

# Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico  
Alberto Maria Gambino

## COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa  
Vincenzo Di Cataldo  
Giusella Finocchiaro  
Giorgio Florida  
Gianpiero Gamaleri  
Alberto M. Gambino  
Gustavo Ghidini  
Andrea Guaccero  
Mario Libertini  
Francesco Macario  
Roberto Mastroianni  
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli  
Enrico Moscati  
Alberto Musso  
Luca Nivarra  
Gustavo Olivieri  
Cristoforo Osti  
Roberto Pardolesi  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Sena  
Salvatore Sica  
Vincenzo Zeno-Zencovich  
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

# QUADERNI DI

## diritto mercato tecnologia



Ministero  
dei beni e delle  
attività culturali  
e del turismo



**CREDA**  
Centro di Ricerca  
di Eccellenza per  
il Diritto d'Autore



**IAIC**  
ITALIAN ACADEMY OF  
THE INTERNET CODE

**Numero 2**  
**Anno V**  
**Aprile/Giugno 2015**

CON CONTRIBUTI DI:

Fabrizio Calisai, Francesca Corrado, Claudio Ghidini,  
Gaetano Marino, Giovanni Maria Nori, Rosaria Petti

## SOMMARIO

### *Mercato, concorrenza e regolazione*

***Il Consiglio di Stato sulla nozione di mercato rilevante ed il fenomeno delle A.T.I. "sovrabbondanti" ..... 14***  
di Gaetano Marino

***La "mancata" liberalizzazione dei farmaci di fascia c) : la voce della concorrenza. .... 29***  
di Claudio Ghidini

***I contratti di Rete e la disciplina antitrust ..... 43***  
di Giovanni Maria Nori

### *Pratiche commerciali e tutela dei consumatori*

***Il Phishing: profili civilistici ed evoluzione delle forme di tutela alla luce delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario ..... 61***  
di Fabrizio Calisai

### *Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie*

***L'Informativa Economica di Sistema: quale perimetro? L'assenza di responsabilità editoriale non esime dalla comunicazione all'Agcom.... 103***  
di Rosaria Petti

### *Diritti della persona e responsabilità in rete*

***La disciplina della data protection in Brasile e l'introduzione della Legge n. 12.965/14, cd. "Marco Civil da Internet" ..... 117***  
di Francesca Corrado

## COMITATO DEI REFEREE

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

## COMITATO DI REDAZIONE

- Davide Mula, Università Europea di Roma (Coordinatore del Comitato di Redazione)
- Martina Provenzano (Vice-coordinatore del Comitato di Redazione)
- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)
- Mattia de Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa Maria de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
- Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Anna Chiara Calabrese, Università Europea di Roma
- Oreste Calliano, Università degli studi di Torino
- Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
- Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
- Philipp Fabbio, Università degli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
- Monica La Pietra, Università Europea di Roma
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma
- Giuseppina Napoli, Università Europea di Roma
- Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
- Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
- Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre
- Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza

- Ana Ramalho, Università di Amsterdam
- Andrea Renda, LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna
- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna
- Claudia Stazi, Università degli studi Roma Tre
- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

#### Collaboratori

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

**Consiglio di Stato, VI sezione, 4 novembre 2014 n. 5423**

**Concorrenza (disciplina della) - Definizione di mercato rilevante - Individuazione del mercato rilevante rispetto all'identificazione dell'intesa nei suoi elementi oggettivi - intesa anticoncorrenziale e ripartizione del mercato - grado di offensività della condotta - Raggruppamento di imprese e associazione temporanea - portata anticoncorrenziale delle ATI sovrabbondanti - Abuso del diritto.**

