua sufficienza della colpa "semplice" per incorrere nella responsabilità aquiliana (di cui l'art. 2598 c.c. è una specie) incontra effettivamente una deroga nel caso in cui si discuta di danni causati dalle conseguenze scaturite dalla presentazione di una querela.
La giurisprudenza che ha affrontato la questione ha infatti evidenziato che con la denuncia di reato si provoca l'avvio di una attività pubblicistica dell'organo titolare dell'azione penale che si sovrappone all'iniziativa del denuncianti togliendole ogni effetto causale e così interrompendo il nesso causale tra tale iniziativa e il danno eventualmente denunciato.
L'iniziativa del privato assolve alla funzione socialmente utile di attivare la risposta della giustizia dinanzi alla infrazione della legge penale e l'ordinamento ha ritenuto in questo caso di non dover esporre il denunciante alla responsabilità per colpa "semplice" perché questo renderebbe troppo rischiosa la presentazione di una denuncia.
Questa valutazione positiva dell'azione del cittadino rispetto all'interesse pubblico alla repressione dei reati (si veda la causa di giustificazione codificata dall'art. 51, comma 1 c.p.) viene tuttavia meno quando il privato chieda intervento dell'autorità giudiziaria in maniera strumentalmente distorta (come ad esempio avviene quando venga incolpato di un reato colui che il denunciante ben sa essere innocente).
Dal disposto degli artt. 426 e 542 c.p.p. si ricava infatti che la condanna del querelante al risarcimento dei danni, quando venga emessa sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione, presuppone anche che venga accertata la sussistenza di una sua colpa grave, che la giurisprudenza ritiene sussistere tutte le volte che la querela sia stata presentata con grave trascuratezza ossia quando non venga avvertita l'ingiustizia della pretesa avanzata, ancorché essa appaia palese a chi valuti i fatti con ponderatezza e imparzialità (v. sull'argomento Cass. Civ. Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 560, Cass., Sez. III, 25 maggio 2004, n. 10033; Cass. Sez. III, 20 ottobre 2003, n. 15646, e Cass. Sez. III, 23 gennaio 2002, n. 750).
Os. è pertanto tenuta a rispondere dei danni cagionati a La. in conseguenza della presentazione della querela di cui si è detto che essendo stata presentata, per le ragioni che si sono precedentemente esposte, con modalità gravemente imprudenti a azzardate, non è idonea a elidere il collegamento causale tra il suo comportamento e l'azione dell'autorità giudiziaria che ne è seguita, e le conseguenze dannose subite dalla controparte.
I danni lamentati da La.
L'attrice chiede di essere risarcita dei danni consistiti nei costi affrontati per difendersi nel procedimento penale avviato a seguito della querela di Os., del danno all'immagine commerciale conseguente all'avere subito, nel corso di una fiera, la perquisizione e il sequestro alla presenza dei propri agenti in fase di presentazione dei prototipi oggetto di sequestro, dei danni da vanificazione degli investimenti pubblicitari e promozionali

affrontati da La. per promuovere la presentazione dei caschi Pa. e per l'incremento dei costi di pubblicità legati alla necessità di rimuovere gli effetti, negativi legati alle vicende oggetto di controversia.
Il danno emergente.
È provata l'instaurazione di un procedimento penale avviato dalla Procura della Repubblica di Milano per i fatti avvenuti durante la Fiera Ei. ed è provato che in quella sede il P.M. ha disposto consulenza, tecnica (come da doc. 5 di parte attrice).
La. si è avvalsa, in quella sede, dell'assistenza dei consulenti di parte Ing. Bo. e Ing. Pe. oltre che dell'avv. Se. Sp. (v. doc. 21, 22, 23, 24, 26, 28, 29, 30)."
Si tratta di esborsi direttamente connessi alla presentazione della querela da parte di Os. che rientrano pienamente nel concetto di "perdita subita" di cui all'art. 1223 c.c.
Le spese effettuate a questo titolo da La. ammontano a complessivi Euro 20.801,56 come da documenti 29 e 30 (rispettivamente le fatture emesse dai consulente di parte La. e la nota pro forma dello studio legale Br. Sp. To.).
Costituisce, inoltre, voce di danno emergente la vanificazione, quantomeno parziale, dei costi affrontati da La. per la partecipazione alla fiera Ei. di Rh. del 2008.
La. ha provato di avere sborsato a questo scopo la somma di Euro 75.746,40 (come da prospetto riassuntivo prodotto quale doc. 31).
Sul punto è stata sentita la direttrice finanziaria di La., Ma. Cl. Va. Re. che ha confermato l'entità dei costi, spiegando che il doc. 31 è un "documento interno di La." che riassume di costi della fiera e che si basa sulle fatture prodotte quale doc. 32.
Sulla concreta destinazione di tali somme la teste ha spiegato che una parte era finalizzata al lancio pubblicitario dei caschi della linea Pa. i cui prototipi dovevano essere presentati in Fiera.
Sul fatto che tale investimento sia stata vanificato almeno in parte per effetto delle vicende generate dalla presentazione della querela da parte di Os. ritiene il Collegio che non possano esservi dubbi.
Infatti la partecipazione a una fiera, secondo regole di comune esperienza costituisce per l'azienda un vero e proprio investimento di carattere pubblicitario sia per l'azienda (e il suo brand genericamente inteso) sia, come accaduto nel caso in esame, per la pubblicizzazione di nuovi prodotti, dato che le fiere sono eventi appositamente organizzati per far incontrare gli addetti di un certo settore ed il relativo pubblico di utenti o clienti e creare nuove occasioni di scambio commerciale e, inoltre, costituiscono usualmente l'occasione per il lancio di nuovi prodotti.
Se, come in concreto accaduto, nel corso di un evento di questo tipo l'azienda viene colpita da un provvedimento di sequestro (previa perquisizione presso lo stand espositivo) che le impedisce di pubblicizzare

un nuovo prodotto, sembra evidente che l'investimento non potrà produrre gli effetti di pubblicità positiva inizialmente sperati.
Ritiene il Collegio di non avere però elementi, sulla base di quanto prospettato e provato da La., per affermare che questo investimento sia stato del tutto vanificato, in quanto è pacifico che l'attrice aveva anche altri prodotti da esporre e pubblicizzare e non risulta che, dopo tali fatti, abbia comunque proseguito la sua partecipazione alla fiera.
La quantificazione esatta della perdita legata alla vanificazione di questo tipo di investimento è estremamente difficoltosa ed essa non può che essere stimata equitativamente, in misura di due terzi dei costi di partecipazione Ei.
Ritiene il Tribunale che tale quantificazione sia equa in quanto tiene conto delle modalità con cui la perquisizione è stata posta in essere e degli effetti che tutta la vicenda ha prodotto, ossia l'impossibilità per La. di esporre e pubblicizzare la linea di caschi Pa.
Os. dovrà, quindi, risarcire a questo titolo la somma di Euro 50.497,6.
L'attrice ha inoltre chiesto, sempre a titolo di danno emergente, di essere risarcita dei costi aggiuntivi di pubblicità che ha dovuto affrontare per contrastare gli effetti negativi del sequestro.
Il danno viene stimato da La. pari alla differenza tra la somma inizialmente prevista da La. per la pubblicità del brand per l'anno 2009 e, quella, maggiore, poi messa a bilancio nello stesso anno e davvero sborsata, pari a complessivi Euro 296,837 (v. prospetto di spesa di cui al doc. 35 di parte attrice e deposizione, sul punto della signora Va. Re.).
Infine ritiene il Tribunale di dover accogliere anche la domanda di risarcimento del danno all'immagine commerciale conseguita dai fatti oggetto di causa.
Os., con il comportamento di cui si è detto, ha integrato l'illecito di cui all'art. 2598, n. 3 c.c., avendo posto in essere una condotta obiettivamente idonea a cagionare un danno al concorrente, accusato con grave imprudenza di atti di contraffazione e conseguentemente attinto dai provvedimenti cautelari di cui si è detto nel corso di una importante manifestazione commerciale, con inevitabile diffusione della relativa notizia al pubblico presente.
L'immagine commerciale dell'azienda, ossia la reputazione acquisita nel tempo, circa la sua affidabilità e la qualità dei suoi prodotti, in un caso come quello oggetto di causa, viene indubbiamente intaccata in modo grave.
La quantificazione del danno così prodotto, anche in questo caso, non può che essere fatta in via equitativa e a tal fine ritiene il Collegio che possano essere utilizzate, come parametro di valutazione, le spese che l'attrice ha documentato di avere affrontato, nel 2008, per sostenere la propria immagine attraverso la pubblicità.

Tali spese risultano dal già citato doc. 35 (colonna in giallo) e ammontano a Euro 892.100.
Sembra equo liquidare il danno da lesione dell'immagine commerciale legata ad un procedimento penale avviato per fatti di contraffazione brevettuale, in misura pari al 10% di tali spese, pari quindi a Euro 89.210.
In conclusione la somma complessivamente dovuta da Os. a titolo di risarcimento dei danni è pari a complessivi Euro 466.346,16.
La somma di Euro 465.346,16 come sopra liquidata, costituisce debito di valore e pertanto nel rispetto dei criteri consolidati in giurisprudenza a partire da Cass. SS.UU. n. 712/95 va assoggettata a rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT F.O.I. (famiglie - impiegati - operai) dal novembre 2008 alla data odierna e corredata al risarcimento del danno da ritardo degli interessi legali (tasso ritenuto complessivamente equo in relazione agli anni oggetto di controversia, sulla somma progressivamente, anno per anno, rivalutata al novembre 2008 fino ad oggi.
All'esito del calcolo la somma ammonta a complessivi Euro 515.363,40 che la parte convenuta deve essere condannata a pagare all'attrice con gli interessi legali dalla data della presente sentenza al saldo.
La domanda ex art. 96 c.p.c.
La. chiede, infine, la condanna di Os. al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. per avere dato corso al procedimento penale 4323/2008 e resistito nel presente giudizio con grave e colpevole negligenza nella consapevolezza della infondatezza delle proprie pretese in quanto solo nel corso della presente controversia Os. ha potuto avere effettiva contezza del meccanismo adottato per i caschi Pa.
La domanda si basa sul primo comma dell'art. 96 c.p.c. che così recita: "se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con malafede e colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna oltre che alle spese, al risarcimento dei danni che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza".
La norma sanziona l'uso strumentale o comunque altamente imprudente dello strumento processuale che può dirsi sussistere tutte le volte che la scelta di agire o resistere in giudizio venga fatta nonostante la parte disponga di evidenti elementi di valutazione che indicano inequivocabilmente che il diritto a tutela del quale si agisce o si resiste, non sarà riconosciuta esistente.
Il caso in esame non rientra in tale ipotesi.
Occorre, infatti, tenere ben distinte le vicende che sono accadute prima della instaurazione del presente giudizio d'oggetto di questo.
Il comportamento tenuto da Os. nella fase di presentazione della, querela contro La. è stato, come spiegato, gravemente imprudente in quanto è stato accertato che la convenuta era priva, al momento della presentazione della querela, di effettive conoscenze in ordine al meccanismo accusato di

contraffazione e nonostante questo ha sollecitato l'intervento dell'autorità giudiziaria contro la concorrente.
Il presente giudizio, invece, è stato azionato da La. sia per ottenere l'accertamento del compimento, in tal modo, di atti di concorrenza sleale sia per eliminare concorrenzialmente scorretto della controparte e per eliminare ogni incertezza in ordine alla esatta portata della privativa della convenuta rispetto al proprio prodotto Pa.
Nel resistere in giudizio Os. ha difeso quella che ritiene essere l'ambito della sua privativa ribadendo che a suo avviso tale interferenza vi era e si è limitata, sul punto, a chiedere il rigetto della domanda di accertamento negativo.
Nel verificare la ricorrenza dell'ipotesi di responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., non si può, nel caso in esame, effettuare una impropria sovrapposizione tra l'imprudenza grave che ha caratterizzato il comportamento di Os. nella fase anteriore alla controversia e la scelta della convenuta di difendersi in giudizio rispetto alla domanda di accertamento negativo di contraffazione.
La stessa La., del resto, afferma (a sostegno delta domanda ex art. 2598, n. 3 c.c.) che Os. ha avuto piena contezza del meccanismo interno ai caschi Pa. solo nell'ambito delle operazioni peritali svolte nel corso della presente controversia.
Non si può quindi sostenere che, per quanto attiene il passibile esito dell'azione di accertamento negativo di contraffazione, Os. disponesse fin dall'inizio della causa di elementi certi ed evidenti che dimostrassero in modo inequivoco l'assenza di tale interferenza.
La stessa complessità tecnica delle valutazioni operate dai consulenti (di parte e d'ufficio) per dibattere sulla questione consente di escludere che Os. nel difendere il proprio brevetto nell'azione di accertamento negativo, abbia esorbitato nell'uso dei propri poteri processuali.
La domanda risarcitoria di La. ex art. 96 c.p.c. deve, pertanto, essere respinta.
Le spese devono essere liquidate secondo il principio generale posto dall'art. 92 c.p.c. cui in questo caso non vi è ragione di derogare.
Esse pertanto, seguono la soccombenza e devono essere liquidate, tenuto conto della nota spese depositata da La. s.a. il 19 ottobre 2011 vengono liquidate in Euro15.707,25 di cui Euro 2.407 per diritti, Euro 11.215 per onorari, Euro 340 per spese, ed Euro 1.745,25 per rimborso forfetario delle spese generali, oltre a IVA e CPA come per legge e successive occorrende.
L'onere della c.t.u. espletata dell'Ing. Gi. No. va posto in via definitiva a carico della parte convenuta nella misura liquidata con il decreto 3-4 gennaio 2011, in atti.
Deve, infine, essere ordinata la pubblicazione della presente sentenza per estratto (intestazione, nome delle parti e dispositivo) per una volta, a caratteri doppi, sulle pagine nazionali del quotidiano "I. Co. De. Se." a cura

della parte attrice e a spese della convenuta che sarà tenuta a rimborsarle i costi dietro semplice presentazione dei documenti contabili attestanti l'esborso.
La richiesta di La. di ordinare la pubblicazione anche su due riveste di settore non può infine essere accolta non avendo l'interessata indicato quali siano tali riviste.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione respinte;
1) dichiara la carenza di giurisdizione in ordine alle domande di La. s.a. inerenti l'accertamento negativo di contraffazione di (Omissis) con riferimento a tutti gli Stati (diversi dall'Italia) in cui è stata depositata la traduzione del brevetto;
2) accerta l'assenza di contraffazione da parte di La. s.a. del brevetto (Omissis) "casco protettivo, in particolare per piloti di motocicli, dotato di visiera parasole" di titolarità di Os. S.r.l. attraverso la produzione e commercializzazione dei caschi della linea "Pa." aventi le caratteristiche di cui all'allegato 13 di parte attrice;
3) accerta il compimento da parte di Os. S.r.l. di atti di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3 c.p.c. ai danni di La. s.a. e per l'effetto;
4) condanna Os. S.r.l. al pagamento, in favore di La. s.a. della somma di Euro 515.363,40 con gli interessi legali dalla data della presente sentenza al saldo;
5) rigetta la domanda ex art. 96 c.p.c. proposta dalla parte attrice;
6) ordina che la presente sentenza sia pubblicata per estratto (intestazione, nomi delle parti e dispositivo) per una volta a caratteri doppi sul quotidiano "I. Co. De. Se." pagine nazionali a cura della parte attrice e a spese di Os. S.r.l. che sarà tenuta a rimborsare i costi dietro semplice presentazione della documentazione contabile attestante l'esborso;
7) condanna Os. S.r.l. a rimborsare a La. s.a. le spese di lite che si liquidano in Euro 15.707,25 di cui Euro 2.407 per diritti, Euro 11.215 per onorari, Euro 340 per spese, ed Euro 1.745,25 per rimborso forfetario delle spese generali, oltre a IVA e CPA come per legge e successive occorrende;
8) pone definitivamente a carico di Os. S.r.l. le spese di C.T.U. come liquidate con decreto 3-4 gennaio 2011.

Commento

Sommario: 1. L'abuso del diritto nel processo come violazione dei principi di correttezza professionale - 2. La concorrenza sleale nel Codice Civile: cenni e presupposti applicativi – 3. Le fattispecie espressamente

individuate: l'art. 2598, nn. 1e 2 c.c. - 4. I mezzi non conformi alla correttezza professionale ex art. 2598, n. 3, cc. - 4.1. Natura della clausola e rapporti tra i nn. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c. - 4.2. Il principio della correttezza professionale: orientamenti dottrinali – 4.3. L'applicazione giurisprudenziale della clausola di correttezza professionale nella concorrenza

1. L'abuso del diritto nel processo come violazione dei principi di correttezza professionale

La tutela dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale è devoluta, nella prassi, a strumenti particolarmente intensi. La recente sentenza emessa dal Tribunale di Torino rappresenta una importante pronuncia nella disciplina generale della correttezza professionale ex art. 2598, n. 3, c.c., in quanto il Collegio ha tradotto l'utilizzo ingiustificato di uno strumento processuale, quale la querela, in un atto di concorrenza sleale contrario alla correttezza professionale e, come tale, anche idoneo a ledere l'azienda concorrente.
La vicenda sulla quale il Tribunale viene a pronunciarsi ha origine dall'abuso utilizzo dello strumento della querela come mezzo per ottenere un provvedimento di sequestro in sede penale. In particolare, la società attrice lamentava il contegno tenuto da una società concorrente la quale aveva presentato una querela in cui denunziava la contraffazione del proprio brevetto (avente ad oggetto un casco protettivo per motociclisti) e chiedeva il sequestro dei prototipi di tali prodotti esposti in una fiera di settore nel novembre del 2008. Il sequestro veniva eseguito e la società attrice, gravemente danneggiata dal contegno della concorrente, chiedeva al Giudice Civile: l'accertamento negativo con riferimento ai Paesi, diversi dall'Italia, nei quali la società convenuta aveva chiesto l'estensione del brevetto di riferimento, l'accertamento della condotta della controparte come atto di concorrenza sleale, nonché il risarcimento dei danni tutti subiti e subendi. Quanto alla domanda di accertamento negativo, per quel che concerne questa sede basti affermare che il Collegio ha ritenuto che nessuna violazione del diritto di privativa poteva delinearsi in capo all'attrice [1] pur dovendo dichiarare, in ogni caso, il difetto di giurisdizione per tale pronuncia in relazione ai Paesi diversi rispetto all'Italia [2].
Quanto all'accertamento della condotta illecita ai fini della disciplina dell'art. 2598 c.c., la presentazione della querela con conseguente richiesta di sequestro ha costituito per il Giudice “un abuso della querela e della normale prudenza che ne deve sorvegliare l'utilizzo” dato che l'attivazione era avvenuta sulla base di meri sospetti. In particolare, il Tribunale di Torino, nel richiamare le numerose pronunce della Cassazione [3] ha ritenuto che “sulla base del disposto degli art. 426 e 542 c.p.p. si ricava che la condanna del querelante al risarcimento dei danni quando venga emessa sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione, presuppone

anche che venga accertata la sua colpa grave, che la giurisprudenza ritiene sussistere tutte le volte che la querela sia stata presentata con grave trascuratezza o quando non venga avvertita l'ingiustizia della pretesa avanzata, ancorchè essa appaia palese a chi valuti i fatti con ponderatezza ed imparzialità"; sulla base di ciò, ha condannato la convenuta al risarcimento dei danni "in conseguenza della presentazione della querela che essendo stata presentata con modalità gravemente imprudenti e azzardate non è idonea ad elidere il collegamento causale tra il suo comportamento e l'azione dell'autorità giudiziaria che ne è seguita". L'Autorità, dunque, ha ravvisato un abuso dello strumento della querela in quanto, come già ha stabilito la Suprema Corte in svariate occasioni [4], il titolare di un diritto non può omettere tutte le cure necessarie all'attivazione di tutele processuali del proprio diritto nel rispetto del generale dovere di prudenza. Tale impostazione rappresenta il frutto dell'applicazione, anche a livello processuale, dei doveri di correttezza e buona fede (1175 e 1375 c.c.) generalmente applicabili ad ogni comportamento e del conseguente divieto dell'abuso del diritto, principio appartenente all'intero ordinamento e per il quale i giudici di legittimità ne hanno ravvisato la integrazione ogni qualvolta il titolare di un diritto lo eserciti senza il rispetto dei canoni di correttezza e buona fede ed al mero fine di conseguire risultati ulteriori e/o diversi rispetto a quelli per il quale quel potere fu originariamente attribuito. Conseguentemente, in buona sostanza, ed in estrema sintesi, si può affermare che l'utilizzo degli strumenti processuali messi a disposizione per denunziare la violazione di un diritto di privativa industriale non può prescindere dalla reale violazione degli stessi. Nel caso di specie, secondo il Collegio, "la società convenuta al momento della proposizione della domanda era del tutto priva di concreti elementi per sostenere, fondatamente, ma anche per sospettare fondatamente, che i caschi L. comprendessero la tecnologia brevettata" e dunque avrebbe utilizzato lo strumento della querela a fini meramente esplorativi [5]. In assenza del requisito della prudenza, dunque, la querela è divenuta un'arma inapplicabile ed in grado di integrare la configurazione di un atto di concorrenza sleale riconducibile al comportamento di chi "si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda". Orbene, il fatto che la convenuta non aveva reali sospetti sulla effettiva esistenza del fenomeno contraffattivo ha fortemente inciso sul giudizio del Tribunale piemontese, che ha riconosciuto all'attivazione dell'azione penale la valenza di mero strumento di acquisizione di informazioni circa la interferenza tra i prodotti propri e quelli del concorrente. Vi è poi un ulteriore, importante, dato di fatto. La convenuta sembrerebbe aver quasi scientemente eluso i mezzi civilisti aventi una portata certamente meno invasiva rispetto al sequestro penale richiesto [6]; non si trascuri, infatti, che l'art. 129 Cpi, co.3, dispone che non possono

essere oggetto di sequestro gli oggetti in cui si ravvisi la violazione di un diritto di privativa finchè figurino nel recinto di un'esposizione ufficiale o ufficialmente riconosciuta tenuta nel territorio dello Stato.
Per tali motivi, il Tribunale di Torino, accolte le istanze di accertamento e di risarcimento danni formulate da parte attrice, ha condannato la convenuta al risarcimento dei danni subiti, ivi compreso il danno all'immagine commerciale [7].
La Sentenza in commento è pronuncia fortemente rappresentativa della elasticità
del n. 3 dell'art. 2598 c.c. che è, ad oggi, clausola ancora "aperta" e volta da un lato a tutelare il corretto svolgimento dell'attività concorrenziale sulla base dei principi di correttezza, lealtà e buona fede imprenditoriale, dall'altro a tutelare l'interesse sociale, genericamente inteso, ad una regolare tenuta del mercato.
Il principio di correttezza professionale è elemento chiave nella valutazione della configurazione della concorrenza sleale ma è anche fonte di numerose incertezze interpretative soprattutto a livello dottrinale; la letteratura giuridica ha cercato, nel tempo, di individuare con esattezza limiti e portata della clausola mediante la ricerca di un criterio generale idoneo a definirne il significato. Molti, come vedremo, sono stati gli orientamenti che si sono delineati sull' argomento. Anche la Giurisprudenza ha assunto un ruolo importante all' interno di tale dibattito dottrinale in quanto, pur non essendo direttamente coinvolta, ha fornito numerosi spunti di riflessione e, soprattutto, ha confermato la portata straordinariamente elastica dell'art. 2598, n.3 mediante una applicazione dei principi in esso contenuti ai casi più disparati.

2. La concorrenza sleale nel Codice Civile: cenni e presupposti applicativi

Gli atti di concorrenza sleale vengono comunemente intesi come gli atti illeciti posti in essere da un imprenditore al fine di ottenere vantaggi e/o arrecare svantaggi ad un *competitor* operante sul medesimo mercato di riferimento. Il concetto di concorrenza sleale trae le proprie origini nella dottrina francese del XIX secolo che parlava di "*concurrence dèloyale*", nozione poi ripresa, a livello di regolamentazione internazionale, dalla formulazione dell'art. 10 bis della revisione dell'Aja del 1925 [8] della Convenzione di Unione di Parigi, stante l'insufficienza della disciplina "ordinaria" dinnanzi ai casi in cui gli imprenditori tenevano comportamenti sleali fra loro [9] . A livello nazionale prima del Codice Civile del 1942 non vi era in Italia una disciplina *ad hoc* della materia e la repressione degli atti sleali avveniva sulla base dell'applicazione dell'art. 1151 del Codice abrogato, "antenato" dell'odierno art. 2043 c.c.. Oggi la tutela del mercato concorrenziale viene perseguita con l'art. 2598 c.c..

La stessa Suprema Corte ha avuto modo di definire natura e portata della disciplina in esame precisando, in svariate occasioni [10], che l'art. 2598 c.c. si occupa della responsabilità extracontrattuale tra imprenditori al fine di dirimere comportamenti di concorrenza sleale, intesa come quell'attività diretta ad appropriarsi illegittimamente dello spazio di mercato ovvero della clientela del concorrente [11]. Tale "appropriazione" può avvenire, come si vedrà fra breve, o mediante condotte espressamente codificate dal legislatore (n. 1 e 2. art. 2598 c.c.) o mediante la violazione dei c.d. "*boni mores commerciali*" (n. 3 art. 2598 c.c.). Ai fini della configurazione delle ipotesi previste dall'art. 2598 c.c. è necessaria la sussistenza di due presupposti, rispettivamente, soggettivi ed oggettivi. Presupposto soggettivo è la qualifica imprenditoriale dei soggetti coinvolti così come prevista dall'art. 2082 c.c [12] sebbene tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, hanno riconosciuto che l'articolo in parola si applica all'imprenditore anche non proprietario (ad. es. affittuario d'azienda), all'imprenditore senza azienda, all'imprenditore- società (non avendo alcun rilevo la forma individuale ovvero sociale dell'impresa), all'imprenditore soggetto di diritto pubblico (ente pubblico e/o ente pubblico economico) [13]. Si può dire, quindi, che il presupposto in esame trova giustificazione proprio nel carattere speciale della disciplina della concorrenza sleale, nata a tutela degli imprenditori e contenente la previsione di diritti ed obblighi per gli stessi, in una necessaria visione di reciprocità [14].
Ulteriore, indefettibile presupposto è quello oggettivo del c.d. rapporto di concorrenzialità, consistente nel rapporto di concorrenza tra soggetti che, presenti sullo stesso mercato, offrono beni o servizi alla medesima utenza potenziale [15]. Tale ipotesi si realizza quando le imprese si rivolgono allo stesso mercato mettendo a disposizione il medesimo bene ovvero beni diversi ma tra loro sostituibili nella soddisfazione di un identico bisogno di mercato [16]. Ne consegue che la comunanza di clientela, intesa non già come identità soggettiva, ma come insieme di consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato, è elemento costitutivo della fattispecie la cui assenza impedisce ogni concorrenza. Tale comunanza di clientela, fra l'altro, va verificata anche in una prospettiva meramente potenziale, rilevando principalmente il contemporaneo esercizio da parte di più imprenditori di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, pur se essi non abbiano i medesimi clienti [17]. Del pari, meramente potenziale dovrà anche essere il danno conseguente (*rectius* che potrebbe conseguire) l'atto sleale. Affinchè si configuri l'illecito ex art. 2598 c.c. infatti, è sufficiente l'idoneità dell'atto denunciato a produrre effetti di mercato dannosi per il concorrente, ma non la effettiva produzione del danno. Non è necessario, quindi, che il danno sia concreto ma che l'atto possa anche solo potenzialmente causarne la produzione.

3. Le fattispecie espressamente individuate: l'art. 2598, nn. 1 e 2, c.c.

L'art. 2598 c.c. è norma che, stante la sua struttura “a doppio binario”, si occupa di perseguire l'interesse del sano e libero mercato, sia individuando le singole e concrete fattispecie lesive della concorrenza (2598, n.1 e 2, c.c.) sia, in via residuale, censurando tutti gli altri contegni non espressamente previsti ma comunque non conformi ai principi della correttezza professionale ed idonei al danneggiamento dell'azienda altrui (2598, n. 3). Innanzitutto, l'art. 2598, n. 1, c.c. fa riferimento alle c.d. fattispecie confusorie riguardanti, in generale, l'uso di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente impiegati da altri, nonché le ipotesi di c.d. imitazione servile [18]. *Ratio* della fattispecie in discorso è la protezione della funzione distintiva di ogni attività d'impresa e, dunque, la tutela del diritto di identificare la stessa come fonte della produzione di determinati beni e servizi rispetto a comportamenti che invece generino equivoci circa la provenienza dei prodotti. La natura confusoria deve essere accertata con riguardo al mercato di riferimento ossia quello nel quale operano o possono operare gli imprenditori in concorrenza, occorrendo, di volta in volta stabilire, nelle singole vicende, anche ai fini del preuso, se gli imprenditori in conflitto offrano prodotti destinati a soddisfare la stessa esigenza di mercato della medesima clientela. Il n. 2 dell'art. 2598 c.c., poi, si occupa di individuare e tipizzare ulteriori condotte illecite ma riguardanti, in particolare, la comunicazione commerciale sleale [19]. Rientrano in tale categoria i c.d. atti di denigrazione, ossia gli atti volti a diffondere notizie ed apprezzamenti sull' attività, sui prodotti e sui servizi di un concorrente in modo idoneo a determinarne il discredito, e la c.d. appropriazione di pregi riguardante, invece, l'attribuzione ai propri prodotti o alla propria impresa di pregi, o comunque medaglie, riconoscimenti, requisiti, qualità, virtù da essi non realmente posseduti ma appartenenti ai prodotti o all' impresa di un concorrente [20].

4. I mezzi non conformi alla correttezza professionale ex art. 2598 c.c., n. 3, c.c.

4.1. Natura della clausola e rapporti tra i nn. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c.

L'ultima parte dell'art. 2598 c.c. fissa una nozione di concorrenza sleale che, come ritenuto dalla stessa Suprema Corte, è “più ampia di quella propria dei due precedenti numeri, riferendosi all'uso diretto o indiretto di ogni altro mezzo contrario ai principi della correttezza professionale” [21]. La clausola si caratterizza per la sua straordinaria elasticità che ne consente l'applicazione in una estrema varietà di ipotesi, continuamente tipizzate intorno ad un criterio generale che è quello della correttezza

professionale [22]. Non solo. Essa contiene una prescrizione di carattere generale relativa ai parametri di valutazione della liceità di comportamenti diversi da quelli riconducibili ai nn. 1 e 2. Alla luce di ciò appare interessante verificare i rapporti tra le tre clausole presenti nell'art. 2598 c.c. in considerazione del fatto che la questione non resta del tutto priva di conseguenze sia a livello sostanziale che processuale. La configurazione autonoma delle prescrizioni inciderebbe, infatti, da un lato, sulla valutazione dei presupposti circa la loro comunanza di configurazione, dall'altro , da un punto di vista meramente processuale, sulla domanda di accertamento di una fattispecie piuttosto che un' altra. Gli orientamenti individuabili in dottrina sono diversi.
Secondo un primo orientamento (c.d. teoria autonomista), le condotte di cui ai nn. 1 e 2 hanno carattere autonomo e la clausola al n. 3 assume una portata integrativa e complementare rispetto alle altre summenzionate, riferita a una categoria di atti che si aggiunge ma non necessariamente si sovrappone alle categorie tipizzate dal legislatore; ne consegue, l'applicabilità della clausola generale ogni qualvolta si riscontrino incertezze interpretative.
Orientamento opposto è quello rappresentato dalla c.d. teoria unitaria secondo cui gli atti di concorrenza sleale sono in ogni caso atti contrari al principio di correttezza professionale che ne rappresenta un presupposto. Ne consegue, per tale visione, che gli atti cui ai numeri 1 e 2 non sono altro che delle esplicitazioni delle componenti già contenute nella clausola generale di correttezza.
Tra i summenzionati orientamenti si colloca, in posizione intermedia, un ulteriore orientamento (c.d. teoria intermedia) per il quale la repressione delle fattispecie espressamente tipizzate dal legislatore non richiede verifica alcuna in quanto, per queste, opera una (sorta di) presunzione assoluta di scorrettezza dei comportamenti previsti dal legislatore [23].
Meno articolata, tuttavia, è la posizione della giurisprudenza che, restando estranea al dibattito di cui sopra, si è sempre orientata per una considerazione del n. 3 quale previsione a valenza residuale rispetto alle previsioni di cui ai nn. 1 e 2 [24]. Tale impostazione ha dato luogo ad una “feconda” tipizzazione di illeciti concorrenziali ricomprendendo tra le ipotesi di concorrenza sleale rientranti nel n. 3 dell'articolo in commento, un numero sempre maggiore di atti volti a danneggiare l'imprenditore concorrente [25].

4.2. Il principio della correttezza professionale: gli orientamenti dottrinali

Come già affermato in precedenza il n. 3 dell'art. 2598 c.c. delinea i parametri per definire gli atti di concorrenza sleale non riconducibili alle fattispecie tipiche. Mediante la formulazione di una clausola generale

basata sulla contrarietà dell'atto ai canoni di correttezza professionale e sulla idoneità di questo a danneggiare l'altrui azienda, l'art. 2598 n. 3 consente di adeguare la disciplina della concorrenza con la continua evoluzione della vita economica imprenditoriale. Come tutte le clausole generali, la valutazione della correttezza professionale si ispira a standards extranormativi invocando un importante intervento del giudice di merito, ed apre la via ad un altrettanto importante bilanciamento di interessi svolto secondo criteri che solo l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali può esplicitare. Tuttavia, prima di passare ad una (seppur breve) disamina delle fattispecie "tipizzate" a seguito di interventi giurisprudenziali non ci si può esimere dal compiere una ricognizione generale degli orientamenti dottrinali che si sono delineati attorno al concetto di "correttezza professionale". Gli orientamenti assunti dalla dottrina sono stati molteplici e, conseguentemente, la descrizione che segue rappresenta solo una individuazione, a mero titolo esemplificativo ma non esaustivo, dei vari indirizzi che, nel tempo, hanno tentato di offrire una definizione al principio di correttezza professionale.

Una prima corrente espressione della c.d. "Tesi fenomenologica", ritiene, in linea con le origini dell'istituto, che i principi di correttezza professionale vanno desunti non da fonti statali ma dalle valutazioni dei ceti imprenditoriali mediante un rinvio agli usi propri del mondo imprenditoriale. Parte della "letteratura giuridica", tuttavia, ha segnalato che le condizioni diverse in cui operano le imprese a seconda del tipo di attività, del tipo di settore merceologico e delle dimensioni posso rendere non comparabili le loro valutazioni e di conseguenza rendere necessaria una individuazione del campione di riferimento rinvenibile in singole categorie di imprenditori che esercitino la medesima attività, abbiano dimensioni analoghe ed operino in situazioni economiche omogenee [26].

Di segno opposto è la c.d. "Tesi deontologica" [27] per la quale il legislatore avrebbe inteso riferirsi alla morale sociale, al "dover essere" del comportamento stesso, restando affidato al giudice di merito il compito di farsi interprete della coscienza collettiva. La dottrina, inoltre, non ha mancato di precisare che il riferimento alla morale corrente dovrà essere temperato in presenza di chiare scelte legislative desumibili da altre norme (come ad es. la legge *antitrust* laddove qualifica come illeciti gli accordi sui prezzi) o integrato con una valutazione incentrata sulla maggiore o minore idoneità della libera concorrenza, potendo assumere valenza, in alcune ipotesi, anche la tutela consumatore [28]. Si è peraltro osservato che un simile orientamento presenta l'indubbio vantaggio di attribuire alla disciplina in discorso l'elasticità necessaria per un tempestivo adeguamento all'evoluzione della realtà fattuale, ma comunque rinviando, in ultima battuta, alla sensibilità dell'interpretazione del giudice [29].

Minoritaria è la c.d. "Tesi economica" per la quale la clausola generale della correttezza rinvierebbe ad un giudizio di natura economica anche per il

fatto che l'aggettivo "professionale" presente nel n. 3 dell'articolo in commento indica, in primo luogo il parametro di valutazione dell'agire corretto, in secondo luogo anche quali fra i vari giudizi di correttezza espressi da un dato ambiente devono essere recepiti. Per tale orientamento i principi di correttezza professionale devono essere collegati inscindibilmente al modello economico nel quale operano i destinatari della norma e rivolti funzionalmente alla salvaguardia del libero mercato [30]. Avendo ad oggetto la tutela del mercato, per i sostenitori di tale teoria i principi della concorrenza professionale vanno ricostruiti sulle regole economiche e giuridiche del mercato ed, in particolare, in base alla valutazione dei costi di reazione che un atto di concorrenza sleale impone al suo soggetto passivo.
Alle tesi summenzionate si affianca la c.d. " Tesi dell' autointegrazione" che, invece, prospetta la necessità di coordinare la disciplina della correttezza professionale con i principi generali dell'ordinamento. In particolare tale tesi evidenzia l'importanza della integrazione tra la disciplina della correttezza professionale e la tutela degli interessi collettivi per scongiurare che il rinvio alle valutazioni degli imprenditori privilegi gli interessi di categoria su quelli, prioritari, della collettività. Parametro da utilizzarsi secondo tale impostazione è il co.2 dell'art. 41 Cost. in cui si prescrive che l'attività economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale [31]. Si è evidenziato, fra l'altro, che in un ordinamento caratterizzato anche dalla applicazione della normativa *antitrust* la necessità di rifarsi ad un criterio normativo appare ancora più stringente. La delega ad individuare i criteri di valutazione della correttezza professionale a favore delle categorie interessate condurrebbe, infatti, ad una inevitabile contraddizione[32].
In una posizione intermedia, rispetto a quelle sopra esposte, si colloca la concezione propria della giurisprudenza prevalente, per la quale i principi di correttezza professionale si individuano nei "principi etici universalmente seguiti dai commercianti sì da divenire costume" [33].

4.3. L'applicazione giurisprudenziale della clausola di correttezza professionale nella concorrenza

Analizzati i principali orientamenti in materia è possibile affermare con certezza che l'applicazione dei principi di correttezza professionale scaturisce da un bilanciamento degli interessi svolto secondo criteri che solo l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali può rendere espliciti. Lo studio della giurisprudenza formatasi intorno al n. 3 dell'art. 2598 c.c. conduce a constatare che vi sia stata una vera e propria "tipizzazione dell'atipico", una progressiva formazione di figure ricorrenti di condotte concorrenziali che, non essendo ricomprese nei primi due numeri del 2598 c.c., diventano campo di applicazione dei principi di correttezza

professionale. La tipizzazione progressivamente realizzata dalla giurisprudenza ha prodotto una serie di figure concorrenziali nuove ed ulteriori rispetto a quelle di tipo confusorio o denigratorio. A titolo esemplificativo, ma non esaustivo, sono state considerate ipotesi di concorrenza sleale rientranti nel n. 3 dell'articolo in discorso:
- lo storno di dipendenti, particolare fattispecie in cui l'imprenditore esercita l'illecito non sul mercato dei prodotti e dei servizi ma sul mercato del lavoro, cercando di sottrarre "risorse umane" al concorrente. Preme rappresentare, in ogni caso, che tale attività è lecita in quanto pienamente conforme alle regole del mercato del lavoro ma diviene sleale ed illecita allorquando vi sia *l'animus nocendi* del concorrente e, dunque, la volontà di danneggiare il *competitor* mediante la sottrazione dei collaboratori aziendali più preziosi [34];
- il *dumping,* ossia la vendita "sottocosto" dei prodotti che vengono commercializzati ad un prezzo inferiore rispetto ai costi di produzione e che ha come effetto diretto quello di escludere il concorrente dal mercato mediante l'acquisizione di interi segmenti di mercato, fino a dispiegare effetti monopolistici [35];
- il boicottaggio, costituito dal rifiuto, spontaneo o sulla base di accordi, di intrattenere rapporti con un concorrente o con un soggetto la cui attività dipende, direttamente o indirettamente, da quella dei soggetti che pongono in essere tale contegno. Il fine perseguito è quello di estromettere dal mercato di riferimento l'imprenditore bloccando le relazioni economico-sociali. La fattispecie in discorso, tuttavia, non è di agevole individuazione in quanto, ad eccezione della ipotesi di accordo tra più imprenditori a cui è applicabile anche la disciplina antitrust, il rifiuto di contrattare potrebbe anche essere pienamente legittimo in quanto espressione della libera autonomia negoziale [36];
- la concorrenza c.d. "parassitaria", consistente nella imitazione costante, o comunque frequente, delle iniziative degli imprenditori concorrenti. A differenza dell' ipotesi codificata al n. 1 dell'art. 2598 c.c., essa sussiste indipendentemente dal fatto che realizzi una confusione di attività, di prodotti o di servizi riconducibili ad un imprenditore concorrente [37]. La *ratio* della repressione di questa particolare forma di concorrenza va individuata nella necessità di assicurare che ciascun imprenditore, nella competizione per acquisire quote favorevoli di mercato, si avvalga di propri mezzi finanziari e di ricerca [38];
- la pubblicità menzognera, che si configura come illecita *ex* art. 2598 c.c. allorquando le false e tendenziose informazioni propalate siano tali da ingannare il consumatore e, conseguentemente, da falsare il gioco della concorrenza alterando in maniera artificiale il libero incontro tra domanda ed offerta [39],
Alla luce della breve analisi sopra esposta emerge, con palmare evidenza, che mentre la correttezza professionale è requisito implicito delle

fattispecie codificate ai nn. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c. diviene, invece, componente necessaria nel caso del n. 3 della medesima norma, la cui presenza va verificata caso per caso.

Note:

[*] Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
[1] Il Tribunale ha specificato che "si esula dalla contraffazione non letterale o per equivalenti, quando il trovato pur risolvendo il medesimo problema lo fa attraverso un percorso tecnico autonomo rispetto a quello brevettato, per tale intendendosi quello che non fa applicazione dell'insegnamento contenuto nella privativa" ed evidenziato che "la soluzione implementata nei caschi L. corrisponde ad una originale e diversa esperienza progettuale rispetto alla soluzione formante l'oggetto del brevetto O.".
[2] In linea, fra l'altro, con quanto previsto dall'art. 64 della Convenzione sul Brevetto Europeo che rinvia alle disposizioni espresse dagli ordinamenti nazionali per quanto concerne la valutazione della contraffazione. Conseguentemente, in presenza di un "fascio di brevetti" ci si deve rivolgere ai giudici nazionali competenti per ogni singola "porzione nazionale" del brevetto.
[3] Cass. Civ. Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 560; Cass. Civ. Sez. III, 25 maggio 2004, n. 10033; Cass. Sez. III, 20 ottobre 2003, n. 15646 e Cass. Civ. Sez. III 23 gennaio 2002, n. 750.
[4] Cass. Civ. Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, Cass. Civ. 21 giugno 2011, n. 13583.
[5] Si legge in motivazione che "sussisteva in capo a O., in quanto parte querelante, l'obbligo di mettere a disposizione dell'autorità giudiziaria adeguate informazioni in ordine alla asserita contraffazione che, invece, si sono limitate alla descrizione del proprio ambito di privativa e alla sicura e del tutto apodittica affermazione della loro indebita appropriazione da parte del concorrente". Il Tribunale ha continuato, inoltre, nel sostenere che la denuncia del privato assolve ad una funzione socialmente utile che è quella di attivare l'organo titolare dell'azione penale rispetto all'interesse pubblico della repressione dei reati, funzione positiva che viene meno quando la richiesta di intervento venga strumentalmente distorta come nel caso di specie.
[6] cfr. Sirotti Gaudenzi A., "L'uso dei mezzi a tutela della proprietà industriale va collegato al solo reale requisito della violazione", in Guida al Diritto, fasc. n. 17, 21 aprile 2012.

[7] Il tribunale piemontese, nel dichiarare la carenza di giurisdizione inerente l'accertamento negativo di contraffazione, nell'accertare l'assenza di contraffazione ed il compimento da parte della convenuta di atti di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., n. 3 c.p.c. ha condannato quest'ultima al pagamento, in favore dell'attrice, della somma di euro 515.363,40 ordinando, altresì, la pubblicazione della sentenza per estratto sul quotidiano "Corriere della sera".
[8] L'articolo in questione, qui tradotto, recita che: "I Paesi dell'Unione sono tenuti ad assicurare ai cittadini dei Paesi dell'Unione una protezione effettiva contro la concorrenza sleale. Costituisce un atto di concorrenza sleale ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale. Dovranno particolarmente essere vietati: 1) tutti i fatti di natura tale da ingenerare confusione, qualunque ne sia il mezzo, con lo stabilimento, i prodotti o l'attività industriale o commerciale di un concorrente; le asserzioni false, nell'esercizio del commercio, tali da discreditare lo stabilimento, i prodotti o l'attività industriale o commerciale di un concorrente; le indicazioni o asserzioni il cui uso, nell'esercizio del commercio, possa trarre in errore il pubblico sulla natura, il modo di fabbricazione, le caratteristiche, l'attitudine all'uso o la quantità delle merci.".
[9] cfr.Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza, collana diretta da Andrea Sirotti Gaudenzi, vol. 1, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 508.
[10] Cfr. Cass., 4 novembre 1998, n. 11047; Cass. 8 settembre 2003, n. 13071; Cass. 13 gennaio 2005, n. 560.
[11] Cass., 30 luglio 1996, n. 6887.
[12] Recita l'art. 2082 c.c. "È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".
[13] Cfr. Codice Commentato della Concorrenza e del Mercato, a cura di A. Catricalà e P. Troiano, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 1522.
[14] Cfr., sul punto, Commentario breve al diritto della concorrenza, a cura di P. Marchetti e L.C. Ubertazzi, Cedam, Padova, 1997, p. 504 e ss..
[15] In difetto del rapporto concorrenziale, secondo la dottrina prevalente, è possibile ricorrere solo alla tutela offerta dalle norme sulla tutela aquiliana; cfr., sul punto, Ghidini, Della concorrenza sleale, in Comm. Schlesinger, sub. artt. 2598-2601, Milano, 1994, p. 53 e ss.
[16] Cfr. Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza, collana diretta da Andrea Sirotti Gaudenzi, vol. 1, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 508.
[17] Cfr. Cass. Civ. 8 luglio 1974, n. 1990.
[18] L'imitazione servile consiste nella pedissequa riproduzione delle forme esteriori dei prodotti altrui, tale da indurre il pubblico alla convinzione che i due prodotti, originale e imitato, provengano dalla stessa impresa. Oggetto di imitazione è, in buona sostanza ed in estrema sintesi, un

prodotto la cui forma abbia un valore individualizzante e distintivo tale da renderlo originale, così anche Cass. Civ. Sez. I, 13 dicembre 1999.
[19] La pubblicità ingannevole, tuttavia, viene ricondotta, in diverse ipotesi, nel n. 3 dell'articolo in commento.
[20] Fattispecie frequenti sono la falsa affermazione della titolarità di una esclusiva, la presentazione come proprio di un prodotto realizzato da un concorrente, la falsa proposizione alla clientela come società collegata ad altra società affermata sul mercato, la falsa affermazione che un prodotto è stato realizzato con prodotti propri o con quelli di un concorrente nonché la falsa attribuzione ai propri prodotti di denominazioni d'origine ed indicazioni di provenienza (nonostante la sussistenza dei medesimi livelli qualitativi dei prodotti).
[21] Cass. Civ. Sez. I, 4 giugno 2008, n. 14793,, conf. Cass. Civ. 14 febbraio 2012, n. 2060.
[22] Cfr. G.M. Berruti, La concorrenza sleale nel mercato, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
[23] cfr., per una breve disamina degli orientamenti sul punto, Marchetti – Ubertazzi, "Commentario breve "Leggi sulla Proprietà Intellettuale e Concorrenza", 4 edizione, Cedam, Padova, 2007, pag. 2904 e ss; S. Sanzo, La Corte di Cassazione e la correttezza professionale: nuovi spunti di riflessione?, in "Il Corriere Giuridico", Ipsoa, Milano, fasc. n. 9, 1999.
[24] Per S.Sanzo, op. cit., la giurisprudenza non si è posta alcun problema di classificazione generale e, attribuendo al n. 3 dell'art. 2598 c.c., valore di principio generale evidenzia che la norma fornisce un criterio di valutazione per ogni possibile comportamento concorrenziale, mentre non si pronuncia sul rapporto tra detto criterio e i casi espressamente codificati ai numeri 1 e 2 della norma. Orientamento che si pone a conferma di quanto giù sostenuto da illustre dottrina, sul punto cfr. P.G. Marchetti, La concorrenza sleale, Padova, 1998, p. 195.
[25] cfr. Cass. Civ., 15 febbraio 1999, n. 1259 per la quale "La previsione normativa che impone il rispetto della correttezza professionale è a carattere aperto ed in essa rientrano tutte le condotte, ancorché non tipizzate dall'esperienza, comportanti violazione delle regole di correttezza professionale; i mezzi in essa indicati, peraltro, sono diversi e distinti da quelli indicati nelle fattispecie tipizzate di concorrenza sleale, onde la violazione delle regole di correttezza professionale è configurabile indipendentemente dalla confondibilità dei prodotti, potendo consistere in qualunque condotta contraria ai principi di correttezza ed idonea a cagionare danni al concorrente".
[26] Cfr. Marchetti – Ubertazzi, "Commentario breve alle Leggi sulla Proprietà Intellettuale e Concorrenza", 4 edizione, Cedam, Padova, 2007, pag. 2905 e ss.. In seno a tale orientamento si è sviluppata una ulteriore corrente per la quale i criteri della concorrenza professionale andrebbero desunti dalla prassi intesa come l'insieme dei comportamenti adottati dalla

categoria, anche se privi del carattere di uso in senso tecnico, cfr. sul punto G. Santini, Concorrenza sleale e impresa, in Riv. Dir. Civ. 1959, p.134 e ss.
[27] cfr.Auletta- Mangini, Delle invenzioni industriali. Dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali. Della concorrenza, Commentario al Codice Civile a cura di Scialoja Branca, Zanichelli, Bologna, 1973; C. Pasteris, La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale, Giuffrè, Milano, 1962, p. 125, per il quale la correttezza professionale dovrebbe valutarsi con riferimento alla morale sociale, alla coscienza sociale dominante in un certo ambiente.
[28] A. Vanzetti – V. Di Cataldo, Manuale di Diritto Industriale, Giuffrè, Milano, V ed. 2005, pag. 31 e ss
[29] Cfr. Marchetti – Ubertazzi, "Commentario breve alle Leggi sulla Proprietà Intellettuale e Concorrenza", 4 edizione, Cedam, Padova, 2007, pag. 2906 e ss.
[30] P. G. Marchetti, Boicottaggio e rifiuto di contrarre, Cedam, Padova, 1969, p. 237.
[31] cfr. G. Ghidini, Profili evolutivi del diritto industriale, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 180 e ss
[32] per G. Minervini (Concorrenza e consorzi, 2 ed., Vallardi, Milano, 1965) la libertà di concorrenza è la stessa libertà di iniziativa economica dal punto di vista di più soggetti che ne usufruiscono; nello stesso senso M. Libertini (I principi della correttezza professionale nella concorrenza sleale, in Europa e diritto privato, Giuffrè, Milano, 1999) per il quale la correttezza professionale non è altro che un insieme di principi volti al buon funzionamento del mercato e ricavabili dalle norme costituzionali sull'attività economica e dalle norme della disciplina *antitrust.*
[33] cfr. Cass. Civ., 11 ottobre 2002, n. 14479 che, in tema di concorrenza parassitaria, ha affermato che "le regole della correttezza professionale rinviano ai criteri generali del buon costume"; per Cass. Civ., 15 febbraio 1999, n. 1259, "Nell'apprezzamento delle situazioni concrete rientranti nel divieto di compimento di atti non conformi ai principi della correttezza professionale occorre aver riguardo non già alla mera prassi commerciale, ad una consuetudine accettata dagli imprenditori di una determinata categoria, ma piuttosto ai principi etici che governano l'attività degli appartenenti; in altri termini, non a condotte normalmente tenute e che, per ciò stesso possano ritenersi lecite, sebbene ad un costume professionale e commerciale eticamente qualificato ed i cui parametri di valutazione non sono rinvenibili tanto in un generico concetto di onestà, quanto - e soprattutto – in regole deontologiche che gli stessi operatori abbiano riconosciuto valide e vincolanti". Del pari, per Trib. Catania, 15 maggio, 1990, "Il legislatore, nel richiamare all'art. 2598, n. 3. c.c. i principi di correttezza professionale non si è limitato alla mera formulazione di un concetto assolutamente generale, ma si è riferito a consuetudini affermate, quali quelle del buon costume commerciale, cioè,

in sostanza, ad una valutazione sociale negativa (storicamente variabile), osservata in concreto, nei confronti di tutti quegli altri mezzi che, secondo il buon costume commerciale, appunto, non devono essere impiegati negli atti di commercio".

[34] Per Cass. Civ., 8 giugno 2012, n. 9386, "Costituisce concorrenza sleale a norma dell'art. 2598. c.c., n.3, l'assunzione di dipendenti altrui o la ricerca della loro collaborazione non tanto per la capacità dei medesimi, ma per la utilizzazione, altrimenti impossibile o vietata, delle conoscenze tecniche usate presso altra impresa, compiuta con "*animus nocendi*", ossia con un atto direttamente ed immediatamente rivolto ad impedire al concorrente di continuare a competere, attesa l'esclusività di quelle nozioni tecniche e delle relative professionalità che le rendono praticabili, così da saltare il costo dell'investimento in ricerca ed in esperienza, da privare il concorrente della sua ricerca e della sua esperienza, e da alterare significativamente la correttezza della competizione". La Suprema Corte, con sentenza datata 23 maggio 2008, n. 13424, ha poi specificato che "Affinchè lo Storno possa configurarsi atto di concorrenza sleale, è necessario che i dipendenti siano particolarmente qualificati ed utili per la gestione dell'impresa concorrente, in relazione all'impiego delle conoscenza tecniche usate presso l'altra azienda e non possedute dal concorrente stesso, così consentendo a quest'ultimo l'accesso al mercato prima di quanto sarebbe stato possibile in base ai propri studi ed alle proprie ricerche", nello stesso senso cfr. Trib. Roma, sez. spec. Propr. Ind. e Int., 20 febbraio 2012; "La concorrenza sleale per storno di dipendenti costituisce una delle possibili fattispecie di concorrenza sleale per violazione dei principi della correttezza professionale. Ai fini della configurabilità di tale fattispecie, sono necessari la consapevolezza nel soggetto agente dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui impresa ed altresì *l'animus nocendi*, cioè l'intenzione di conseguire tale risultato".

[35] per Cass. Civ., 26 gennaio 2006, n. 1636, "La vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) in tanto è contraria ai doveri di correttezza di cui all'art. 2598, numero 3, cod. civ., in quanto a porla in essere sia un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, frapponga barriere all'ingresso di altri concorrenti sul mercato o comunque indebitamente abusi di quella sua posizione non avendo alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti per poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare; si veda anche Cass. Civ., 21 aprile 1983 n. 2743, "L'offerta di beni o di servizi a prezzi inferiori a quelli praticati dalle imprese concorrenti, con conseguente sviamento ed accaparramento della clientela, rientra nella lecita competizione di mercato allorché si mantenga nei limiti di una normale competizione, con l'applicazione di ribassi effettivi, conseguenti ad una diminuzione del profitto d'impresa ovvero ad una reale riduzione dei costi, ma diventa

illecita, venendo ad integrare un'attività di concorrenza sleale, in quanto non conforme ai principi della correttezza professionale, quando si concreta nel sistematico svolgimento antieconomico dell'attività d'impresa e l'artificioso abbattimento sotto costo dei prezzi, non giustificato dalle obiettive condizioni della produzione, poiché con ciò da un lato viene ad essere subdolamente ed illusoriamente fuorviato il giudizio del consumatore, e dall'altro vengono ad essere infrante le regole su cui gli operatori economici confidano, affrontando il mercato nella misura consentita dalla produttività del sistema e dalle generali condizioni obiettive della produzione".

[36] cfr. Trib. Napoli, 23/07/2003, per il quale "Premesso che la fattispecie del boicottaggio di cui all'art. 2598 c.c., n. 3, è integrata quando la condotta in discussione è non solo diretta all'esclusione dal mercato del concorrente ma è anche priva di qualsiasi giustificazione oggettiva e commerciale perché non rientra nella più generale organizzazione della attività di impresa o nella sua strategia commerciale, e premesso altresì che la mancanza di una posizione di predominio economico dell'imprenditore sul mercato di per sé non esclude che lo stesso possa tenere condotte valutabili in termini di boicottaggio, è infondata la pretesa fatta valere a tal titolo se non viene offerta la ricostruzione in fatto e quindi non viene provato anche il preciso contesto concorrenziale in cui le condotte illecite si inseriscono proprio al fine di colorarle in termini di boicottaggio"; per Trib. Milano, 26/05/1994, "Costituisce illecito ex art. 2598 c.c., n. 3, [omissis] l'atto con cui un soggetto, in una data situazione dominante di mercato, da solo (boicottaggio primario individuale) o con altri (boicottaggio collettivo) direttamente o indirettamente ostacola un determinato concorrente al fine di impedirgli o di rendergli eccessivamente gravoso l'accesso a un mercato, oppure il permanervi, con danno del soggetto passivo e senza causa di giustificazione".

[37] Nel celebre caso che contrapponeva Motta ad Alemagna la Suprema Corte, nel 1962, definì il fenomeno della concorrenza parassitaria come un "cammino continuo, sistematico, anche se non integrale sulle altrui orme".

[38] Dottrina e giurisprudenza hanno distinto tra concorrenza parassitaria diacronica e sincronica a seconda che l'attività concorrenziale si registri a breve distanza di tempo rispetto all'attività del concorrente o quando si sfrutti l'attività altrui con più iniziative contemporanee in modo da impedire al concorrente di sfruttare il meno possibile l'innovazione prodotta.

[39] cfr. Trib. Roma, 31/03/2003, per il quale "il carattere ingannevole di un messaggio pubblicitario integra gli estremi della concorrenza sleale ex art. 2598 n.2 e 3 c.c. quando risponda ai parametri ed ai criteri fissati dal d.lgs. 74/92 con la conseguenza che, ove il messaggio non risulti ingannevole ai sensi della citata legge, è preclusa ogni ulteriore indagine sulla sua idoneità dannosa nei confronti del concorrente". Fino

all'emanazione del d.lgs. n. 74/1992, la base della valutazione e del divieto della pubblicità ingannevole è stata cercata proprio nella clausola n. 3 dell'art. 2598 c.c.. in quanto la pubblicità che induce i consumatori in errore, determinando una distorsione del mercato concorrenziale mediante una cattiva influenza sulla scelta del consumatore, lede, indirettamente, anche il concorrente e la possibilità di quest'ultimo di far affermare i propri prodotti ai consumatori (si veda, sul punto, P.Auteri, Diritto industriale , proprietà intellettuale e concorrenza, Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 341). Oggi la pubblicità ingannevole trova disciplina nelle normative di settore (d.lgs. nn. 145-146/2007) e nello stesso Codice del Consumo che, tuttavia, fa espressamente salvo il ricorso alla tutela prevista per la concorrenza sleale (art. 27).

L'azione di classe a tutela del consumatore contro pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali delle imprese

di
Eleonora Sbarbaro

Abstract:
This article explores the recent national legislation regarding class action as provided by article 140bis of the Italian Consumer's Code. The law has been modified a number of times before its latest amendment through the so called Liberalization Decree (Decree Law January 24th 2012, n. 1) and the related conversion law (Law March 24th 2012, n. 27). The aim of the article is to ascertain whether and in what measure the introduction of the class action against unfair commercial practices and anti-competitive practices carried out by enterprises will grant consumers a higher degree of protection in comparison to the previous related legislation.

Il presente contributo analizza la recente disciplina nazionale in materia di azione di classe prevista dall'articolo 140*bis* del Codice del Consumo, disciplina che ha subito varie modifiche fino all'ultima intervenuta ad opera del c.d. Decreto Liberalizzazioni (D.L. 24 gennaio 2012, n. 1) e della relativa legge di conversione (L. 24 marzo 2012, n. 27). Lo scopo del contributo è quello di verificare se ed in quale misura l'introduzione dell'azione di classe "contro" pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali delle imprese offra al consumatore una maggiore tutela e soddisfazione rispetto a quanto fin'ora previsto dalla normativa di settore.

Sommario: 1. Introduzione: l'art. 140*bis*. – 2. Disciplina speciale di riferimento ed ambito di applicazione dell'articolo 140*bis*. 2.1 Pratiche commerciali scorrette. 2.2. Comportamenti anticoncorrenziali. – 3. Una panoramica delle azioni esperibili dal consumatore leso. La previsione di una specifica tutela risarcitoria fornita dall'azione di classe. 3.1. Pratiche commerciali scorrette. 3.2. Comportamenti anticoncorrenziali. – 4. Il rapporto tra le diverse azioni esperibili dal consumatore. Preclusioni individuali e unicità dell'azione di classe. – 5. Il giudizio di ammissibilità dell'azione: l'influenza di una pronuncia dell'AGCM sul verdetto del "Tribunale dell'azione di classe". – 6. Alcune considerazioni sull'azione di classe.

1. Introduzione: l'art. 140*bis*

Secondo l'articolo 140*bis* del Codice del Consumo [2], la c.d. "azione di classe" può essere utilizzata al fine dell'accertamento delle responsabilità di un'impresa nei confronti di "consumatori" e "utenti", allo scopo di ottenere una condanna al risarcimento del danno, liquidato dal Tribunale Ordinario in caso di accoglimento della domanda [3].
Si tratta dunque, innanzitutto, di un'azione di tipo risarcitorio – differentemente da quella di cui all'articolo 140 del Codice del Consumo, che consiste in un'azione di tipo inibitorio, la quale consente appunto di inibire atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti e di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, ma non ristora il consumatore del pregiudizio subito.
L'azione di classe, a seguito della recentissima modifica di cui al c.d. Decreto Liberalizzazioni [4], ha ampliato il proprio ambito di tutela, che ora ricomprende non solo i *«diritti individuali»* di consumatori e utenti «di cui al comma 2» [5], ma anche gli *«interessi collettivi»* [6], i quali, tradizionalmente, si differenziano dalla somma dei singoli interessi individuali – rappresentando una sorta di *tertium genus* tra interesse privato individuale ed interesse pubblico [7] – e vengono reinseriti nell'articolo senza alcuna precisazione o limitazione ed il cui richiamo lascia conseguentemente all'interprete notevoli dubbi [8].
L'articolo 140*bis* è stato introdotto dalla Legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Legge finanziaria 2008), ma è entrato in vigore solo nella versione ridisegnata dall'art. 49 della Legge 23 luglio 2009 n. 99 (c.d. Legge Sviluppo), passando dalla denominazione di "Azione collettiva risarcitoria", posta a tutela di interessi esclusivamente collettivi, a quella, ancora attuale, di "Azione di classe", posta a tutela di interessi (diritti) individuali (ed ora anche di interessi collettivi) [9] [10].
Nonostante la "reintroduzione" nell'art. 140*bis* della tutela di interessi collettivi, non può parlarsi di un ritorno ad una "azione collettiva di categoria", paragonabile alla primissima versione dell'art. 140*bis* mai entrata in vigore o all'azione di cui all'art. 140 C.d.C., poiché la legittimazione ad agire non spetta alle associazioni di categoria, ma a «ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa» [11].
L'articolo include espressamente, nel proprio ambito applicativo, la tutela del consumatore diretta al ristoro di pregiudizi derivanti da pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali sempreché, secondo l'attuale formulazione del 140*bis*, ne sia derivata la lesione di una pluralità di diritti *«omogenei»* [12].

La recente modifica di cui al Decreto Liberalizzazioni ha allargato l'ambito di applicazione dell'articolo e quindi l'area di tutela, non solo introducendo il riferimento agli interessi collettivi, ma passando anche dalla necessaria *«identità»* dei diritti, requisito che si sarebbe poi rivelato di difficilissima configurabilità in concreto, alla "semplice" *«omogeneità»* degli stessi. Tuttavia, se è vero che il requisito dell'omogeneità è senz'altro meno rigido del precedente, esso comporta, non meno dell'altro, margini di incertezza nella relativa interpretazione.
L'"omogeneità" della situazione in cui si trovano i consumatori nei confronti dell'impresa, nonché la plurioffensività della condotta illecita sono condizioni dell'azione. L'illecito contestato deve dunque aver coinvolto una pluralità di soggetti, un numero rilevante di consumatori; ma l'azione può essere promossa anche da un singolo consumatore o utente [13], non essendo richiesto necessariamente un numero minimo di soggetti agenti o un rappresentante di categoria.
L'introduzione dell'azione di classe nel nostro ordinamento tende a rimuovere – o quantomeno a ridurre – gli ostacoli di natura economica che spesso determinano una generica resistenza a far valere una serie di diritti individuali nei confronti di un'impresa.
Chi promuove un'azione di classe può oggi essere raggiunto ed affiancato, in un secondo momento ed entro il termine indicato dal Tribunale con l'ordinanza ammissiva dell'azione, da un numero indeterminato di soggetti nella stessa situazione, che "aderiscono" alla stessa – il che incrina una lunga tradizione fondata sul principio dell'individualismo giuridico caratterizzante il nostro Codice di Procedura Civile [14].
Il modello di azione adottato è quello di c.d. "*opt in",* che prevede che i consumatori che intendano partecipare all'azione di classe e beneficiare dei relativi effetti abbiano l'onere di manifestare espressamente tale scelta, modello che si contrappone a quello statunitense di "*opt out"* in cui, al contrario, gli effetti dell'azione di classe ricadono automaticamente sugli appartenenti alla classe, salvo diversa volontà.
Le prime azioni di classe possono esse indette a decorrere dall'1 gennaio 2010, ma possono avere a oggetto pretese fondate su illeciti commessi dal 15 agosto 2009, data di entrata in vigore della Legge Sviluppo.
La competenza sui giudizi di classe è affidata, in composizione collegiale, al Tribunale Ordinario del capoluogo di regione in cui ha sede l'impresa, introducendo, tuttavia, alcune deroghe agli ordinari criteri di ripartizione della competenza [15[. Tali deroghe sono giustificate alla luce dell'opportunità di concentrare i procedimenti di classe presso un limitato numero di sedi giudiziarie, per la particolare complessità della materia, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, associata all'importanza degli interessi coinvolti.

2. Normativa speciale di riferimento ed ambito di applicazione dell'articolo 140*bis*

2.1. Pratiche commerciali scorrette

L'art. 140*bis* non fornisce una definizione delle pratiche commerciali scorrette che legittimano l'instaurazione di un'azione di classe, né chiarisce in cosa possano consistere la lesione subita dal "consumatore" e il conseguente danno. Si dovrà, perciò, far riferimento alla normativa *ad hoc* contenuta nello stesso Codice del Consumo: Parte II – Titolo III, rubricato "Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali" – articoli 18-27*quater* [16].
Per "pratiche commerciali" si intendono tutte quelle azioni, omissioni, condotte, dichiarazioni o comunicazioni commerciali – ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto – poste in essere da un soggetto nella veste di "professionista" [17] «in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori» [18].
È evidente come lo spettro di situazioni sia molto ampio: vi rientrano, infatti, condotte precedenti, contestuali e successive alla stipula di contratti di consumo [19]. Tali condotte commerciali si reputano "scorrette" quando sono in grado di falsare il comportamento economico dei consumatori [20].
Le pratiche commerciali scorrette – e, nell'ambito di queste, le pratiche commerciali considerate ingannevoli o aggressive – hanno in comune il fatto che l'impresa, con il proprio comportamento contrario alla diligenza professionale, viola il diritto alla libera determinazione dei consumatori, indirizzandoli verso scelte di natura commerciale che questi altrimenti non adotterebbero. La disciplina, pertanto, prevede diverse tecniche e metodi – come l'omissione d'informazioni rilevanti, nel caso di pratiche ingannevoli, o il ricorso a molestie o coercizione, nel caso di pratiche aggressive – che sono punibili per il solo fatto di essere idonee a falsare il comportamento economico del consumatore (danno potenziale), non essendo necessario che il comportamento dell'impresa abbia, in concreto, determinato l'acquisto del bene o servizio da parte del consumatore (danno effettivo). Il danno, peraltro, può essere patrimoniale o non patrimoniale (si pensi all'ipotesi di pratica commerciale compiuta in violazione della *privacy*, o con minacce o vessazioni di vario genere) [21]. La disciplina è, inoltre, ricca di presunzioni, ovverosia di pratiche commerciali considerate in ogni caso (per sé) scorrette [22].
Sul piano applicativo dell'azione risarcitoria di cui all'art. 140*bis,* si segnala che essa potrà essere promossa a fronte di illeciti di natura contrattuale o extracontrattuale, secondo la disciplina generale del Codice Civile. Sebbene, dunque, sia probabile che il giudizio di classe sarà attivato principalmente nei casi in cui la lesione della libertà negoziale dei consumatori abbia comportato la concreta stipulazione di un contratto,

laddove il contratto di acquisto o di consumo non fosse stato concluso, l'azione potrebbe essere comunque promossa sulla base e nelle forme previste per la responsabilità aquiliana. In questa seconda ipotesi, ovviamente, l'onere probatorio a carico della parte attrice sarebbe senz'altro gravoso, soprattutto per la verifica dell'omogeneità dei diritti lesi [23].
Tra le più frequenti pratiche commerciali scorrette, maggiormente esposte all'azione di classe appaiono quelle relative all'attivazione di servizi a pagamento non richiesti (ad esempio contenuti in sovrapprezzo in occasione della fornitura di servizi a rete), alla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali o delle modalità di erogazione di servizi in senso peggiorativo per consumatori e utenti (ad esempio nei settori dell'energia e dei trasporti), all'omissione ingannevole di informazioni rilevanti per una decisione commerciale consapevole in formulari o in contratti standard (finanziamenti, assicurazioni, *etc.*) o in comunicazioni commerciali standardizzate qualificabili come inviti all'acquisto (effettuate, ad esempio, via posta o via e-mail) [24]. Più in generale, pratiche commerciali altrettanto frequenti che possono, con tutta probabilità, dar vita a un'azione di classe includono la diffusione di informazioni sui prodotti non veritiere, o formalmente vere, ma comunque tali da indurre gli acquirenti in errore rispetto alle caratteristiche principali del prodotto (come i rischi, l'idoneità allo scopo, gli usi, l'origine geografica o commerciale) o dell'impresa che lo offre (identità, affiliazioni, riconoscimenti, detenzione di diritti di proprietà intellettuale).

2.2. Comportamenti anticoncorrenziali

Come per le pratiche commerciali scorrette, anche nel caso dei comportamenti anticoncorrenziali non sono fornite, nel testo dell'articolo 140*bis,* definizioni o espressi rinvii normativi alla disciplina sostanziale di riferimento.
La previsione dell'attivazione di un'azione di classe per il ristoro del pregiudizio cagionato da comportamenti anticoncorrenziali richiede che l'interprete faccia riferimento ad una disciplina esterna al Codice del Consumo, la normativa speciale sulla concorrenza tra imprese, a differenza delle fattispecie relative alle pratiche commerciali scorrette, la cui disciplina è trattata in altra sede rispetto al 140*bis*, ma sempre all'interno del Codice del Consumo [25].
Il riferimento deve appunto intendersi alle intese restrittive della concorrenza (accordi o pratiche concordate) e agli abusi di posizione dominante – disciplinati rispettivamente, a livello nazionale, dagli artt. 2 e 3 della Legge n. 287 del 1990 e, a livello europeo, dagli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) [26] – nella misura in cui possano avere riflessi sui singoli consumatori.

Come noto, mentre la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette è rivolta alla tutela degli interessi economici dei consumatori in tutte le fasi del rapporto negoziale con le imprese, la disciplina *antitrust* è invece tradizionalmente tesa alla tutela dell'interesse al corretto funzionamento del mercato – anche se entrambe le normative tutelano in via indiretta anche gli altri interessi in gioco [27].
L'azione di classe consente, pertanto, a consumatori e utenti di conseguire il risarcimento dei danni subiti "a valle" per effetto di illeciti di ambito *antitrust* commessi "a monte".
Le nozioni di "comportamento anticoncorrenziale" e del relativo conseguente danno ai fini dell'applicazione del 140*bis* devono essere ricostruite dall'interprete tenendo conto della giurisprudenza in materia di *private enforcement* del diritto *antitrust*, prodotta fino ad oggi in relazione alle azioni dei singoli.
La Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2305/2007, ha confermato quanto peraltro già precisato con la nota sentenza n. 2207/2005, ovverosia che il bene leso nell'ambito di questo tipo di giudizi va identificato nella conservazione del carattere competitivo del mercato e ha classificato la lesione subita dal consumatore nella sfera della responsabilità extracontrattuale.
L'azione risarcitoria ex art. 140*bis* segue, di conseguenza, il modello della responsabilità aquiliana.
Rispetto all'accertamento, di matrice pubblicistica, compiuto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, volto unicamente a verificare l'antigiuridicità della condotta, in questo caso la lesione subita deve essere dimostrata, non essendo appunto sufficiente l'accertamento dell'illiceità del comportamento secondo il diritto *antitrust* [28].
Tra le condotte anticoncorrenziali da cui potrebbero più frequentemente scaturire azioni di classe, vi è quella delle intese (cartelli) tra imprese volte ad incrementare i prezzi dei prodotti e dei servizi per i consumatori. Si mostrano particolarmente esposti all'azione di classe anche gli abusi di posizione dominante svolti attraverso la fissazione di prezzi eccessivi o con l'imposizione di prestazioni supplementari non richieste cui sia condizionata la conclusione o l'esecuzione di contratti (prestazioni gemellate o *tying contracts*) [29].

3. Una panoramica delle azioni esperibili dal consumatore leso. La previsione di una specifica tutela risarcitoria fornita dall'azione di classe

3.1. Pratiche commerciali scorrette

Con l'articolo 140*bis* viene finalmente prevista, nel sistema italiano di tutela del consumatore, una specifica tutela di diritto comune contro quei

comportamenti scorretti, ingannevoli e aggressivi, la cui disciplina è stata introdotta, sul fronte pubblicistico, dal D.Lgs. n. 146 del 2007, ed i cui profili rimediali e sanzionatori sono disciplinati dall'articolo 27 del Codice del Consumo [30].
L'art. 27 C.d.C. individua, infatti, gli organi competenti, i provvedimenti e le sanzioni irrogabili dagli stessi e delimita i rapporti tra autorità amministrative ed autorità giurisdizionale ordinaria – senza tuttavia disciplinare approfonditamente tutti i rimedi esperibili dai soggetti danneggiati [31].
La norma ripete il sistema del "doppio binario" di tutela, già presente nel previgente articolo 26 in tema di pubblicità ingannevole e comparativa, ed accolto, peraltro ben prima, dalla Legge n. 287 del 1990 in tema di illeciti *antitrust*.
Viene in tal modo ribadita la rigorosa ripartizione dei poteri espressa in materia di tutela della concorrenza, che vede l'AGCM quale soggetto deputato al mantenimento e al "ristabilimento" di condizioni di mercato competitive e l'autorità giurisdizionale ordinaria quale organismo a cui è affidata la tutela *ex post* di situazioni giuridiche lese da comportamenti anticoncorrenziali già compiuti. Tale impostazione, del resto, è confermata dalla previsione dell'azione risarcitoria di cui all'articolo 140*bis*, mentre la tutela inibitoria collettiva di cui all'articolo 140 sembrerebbe l'unica eccezione rispetto a tale schema [32].
L'Autorità Garante è l'organo competente ad applicare le norme in tema di pratiche commerciali scorrette, vietandone la diffusione o la continuazione con un provvedimento di natura inibitoria, potendo disporre l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie a carico dell'impresa, oltre alla pubblicazione della delibera o di una dichiarazione rettificativa, in modo che la pratica commerciale scorretta cessi di produrre effetti [33].
La legittimazione ad attivare il giudizio dell'Autorità è attribuita ad «ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse» e d'ufficio all'Autorità stessa – il che si rivela una delle principali innovazioni introdotte in sede di D.Lgs. 46 del 2007 che, rispetto al previgente art. 26 Codice del Consumo, non vincola più l'esercizio dei poteri dell'AGCM alla presentazione di una richiesta d'intervento [34]. Per quanto riguarda l'istanza, l'unico limite alla legittimazione consiste nella presenza di "un interesse all'inibizione" della pratica commerciale scorretta, il che, insieme alla previsione dell'iniziativa d'ufficio, sembrerebbe un requisito tutt'altro che restrittivo.
È poi previsto che, contro i provvedimenti e le decisioni dell'AGCM, sia possibile proporre ricorso al Giudice Amministrativo, al quale è espressamente affidata la relativa giurisdizione in maniera esclusiva [35].
La situazione si rivela radicalmente diversa se si guarda al "binario civilistico" dei rimedi [36].
Nonostante l'espressa *ratio* di tutela dei consumatori delineata nella Direttiva 2005/29/CE [37], l'art. 27 – ripetendo quanto previsto dalla

precedente normativa in tema di pubblicità ingannevole e comparativa – si limita unicamente a fare salva la tutela innanzi al Giudice Ordinario *dei soli concorrenti* pregiudicati dalle pratiche scorrette. In particolare, il comma 15 dell'art. 27 dispone che non è esclusa la giurisdizione del Giudice Ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, di pubblicità comparativa, di tutela del diritto d'autore, di marchi d'impresa, di denominazione di origine protetta e di altri segni distintivi [38].
Nell'intero Titolo del Codice del Consumo dedicato alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette [39], non vi è dunque alcuna menzione circa gli specifici rimedi esperibili dal singolo consumatore davanti ad un Giudice Ordinario per vedersi risarcito il danno subito.
Tale lacuna normativa, fortemente criticata in dottrina [40], crea notevoli problemi di coordinamento tra le norme dettate in materia di pratiche commerciali scorrette ed i precetti generali del Codice Civile; anche perché, d'altra parte, si tratta di una disciplina introdotta relativamente di recente e pertanto la giurisprudenza di legittimità non ha ancora avuto modo di formare orientamenti costanti al riguardo [41].
Tuttavia, un'interpretazione secondo cui i singoli consumatori non possono adire il Giudice Ordinario a tutela dei propri interessi deve essere esclusa [42], poiché risulterebbe in contrasto con la garanzia del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione e perché, in ogni caso, l'art. 19, comma 2, lett. a) C.d.C., il cui ambito di applicazione coincide con l'intera disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, chiarisce che l'insieme di norme di cui al Titolo III in questione non pregiudica «l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto».
Salva la disposizione di cui all'art. 19, nel testo normativo in esame non si trova un'altra previsione volta ad individuare rimedi civilistici esperibili dal singolo consumatore.
Altrove, gli articoli 139 e 140 del Codice del Consumo riconoscono alle associazioni la legittimazione a proporre un'azione a tutela dei diritti dei consumatori nelle materie disciplinate dal Codice stesso (dunque anche in relazione alle pratiche commerciali scorrette), ma si tratta di un'azione che, da un lato, è di tipo inibitorio, diretta a far cessare le pratiche stesse e non a liquidare il relativo danno subito dai consumatori, dall'altro, esclusivamente "di categoria", quindi estranea alla tutela delle singole posizioni soggettive lese.
Dalla panoramica che si è compiuta dei diversi rimedi esperibili dai consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette, emerge che l'introduzione dell'articolo 140*bis* amplia le facoltà di tutela degli interessi di quei soggetti, sia "numericamente", come ulteriore opzione processuale, peraltro di tipo collettivo-aggregativo, cui devono ricollegarsi i relativi vantaggi, sia in quanto finalmente fornisce, sul fronte del *private enforcement,* una disciplina specifica all'interno del Codice del Consumo

atta a regolare i particolari aspetti civilistici della violazione di tale normativa [43].
È stato tuttavia segnalato in dottrina che l'introduzione dell'art. 140*bis* è volta a creare e modellare un particolare strumento processuale, piuttosto che ad individuare un diritto sostanziale al risarcimento, e che i precedenti dubbi di carattere sostanziale circa i rimedi civilistici rimangono, dunque, gli stessi [44].

3.2. Comportamenti anticoncorrenziali

Anche la disciplina relativa ai comportamenti anticoncorrenziali segue lo schema del doppio binario di tutela.
La competenza a conoscere della normativa *antitrust* nazionale e comunitaria è affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.
L'AGCM emette tipicamente provvedimenti di carattere inibitorio [45] – provocando la cessazione e l'eliminazione delle infrazioni – in esito ad un'attività istruttoria avviata su iniziativa di chiunque vi abbia interesse [46], oltre a comminare sanzioni amministrative pecuniarie [47], ad emettere provvedimenti di tipo cautelare [48] e a valutare ed eventualmente accettare gli impegni presentati dalle imprese per far venire meno i profili anticoncorrenziali della propria condotta oggetto dell'istruttoria [49]. Si tratta sostanzialmente degli stessi poteri attribuiti all'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette.
Anche in questo caso, al Giudice Amministrativo è attribuita la giurisdizione esclusiva sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'AGCM [50].
La competenza del Giudice Ordinario riguarda, invece, unicamente le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi volti ad ottenere provvedimenti di urgenza [51].
Innanzitutto, dal lato del *private enforcement*, il rilievo processuale che immediatamente emerge è rappresentato dalla pluralità dei fori competenti [52].
In caso di violazione della disciplina *antitrust* nazionale, la competenza è assegnata alla Corte d'Appello in unico grado [53].
Nel caso di violazione della normativa comunitaria, si applicano, invece, le regole ordinarie sulla competenza: la questione sarà dunque attribuita al Giudice di Pace o al Tribunale a seconda del valore della causa.
Nell'ipotesi di illeciti *antitrust* nazionali o comunitari relativi a cause in materia di proprietà intellettuale – controversie nascenti da o comunque anche indirettamente collegate all'esercizio di diritti di proprietà industriale – la competenza è attribuita alle Sezioni specializzate in materia di impresa, istituite dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 in luogo delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, istituite dal D.Lgs. n. 168 del 2003 [54].
È chiaro che tale dato si rivela particolarmente problematico per l'attore.

Ai fori suindicati si aggiunge il "Tribunale Ordinario dell'azione di classe", come individuato all'art. 140*bis* quarto comma [55].
Per quanto riguarda la scelta sull'attribuzione della competenza alla Corte d'Appello, essa è stata oggetto nel 2006 e nel 2007 di una questione di costituzionalità sotto i profili della ragionevolezza e della compatibilità con il diritto d'azione sancito dall'art. 24 della Costituzione. La decisione della Cassazione del 2005 aveva infatti confermato la competenza del Giudice d'Appello per le azioni risarcitorie promosse dai singoli consumatori lesi dall'illecito concorrenziale [56]. Il precedente orientamento, invece, permetteva di agire davanti al Giudice di Pace [57].
È chiaro che l'assegnazione della causa direttamente alla Corte d'Appello in unico grado comporta un rilevante aggravio dei costi per gli attori [58], costretti ad adire una corte superiore con l'obbligo di essere difesi da un avvocato, oltre a negare il doppio grado di giudizio di merito.
La Corte Costituzionale – con l'ordinanza del 26 ottobre 2007, n. 351 – ha tuttavia ribadito la manifesta inammissibilità di tale questione.
Non si può in questo contesto non rilevare che l'introduzione dell'azione di classe, che prevede l'intervento del Tribunale Ordinario sulle medesime questioni e, per giunta, con una semplificata procedura di adesione – che può avvenire anche tramite posta elettronica certificata e fax e non richiede il ministero del difensore – agevola l'esercizio del diritto di difesa da parte dei consumatori e degli utenti, anche con un notevole risparmio dei costi.
La possibilità di tutelare danni da comportamenti anticoncorrenziali tramite un'azione di tipo civile-risarcitorio, peraltro "di classe", è espressione di una linea di tendenza che riconosce salde relazioni ed interazioni tra l'attività di carattere pubblicistico, volta al contrasto degli illeciti che alterano gli assetti concorrenziali del mercato, e la tutela di carattere privatistico dei consumatori lesi dagli stessi comportamenti "abusivi" [59].
Un limite all'efficacia del *private enforcement* del diritto *antitrust* era rappresentato – prima della nota sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 4 febbraio 2005, n. 2207 – dalle regole in tema di legittimazione ad agire, che indiscutibilmente spettava alle imprese concorrenti, ma che la giurisprudenza stentava a riconoscere in capo ai singoli consumatori e alle associazioni di categoria [60].
La giurisprudenza della Corte di Cassazione considera, tuttavia, ormai pacifica la legittimazione dei singoli consumatori ad agire per far valere la responsabilità dell'impresa ai sensi dell'art. 33 della Legge n. 287 del 1990 [61].
La Corte ha infatti affermato, nella fondamentale sentenza del 2005, che «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse processualmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere» [62].

Ai consumatori, in quella sede – e nelle pronunce successive – è stata esplicitamente riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio nei confronti delle imprese partecipanti ad un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 della Legge del '90, per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della sua attuazione; fermo restando l'onere della prova su tutti gli elementi della fattispecie di cui all'art. 2043 C.C.
Si tenga presente che la Commissione Europea ha più volte sottolineato il ruolo sempre maggiore del *private enforcement* nell'applicazione delle norme sulla concorrenza, invitando gli Stati membri a rafforzarne i relativi meccanismi, anche mediante lo strumento delle azioni collettive. Tali riflessioni si sono concentrate, nell'ambito delle varie forme di azione disponibili, sulla tutela di tipo risarcitorio, soprattutto in considerazione delle profonde interrelazioni tra la tutela risarcitoria ed i profili di interesse pubblico relativi al raggiungimento di un adeguato livello di deterrenza e alla garanzia della piena efficacia delle norme *antitrust* previste dal Trattato e del mantenimento di una concorrenza effettiva [63].
Un efficace ruolo di *deterrence* [64] può essere infatti conseguito dall'azione risarcitoria, ancor più efficacemente se "collettiva" o se "di classe", affidando alle iniziative dei privati lo stimolo per la correzione del mercato.
È evidente, dunque, che l'introduzione di un'azione risarcitoria di classe per comportamenti anticoncorrenziali rientra perfettamente in quest'ottica e codifica i suesposti orientamenti [65].

4. Il rapporto tra le diverse azioni esperibili dal consumatore. Preclusioni individuali e unicità dell'azione di classe

Un principio fondamentale espresso nel nostro Codice Civile sancisce l'intangibilità della sentenza passata in giudicato, che fa stato ad ogni effetto tra le parti – e i loro eredi o aventi causa – per garantire la necessaria certezza giuridica nei rapporti [66]. L'effetto preclusivo del giudicato tende ad impedire un *bis in idem,* insieme ad un eventuale contrasto di pronunzie, comportando, pertanto, il divieto di riproposizione e di riesame della medesima azione in altro giudizio tra le stesse parti ed evitando che il giudice possa nuovamente pronunciarsi su un bene della vita già riconosciuto o negato [67].
Alla luce di tale principio si osserva, innanzitutto, che l'articolo 140*bis,* terzo comma, prevede appunto che l'eventuale adesione ad un'azione di classe implica la rinuncia ad ogni azione risarcitoria o restitutoria di tipo individuale fondata sullo stesso titolo salvo che, ai sensi del comma 15, chi abbia aderito non consenta espressamente rinunce o transazioni intervenute tra le parti, ovvero che vi sia estinzione del giudizio o chiusura anticipata del processo [68].

Nulla viene specificato per il caso inverso, ovverosia circa la possibilità di agire individualmente davanti al Giudice Ordinario per il risarcimento del danno e poi aderire ad un'azione di classe risarcitoria promossa da altri. Sulla base del concetto civilistico di "giudicato", ritengo che il soggetto legittimato all'azione debba operare una scelta e che, dunque, non sia concesso di proporre ambedue le azioni per uno stesso comportamento illegittimo e nei confronti della medesima impresa.
Pertanto, se è stata attivata un'azione di classe per la tutela di interessi che il consumatore ritiene "omogenei" rispetto ai propri, occorre che scelga se vuole aderire all'azione o meno e che opti per l'uno o per l'altro mezzo di tutela entro il termine indicato nell'ordinanza con cui il Tribunale sancisce l'ammissione dell'istanza. Tale provvedimento viene, infatti, a tale scopo reso pubblico. L'eventuale adesione comporterà, appunto, la rinuncia ad agire individualmente.
L'esigenza di "esercitare l'opzione" prontamente scaturisce dalla statuizione dell'articolo 140*bis*, comma 14, che dispone il principio dell'"unicità" dell'azione di classe: la non replicabilità dell'azione comporta che non saranno proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della medesima impresa [69], mentre quelle proposte entro il termine per l'adesione sono riunite d'ufficio, se pendenti davanti allo stesso tribunale, o altrimenti cancellate e riassunte davanti al primo giudice, se pendenti davanti a un giudice diverso.
Anche riguardo agli effetti della sentenza del Tribunale dell'azione di classe non vi è alcuna deviazione rispetto ai principi fondamentali del diritto civile. È infatti espressamente previsto che la sentenza emanata al termine del giudizio faccia stato esclusivamente nei confronti delle parti e degli aderenti ed è esplicitamente fatta salva l'eventuale azione individuale di chi non abbia aderito all'azione "collettiva" [70].
La presenza del c.d. doppio binario di tutela nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e dei comportamenti anticoncorrenziali comporta la competenza dell'AGCM e del Giudice Ordinario dell'azione di classe per contestazioni relative ai medesimi comportamenti illeciti delle imprese, anche se a fini diversi.
È dunque possibile che siano proposte, di fronte ai due organi giudicanti, istanze ad opera di stessi soggetti, nei confronti della stessa impresa e per i medesimi fatti.
Tale circostanza solleva alcuni interrogativi – che peraltro già si ponevano per la possibilità d'intervento del Giudice Ordinario nelle stesse questioni sulle quali, secondo le relative leggi speciali, è chiamata a decidere anche l'AGCM – riguardanti sostanzialmente il rapporto tra il procedimento innanzi all'Autorità Garante e quello innanzi al Giudice Ordinario.
Dal momento che il procedimento davanti all'AGCM ha natura non giurisdizionale – essendo l'AGCM un'autorità pubblica e non un organo giurisdizionale – la pendenza dello stesso non comporta la sospensione

necessaria del processo ordinario ai sensi dell'art. 295 C.P.C., né può ritenersi che la pronuncia dell'*Antitrust* sia pregiudiziale rispetto al procedimento davanti al Giudice Ordinario. Non vi è, infatti, alcun impedimento a che un soggetto adisca il Giudice Ordinario in assenza di un giudizio dell'AGCM e nulla osta a che si proponga l'istanza sia all'AGCM, sia al Giudice Ordinario, contemporaneamente o successivamente, prima all'una e poi all'altro o viceversa. I provvedimenti emessi dalle due autorità sono del tutto autonomi e indipendenti [71].
A chiarire ogni eventuale dubbio dell'interprete interviene la previsione di cui all'art. 140*bis,* comma sesto, statuendo che il Tribunale "può" – e non "deve" – sospendere il giudizio sull'ammissibilità della domanda se è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente (o un giudizio davanti al Giudice Amministrativo) sui fatti rilevanti ai fini del giudizio.
Potrebbe perciò accadere che un comportamento di un'impresa non sia ritenuto dannoso per il mercato e non sia vietato dall'Autorità ma venga giudicato illecito dal Tribunale della *class action,* come potrebbe accadere anche l'inverso, oppure potrebbe essere ritenuto illecito sia dall'*Antitrust* sia dal Giudice Ordinario ma, nell'ambito del giudizio di classe, non riuscirsi a provare il pregiudizio arrecato ai consumatori [72].
Riguardo al rapporto tra Giudice Amministrativo e Giudice Ordinario dell'azione di classe, anche qui non si pongono particolari problemi, trattandosi di diversi binari di tutela, pubblicistico e privatistico, e trovandosi le due autorità a decidere su differenti questioni, adottando, peraltro, provvedimenti dal contenuto completamente diverso [73]. Inoltre, una volta riconosciuto che la pretesa dei privati non si fonda sul provvedimento dell'Autorità Garante, anche l'eventuale annullamento dello stesso o il riconoscimento della sua legittimità non vincoleranno il Giudice Civile. L'unica interferenza tra l'accertamento del Giudice Civile e quello del Giudice Amministrativo consiste nell'esame dei medesimi fatti, insuscettibile di estensioni dell'efficacia di giudicato [74].
Non sussiste, pertanto, un problema di contrasto tra i due procedimenti, anche se, di fatto, potrebbe crearsi un contrasto di natura meramente sostanziale tra i due giudicati.

5. Il giudizio di ammissibilità dell'azione: l'influenza di una pronuncia dell'AGCM sul verdetto del "Tribunale dell'azione di classe"

Come si è visto, l'art.140*bis*, comma 6, prevede che il Tribunale *possa* sospendere il giudizio di ammissibilità sulla domanda quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente o un giudizio dinanzi al Giudice Amministrativo.
Il legislatore ha evidentemente implicitamente ammesso che, al fine di pronunciare sull'ammissibilità della domanda e, in particolare, sulla valutazione di non manifesta infondatezza dell'azione, le risultanze

istruttorie di un procedimento davanti ad un'autorità indipendente o del giudizio innanzi al Giudice Amministrativo – anche se, come si è visto, non devono ritenersi vincolanti – possano tuttavia rivelarsi "utili" al Giudice Civile ed assumere, pertanto, "un certo peso" [75].
D'altra parte, è ormai pacifico, in materia di applicazione del diritto *antitrust,* che possono aversi azioni proposte davanti al Giudice Civile senza una previa pronuncia dell'AGCM, le c.d. *stand alone actions*, come possono proporsi azioni all'Autorità Giurisdizionale Ordinaria a seguito di una decisione dell'AGCM, le c.d. *follow on actions.*
Il Tribunale si troverà, nel secondo caso, ad esaminare il verdetto di un soggetto specializzato, adottato in esito ad un'istruttoria ove sono svolte attente indagini economiche – anche grazie ai penetranti poteri attribuiti all'*Antitrust* – nell'ambito di un procedimento ove è garantito il contraddittorio [76].
È chiaro che la pronuncia dell'AGCM, oltre ad agevolare l'attività di accertamento del Giudice Civile, costituisce un forte "elemento di prova" circa la fondatezza dell'azione e delle pretese dei consumatori e permette di estendere ad una pluralità di soggetti gli effetti ristoratori del pregiudizio collegati all'accertata illiceità di un comportamento – ove però siano individuati dal Giudice Civile i presupposti di risarcibilità della lesione subita, ad esempio sotto il profilo del nesso di causalità e, più in generale, della prova del danno.
Si rivelerà, pertanto, sicuramente fruttuosa la prassi di ricorrere prima all'Autorità Garante e poi, servendosi di una pronuncia ottenuta molto più velocemente e semplicemente rispetto ad una sentenza di un tribunale, produrre, nel giudizio di classe, un provvedimento di condanna dell'impresa a sostegno della non manifesta infondatezza dell'istanza [77].
È probabile, dunque, che la maggior parte delle azioni di classe sarà avviata dopo la conclusione di un procedimento dinanzi all'AGCM che abbia accertato la sussistenza dell'illecito e che, anche se il Tribunale non è tenuto ad allinearsi alla decisione dell'Autorità indipendente, tenderà, in concreto, a non discostarsi dai riscontri ottenuti nell'ambito dell'attività di accertamento compiuta dall'Autorità [78]. Ne consegue che vi sarà un fortissimo interesse per le imprese all'ottenimento della chiusura dell'istruttoria con accettazione di impegni (ex art. 14*ter* Legge 287/'90) e dunque senza l'accertamento dell'infrazione.

6. Alcune considerazioni sull'azione di classe

Con l'introduzione dell'art. 140*bis* viene riconosciuta ai consumatori e agli utenti la possibilità, sul fronte del c.d. *private enforcement,* di avvalersi di un nuovo specifico strumento processuale, in relazione a condotte potenzialmente illecite degli imprenditori, peraltro tipicamente caratterizzate dalla naturale destinazione ad una pluralità di soggetti [79].

Il chiaro obiettivo della disciplina è quello di agevolare la tutela del consumatore e la soddisfazione delle relative pretese vantate nei confronti delle imprese, mediante l'aggregazione di singole iniziative processuali, anche e soprattutto se di modico valore, sanzionando ed arginando in tal modo le condotte abusive delle imprese i cui effetti nocivi siano "distribuiti" su una vasta platea di soggetti.
La maggior parte dei consumatori e degli utenti tende a rinunciare, in tali situazioni, ad agire singolarmente, sia perché spesso si tratta di danni di scarso valore economico per il singolo – anche se di grande entità economica complessiva – che renderebbero le spese del giudizio superiori al danno arrecato dalla singola condotta o comunque al beneficio atteso, sia perché il singolo consumatore è scoraggiato dalla notorietà dell'impresa e dalla sua dimensione, temendo di essere da questa "schiacciato" nel corso del giudizio.
Nonostante l'unico modo per assicurare all'azione di classe un sicuro "successo" sarebbe adottare il meccanismo dell'"*opt out*" al posto dell'attuale modello di "*opt in*" [80], l'inerzia dei soggetti danneggiati potrà forse essere superata anche grazie ad un ulteriore dato fondamentale: l'adesione all'azione di classe avviene senza ministero del difensore, il che rende economicamente conveniente per consumatori ed utenti, titolari di diritti "omogenei" a quelli oggetto della pretesa di classe promossa da altri, partecipare aderendo al giudizio "collettivo", piuttosto che sostenere i costi ed i tempi per l'instaurazione di un'autonoma azione. Peraltro, la possibilità di aderire all'azione di classe anche tramite posta elettronica certificata e fax, facilita enormemente una partecipazione "di massa" alla stessa, svincolata dai tempi e dalle formalità della giustizia tradizionale.
Inoltre, rispetto all'azione esperita singolarmente, l'effetto del nuovo strumento dell'azione di classe sarà presumibilmente quello di esercitare una forte pressione sulle imprese più accorte. Si tratta, dunque, di un lungo passo avanti nella prevenzione degli illeciti e delle politiche aziendali di *risk avoidance*. L'impresa "scorretta" dovrà temere non più solamente la sanzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ma anche l'obbligo del risarcimento del danno cagionato ad una moltitudine di consumatori, nonché la lesione della propria reputazione [81].
Lo strumento di *private enforcement* previsto all'articolo 140*bis,* analogamente all'azione collettiva inibitoria di cui all'articolo 140, seppur posto a presidio di posizioni individuali di una pluralità di consumatori, è dunque un meccanismo che, in via mediata, tende a regolare il mercato, spingendo verso il riequilibrio dello stesso attraverso la dissuasione delle imprese dall'adozione di comportamenti abusivi e rappresenta, pertanto, uno strumento alternativo, parallelo e in alcuni casi probabilmente anche più efficiente rispetto al *public enforcement*.
Ulteriore vantaggio dell'azione di classe consiste nella concentrazione in un'unica sede della gestione di una pluralità di controversie aventi ad

oggetto lo stesso comportamento antigiuridico, da cui deriverà chiaramente un alleggerimento del carico dei giudici e sarà garantita più facilmente l'economia processuale.
Si segnala, tuttavia, che la previsione di un "filtro" circa l'ammissibilità della domanda, peraltro affidato al Tribunale in composizione collegiale, si colloca in materie in cui, nell'ambito della concorrente azione individuale, può intervenire il Giudice di Pace (nei limiti della propria competenza per valore), cui non è al contrario richiesta alcuna valutazione sull'eventuale infondatezza dell'azione.
Infine, sempre con riferimento alle deroghe agli ordinari criteri di ripartizione della competenza, la regola dell'affluenza dei procedimenti di classe presso un limitato numero di sedi giudiziarie permetterà una specializzazione di fatto dei giudici e tenderà ad assicurare, pertanto, una migliore qualità delle decisioni emesse e la formazione di orientamenti giurisprudenziali uniformi.

Note:

[*] Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
[1] Relazione tenuta nell'ambito del Ciclo di Seminari sul tema della "*Class Action*" svoltosi nel 2010 presso l'Università degli Studi di Perugia, nell'ambito del Corso di Dottorato "Tutela Giurisdizionale delle Situazioni Giuridiche Soggettive e Libertà della Concorrenza" – coordinatore Prof. Antonio Bartolini. Ai fini della presente pubblicazione, si è ritenuto necessario recepire le recentissime modifiche all'art. 140*bis* del Codice del Consumo ad opera dell'art. 6 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. Decreto Liberalizzazioni), come sostituito dall'art. 1 della Legge di conversione del 24 marzo 2012, n. 27. Lo stesso decreto ha istituito il c.d. Tribunale delle Imprese (Sezioni specializzate in materia di impresa) in luogo delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale (v. art. 2 che ha modificato il D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168).
[2] D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 Codice del Consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, da qui in avanti anche solo "C.d.C.".
[3] Sulla recente disciplina dell'azione di classe si sono pronunciati studiosi di ogni ramo del diritto, in quanto sono coinvolte tematiche di tipo processual-civilisitico, processual-amministrativistico, oltre che di tipo sostanziale. Tra le raccolte dedicate alla disciplina dell'azione di classe si veda A. M. Gambino – V. Falce (a cura di), *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, Edizioni ART, Roma, 2010. Si veda, inoltre, P. Fiorio,

*L'azione di classe nel nuovo art. 140*bis *e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *I diritti del consumatore e la nuova* class action, P. G. Demarchi (a cura di), Zanichelli, 2010; I. Pagni, *L'azione di classe del nuovo articolo 140*bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4/2010, p. 349; L. Mantovani, *La* class action*: profili applicativi e questioni processuali*, in *Notarilia*, n. 2, anno IV, 2012, p. 11. Per un approccio comparatistico sulla *class action* v. P. Congedo – M. Messina, *European "Class" Action: British and Italian points of view in evolving scenarios*, in *Europa e Diritto Privato*, 1/2009, Giuffré, p. 163.

[4] V. nota n. 1. In particolare, le modifiche più rilevanti sono avvenute in sede di conversione del decreto.

[5] Si vedano i casi di cui all'art. 140*bis*, comma secondo, lettere a), b) e c).

[6] Entrambi gli interessi, del resto, sono già riconosciuti dall'art. 2 del Codice del Consumo. V. art. 140*bis,* comma primo, C.d.C.

[7] Sulla nozione di interesse collettivo e sulle tutele collettive si veda L. Tavormina, *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e* deterrence*,* in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, F. Galgano (diretti da), 4-5/2009, p. 973 e ss. Si veda anche R. Pardolesi, *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976.

[8] Cfr. B. Sassani, *Interessi collettivi e scelte irrazionali*, in *Il Sole-24 Ore,* 17 marzo 2012, p. 29. La reintroduzione degli interessi collettivi sembrerebbe tuttavia essere priva di una reale portata operativa, poiché non accompagnata da paralleli mutamenti degli altri aspetti del 140*bis* disegnati su misura per la tutela dei soli diritti individuali.

[9] Nel passaggio dall'una all'altra versione del 140*bis* è stata inoltre effettuata un'altra modifica di indubbia rilevanza: il generico e onnicomprensivo riferimento ai danni derivanti da atti illeciti extracontrattuali, è stato sostituito dal riferimento ai soli danni da prodotto (ora anche da servizio, si veda l'art. 140*bis*, comma secondo, lett. b), in tal modo ridimensionando l'ambito oggettivo di applicazione della norma ed escludendo dall'azione di classe danni come quello ambientale e alla salute.

[10] Per maggiori dettagli, si vedano A. Giussani, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140*bis *Cod. Cons.: dalla Legge Finanziaria 2008 al D.D.L. Sviluppo 2009*, in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, A. M. Gambino e V. Falce (a cura di), Edizioni ART, Roma, 2010, p. 24; A. Carratta, *Sulla modifica dell'art. 140*bis *Cod. Cons. e sull'introduzione dell'azione di classe*, in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, A. M. Gambino e V. Falce (a cura di), Edizioni ART, Roma, 2010, p. 233. Per l'esame del testo dell'art. 140*bis,* come introdotto dalla legge del 2007 si veda, tra gli altri, C. Iurilli, *L'azione risarcitoria*

collettiva, in *Il nuovo diritto dei consumatori*, C. Iurilli e G. Vecchio (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 839.
[11] Art. 140*bis,* comma primo, secondo periodo.
[12] In base alla lett. c) del comma secondo, l'azione è diretta a tutelare: «diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali».
[13] L'articolo 140*bis* parla (unicamente) di "consumatori" ed "utenti". Si tenga presente che il Decreto Liberalizzazioni ha modificato anche gli artt. 18 e 19 del Codice del Consumo estendendo l'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette – che in precedenza era posta a tutela delle sole persone fisiche – anche alle c.d. microimprese, con tali intendendosi «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003» (art. 18, comma primo, lett. d-*bis*).
[14] G. Ghidini, *Passo avanti sui diritti collettivi*, in *Il Sole-24 Ore*, lunedì 21 dicembre 2009 – N. 351, p. 3.
[15] V. art. 140*bis,* comma quarto: «La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale».
[16] Cfr. G. Alpa, *L'art. 140*bis *del Codice del Consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010, p. 12. La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette è stata introdotta nel Codice del Consumo con il D.Lgs. n. 146 del 2007, attuazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. Sulla disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette v. A. Stazi, *I principali profili evolutivi nell'applicazione della normativa. Il rapporto fra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le discipline settoriali*, in A.M. Gambino, V. Falce, A. Stazi (a cura di), *Rassegna Pratiche commerciali scorrette (2008 e primo semestre 2009),* in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,* G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 17/2009, p. 200; A. Stazi, *Le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive*, in *Diritto e pratica delle società*, 5/2010, p. 14; A. Stazi, *Le pratiche commerciali scorrette: la nuova disciplina degli artt. 18 e ss. del Codice del consumo a*

seguito del D.lgs. n. 146/2007, in A.M. Gambino, A. Stazi (a cura di), *Rassegna Pratiche commerciali scorrette (2007 e primo semestre 2008)*, in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 16/2008, p. 195.

[17] Secondo la definizione di cui all'art. 18, comma primo, lett. b) C.d.C. si intende per «"professionista": qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista»; in base alla lett. a) dello stesso articolo, si intende invece per «"consumatore": qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». Si veda anche la già citata lettera d-bis) e si ricordi quanto detto in merito all'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette anche alle c.d. "microimprese".

[18] V. art. 18, comma primo, lett. d) C.d.C.

[19] Art. 19, comma primo, C.d.C.

[20] La valutazione sull'idoneità di una pratica a incidere sulla formazione della volontà del consumatore e a comprometterla è effettuata con riferimento al concetto di "consumatore medio". V. art. 20, comma secondo, C.d.C.

[21] Come evidenziato da G. Alpa, *L'art. 140*bis *del Codice del Consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010, p. 12.

[22] V. artt. 23 e 26 C.d.C., rispettivamente sulle "Pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli" e sulle "Pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive".

[23] In proposito si vedano le seguenti circolari di Confindustria: Circolare N.19033 del 18 marzo 2008 "*La disciplina delle azioni collettive risarcitorie*" e Circolare N.19244 del 16 ottobre 2009 "Class Action. *La nuova disciplina dopo i correttivi introdotti dalla Legge Sviluppo*", rispettivamente firmate M. Panucci e A. Matonti.

[24] In tal senso, V. Falce, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010, p. 2.

[25] Cfr. G. Alpa, *L'art. 140*bis *del Codice del Consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010, p. 12.

[26] Prima artt. 81 e 82 del Trattato che istituisce la Comunità Europea (TCE).

[27] Gli interessi in gioco sono quelli di: consumatori, imprese e mercato.

[28] In particolare, è necessario dimostrare la sussistenza dei seguenti elementi: il fatto illecito del convenuto, il danno ingiusto, il nesso di causalità tra l'illecito e il danno, il dolo o la colpa del convenuto (art. 2043 c.c.).

[29] Per un'ampia disamina dei profili comportamentali consistenti in intese restrittive della concorrenza ed abusi di posizione dominante, nonché dei più noti casi esaminati dalle autorità nazionali, europee e d'oltreoceano, si veda V. Mangini - G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, Terza edizione, Torino, 2009.
[30] Si veda V. Falce, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010, p. 1.
[31] Cfr. G. Taddei Elmi, *Commento. Art. 27-27*quater, in *Codice del Consumo – Aggiornamento – Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Cedam, 2009, pp. 114-115.
[32] È infatti assente una previsione normativa che, in questo ambito, come anche in quello *antitrust*, preveda un giudizio individuale di fronte al Giudice Ordinario che culmini con un provvedimento di carattere inibitorio, essendo appunto tale funzione tipicamente riservata alle autorità pubbliche. Tali rilievi sono espressi da L. Tavormina, *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e* deterrence*,* in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, F. Galgano (diretti da), 4-5/2009, p. 1018, che, seppur con riferimento al settore *antitrust* – cui ritiene applicabile l'articolo 140 a dispetto della lettera dell'articolo 139 e contrariamente a quanto affermato da parte della dottrina – sottolinea l'esigenza di rimeditazione, alla luce delle considerazioni sui vantaggi del *private enforcement* in termini di disincentivazione delle condotte illecite, del consolidato orientamento giurisprudenziale che nega al singolo la possibilità di ricorrere all'autorità giurisdizionale ordinaria per ottenere l'inibitoria definitiva degli illeciti *antitrust*, sulla scorta dell'interpretazione letterale dell'art. 33, comma 2, della Legge del '90. Tale orientamento è stato peraltro ribadito nella sentenza della Corte App. Milano, 16 luglio 2008, in *Il diritto industriale*, 5/2008, p. 459, con nota di Florida.
[33] In caso di reiterata inottemperanza ai propri provvedimenti l'Autorità, ai sensi dell'art. 27, comma 12, può comminare un'ulteriore sanzione pecuniaria amministrativa e disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo massimo di 30 giorni.
[34] Sul punto v. D. Mula, *Il procedimento innanzi all'Autorità Garante (regolamento n. 17589/07) ed i procedimenti per inottemperanza*, in A.M. Gambino, A. Stazi (a cura di), *Rassegna Pratiche commerciali scorrette (2007 e primo semestre 2008)*, in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 16/2008, p. 225.
[35] V. art. 27, comma 13, C.d.C.
[36] Si veda, G. Taddei Elmi, *Commento. Art. 27-27*quater, in *Codice del Consumo – Aggiornamento – Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Cedam, 2009, p. 125.

[37] Direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («Direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).
[38] Pertanto, il Giudice Civile può conoscere, nella veste atti di concorrenza sleale ed ai sensi dell'art. 2598 del Codice Civile, anche delle pratiche commerciali nella misura in cui si rivelino scorrette, ingannevoli o aggressive nell'ambito di un ordinario processo di cognizione (o cautelare, ai sensi dell'art. 700 C.P.C.) e su iniziativa di un soggetto legittimato alla relativa azione, il quale, ai sensi della disciplina sulla concorrenza sleale, è un soggetto che si trova necessariamente in posizione di *concorrenza* con il convenuto. Si ricordi che la disciplina processual-civilistica dei diritti di proprietà industriale e della concorrenza sleale c.d. interferente rientra nella competenza funzionale delle Sezioni specializzate in materia di impresa (prima Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, v. nota 1), di cui al D.Lgs. n. 168 del 2003. Sul punto si veda D. D'Ulisse, *La tutela giurisdizionale amministrativa ed ordinaria e l'autodisciplina pubblicitaria*, in A.M. Gambino, A. Stazi (a cura di), *Rassegna Pratiche commerciali scorrette (2007 e primo semestre 2008)*, in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 16/2008, p. 230.
[39] Titolo III, rubricato "Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali" (Parte II), articoli 18-27*quater.*
[40] Cfr. G. De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 5/2008, p. 1057; C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della Dir. 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, in *Obbligazioni e Contatti*, 2007, p. 778.
[41] Così A. Liguori, *La tutela giurisdizionale amministrativa ed ordinaria e l'autodisciplina pubblicitaria*, in A.M. Gambino, V. Falce, A. Stazi (a cura di), *Rassegna Pratiche commerciali scorrette (2008 e primo semestre 2009)*, in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 17/2009, p. 278.
[42] Cfr. G. Taddei Elmi, *Commento. Art. 27-27*quater, in *Codice del Consumo – Aggiornamento – Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Cedam, 2009, p. 125. Per la sussistenza della giurisdizione del Giudice Ordinario in materia di pubblicità ingannevole e comparativa v. Cass., S.U., 28 marzo 2006, ord. n. 7036.
[43] Per ulteriori considerazioni v. G. Ghidini, *Passo avanti sui diritti collettivi*, in *Il Sole-24 Ore,* lunedì 21 dicembre 2009 – N. 351, p. 3; V.

Falce, *Brevi note in tema di pratiche commerciali scorrette,* in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, A. M. Gambino e V. Falce (a cura di), Edizioni ART, Roma, 2010, p. 180; V. Falce, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010, p. 1.

[44] Pertanto, sarà compito dell'interprete individuare i rimedi sostanziali, mediante la lettura in combinato delle norme generali in materia di contratto e di responsabilità civile e delle norme del Codice del Consumo; come d'altra parte avviene anche in tema di rimedi civili per la violazione delle norme *antitrust*. Così, tra gli altri, G. Taddei Elmi, *Commento. Art. 27-27*quater, in *Codice del Consumo – Aggiornamento – Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Cedam, 2009, p. 126-134, che fornisce una panoramica dei vari rimedi civili esperibili dal consumatore. Per le possibili soluzioni prospettate dalla dottrina e le prime pronunce giurisprudenziali a disposizione si veda anche A. Liguori, *La tutela giurisdizionale amministrativa ed ordinaria e l'autodisciplina pubblicitaria*, in A.M. Gambino, V. Falce, A. Stazi (a cura di), *Rassegna Pratiche commerciali scorrette (2008 e primo semestre 2009)*, in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 17/2009, p. 278. Tra gli articoli del Codice Civile ritenuti, di volta in volta, applicabili vi sono: art. 1337; art. 1418, comma primo; art. 1434; art. 1439; art. 2043; art. 2056.

[45] Le c.d. diffide, *ex* art. 15 della Legge n. 287 del 1990.

[46] V. artt. 12 e 14 della Legge n. 287 del 1990.

[47] V. art. 15 della Legge n. 287 del 1990.

[48] Art. 14*bis* della Legge n. 287 del 1990.

[49] Art. 14*ter* della Legge n. 287 del 1990.

[50] Ai sensi dell'art. 33, primo comma, della legge del '90, come modificato dal D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, «La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo».

[51] Art. 33, secondo comma, Legge n. 287 del 1990. Per approfondimenti v. M. Scuffi, *Violazione delle norme antitrust e tutela di classe del consumatore*, in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, A. M. Gambino e V. Falce (a cura di), Edizioni ART, Roma, 2010, p. 180.

[52] Sulla molteplicità dei giudici competenti v. E. L. Camilli, *Il contributo del giudice ordinario all'evoluzione del diritto antitrust: la giurisprudenza nel 2007 e nel primo semestre 2008*, in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 16/2008, p. 146. Sul *private enforcement* del diritto *antitrust* v. anche: V. Mangini – G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, Terza edizione, Torino, 2009, p. 137; A.

Vanzetti – V. Di Cataldo, *Manuale di Diritto Industriale*, sesta edizione, Giuffrè Editore, 2009, p. 641.
[53] Art. 33, comma 2, legge n. 287 del 1990.
[54] Art. 134 del D.Lgs. n. 30 del 2005 (Codice della Proprietà Industriale).
[55] «Gli studiosi di diritto processuale spiegheranno se debba prevalere la specialità della materia oppure la specialità dello strumento processuale e del rito ad esso connesso per radicare l'azione di classe dinanzi al giudice delle questioni *antitrust* oppure davanti al giudice dell'azione di classe». Così, G. Alpa, *L'art. 140*bis *del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010, p. 3.
[56] Cfr. E. L. Camilli, *Il contributo del giudice ordinario all'evoluzione del diritto antitrust: la giurisprudenza nel 2007 e nel primo semestre 2008*, in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 16/2008, p. 148.
[57] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475.
[58] Il che è ancor più evidente nelle cause di modesto valore.
[59] Sull'applicazione del diritto *antitrust* ad opera del Giudice Ordinario v., tra gli altri, E. L. Camilli, *Il contributo del giudice ordinario all'evoluzione del diritto* antitrust*: la giurisprudenza nel 2007 e nel primo semestre 2008*, in *Concorrenza e Mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti (a cura di), 16/2008, p. 143.
[60]] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475.
[61] Si vedano, oltre alla sentenza Cass. Civ., S.U., n. 2207/2005, le sentenze: Cass. Civ., Sez. III, n. 2305/2007; Cass. Civ., S.U., n. 13896/2007, Aurora Assicurazioni S.p.A. c. C., in *Riv. Dir. Ind.*, 2/2008, p. 133; Cass. Civ., Sez. III, n. 6297/2008, Soc. Commercial Union Insurance c. P., in *Resp. Civ. e Prev.*, 9/2008, p. 1914.
[62] Il consumatore è l'acquirente finale del prodotto, il soggetto che «chiude la filiera che inizia con la produzione».
[63] Si vedano il Libro Verde del 19 dicembre 2005 e il Libro Bianco del 2 aprile 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, consultabili sul sito dell'Unione Europea: http://europa.eu/. Nel periodo dal 4.2.2011 al 30.4.2011 la Commissione europea ha svolto una consultazione pubblica in materia di *collective redress – Towards a Coherent European Approach to Collective Redress* – diretta a valutare l'opportunità di un intervento comunitario in tema di strumenti risarcitori collettivi: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/.
Per la risposta di Confindustria alla consultazione pubblica si veda: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/confindustria_it.pdf. Strumenti di tutela collettivi *ad hoc* sono infatti

attualmente allo studio della Direzione Generale Concorrenza e della Direzione Generale Salute e tutela dei consumatori.
[64] Ovverosia di dissuasione delle imprese dalla commissione di illeciti.
[65] Per approfondimenti, v. L. Navarra, *L'azione collettiva risarcitoria e il diritto* antitrust, in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, A. M. Gambino e V. Falce (a cura di), Edizioni ART, Roma, 2010, p. 166.
[66] V. art. 2909 C.C. "Cosa giudicata".
[67] A titolo esemplificativo, v. Cass. Civ., Sez. Lav., 2 marzo 1987, n. 2205 e Cass. Civ., Sez. Lav., 13 aprile 2002, n. 5340.
[68] Per un confronto tra le previsioni di cui al vecchio testo del 140*bis* – come introdotto ad opera della Legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Legge finanziaria 2008) – e quanto statuito dal nuovo testo – come ridisegnato dall'art. 49 della Legge 23 luglio 2009 n. 99 (c.d. Legge Sviluppo) – si veda S. Ruperto, *L'azione collettiva risarcitoria: osservazioni de iure condendo*, in *Giust. Civ.*, 11/2008, p. 501.
[69] Ciò in un certo senso sembra "riequilibrare" la posizione dell'impresa convenuta nei confronti dei consumatori. Si noti che la precisazione relativa all'unicità del giudizio di classe è assente nel vecchio testo dell'articolo 140*bis* mai entrato in vigore.
[70] V. art. 140*bis*, comma 14. Cfr. L. Tavormina, *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e* deterrence*,* in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, F. Galgano (diretti da), 4-5/2009, p. 1001.
[71] Cfr. I. Pagni, *L'azione di classe del nuovo articolo 140*bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4/2010, p. 367.
[72] Sul sistema del doppio binario, adottato anche in relazione alle due diverse inibitorie in materia di pratiche commerciali scorrette – una amministrativa, esercitata dall'AGCM ai sensi dell'art 27 C.d.C., l'altra giurisdizionale, ex art. 140 C.d.C. – si veda L. Tavormina, *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e* deterrence*,* in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, F. Galgano (diretti da), 4-5/2009, p. 995, che affronta la questione ricordando che le due inibitorie sono reputate tra loro perfettamente compatibili dal legislatore comunitario e che la coesistenza della stesse è ammessa da parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità anche alla luce di precedenti pronunce della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato, che hanno più volte negato il carattere giurisdizionale dell'AGCM. V. ad es. C. Giust. CE, 31 maggio 2005, causa C-53/03, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, 11, 2, p. 369, con nota di L. Raimondi; Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199, in *Foro It.,* 3/2002, p. 482.
[73] Inibitoria e sanzione amministrativa nel caso di Giudizio Amministrativo, condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni nel caso di Giudizio Ordinario.

[74] Così, I. Pagni, *L'azione di classe del nuovo articolo 140*bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4/2010, p. 368.
[75] Tale circostanza è confermata dalla stessa Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza n. 3638 del 13 febbraio 2009, la quale ha affermato che gli accertamenti dell'Autorità indipendente rappresentano uno «strumento di prova privilegiato», cui potrebbe seguire un'inversione dell'onere probatorio.
[76] Cfr. G. Taddei Elmi, *Commento. Art. 27-27*quater, in *Codice del Consumo – Aggiornamento – Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, G. Vettori (a cura di), Cedam, 2009, p. 135.
[77] Sul rapporto tra azione di classe e provvedimenti di un'altra autorità, l'AGCOM, si veda C. Magri – A. Stazi, *Il punto di vista dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, A. M. Gambino e V. Falce (a cura di), Edizioni ART, Roma, 2010, p. 233.
[78] Sul filtro della pronuncia di ammissibilità della domanda v. G. Ghidini, *Passo avanti sui diritti collettivi*, in *Il Sole-24 Ore*, lunedì 21 dicembre 2009 – N. 351, p. 3; G. Alpa, *L'art. 140*bis *del Codice del Consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010; V. Falce, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010; I. Pagni, *L'azione di classe del nuovo articolo 140*bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4/2010, p. 349; L. Mantovani, *La* class action*: profili applicativi e questioni processuali*, in *Notarilia*, n. 2, anno IV, 2012, p. 11; Guida al diritto - Il Sole 24 Ore, *La nuova* class action*, Sì al giudizio sospeso se l'Authority apre un'istruttoria*, gennaio 2010, p. 62.
[79] Cfr. V. Falce, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, www.dimt.it, 2010, p. 1.
[80] Cambiamento che probabilmente, a tutela delle piccole e medie imprese, non è auspicabile.
[81] Così G. Ghidini, *Passo avanti sui diritti collettivi*, in *Il Sole-24 Ore*, lunedì 21 dicembre 2009 – N. 351, p. 3.

I Decreti legislativi 28 maggio 2012 n. 69 e n. 70: emendamenti al Codice delle Comunicazioni Elettroniche e al "Codice Privacy"

di
Giuseppina Napoli

Abstract
On May 28, 2012, was issued, by the Italian Government, the Decree 69/2012, implementing EC Directive 2009/136 also related to the processing of personal data and the protection of privacy in electronic communications. Among the most important aspects of the new Decree is the prediction that the user must give his consent to the storage of information, or the acquisition of access to information stored in the terminal, through which you can access the network. The system of the "Security Breach Notification" is introduced by the provider of an electronic communication service, when there is a violation of the personal data of their customers. The second Decree introduced is the Decree 70/2012, implementing EC Directive 2009/140 on access and interconnection of electronic communications networks. The decree puts the attention on the principles of technological neutrality, competition and guarantee non-discrimination between operators on the relative sector and a larger increase in the cooperation between Italian Authorities and BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications).

Sommario: 1.Introduzione; 2. Il quadro comunitario: l'origine dei due decreti; 3. Il D. Lgs 70/2012: modifiche al Codice delle Comunicazioni elettroniche; 4. Il D. Lgs 70/2012: modifiche al Codice in materia di protezione dei dati personali; 5. Conclusioni.

1.Introduzione

I recenti Decreti Legislativi pubblicati in Gazzetta ufficiale il 28 maggio scorso, il D. Lgs 28 maggio 2012 n. 69 e n.70 [1], hanno ad oggetto il recepimento delle Direttive comunitarie ricomprese nell'ambito del cosiddetto "Pacchetto Telecom" [2]; in particolare, il primo tra i due, in recepimento della Direttiva 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, ha modificato il D. Lgs 30 giugno 2003 n. 196, recante le disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali; mentre il secondo in attuazione della, ormai "vecchia", Direttiva 2009/140/CE in

materia di reti e servizi di comunicazione elettronica ha modificato il D. Lgs1 agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle Comunicazioni Elettroniche.
Il focus sostanziale dei due interventi normativi si staglia nella direzione di una tutela sempre più penetrante per gli utenti del settore, sia da un punto di vista contrattuale che della protezione dei dati personali.
Nello specifico, il D. Lgs 69/2012 si concentra, in maniera predominante, sul consenso preventivo al trattamento dei dati degli utenti e sulla sicurezza dei dati medesimi, sancendo la necessità di adottare misure tecniche a protezione dei dati personali nonché di quelli relativi al traffico ed all'ubicazione degli utenti, per evitarne la distruzione, alterazione e finanche la perdita anche accidentale, così come l'archiviazione, ed il trattamento o l'accesso non autorizzati.
In caso di violazione di tali dati, infatti, il fornitore di servizi di comunicazione elettronica dovrà comunicarne la violazione al Garante per la *Privacy*, insieme alle eventuali soluzioni prospettate per porvi rimedio, e l'Auorità darà conseguentemente delle istruzioni a riguardo, nei casi più gravi anche all'utente interessato.
Le modifiche al Codice delle Comunicazioni elettroniche contenute nel D. Lgs 70/2012 affrontano, invece, numerosi temi tra i quali, appaiono di maggior rilievo, la gestione delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica, la numerazione, l'assegnazione e l'indirizzamento dei nomi a dominio, la sicurezza delle reti e dei servizi, gli obblighi esistenti in capo ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica.
Lo stesso Decreto impone anche, un maggior grado di trasparenza nei contratti, specialmente per quanto riguarda la fissazione delle tariffe, la qualità, i tempi e le condizioni del servizio, soffermandosi anche sull'esercizio del diritto di recesso, con l'obiettivo di ottenere una migliore confrontabilità fra operatori e fra le loro offerte sul mercato e permettendo, altresì, un cambio di fornitore più agevole per il singolo utente.

2. Il quadro comunitario: l'origine dei due Decreti

La revisione comunitaria del quadro normativo e regolamentare delle comunicazioni elettroniche, concretizzatasi con l'emanazione comunitaria delle Direttive che hanno innovato il quadro regolamentare comunitario del mercato delle comunicazioni elettroniche stesse [3], nasce, prima di tutto, dalla constatazione di una persistente mancanza di un mercato unico nel settore, dovuta, in particolare, alla frammentarietà normativa in questo campo, negli Stati membri.
La famigerata ed ormai nota situazione descritta, accanto anche alle discrepanze e alla mancanza di coordinazione nell'attività delle varie Autorità Nazionali di Regolamentazione (ANR), mina, da un lato la

competitività del settore, dall'altro lascia poco spazio all'effettiva tutela del consumatore-utente finale.
Il Codice delle Comunicazioni elettroniche, in recepimento dell''insieme di Direttive comunitarie innovanti il settore, ha comunque dato avvio ad un profondo cambiamento nel mercato delle comunicazioni elettroniche a livello nazionale.
Di tale cambiamento ne è certamente un esempio, il passaggio al regime cosiddetto "autorizzatorio" (avvenuto nel nostro ordinamento tramite il recepimento della Direttiva Autorizzazioni; Direttiva 2002/20/CE, all'interno del Codice delle Comunicazioni elettroniche), con il quale si vuole promuovere la concorrenza e lo sviluppo di un mercato interno delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle condizioni di autorizzazione, che diventano il meno onerose possibili per le imprese. Anche nella disciplina comunitaria il concetto di autorizzazione generale si emancipa dal concetto di autorizzazione, inteso come atto amministrativo, individuando piuttosto una normativa generale di settore. Nell'attuale regime, infatti, l'autorizzazione generale non è un atto, in senso stretto, ma un "effetto di autorizzazione generale" [4].
L'innovazione della regolazione dei mercati delle comunicazioni elettroniche è segnata anche dall'aspetto concernete il coordinamento tra le Autorità di regolazione nazionale. Infatti, la creazione del BEREC, L'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, avvenuta ufficialmente a Riga nel maggio 2010, ha avuto proprio la finalità di coordinamento e relazione tra le ANR sui temi più complessi ed impattanti nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, oltre alla finalità di supervisione per ciò che riguarda il livello concorrenziale nel mercato in questione.
La Commissione, di fatti, coopera con il BEREC per porre in essere un piano di supervisione delle misure relative alla concorrenza nei mercati delle comunicazioni elettroniche [5].
Concretamente tale collaborazione avviene con la precisa finalità di creare una rete efficiente di coordinamento, per evitare che si creino delle situazioni anticoncorrenziali per il mercato. Se la Commissione ritiene che una misura relativa ad aspetti concorrenziali notificata, in fase di progetto, da un organismo di regolamentazione nazionale rischi di creare barriere al mercato unico dei servizi di telecomunicazioni, può spingersi a svolgere una valutazione approfondita e, in collaborazione con il BEREC, può emettere una raccomandazione all'organismo nazionale di regolamentazione per modificare o ritirare la misura programmata, che deve essere tenuta in massima considerazione dall'organismo nazionale che la riceve.
Proprio per questo ruolo di cooperazione e per il ruolo di supervisione in tale mercato delle telecomunicazioni è ancora più alta l'allerta al rispetto di

determinate regole per garantire, il più possibile, anche un livello minimo di concorrenza fra gli operatori, all'interno degli Stati membri, al fine anche di supplire alla mancanza di un non bene delineato né completo "*level playing field*" in fatto di regolamentazione nel mercato delle telecomunicazioni, il quale stenta ad assumere la veste di "mercato unico".
La mancata attuazione del Pacchetto Telecom, che avrebbe dovuto trovare recepimento in Italia entro la data del 25 maggio 2011, disattesa dal nostro Paese nonché da altri 19 tra gli Stati membri, ha comportato l'apertura di una Procedura d'infrazione per il mancato allineamento ai dettami comunitari.
La Procedura d'infrazione è stata la risposta ad una riforma fortemente voluta dalla Commissione al fine di garantire maggiori diritti ai consumatori europei, posto che gli obiettivi delle novità contemplavano, tutte le norme e i principi adesso trasposti nei nuovi Decreti, quali ad esempio, la possibilità del passaggio da un operatore fisso o mobile a un altro senza dover cambiare il proprio numero di telefono, entro un giorno lavorativo; il diritto ad informazioni più chiare in merito ai livelli minimi di qualità del servizio, ossia tutte misure maggiormente tutelanti per li utenti-consumatori del mercato delle comunicazioni elettroniche.
Ad esempio, per quel che riguarda i *cyber* utenti, era prevista la ricezione di informazioni in merito alle tecniche di gestione del traffico e al loro impatto sulla qualità del servizio, così come eventuali altre limitazioni (quali i limiti di larghezza di banda, la velocità di connessione, il blocco o la strozzatura dell'accesso a taluni servizi come i servizi V0IP); e nei contratti dovevano essere contenute informazioni dettagliate relative ai rimborsi e alle compensazioni offerte, laddove tali livelli minimi non potessero essere raggiunti.
I consumatori europei, in sostanza, qualora la Riforma comunitaria avesse trovato recepimento nei termini previsti, avrebbero avuto più possibilità contro la violazione di dati personali e lo Spam (ossia le e-mail indesiderate) e sarebbero stati obbligatoriamente avvisati in caso di violazione dei dati personali; maggiori informazioni e richiesta di autorizzazione per la registrazione o l'utilizzo dei dati nei dispositivi degli utenti- consumatori stessi (come ad esempio i *cookies* non inerenti al servizio utilizzato in un dato momento [6]).
Si tratta, in sostanza, di tutte le tematiche contenute nei due Decreti qui in commento, ed attuate solo dal Maggio scorso nel nostro ordinamento.
Anche l'apertura della Procedura d'infrazione comunque non ha accelerato i tempi né i principi e le previsioni sottese alla Riforma sono state da stimolo per i Paesi membri che non si sono adeguati in tempo, perdendo così l'occasione di accelerare i tempi per l'entrata in vigore delle riforme (l'Italia si è adeguata dopo, appunto, un anno dalla data di apertura della procedura d'infrazione), testando le novità normative e rendendo il

mercato delle comunicazioni elettroniche più competitivo, assecondando così il fine della Riforma stessa.
L'ispirazione e l'esigenza di un approccio maggiormente concorrenziale non è stata, certamente sottaciuta dalle istituzioni comunitarie nonché dai suoi esponenti, primo tra tutti il Commissario UE alla Digital Agenda, Neelie Kroes, la quale proprio nel Maggio dello scorso anno dichiarava: "I cittadini e le imprese dovrebbero approfittare al massimo delle opportunità offerte dalle nuove norme per avere servizi più competitivi nel settore delle telecomunicazioni.[..] Se questi diritti non saranno attuati nella pratica, adotterò i provvedimenti necessari, nei confronti degli Stati membri e degli operatori, per porvi rimedio". Sono stati, infatti, diversi i richiami fatti dalle istituzioni comunitarie, durante l'anno trascorso, anche in pubbliche occasioni, per ricordare il pendente processo di adeguamento che coinvolgeva vari Stati membri, e i cui risultati, almeno per il nostro Paese, sono stati tangibili solo dalla recente emanazione dei Decreti.

3. Il D. Lgs 70/2012: modifiche al Codice delle Comunicazioni elettroniche

Il recente Decreto legislativo 28 maggio 2012 n. 70 modifica il Codice delle comunicazioni elettroniche. Il titolo stesso del Decreto annuncia le modifiche al Codice in attuazione di due Direttive europee: la 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, nota anche come Direttiva "*Better Regulation*", e la 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nelle comunicazioni elettroniche.
Più precisamente, il Decreto n. 70/2012 non si occupa del recepimento delle disposizioni di quest'ultima Direttiva, affidato, come già detto, al D. Lgs 69/2012.
Il decreto 70/2012 fa il punto su svariati e rilevanti argomenti, come innanzi accennato: dalle reti, alle radiofrequenze, agli elenchi degli abbonati [7], all'obbligo di ripristinare le cabine telefoniche [8] (peraltro già previsto dal previgente Codice). Recepisce, inoltre, la normativa europea in materia di accesso alle reti di comunicazione elettronica e risorse correlate e all'interconnessione delle medesime (se ne occupa specificamente tutto il Titolo II, Capo III del nuovo Codice); nonché di autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione.
Il nuovo Codice delle Comunicazioni elettroniche, infatti, all'art. 75, rubricato "Servizi di consultazione degli elenchi telefonici" e all'art.80 rubricato "Agevolare il cambiamento del fornitore" si occupa dei temi suddetti. Si nota come in quest'ultima norma, nel secondo comma, viene specificato che "L'Autorità non prescrive tariffe al dettaglio per la portabilità del numero che comportino distorsioni della concorrenza, ad esempio stabilendo tariffe al dettaglio specifiche o comuni"[9], con

l'intento di specificare l'apertura alla concorrenza anche nei rapporti inter-operatore.
Con la stessa finalità, che abbraccia soprattutto un'innovazione nella disciplina che regola i rapporti tra gli operatori del settore, anche l'art. 41 del Codice, rubricato "Diritti ed obblighi degli operatori" è stato novellato, e indica che " Gli operatori autorizzati alla fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico hanno il diritto e, se richiesto da altri operatori titolari di un'autorizzazione ai sensi dell'articolo 26 del presente Codice, l'obbligo di negoziare tra loro l'interconnessione ai fini della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, allo scopo di garantire la fornitura e l'interoperabilità dei servizi in tutta l'Unione europea."
A voler indagare i principi sostanziali sottesi a queste novità introdotte nel nuovo Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché alle finalità perseguite da queste stesse, va quindi citata la concorrenzialità del mercato, quale obiettivo cui tendere nonché principio ispiratore che diviene il nuovo *driver* per il mercato e le dinamiche ivi presenti, sia tra operatori del settore (a livello – in termini economico- regolamentari- *wholesale*) che tra operatori e consumatori finali –ossia a livello *retail*-).
A tal riguardo il Codice è innovato anche sotto quest'ultimo profilo, ossia quel del rapporto operatore- utente. Valga a titolo esemplificativo il rinnovato art. 54 "Fornitura dell'accesso agli utenti finali da una postazione fissa e fornitura di servizi telefonici" [10], che impone la fornitura dell'accesso agli utenti che ne fanno richiesta, sotto l'osservanza al rispetto dell'obbligo da parte del Ministero, e contenente le rinnovate norme sulla fornitura dei servizi e l'accesso per i soggetti disabili. In particolare, gli articoli 57 e 73-bis sono dedicati esplicitamente ai soggetti disabili, al fine di garantire i loro diritti, assicurando agli stessi un accesso equivalente a quello degli altri utenti anche ai servizi pubblici di telefonia vocale, tramite la connessione di rete.
Vengono rafforzate le tutele per l'accesso al mercato, permeandolo di criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità e conseguentemente vengono modificate le disposizioni sull'individuazione e la regolazione del mercato. A tal proposito l'art. 4 del D. Lgs 259/2003, rubricato "Obiettivi generali della disciplina di reti e servizi di comunicazione Elettronica" nel comma primo, lett. c) contiene il principio che segue "La disciplina delle reti e servizi di comunicazione elettronica è volta a salvaguardare, nel rispetto del principio della libera circolazione delle persone e delle cose, i diritti costituzionalmente garantiti di: [...] c) libertà di iniziativa economica e suo esercizio in regime di concorrenza, garantendo un accesso al mercato delle reti e servizi di comunicazione elettronica secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità.".

Le novellate norme prevedono anche un rafforzato sistema di notifica al Ministero e ad AGCOM di informazioni di carattere economico-finanziario, a carico dei fornitori, con l'obiettivo di meglio monitorare il mercato con finalità concorrenziali, obiettivo questo che può essere ravvisato anche nelle procedure che l'AGCOM pone già in essere, ad esempio tramite la valutazione del Sistema Integrato delle Comunicazioni (cosiddetto SIC).
Nell'ambito delle comunicazioni ai fini delle valutazioni del Sistema Integrato delle Comunicazioni, i soggetti che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica trasmettono tutte le informazioni, anche di carattere finanziario, necessarie al Ministero e all'Autorità, per le materie di rispettiva competenza, al fine di assicurare la conformità alle disposizioni o alle decisioni dagli stessi adottate. Più precisamente, il Ministero e l'Autorità hanno la facoltà di chiedere che tali imprese comunichino informazioni circa gli sviluppi previsti a livello di reti o di servizi che potrebbero avere ripercussioni sui servizi all'ingrosso da esse resi disponibili ai concorrenti.
Le imprese che dispongono di un significativo potere sui mercati all'ingrosso possono essere, inoltre, tenute a presentare dati contabili sui mercati al dettaglio collegati a tali mercati all'ingrosso (come già avviene, *mutatis mutandis*, per alcuni mercati con l'Informativa Economica di Sistema (anche denominata IES), con cui ogni anno l'Autorità chiede dei dati economici, relativamente a specifici mercati in cui operano, gli operatori presenti sullo stesso).
Le imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica devono fornire tempestivamente le informazioni richieste, nel rispetto dei termini e del grado di dettaglio determinati, rispettivamente, dal Ministero e dall'Autorità.
Un'altra novità di preminente importanza appare l'evidenziazione del principio di neutralità tecnologica (nuovo art. 13 del Codice delle Comunicazioni elettroniche[12]), il quale caratterizza ormai tutta la legislazione in materia di tecnologia, volto a rafforzare la concorrenza nel mercato, evitando di privilegiare i produttori di una tecnologia determinata (l'esempio più concreto è quello del mercato dei *content providers*), e senza prediligere la veicolazione di un servizio o prodotto rispetto ad un altro solo in ragione, ad esempio, della diversa piattaforma utilizzata dall'utente finale, il quale deve poter compiere le proprie scelte liberamente ed indipendentemente dal tipo di tecnologia utilizzata. Ampio spazio è attribuito al BEREC, fra i nuovi poteri accordati dal Decreto all'organismo dei regolatori europei c'è quello di consultarlo per controversie transnazionali.
A tal proposito risulta rilevante l'art. 12, comma 2 del nuovo articolato, che evidenzia concretamente tale maggiore cooperazione tra l'Autorità nazionale e il BEREC: "Nel periodo di tre mesi di cui al comma 1, il BEREC e l'Autorità cooperano strettamente con la Commissione europea, allo scopo

di individuare la misura più idonea ed efficace alla luce degli obiettivi stabiliti all'articolo 13, tenendo debitamente conto del parere dei soggetti partecipanti al mercato e della necessità di garantire una pratica regolamentare coerente".
Un ruolo di decisiva e centrale importanza assume la sicurezza e l'integrità delle reti di comunicazione con riferimento alle quali il Ministero individua adeguate misure di natura tecnica e organizzativa per assicurare la sicurezza delle reti stesse e dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, anche al fine di garantirne l'integrità.
Di peculiare interesse è l'ampio spazio accordato alle libertà e ai diritti fondamentali. Qualunque provvedimento riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione deve essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché ai principi generali del Diritto dell'Unione europea, inclusi una adeguata ed efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo [13].
Tutti i provvedimenti, assunti in tale ambito, sono adottati solo nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla protezione dei dati personali, inoltre, deve anche essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, che fra l'altro assicuri il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti o regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla Convenzione europea summenzionata. Deve, altresì, essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo.
Diverse misure sono anche finalizzate a prevenire e limitare le conseguenze per gli utenti e le reti interconnesse dagli incidenti che pregiudicano la sicurezza.
Il Ministero individua, infatti, anche i casi in cui le violazioni della sicurezza o perdita dell'integrità possano essere considerate "significative e rilevanti" ai fini del corretto funzionamento delle reti o dei servizi, il che può avere una notevole influenza sulla determinazione degli incidenti rilevanti per l'applicazione della disciplina in materia di *Privacy* sulla cosiddetta *Security Breach Notification* (di cui si dirà più avanti), ossia una notifica obbligatoria per l'avvenuta violazione dei dati [14].
Con riguardo, invece, al menzionato "regime autorizzatorio" generale per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, è previsto che le imprese che forniscono servizi transfrontalieri di comunicazione elettronica, ove situate in più Stati, non siano obbligate a effettuare più di una notifica per Stato membro interessato; questa statuizione snellisce indubbiamente di molto

le procedure e la burocrazia fino ad oggi esistenti a tal riguardo (a tal proposito le norme interessate sono quelle del Titolo II, Capo II del nuovo Codice) [15].
Vengono introdotte, infine, delle modifiche alla disciplina contrattuale (artt. 70 e seguenti del nuovo Codice), rafforzando la trasparenza dei contratti per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica, con riguardo a prezzi, qualità, tempi e condizioni di offerta, con la previsione in maggior dettaglio del contenuto dei contratti e con specifico riferimento alla disciplina del recesso.
Le novità in materia negoziale recepiscono i principi comunitari, contenuti nella Direttiva "*Better Regulation",* in particolare il Considerando n. 55 della Direttiva specifica che "Le Autorità nazionali di regolamentazione, al momento di imporre obblighi in materia di accesso ad infrastrutture nuove e migliorate, dovrebbero garantire che le condizioni di accesso riflettano le circostanze alla base della decisione di investimento, anche tenendo conto dei costi di sviluppo, del tasso di assorbimento previsto per i nuovi prodotti e servizi e dei livelli previsti in materia di prezzi al dettaglio. Inoltre, al fine di garantire la certezza di pianificazione per gli investitori, le Autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero essere in grado di fissare, se del caso, termini e condizioni di accesso che siano coerenti nell'arco di opportuni periodi di revisione. Tali termini e condizioni possono comprendere modalità tariffarie che dipendano dai volumi o dalla durata del contratto, in conformità al diritto comunitario e purché non abbiano effetti discriminatori. L'imposizione di eventuali condizioni di accesso dovrebbe rispettare la necessità di salvaguardare l'effettiva concorrenza nel settore dei servizi ai consumatori e alle imprese."
Il miglioramento del quadro regolatorio a livello comunitario è stato segnato da una profonda novità anche in relazione agli obblighi imposti agli operatori del settore, al fine di tutelare la concorrenza sul mercato; novità recepite nel Codice delle Comunicazioni elettroniche, dagli artt. 50-bis "Separazione funzionale" e 50-ter "Separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata". La Direttiva 2009/140/CE ha, infatti, introdotto (considerando 61 e 60 della Direttiva [16]) nel suo art. 13-bis il concetto si separazione funzionale. Secondo tale principio, le ANR impongono alle imprese verticalmente integrate l'obbligo di separazione funzionale delle attività concernenti la fornitura all'ingrosso di taluni prodotti di accesso rispetto alle altre attività. Tale obbligo può essere imposto a titolo di misura eccezionale per conseguire un'effettiva concorrenza nei mercati in cui gli obblighi tipicamente previsti si sono rilevati inefficaci e soprattutto, laddove ci si renda conto che le prospettive di concorrenza sono scarse [17]. Si tratta di una misura atta a rendere più competitivi i mercati, riducendo gli incentivi alla discriminazione e agevolando il rispetto degli obblighi in materia di non discriminazione. L'obiettivo finale, laddove la misura venisse implementata con successo, è

quello di garantire la fornitura di prodotti per l'accesso equivalenti per tutti gli operatori che operano a valle del mercato [18].
Dunque, a non voler semplicemente redarre un elenco delle novità, certamente possono essere menzionate le conseguenze concrete derivanti dal recepimento nel nostro ordinamento delle due Direttive comunitarie, che hanno un impatto diretto sul mercato, sia per tutto ciò che concerne il mondo degli operatori, che il mondo dell'utente-consumatore, i quali potrebbero essere, metaforicamente, definiti "due mondi confinanti", poiché tutto ciò che cambia nel primo dei due mondi si riverbera, conseguenzialmente, nel secondo.
Certamente, il recepimento delle norme comunitarie, è volto a promuovere investimenti efficienti e innovazione nelle infrastrutture di comunicazione elettronica, ad esempio introducendo la possibilità per le ANR, di imporre la condivisione di *facilities* di comunicazione elettronica o di "proprietà", tra cui: edifici ed accesso ad essi, cablaggio negli edifici, antenne, torri, cavidotti, nonché elementi di rete non attivi.
La menzione e l'inclusione del principio di neutralità tecnologica porta con sé la promozione di una gestione efficiente flessibile e coordinata anche dello spettro radio, attraverso soprattutto l'introduzione di sempre più innovativi servizi.
Le nuove previsioni in materia contrattuale rafforzano i diritti degli utenti in materia di trasparenza nei rapporti con i fornitori di servizi, con riferimento, ad esempio alle condizioni definite nei contratti stipulati con essi, cercando di rendere il più possibile edotto il consumatore finale e cercando, in ultima istanza, di creare un meccanismo deflattivo del contenzioso esistente tra operatori e utenti.

4. Il D. Lgs 70/2012: modifiche al Codice in materia di protezione dei dati personali

La tutela della *Privacy* ha un ruolo preminente nelle comunicazioni elettroniche e la regolamentazione che la riguarda ha certamente un ruolo complesso, che porta il Legislatore sia nazionale che comunitario ad ampliare la tutela dei dai personali, sul piano oggettivo e soggettivo, posta la continua evoluzione tecnologica che caratterizza le comunicazioni elettroniche[19].
Il rinnovato Codice *Privacy*, a seguito del recepimento della Direttiva 2009/136/CE, a sua volta modificativa della cosiddetta "Direttiva *Privacy*" (Direttiva 2002/58/CE), è un'occasione per integrare e afforzare il già esistente impianto normativo nazionale in tema di protezione dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche.
Il D. Lgs 69/2012 modifica, infatti, il Codice in materia di protezione dei dati personali su alcuni profili rilevanti per le comunicazioni elettroniche quali le definizioni degli obblighi dei fornitori di comunicazioni elettroniche

accessibili al pubblico (art. 32 del nuovo Codice); gli adempimenti conseguenti alla violazione dei dati personali (art. 32-bis del nuovo Codice *Privacy*), inoltre, gran parte delle novità gira intorno alle cosiddette "comunicazioni indesiderate" (art. 130 del nuovo Codice); e viene altresì innovato il quadro sanzionatorio nei confronti di fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico (art. 162-ter del nuovo Codice).
La nuova disciplina, recependo il contenuto delle due Direttive comunitarie innova la materia della tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche (un settore che, come anzidetto, quasi per antonomasia, è sottoposto a notevoli rischi riguardo la protezione dei dati personali) imponendo, peraltro, un coordinamento con ulteriori norme del nostro sistema, poste a garanzia di altri diritti altrettanto meritevoli di tutela, quale può essere, ad esempio, il Diritto d'autore.
I soggetti che trattano i dati personali (come gli operatori di rete e fornitori di servizi di comunicazione elettronica) di terzi hanno un obbligo di protezione degli stessi e devono proteggerli tramite adeguate misure di sicurezza, come previsto dall'art. 31 del Codice *Privacy* , nel quale è previsto un obbligo generale di custodia e di controllo, si prevede infatti che "1. I dati personali oggetto di trattamento sono custoditi e controllati, anche in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, alla natura dei dati e alle specifiche caratteristiche del trattamento, in modo da ridurre al minimo, mediante l'adozione di idonee e preventive misure di sicurezza, i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta."
La novella del Codice attribuisce, anche, al Garante strumenti efficaci per la protezione dei dati personali e richiede dunque un'attenzione degli operatori ancora maggiore in relazione a pratiche come le comunicazioni indesiderate, che risultano quanto mai diffuse, anche conformemente a quanto previsto dall'art. 32 del Codice *Privacy* [20], che delinea il contenuto concreto degli obblighi in capo ai fornitori di reti e servizi di comunicazioni elettroniche.
L'intrecciarsi di molteplici discipline e molteplici livelli di tutela, riguardo alla protezione dei dai personali nelle comunicazioni elettroniche, nasce anche dalla natura del Diritto alla *Privacy* nonché dal suo valore giuridico e dalla tutela riconosciutagli nell'ambito della legislazione. Gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, infatti, sanciscono il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali di ogni individuo. Un'ulteriore fonte normativa sancisce l'importanza di tale diritto alla protezione dei dati personali, ribadita nell'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Anche alla luce di tale forte tutela accordata a tale diritto, è prevista per i consumatori, contro le violazioni dei dati personali, una protezione ancora più forte.
Si tratta della disciplina relativa al cosiddetto fenomeno dello "*Spam*", ossia il massiccio invio anche ripetuto, di messaggi pubblicitari non richiesti da un mitemente che maschera o falsifica la propria identità. Lo *spamming* costituisce una forma di comunicazione pubblicitaria non richiesta, e pertanto qualificata come non voluta ed indesiderata da parte del ricevente, il quale è leso nella sua *Privacy*, subendo una violazione del proprio Diritto alla protezione e riservatezza dei propri dati personali (in tal caso si tratta dell'utilizzo non autorizzato o finanche fraudolento dell'indirizzo mail dell'utente).
Anche la strategia comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche "EU2020" (ossia il Progetto Europa 2020) [21], per una crescita sostenibile dell'Unione Europea, nell'ambito dell'"Agenda Digitale Europea", rappresenta una delle "iniziative faro" della strategia comunitaria in ambito comunicazioni e elettroniche e tecnologia, ed include la protezione del Diritto alla Privacy quale fine precipuo della normazione delle comunicazione elettroniche.
Riguardo ai meccanismi che riguardano le comunicazioni commerciali indesiderate, la normativa comunitaria, e adesso quella nazionale, determina l'obbligo del consenso preventivo alle comunicazioni commerciali e consente che in alcuni casi siano inviate comunicazioni con il sistema dell'*opt-out*, consentendo cioè agli abbonati di esprimere un rifiuto; in tal senso si prevede che gli Stati membri debbano comunque assicurare misure appropriate per garantire un'adeguata tutela in merito.
Più precisamente, riguardo all'utilizzo dei dai personali per fini promozionali, si stagliano due teorie: una prima basta appunto sull'*opt-out*, secondo la quale il trattamento dei dati è lecito finché l'interessato non si opponga, una volta informato, alla ricezione delle comunicazioni commerciali, ed una seconda basta invece sull'*opt-in* (questa seconda prevista dal nostro ordinamento), secondo la quale solo in presenza di un consenso preventivamente espresso il trattamento dei dati personali può considerarsi lecito. Nell'ordinamento nazionale, anche con le novelle al Codice l'impostazione seguita è quella del sistema di *opt-in*, stabilendo così il principio del consenso preventivo , esclusi i casi previsi nell'art. 24 del Codice *Privacy* [22], che disciplina specifici casi in cui i dati possono essere utilizzati senza un preventivo consenso.
La *Privacy* dei cittadini europei rappresenta una delle priorità delle nuove regole del settore. Nomi, indirizzi e-mail e altre informazioni dei clienti dei fornitori di servizi di telecomunicazioni e di accesso ad Internet e, in particolare, i dati su ogni telefonata e sessione in rete devono essere tenuti al sicuro dall' uso che può essere indesiderato o fraudolento.

Agli operatori viene attribuito, dunque, un nuovo regime di responsabilità, essi devono rispondere, infatti, di quanto derivi dalla elaborazione e memorizzazione di queste informazioni (art. 32 Codice *Privacy* , come innanzi cennato).
A tale scopo, per la prima volta in Europa, le nuove norme introducono notifiche obbligatorie per le violazioni dei dati personali. L'operatore di comunicazioni elettroniche dovrà prontamente notificare una comunicazione all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e ad i propri clienti, ogni qual volta si concretizzi, un "*data protection impact*" dagli esiti negativi: il cosiddetto sistema di *Security Breach Notification*. La comunicazione dovrà, anche, indicare le misure raccomandate per attenuare i danni.
Concretamente, ciò comporta che i fornitori di comunicazioni saranno obbligati a informare le Autorità ed i loro clienti circa le violazioni della sicurezza che lede i loro dati personali.
La conseguenza di tale procedura e del nuovo regime sarà quella di aumentare gli incentivi per una migliore protezione dei dati personali da parte dei fornitori di reti e servizi di comunicazione.
Inoltre, le norme in materia di Privacy e protezione dei dati vengono rafforzate, ad esempio in merito all'uso dei *cookies*. A tal riguardo i *cyber* utenti dovranno essere maggiormente informati sull'esistenza di tali *cookies* e su ciò che accade ai loro dati personali; solo in tal modo potranno esercitare più facilmente un controllo su di essi.
La vera innovazione relativa a questi meccanismi e alle problematiche che concernono tali sistemi è la constatazione per cui gli operatori di comunicazioni elettroniche trattano quotidianamente flussi informativi spaventosi e, dunque, in quanto titolari del trattamento dovranno d'ora in poi dotarsi di apposite misure tecniche e *policy* informative per gli utenti, molto più rigorose e puntigliose.
Va da sé che la garanzia dell'effettività della tutela delle posizioni lese è affidata da un lato alle ANR, che dovranno stilare *best practices standard*, dall'altro al BEREC, che dovrà ordinarsi con le varie ANR per giungere ad un'armonizzazione delle regole tra i vari Paesi membri.
Le nuove regole, della innovata disciplina normativa sulla *Privacy*, si uniscono, comunque, attorno a ben definiti principi.
Tra questi, deve essere certamente annoverato quello della sicurezza dei dati personali inteso come diritto fondamentale del soggetto. Il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, in ragione dell'estrema tutela accordata alla *Privacy* del proprio cliente, adotta, anche attraverso altri soggetti a cui sia affidata l'erogazione del servizio stesso [23], misure tecniche e organizzative adeguate al rischio esistente, con la finalità di salvaguardare la sicurezza dei suoi servizi e i diritti dell'utente-cliente finale. In tal senso, i soggetti che operano sulle reti di comunicazione elettronica, per la loro delicata posizione, garantiscono che

i dati personali siano accessibili soltanto al personale autorizzato per fini legalmente autorizzati, con delle misure che garantiscono la protezione dei dati relativi al traffico ed all'ubicazione assicurando l'attuazione di una politica di sicurezza.
I fornitori tengono un aggiornato inventario delle violazioni di dati personali, ivi incluse le circostanze in cui si sono verificate, le loro conseguenze e i provvedimenti adottati per porvi rimedio, in modo da consentire al Garante di verificare il rispetto delle disposizioni del presente articolo.
Riguardo, invece, alla determinazione delle modalità semplificate per la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali (Titolo V , Capo II del nuovo Codice), il Garante tiene anche conto delle proposte formulate dalle associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale dei consumatori e delle categorie economiche coinvolte, con l'espresso obiettivo di garantire l'utilizzo di metodologie che assicurino l'effettiva consapevolezza del contraente o dell'utente. Infatti, ai fini dell'espressione del consenso, possono essere utilizzate specifiche configurazioni di programmi informatici o dispositivi che siano di facile e chiara utilizzabilità per l'utente-contraente, il quale è facilitato nell'accesso al sistema che gli permetterà di prestare il suo consenso in maniera più cosciente e adeguata ai rischi connessi.

5. Conclusioni

Ciò che sin qui è stato rilevato e i principi cui si ispirano le modifiche apportare ai due Codici, dovrebbero condurre, laddove applicate con successo, il mercato delle comunicazioni elettroniche sul binario di un più spiccato assetto concorrenziale, e dovrebbero mirare a rafforzare il mercato interno degli Stati membri dell'Unione, attraverso una maggiore tutela ed attenzione ai consumatori finali e agli utenti.
Disattendere le finalità e i principi sottesi alle norme che recepiscono le due Direttive comunitarie significherebbe non assecondare l'obiettivo delle novità normative introdotte, lasciando che le stesse ricoprano il ruolo di meri "orientamenti teleologici", laddove, invece, le novità normative sono solo la base per la costruzione di una serie di iniziative *pro consumer* , tutelanti, peraltro, il mercato *tout court*.
In la senso, sia la tutela messa appunto riguardo alla *Privacy,* tramite il recepimento della normativa comunitaria della tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, che le novità introdotte nel Codice delle Comunicazioni elettroniche danno avvio, nel nostro ordinamento, alle riforme del "terzo pacchetto" di norme UE in tali materie e richiedono, a questo punto, la concreta attuazione delle stesse da parte degli operatori del settore.

Dal punto di vista regolamentare, ha giocato certamente un ruolo fondamentale, insieme alla riforma del quadro normativo comunitario, anche la riduzione dell'elenco dei mercati cui applicare la regolamentazione di settore. Di fatti, la riduzione, da parte della Commissione, dei mercati sottoposti a regolamentazione *ex ante* è stato un obiettivo comunitario che ha avuto quale espressa finalità quella di porre dei limiti regolamentari solo laddove il mercato non raggiungesse da solo un adeguato livello di concorrenzialità. I mercati, a tutt'oggi, da sottoporre a regolamentazione *ex ante*, sono stati ridoti da diciotto a sette [24] e le nuove norme nazionali, in recepimento delle Direttive cercano di creare degli spazi per un maggiore sviluppo concorrenziale proprio nei mercati in cui manca una regolamentazione preventiva o la stessa risulta comunque inefficace.
A tal proposito, una delle norme che più segna il mercato delle comunicazioni elettroniche così come novellato dal recepimento delle Direttive in commento è, come detto, l'art. 50-bis del nuovo Codice che disciplina il cosiddetto obbligo di Separazione funzionale per le imprese verticalmente integrate, riguardo le attività concernenti la fornitura all'ingrosso di taluni prodotti di accesso rispetto alle altre attività. Un obbligo che ha il carattere dell'eccezionalità e che può essere imposto al fine di conseguire un'effettiva concorrenza, in mercati in cui gli obblighi regolamentari tipizzati si rivelano inefficaci e le possibilità di raggiungere un equilibrio concorrenziale si attestano su bassi livelli.
Anche l'innovato aspetto contrattuale, e gli obblighi connessi, giocano un ruolo fondamentale nel raggiungimento dell'asso concorrenziale. Il maggiore spazio di manovra e la possibilità di far leva su determinati meccanismi negoziali rimane comunque affidato al mondo degli operatori che forniscono i servizi sulle reti di comunicazione elettronica, ma ciò non esula dalla possibilità che gli sessi fornitori adottino un atteggiamento di maggiore responsabilizzazione (cosa possibile anche tramite i nuovi obblighi imposti dalla novella normativa, ci si riferisce ai più pregnanti obblighi di informativa e trasparenza contenuti negli artt. 70 e seguenti del D. Lgs 259/2003) nei confronti del modo degli utenti, ragionando su un principio basilare per le regole di concorrenza, ossia che un corretto funzionamento del mercato a monte non può che comportare un equilibrio nel corrispondente mercato a valle, con notevoli vantaggi per l'ultimo anello della catena, spesso debole, del mercato interamente inteso.
In più passi del presente scritto è stato ricordato il rinnovato ruolo dato all'AGCOM in coordinazione con il BEREC e la rinnovata prospettiva di collaborazione rafforzata tra le Autorità citate e i nuovi principi introdotti nel nuovo codice delle Comunicazioni elettroniche, che vengono bene descritte nel Considerando n. 3 della Direttiva 2009/140/CE: "È opportuno [...] riformare il quadro normativo dell'Unione europea per le reti e i servizi di comunicazione elettronica al fine di completare il mercato interno delle

comunicazioni elettroniche rafforzando il meccanismo comunitario che disciplina gli operatori con significativo potere di mercato nei principali mercati. Tale riforma è completata dal regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) […]. La riforma comporta inoltre la definizione di una strategia efficiente e coordinata per la gestione dello spettro radio al fine di conseguire uno spazio unico europeo dell'informazione, nonché il rafforzamento delle disposizioni concernenti gli utenti disabili al fine di costruire una società dell'informazione per tutti" nonché anche dal Considerando n. 18 "Occorre conciliare la libertà discrezionale delle autorità nazionali di regolamentazione con l'elaborazione di pratiche normative coerenti e l'applicazione coerente del quadro normativo per contribuire efficacemente allo sviluppo e al completamento del mercato interno. È opportuno pertanto che le autorità nazionali di regolamentazione sostengano le attività svolte dalla Commissione in materia di mercato interno e quelle del BEREC."

Le novità introdotte dalle norme comunitarie al Codice in materia di protezione dei dati personali rispecchiano un approccio alla tutela del Diritto alla *Privacy* inteso come diritto fondamentale del soggetto che utilizza le reti e usufruisce di servizi di comunicazione elettronica. Infatti la Direttiva 2009/136/CE obbliga e importa "Gli Stati membri che intendono attuare misure sull'accesso ai servizi e alle applicazioni e/o sul loro utilizzo da parte degli utenti" a "rispettare i diritti fondamentali dei cittadini, anche in relazione alla vita privata e al giusto processo. Dette misure dovrebbero tenere pienamente conto degli obiettivi politici definiti a livello comunitario, quali la promozione dello sviluppo di una società dell'informazione comunitaria". Ancora prima che con quest'ultima Direttiva anche la precedente Direttiva 2002/58/CE (relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) armonizzava le disposizioni degli Stati membri necessarie ad assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, e in particolare del diritto alla vita privata e alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, e mirava già ad assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno della Comunità. Dunque il rafforzamento della disciplina sulla *Privacy* a livello nazionale, è un'uniformazione a regole già esistenti, e maggiormente tutelanti per gli utenti finali, in ambito comunitario, le quali trovano oggi maggior dettaglio nell'ordinamento nazionale. Ci si riferisce, ad esempio, al citato sistema di *Security Breach Notification* nonché alle regole sul cosiddetto fenomeno dello *Spamming*, misure che intensificano la tutela del Diritto alla *Privacy* e lasciano meno spazio all'uso fraudolento dei dati personali, attraverso le reti di

comunicazione elettronica, accordando così una rinnovata essenzialità alla tutela del Diritto alla protezione dei dati personali.

Note:

[*] Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.
[1] I due D. Lgs n. 69/2012 e n. 70/2012 sono stati pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale italiana n. 126 del 31 maggio 2012. Il D. Lgs 28 maggio 2012 n. 70: reca "Modifiche al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante codice delle comunicazioni elettroniche in attuazione delle Direttive 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, e 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata."; mentre il D. Lgs 69/2012 reca "Modifiche al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante codice in materia di protezione dei dati personali in attuazione delle Direttive 2009/136/CE, in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e 2009/140/CE in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.".
[2] Fanno parte del "Pacchetto Telecom" il Regolamento CE n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio; la Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della Direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del Regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori; pubblicata in GUCE L 337/11 del 18.12.2009; la Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante la modifica delle Direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, pubblicata in GUCE L 337/37 del 18.12.2009.

[3] Il quadro regolamentare comunitario delle comunicazioni elettroniche è stato innovato dalla Direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (cosiddetta Direttiva Autorizzazioni);dalla Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (Cosiddetta Direttiva accesso); dalla Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (cosiddetta Direttiva servizio universale) ed infine dalla Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (cosiddetta Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).
[4] A. BOSO CARETTA ,"In tal modo si è determinato il definitivo passaggio dal modello "amministrativo " al modello "normativo" imposto dalla Direttiva 2002/20/CE", in "Diritto delle Comunicazioni elettroniche", La disciplina del regime autorizzatorio. Le misure di armonizzazione, Giuffrè, Milano 2010.
[5] La cosiddetta "Procedura dell'articolo 7", si riferisce all'articolo 7 della Direttiva 2002/21/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (la cosiddetta Direttiva Quadro) è servita a stabilire gli ambiti entro i quali la Commissione e il BEREC devono agire per promuovere il mercato unico delle comunicazioni elettroniche. In base a tale procedura, le ANR delle telecomunicazioni devono presentare le proprie analisi di mercato alla Commissione prima di adottare le decisioni finali con l'obiettivo di consolidare il mercato interno delle telecomunicazioni. Da quando è stata adottata la procedura dell'articolo 7, le Autorità di regolamentazione hanno presentato più di 1000 progetti di decisioni di regolamentazione per analisi per la Commissione.
[6] Ogni qualvolta un utente accede ad un sito Internet, il *browser* preleva automaticamente tutti gli elementi che compongono le pagine visualizzate e li salva in una cartella temporanea denominata *cache***.** Oltre alla cache, il *browser* Internet memorizza, sul disco fisso, anche i cosiddetti *cookies*, ossia dei piccoli file testuali che, generalmente, vengono sfruttati dai vari siti Internet ad uso statistico, quindi senza alcun intento di danneggiare dati o violare la nostra Privacy. I siti Internet che li sfruttano, ne fanno uso, solitamente, oltre che per controllare quante volte uno stesso utente accede al sito web, anche per memorizzare informazioni che possano rendere migliore la navigazione di una persona all'interno di uno stesso sito, o in alcuni casi anche, violando la Privacy, per suggerire durante le

successive navigazioni, pubblicità orientata ai gusti e agli interessi dei consumatori.
[7] La Direttiva 2009/136/ce modifica l'articolo 25della Direttiva 2002/20/CE che viene così modificato: "«Servizi di consultazione degli elenchi telefonici»;il paragrafo 1 è sostituito dal seguente: "Gli Stati membri provvedono affinché gli abbonati ai servizi telefonici accessibili al pubblico abbiano diritto ad essere repertoriati negli elenchi accessibili al pubblico di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), e le informazioni che li riguardano siano messe a disposizione dei fornitori di elenchi e/o di servizi di consultazione ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo.»; i paragrafi 3, 4 e 5 sono sostituiti dai seguenti: "Gli Stati membri provvedono affinché tutti gli utenti finali dotati di un servizio telefonico accessibile al pubblico possano accedere ai servizi di consultazione elenchi. Le Autorità nazionali di regolamentazione possono imporre obblighi e condizioni alle imprese che controllano l'accesso agli utenti finali per la fornitura di servizi di consultazione elenchi in conformità delle disposizioni dell'articolo 5 della Direttiva 2002/19/CE (Direttiva accesso). Detti obblighi e condizioni sono obiettivi, equi, trasparenti e non discriminatori.".
[8] La Direttiva 2009/136/CE sostituisce l'art. 6 titolo e paragrafo 1 della Direttiva Servizio Universale, con il seguente testo: "**«**Telefoni pubblici a pagamento e altri punti di accesso pubblico alla telefonia vocale. Gli Stati membri provvedono affinché le Autorità nazionali di regolamentazione possano imporre obblighi alle imprese al fine di garantire che siano messi a disposizione telefoni pubblici a pagamento o altri punti di accesso pubblico alla telefonia vocale per soddisfare le esigenze ragionevoli degli utenti finali in termini di copertura geografica, numero di apparecchi o di altri punti di accesso, accessibilità per gli utenti finali disabili e qualità del servizio.»"
[9] In attuazione della norma si vedano anche la Del. 26 novembre 2008, n. 78/08/CIR e la Del. 30 novembre 2011, n. 147/11/CIR.
[10] Il nuovo art. 54 del Codice della Comunicazioni elettroniche così recita: "*1.* Qualsiasi richiesta ragionevole di connessione in postazione fissa a una rete di comunicazione pubblica è soddisfatta quanto meno da un operatore. Il Ministero vigila sull'applicazione del presente comma. 2. La connessione consente agli utenti finali di supportare le comunicazioni vocali, facsimile e dati, a velocità di trasmissione tali da consentire un accesso efficace a Internet tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate dalla maggioranza dei contraenti e della fattibilità tecnologica nel rispetto delle norme tecniche stabilite nelle Raccomandazioni dell'UIT-T. 2-bis. Qualsiasi richiesta ragionevole di fornitura di un servizio telefonico accessibile al pubblico attraverso la connessione di rete di cui al primo comma che consente di effettuare e ricevere chiamate nazionali e

internazionali é soddisfatta quanto meno da un operatore. Il Ministero vigila sull'applicazione del presente comma."
[11] Tutte le informazioni relative all'Informativa Economica di Sistema (IES) dell'Autorità sono reperibili al link http://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=350 .
[12] "2. Salvo diversa disposizione dell'articolo 14 relativo alle frequenzeradio, il Ministero e l'Autorità nell'esercizio delle funzioni e dei poteriindicati nel Codice perseguono, ove possibile, il principio di neutralità tecnologica, nel rispetto dei principi di garanzia della concorrenza e non discriminazione tra imprese.".
[13] L'art. 3 del novellato Codice sancisce che "I provvedimenti riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, rispettano i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto dell'Unione europea. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione deve essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto dell'Unione europea, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo."
[14] Quando la violazione dei dati personali rischia di arrecare grave pregiudizio alla riservatezza del contraente o ad un soggetto terzo, il fornitore comunica anche agli stessi senza ritardo l'avvenuta violazione. La comunicazione, invece, non è dovuta se il fornitore ha dimostrato al Garante per la *Privacy* (Garante per al protezione dei dati personali) di aver utilizzato misure tecnologiche di protezione che rendono i dati inintelligibili a chiunque non sia autorizzato ad accedervi e inoltre che tali misure erano state applicate ai dati oggetto della violazione. Il Garante puo' considerate le presumibili ripercussioni negative della violazione, ed obbligare comunque, a seconda dei casi, il fornitore del servizio a comunicare al contraente o ad altra persona l'avvenuta violazione. Riguardo al contenuto della comunicazione, la stessa deve avere, almeno, una descrizione della natura della violazione di dati personali e i punti di contatto presso cui si possono ottenere maggiori informazioni ed elenca le misure raccomandate per attenuare i possibili effetti pregiudizievoli della violazione di dati personali, e contiene anche le conseguenze della violazione di dati personali e le misure proposte o adottate dal fornitore per porvi rimedio. In aggiunta a ciò il Garante può emanare, con proprio provvedimento, orientamenti e istruzioni in relazione alle circostanze in cui

il fornitore ha l'obbligo di comunicare le violazioni di dati personali, nonché' le relative modalità di effettuazione, tenuto conto delle eventuali misure tecniche di attuazione adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2002/58/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE.

[15] Così recita l'art. 25 del nuovo Codice rubricato "Autorizzazione generale per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.": "1. L'attività di fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica è libera ai sensi dell'articolo 3, fatte salve le condizioni stabilite nel presente Capo e le eventuali limitazioni introdotte da disposizioni legislative regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini o le imprese di Paesi non appartenenti all'Unione europea o allo Spazio economico europeo, o che siano giustificate da esigenze della difesa e della sicurezza dello Stato e della sanità pubblica, compatibilmente con le esigenze della tutela dell'ambiente e della protezione civile, poste da specifiche disposizioni, ivi comprese quelle vigenti alla data di entrata in vigore del Codice. 2. Le disposizioni del presente Capo si applicano anche ai cittadini o imprese di Paesi non appartenenti all'Unione europea, nel caso in cui lo Stato di appartenenza applichi, nelle materie disciplinate dal presente Titolo, condizioni di piena reciprocità. Rimane salvo quanto previsto da trattati internazionali cui l'Italia aderisce o da specifiche convenzioni. 3. La fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica, fatti salvi gli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, o i diritti di uso di cui all'articolo 27, è assoggettata ad un'autorizzazione generale, che consegue alla presentazione della dichiarazione di cui al comma 4. 3-bis. Le imprese che forniscono servizi transfrontalieri di comunicazione elettronica ad imprese situate in più Stati membri non sono obbligate ad effettuare più di una notifica per Stato membro interessato. 4. L'impresa interessata presenta al Ministero una dichiarazione resa dalla persona fisica titolare ovvero dal legale rappresentante della persona giuridica, o da soggetti da loro delegati, contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, unitamente alle informazioni strettamente necessarie per consentire al Ministero di tenere un elenco aggiornato dei fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica, da pubblicare sul proprio Bollettino ufficiale e sul sito Internet. Tale dichiarazione costituisce *segnalazione certificata di inizio attività* e deve essere conforme al modello di cui all'allegato n. 9. L'impresa è abilitata ad iniziare la propria attività a decorrere dall'avvenuta presentazione della dichiarazione e nel rispetto delle disposizioni sui diritti di uso stabilite negli articoli 27, 28 e 29. Ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, il Ministero, entro e non oltre sessanta giorni dalla presentazione della dichiarazione, verifica d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti e dispone, se del caso, con provvedimento motivato da notificare agli interessati entro il

medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività. Le imprese titolari di autorizzazione sono tenute all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione di cui all'articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249. 5. La cessazione dell'esercizio di una rete o dell'offerta di un servizio di comunicazione elettronica, può aver luogo in ogni tempo. La cessazione deve essere comunicata agli utenti almeno 90 giorni prima, informandone contestualmente il Ministero. Tale termine è ridotto a trenta giorni nel caso di cessazione dell'offerta di un profilo tariffario. 6. Le autorizzazioni generali hanno durata non superiore a venti anni e sono rinnovabili. Con decreto del Ministro *dello sviluppo economico*, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, le autorizzazioni possono essere prorogate, nel corso della loro durata, per un periodo non superiore a quindici anni, previa presentazione di un dettagliato piano tecnico finanziario da parte degli operatori. La congruità del piano viene valutata d'intesa dal Ministero *dello sviluppo economico* e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in relazione anche alle vigenti disposizioni comunitarie e all'esigenza di garantire l'omogeneità dei regimi autorizzatori. L'impresa interessata può indicare nella dichiarazione di cui al comma 4 un periodo inferiore. Per il rinnovo si applica la procedura di cui al medesimo comma 4 e la presentazione della dichiarazione deve avvenire con sessanta giorni di anticipo rispetto alla scadenza. 7. La scadenza dell'autorizzazione generale coincide con il 31 dicembre dell'ultimo anno di validità. 8. Una autorizzazione generale può essere ceduta a terzi, anche parzialmente e sotto qualsiasi forma, previa comunicazione al Ministero nella quale siano chiaramente indicati le frequenze radio ed i numeri oggetto di cessione. Il Ministero entro sessanta giorni dalla presentazione della relativa istanza da parte dell'impresa cedente, può comunicare il proprio diniego fondato sulla non sussistenza in capo all'impresa cessionaria dei requisiti oggettivi e soggettivi per il rispetto delle condizioni di cui all'autorizzazione medesima. Il termine è interrotto per una sola volta se il Ministero richiede chiarimenti o documentazione ulteriore e decorre nuovamente dalla data in cui pervengono al Ministero stesso i richiesti chiarimenti o documenti."

[16] Considerando n. 61 e 62 Direttiva 2009/140/CE: "61) La separazione funzionale, in base alla quale l'operatore verticalmente integrato è tenuto a creare entità commerciali separate dal punto di vista operativo, è finalizzata a garantire la fornitura di prodotti di accesso pienamente equivalenti a tutti gli operatori a valle, comprese le divisioni a valle dello stesso operatore verticalmente integrato. La separazione funzionale permette di migliorare la concorrenza in numerosi mercati rilevanti riducendo significativamente gli incentivi alla discriminazione e agevolando la verifica e l'applicazione del rispetto degli obblighi in materia di non discriminazione. In casi eccezionali la separazione funzionale può essere giustificata come misura correttiva ove non si sia riusciti a conseguire

un'effettiva non discriminazione in alcuni dei mercati interessati e ove siano scarse o assenti le prospettive di concorrenza a livello delle infrastrutture in un lasso di tempo ragionevole, anche dopo aver fatto ricorso ad una o più misure correttive precedentemente ritenute appropriate. È tuttavia molto importante assicurare che la sua imposizione non dissuada l'impresa interessata dall'investire nella sua rete e non comporti effetti potenzialmente negativi sui vantaggi per i consumatori. La sua imposizione richiede un'analisi coordinata dei vari mercati rilevanti collegati alla rete d'accesso, secondo la procedura per l'analisi del mercato di cui all'articolo 16 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Nell'esecuzione dell'analisi del mercato e nell'elaborazione dettagliata della misura correttiva, le Autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero prestare particolare attenzione ai prodotti che dovranno essere gestiti dalle entità commerciali separate, tenendo in considerazione il livello di sviluppo della rete e il grado del progresso tecnologico, fattori che potrebbero influenzare la possibilità di sostituzione dei servizi fissi e senza fili. Per evitare distorsioni della concorrenza nel mercato interno è opportuno che la Commissione approvi prima le proposte di separazione funzionale.";"62) È opportuno che l'attuazione della separazione funzionale non escluda il ricorso a meccanismi di coordinamento adeguati tra le varie entità commerciali separate per assicurare la tutela dei diritti economici e di controllo gestionale della società madre."

[17] R. CAIAZZO, in "Diritto delle Comunicazioni elettroniche", L'accesso alla rete. Profili giuridici, pp.166 e seg., Giuffrè, Milano, 2010.

[18] L'art. 50-bis del Codice così recita: "Separazione funzionale. 1. Qualora concluda che gli obblighi appropriati imposti ai sensi degli articoli da 46 a 50 si sono rivelati inefficaci per conseguire un'effettiva concorrenza e che esistono importanti e persistenti problemi di concorrenza o carenze del mercato individuati in relazione ai mercati per la fornitura all'ingrosso di determinati prodotti di accesso, l'Autorità può, a titolo di misura eccezionale e conformemente all'articolo 45, comma 3, imporre alle imprese verticalmente integrate l'obbligo di collocare le attività relative alla fornitura all'ingrosso di detti prodotti di accesso in un'entità commerciale operante in modo indipendente. 2. Tale entità commerciale fornisce prodotti e servizi di accesso a tutte le imprese, incluso alle altre entità commerciali all'interno della societa' madre, negli stessi tempi, agli stessi termini e condizioni, inclusi quelli relativi ai livelli di prezzi e servizi e attraverso gli stessi sistemi e le stesse procedure. 3. Ove intenda imporre un obbligo di separazione funzionale, l'Autorità sottopone una proposta alla Commissione europea fornendo: a) prove che giustifichino le conclusioni di cui al comma 1;b) una motivata valutazione che attesti che le prospettive di concorrenza a livello delle infrastrutture sono scarse o assenti in un lasso di tempo ragionevole; c) un'analisi dell'impatto previsto sull'Autorità, sull'impresa, in particolare sulla forza lavoro dell'impresa

separata e sul settore delle comunicazioni elettroniche nel suo insieme e sugli incentivi ad investire in un settore nel suo insieme, in particolare per quanto riguarda la necessità di garantire la coesione sociale e territoriale, nonché' sugli altri soggetti interessati, compreso in particolare l'impatto previsto sulla concorrenza tra infrastrutture e ogni potenziale effetto sui consumatori; d) un'analisi delle ragioni per cui l'obbligo in questione sarebbe lo strumento piu' efficace per applicare le misure correttive volte a ovviare ai problemi di concorrenza/carenze del mercato individuati.4. Il progetto di misura comprende gli elementi seguenti: a) la natura e il livello di separazione precisi, specificando, in particolare, lo status giuridico dell'entità commerciale separata; b) l'individuazione delle risorse dell'entità commerciale separata e i prodotti o servizi che tale entità deve fornire: c) le disposizioni gestionali per assicurare l'indipendenza del personale dell'entità commerciale separata e gli incentivi corrispondenti; d) le norme per garantire l'osservanza degli obblighi; e) le norme per assicurare la trasparenza delle procedure operative, in particolare nei confronti delle altre parti interessate; f) un programma di controllo per assicurare l'osservanza, che include la pubblicazione di una relazione annuale. 5. A seguito della decisione della Commissione europea sul progetto di misura adottato conformemente all'articolo 45, comma 3, l'Autorita' effettua un'analisi coordinata dei diversi mercati relativi alla rete di accesso secondo la procedura di cui all'articolo 19. Sulla base della sua valutazione, l'Autorita' impone, mantiene, modifica o revoca gli obblighi conformemente agli articoli 11 e 12. 6. Un'impresa alla quale sia stata imposta la separazione funzionale puo' 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'impresa dispone di un significativo potere di mercato ai sensi dell'articolo 19 del Codice oppure a qualsiasi altro obbligo autorizzato dalla Commissione conformemente all'articolo 45, comma 3". Mentre l'art. 50-ter così recita: "Separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata. 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'Autorita' 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'entita' commerciale separata dal punto di vista giuridico o operativo puo' 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."

[19] S.VENTURINI, La tutela della *Privacy*, in "Diritto delle comunicazioni elettroniche, pp. 237 e ss. , Giuffrè, Milano, 2010.

[20] L'art. 32 **"**Obblighi relativi ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico" del Codice Privacy prosegue sancendo che: "1. Il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico adotta, ai sensi dell'articolo 31, anche attraverso altri soggetti a cui sia affidata l'erogazione del predetto servizio, misure tecniche e organizzative adeguate al rischio esistente, per salvaguardare la sicurezza dei suoi servizi e per gli adempimenti di cui all'articolo 32-bis;1-bis. Ferma restando l'osservanza degli obblighi di cui agli articoli 30 e 31, i soggetti che operano sulle reti di comunicazione elettronica garantiscono che i dati personali siano accessibili soltanto al personale autorizzato per fini legalmente autorizzati. 1-ter. Le misure di cui ai commi 1 e 1-bis garantiscono la protezione dei dati relativi al traffico ed all'ubicazione e degli altri dati personali archiviati o trasmessi dalla distruzione anche accidentale, da perdita o alterazione anche accidentale e da archiviazione, trattamento, accesso o divulgazione non autorizzati o illeciti, nonché assicurano l'attuazione di una politica di sicurezza. 2. Quando la sicurezza del servizio o dei dati personali richiede anche l'adozione di misure che riguardano la rete, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico adotta tali misure congiuntamente con il fornitore della rete pubblica di comunicazioni.

In caso di mancato accordo, su richiesta di uno dei fornitori, la controversia è definita dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni secondo le modalità previste dalla normativa vigente. 3. Il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico informa gli abbonati e, ove possibile, gli utenti, se sussiste un particolare rischio di violazione

della sicurezza della rete, indicando, quando il rischio è al di fuori dell'ambito di applicazione delle misure che il fornitore stesso è tenuto ad adottare ai sensi dei commi 1, 1-bis e 2, tutti i possibili rimedi e i relativi costi presumibili. Analoga informativa è resa al Garante e all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni."

[21] Notizie relative alla strategia ed al progetto di "Europa 2020" si posso trovare al seguente link http://ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm .

[22] L'art. 24 "Casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso" del Codice *Privacy* così recita: "1. Il consenso non è richiesto, oltre che nei casi previsti nella Parte II, quando il trattamento :a) è necessario per adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria; b) è necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato; c) riguarda dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi, i regolamenti o la normativa comunitaria stabiliscono per la conoscibilità e pubblicità dei dati; d) riguarda dati relativi allo svolgimento di attività economiche, trattati nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale ;e) è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo. Se la medesima finalità riguarda l'interessato e quest'ultimo non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato. Si applica la disposizione di cui all'articolo 82, comma 2; f) con esclusione della diffusione, è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale; g) con esclusione della diffusione, è necessario, nei casi individuati dal Garante sulla base dei princìpi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo
destinatario dei dati, qualora non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato; h) con esclusione della comunicazione all'esterno e della diffusione, è effettuato da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, in riferimento a soggetti che hanno con essi contatti regolari o ad aderenti, per il perseguimento di scopi
determinati e legittimi individuati dall'atto costitutivo, dallo statuto o dal contratto collettivo, e con modalità di utilizzo previste espressamente con

determinazione resa nota agli interessati all'atto dell'informativa ai sensi dell'articolo 13; i) è necessario, in conformità ai rispettivi codici di deontologia di cui all'allegato A), per esclusivi scopi scientifici o statistici, ovvero per esclusivi scopi storici presso archivi privati dichiarati di notevole interesse storico ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, di approvazione del testo unico in materia di beni culturali e ambientali o, secondo quanto previsto dai medesimi codici, presso altri archivi privati; i-bis) riguarda dati contenuti nei curricula, nei casi di cui all'articolo 13, comma 5-bis; i-ter) con esclusione della diffusione e fatto salvo quanto previsto dall'articolo 130 del presente codice, riguarda la comunicazione di dati tra società, enti o associazioni con società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile ovvero con società sottoposte a comune controllo, nonché tra consorzi, reti di imprese e raggruppamenti e associazioni temporanei di imprese con i soggetti ad essi aderenti, per le finalità amministrativo contabili, come definite all'articolo 34, comma 1-ter, e purché queste finalità siano previste espressamente con determinazione resa nota agli interessati all'atto dell'informativa di cui all'articolo 13."

[23] Nel caso in cui il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico affidi l'erogazione del predetto servizio ad altri soggetti, gli stessi sono tenuti a comunicare al fornitore senza indebito ritardo tutti gli eventi e le informazioni necessarie a consentire a quest'ultimo di effettuare gli adempimenti.

[24] La Raccomandazione della Commissione sui mercati da sottoporre a regolamentazione *ex ante* prevede:1. Accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa pe clienti residenziali e non residenziali; 2. Raccolta delle chiamate nella rete telefonica pubblica in postazione fissa; 3. Terminazione delle chiamate su singole reti telefoniche pubbliche in postazione fissa; 4. Accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa; 5. Accesso a banda larga all'ingrosso; 6. Fornitura all'ingrosso di segmenti terminali di linee affittate; 7. Terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili.

The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) and the impact assessment on intellectual property

di
Anna Chiara Calabrese

Abstract
The debate on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement is very important for the density and complexity of the subject after a negotiating process of 11 rounds from June 2008 to November 2010.
In the international agreements, the European Commission is the negotiator on behalf of the European Union and this also happened for the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) that is a plurilateral treaty agreed between the EU, its Member States and other, mainly developed, countries.

The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) "aims to establish a comprehensive international framework that will assist the EU in its efforts to effectively combat the infringement of intellectual property rights (IPR)" [1].
The debate on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement is very important for the density and complexity of the subject after a negotiating process of 11 rounds from June 2008 to November 2010.
In the international agreements, the European Commission is the negotiator on behalf of the European Union (acting on a mandate from the Council) and this also happened for the Anti-Counterfeiting Trade Agreement [2].
ACTA is a plurilateral treaty agreed between the EU, its Member States and other, mainly developed, countries. It is a "mixed agreement" and it is also a treaty touching EU and shared and Member State competences.
ACTA "must be signed and ratified by all Member States to enter into force (provided 5 other contracting parties do the same, according to Art. 40 ACTA), and the European Parliament must give its consent according to TFEU Art.207 and 218" [3].
For that, the four committees' opinions (Civil Liberties Committee, Industry Committee, Legal Affairs Committee, Development committee) have been sent to the International Trade Committee, which is the lead and responsible committee for the Anti-Counterfeiting Trade Agreement and will adopt its position on 21 June [4].
The four committees' opinions are not binding but voted against the pact and it demonstrated doubtless the general point of view in the Parliament.
Finally it will pass to the full House and Parliament will vote in the July plenary [5].

In this respect, the issue requires closer examination.
ACTA has been created "to prevent trade in counterfeit physical and digital goods by enforcing the protection of intellectual property (IPR), at borders and online" [6].
The main motivation for the Anti-Counterfeiting Trade Agreement was the fight against pirated products and trade in counterfeit because, according to OECD, such trade amounted to a value of $200 billion in 2005, not including digital trade [7].
The issue was to provide common procedures for the contracting States to ensure a faster and better protection of the rights of multinational companies, through actions on a large scale.
In fact ACTA is an enforcement treaty [8] and its preamble "states that ACTA aims to be complementary to the WTO agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)" [9].
ACTA's provisions are binding only on its contracting parties but the ACTA Parties will remain fully bound by TRIPS and subject to the Dispute Settlement Body of the WTO.
As regards the provisions of ACTA on the protection of Intellectual Property Rights, it is of paramount importance to note two aspects of ACTA
Firstly, "ACTA is neutral on substantive protection of IPRs. The determination of what should be considered an IPR infringement and what should not be, is left to the domestic laws of the Parties" [10].
Therefore, "if an ACTA Party creates an exemption from IPR protection in certain regards, it will not have to apply the ACTA enforcement measures to those exempt areas. Obviously, the Parties who will have created such an exemption will be under no obligation to implement the civil, administrative or criminal provisions of ACTA in respect of the exempted activity.
Consequently, ACTA will have no impact whatsoever on the determination of what should be regarded as an IPR infringement in any countries" [11].
Secondly**,** ACTA often references to TRIPS for important provisions [12].
Thus, “the principle of harmonious interpretation and systemic integration, which acts as a general presumption against conflict in the interpretation of treaties, would seem to require that the TRIPS safeguards continue to bind the Parties insofar as there is no attempt to disclaim or remove those standards in the text” [13].
Clearly, the safeguards contained in TRIPS cannot be modified by ACTA [14].
Notwithstanding the "Anti-Counterfeiting Trade Agreement was born out of the frustration of the major industrialised economies with progress on monitoring and norm-setting on the enforcement of intellectual property rights in multilateral fora" [15], as has already been said, the results of the pact have been debated on many occasions for the implications in civil, border, criminal and digital (piracy and counterfeiting) enforcement.

The arguments in favour of ACTA are strongly backed by business organisations and the Commission: the group's position is that ACTA, protecting intellectual property, will preserve jobs in Europe [16].
In addition, if the companies' innovations will be protected, they will invest more in research and development and this fact will generate economy growth.
Interest groups in favour of ACTA point out that the agreement can create new jobs or innovating knowledge [17] or contribute to health and safety in Europe "by keeping potentially dangerous counterfeit technical goods or medicines out of the single market" [18].
Nevertheless, the Commission considers that ACTA would not force the European or its Member States to change their Intellectual Property Right legislation [19].
On the contrary, the arguments against ACTA cover different aspects.
First, opponents claim that the treaty has not so many positive effects, because the countries that produce the most counterfeit goods (e.g. China) are not among the parties to the treaty [20].
The second key argument of the opponents is based on DG EXPO PD paper in which they note that "when IPR protection becomes very strong, as with ACTA, it can have the reverse effect and hamper innovation" [21].
Another problem is the compatibility of ACTA with Fundamental Rights: several stakeholders also say that "ACTA goes beyond the EU *acquis* and thus tips the balance of IPR protection unfairly towards rights holders as opposed to (legitimate) users of IPR. They hold that ACTA can infringe many fundamental rights, such as the right to information and privacy. Moreover, development NGOs and academics fear that it could hinder the export of generic medicines to developing countries" [22].
Kostas Rossoglou, Senior Legal Officers of the BEUC (European Consumers' Organisation) has underlined that it is necessary a balance between the rights holders and the rights of Consumers, but actually ACTA does not that [23].
Joe Mc Namee, Advocacy Coordinator of European Digital Rights [24] has said that the Commission observes that in theory that wording can be implemented in a way which wouldn't interfere with Fundamental Rights. But in practise if we look what is happening in the real world, this wording will often used to infringe Fundamental Rights and that is the problem [25].
Another topic of discussion is the responsibility of the provider: ACTA aims to provide a legislative alternative procedure to the democratic procedure of States: so implementing measures and even criminal penalties should be imposed through "private" trade agreements [26].
ACTA could limit the digital area by creating systems of monitoring with obvious contrast of Privacy rules and the freedom of expression [27].
ACTA provides the possibility of obtaining injunctions to prevent future violations of the rights with filter systems which have already been considered a violation of the International Covenant on Civil and Political

Rights and which have been declared by the Court of Justice [28] a violation of the freedom of expression and information.
In fact the filters could not be able to distinguish between content that is legal and illegal [29].
It is not so easy to evaluate the legality of an online content, because there are the so-called free use (fair use), i.e. the hypothesis in which a content may be used even in the absence of authorisation of the individual holder [30].
Finally the opponents of ACTA believe that the protection of economic interests of the multinationals could become more important than the fundamental rights of citizens [31].
After these considerations about the ACTA, the legislative impact and the opinions in favour and against it, the next step for the future of the pact, will be the Parliament's vote in the July plenary.

Notes:

[*] This work has been previously subjected to blind refereeing entrusted to a member of the Referee Committee in accordance with the regulations adopted by this Journal.
[1] Proposal for a Council decision on the conclusion of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement between the European Union and its Member States, Australia, Canada, Japan, the Republic of Korea, the United Mexican States, the Kingdom of Morocco, New Zealand, the Republic of Singapore, the Swiss Confederation and the United States of America , COM(2011) 380 final. *Cf* Explanatory Memorandum.para.5. *Cf* also the speech delivered by the Commissioner De Gucht on 29 February 2012 , "ACTA- State of Play", 1st Exchange of Views with the Committee for International Trade o the European Parliament, SPEECH/ 12/ 136 avaible at http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/136; accessed 13 June 2012), p.5.
[2] DRAFT RECOMMENDATION on the draft Council decision on the conclusion of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement between the European Union and its Member States, Australia, Canada, Japan, the Republic of Korea, the United Mexican States, the Kingdom of Morocco, New Zealand, the Republic of Singapore, the Swiss Confederation and the United States of America, PE486.174.
[3] The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), February 2012, to be found at http://www.library.sso.ep.parl.union.eu/lis/site/policyAreaPostDetail.form?postId=43928&policyAreaId=5 (last accessed 14 June 2012).
[4] *See* "ACTA now rejected by four EP committees" in

http://www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/content/20120529IPR45936/html/ACTA-now-rejected-by-four-EP-committees (last accessed 14 June 2012).
If ratified by European Parliament, then ACTA will be submitted to the Member States for ratification at the national level.
[5]*See* "ACTA now rejected by four EP committees" in http://www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/content/20120529IPR45936/html/ACTA-now-rejected-by-four-EP-committees (last accessed 14 June 2012).
[6] ACTA- an introduction, March 2012, avaible at http://www.library.sso.ep.parl.union.eu/lis/site/policyAreaPostDetail.form?q=(td_f:(lib_summary))&postId=44288 (last accessed 14 June 2012).
[7] KAMPERMAN SANDERS Anselm, MOERLAND Anke, PUGATCH Meir, VERGANO Paolo R., *The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA): an assessment* in *Directorate-General for external Policies of the Union Directorate B Policy department study*, Brussels European Parliament, June 2011, p. 6.
[8] GEIGER Christophe, GEIST Michael, PUGATCH Meir, TORSTENSSON David, VRINS Olivier, *Workshop The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, in *Directorate-General for external Policies of the Union Directorate B Policy department study*, Brussels European Parliament, March 2012, p. 70.
[9] *See* http://www.library.sso.ep.parl.union.eu/lis/site/policyAreaPostDetail.form?q=(td_f:(lib_summary))&postId=44288**.**
See also Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C to the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO), signed in Marrakesh on 15 April 1994; approved on behalf of the European Community by Council Decision 94/800/EC of 22 December 1994 concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986- 1994) [1994] OJ L336/1.
[10] GEIGER Christophe, GEIST Michael, PUGATCH Meir, TORSTENSSON David, VRINS Olivier, *Workshop The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, id., p. 71; *see* Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Article 3.
[11] Id.
[12] Examples are in Articles 1, 2(3), 8(2) and 13, in addition to Article 5 (when defining “intellectual property”).
It is important to note that in ACTA there is no definitions of "digital environment". Probably the concept refers to all forms of electronic information transmission.
[13] K Weatherall, ‘Politics, Compromise, Text and the Failures of the *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*’ (2011) 33(2) Sydney Law Review 229, at p. 258 (available at

http://sydney.edu.au/law/slr/slr_33/slr33_2/Weatherall.pdf; accessed 24 March 2012). *Cf* pp. 259-260.
[14] ACTA (n 36), Art 2(1).
[15] The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), February 2012, to be found at
http://www.library.sso.ep.parl.union.eu/lis/site/policyAreaPostDetail.form?postId=43928&policyAreaId=5 (last accessed 14 June 2012).
For more on this *see*: M Kaminski, "Recent Development: The Origins and Potential Impact of the Anti- Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)", 34 YALE J. INT'L L. 247 (2009).
[16] ACTA (n 36), Art 2(1). Policy Department DG External Policies
http://www.library.sso.ep.parl.union.eu/lis/site/policyAreaPostDetail.form?q=(td_f:(lib_summary))&postId=44288.
[17]*See* statement on ACTA by the the European Commissioner Anders Jessen_in the meeting_"Compatibility of ACTA with Fundamental Rights" WORKSHOP (Bruxelles, 16 May 2012).
[18] ACTA- an introduction, March 2012, avaible at
http://www.library.sso.ep.parl.union.eu/lis/site/policyAreaPostDetail.form?q=(td_f:(lib_summary))&postId=44288 (last accessed 14 June 2012).
[19], [20], [21], *Id*.
[22] *Id*.
This opinion was supported by the Civil Liberties Committee and the Industry Committee: they said that ACTA is "incompatible" with EU fundamental rights and health and does not balance the rights and freedoms of the different stakeholders.
[23] *See* statements on ACTA in the meeting "Compatibility of ACTA with Fundamental Rights" WORKSHOP (Bruxelles, 16 May 2012).
[24] e [25] *Id.*
[26] *See* http://www.valigiablu.it/doc/691/accordi-fra-multinazionali-mettono-in-pericolo-i-diritti-dei-cittadini.htm (accessed 14 June 2012).
[27] *Id.*
[28] Case C-70/10 *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, [2011].
[29] *See* http://www.valigiablu.it/doc/691/accordi-fra-multinazionali-mettono-in-pericolo-i-diritti-dei-cittadini.htm (accessed 14 June 2012).
[30] *Id.*
[31] *See* http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/134799/(accessed 14 June 2012).

DIritto Mercato Tecnologia
a cura di Alberto Maria Gambino

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA
Numero 2/3 - 2012
Anno II
www.dimt.it
ISSN (Online edition): 2239-7442