*La nozione di mercato rilevante utilizzabile ai fini della valutazione di un'operazione di concentrazione non è connotata in senso meramente geografico o spaziale, ma può essere individuata anche con riferimento al contesto nel quale l'intento anticoncorrenziale delle parti ha o avrebbe in futuro capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento delle corrette dinamiche competitive, sicchè, nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, la definizione del mercato rilevante è direttamente correlata al contesto in cui si inquadra il comportamento collusivo tra le imprese coinvolte. Pertanto, è legittimo, in quanto congruamente e logicamente motivato, il provvedimento con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato vieta l'esecuzione di un'operazione di concentrazione finalizzata alla partecipazione in associazione temporanea di imprese alla gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale in un determinato ambito territoriale minimo, ritenendo che la reale finalità perseguita dalle società contraenti sia quella di ripartirsi il mercato e azzerare la concorrenza tra loro per il tramite di un veicolo associativo comune. (Massima redazionale)*

**IL CONSIGLIO DI STATO  
IN SEDE GIURISDIZIONALE  
SEZIONE SESTA  
ha pronunciato la presente  
SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4884 del 2013, proposto da:  
Autorità garante della concorrenza e del mercato - Antitrust in persona del presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via (...);

contro

Li. s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Fr.Sc., Fa.To., Cl.Sa., con domicilio eletto presso il primo in Roma, via (...) ed altri (...);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 4478/2013, resa tra le parti, concernente irrogazione di sanzione pecuniaria per intesa restrittiva della concorrenza.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società intimatè;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2014 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Pa. ed altri (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti: Autorità) chiede la riforma della sentenza, in epigrafe indicata, con la quale il Tribunale amministrativo del Lazio ha accolto quattro distinti ricorsi proposti dalle società odierne resistenti, attive nel settore della distribuzione del gas naturale, avverso gli atti del procedimento relativo all'accertamento e alla sanzione di un comportamento restrittivo della concorrenza, in violazione dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

l) L'intervento dell'Autorità ha tratto origine dalla segnalazione del Comune di Casalmaggiore, che in data 24 giugno 2010 aveva deliberato, in qualità di capofila, l'indizione di una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas per sé e per altri sette comuni limitrofi, ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164 e dell'art. 30 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In particolare, il Comune lamentava il comportamento del gestore uscente (E., poi Zi., fusa per incorporazione in En. s.p.a., concessionaria per Casalmaggiore e altri quattro Comuni, d'ora in poi, comunque, E.), il quale aveva negato l'accesso al proprio impianto ai soggetti invitati alla procedura di gara. A seguito di una serie di accertamenti preistruttori, il procedimento è stato avviato dall'Autorità per una presunta intesa restrittiva della concorrenza tra E. s.p.a. e Li. s.r.l. (controllata da Li. s.r.l.), volta a partecipare alla gara in associazione temporanea di imprese con l'intento di ripartirsi il mercato, rimanendo gestori autonomi per i bacini precedentemente serviti: le due società, infatti, che possedevano autonomamente i requisiti per partecipare alla gara, erano i gestori uscenti nei territori comunali il cui servizio di distribuzione ne era oggetto (cinque Comuni E.On e tre Linea Distribuzione). La gara è stata aggiudicata, con determinazione del 31 dicembre 2010, all'ATI tra E. e Li. e il relativo contratto con i Comuni interessati è stato stipulato il 3 novembre 2011.

Con deliberazione assunta nell'adunanza del 2 agosto 2012 l'Autorità ha contestato alle società ricorrenti in primo grado l'esistenza dell'accordo finalizzato alla spartizione territoriale e a ottenere l'aggiudicazione alle

condizioni minime previste dal bando, ha irrogato a E.On Italia, in solido con 2iGas la sanzione di 1.205.308 euro e a Linea Distribuzione, in solido con Linea Group Holding la sanzione di 129.675 euro.

II) Il provvedimento dell'Autorità ha individuato, quali indici rivelatori del comportamento anticoncorrenziale, in particolare, l'imminente apertura alla concorrenza per effetto della definizione, prevista entro il 31 dicembre 2012 e poi avvenuta con decreto del Ministero per lo sviluppo economico dell'1 aprile 2011, degli ambiti territoriali minimi (ATEM) per la distribuzione del gas, corrispondenti in buona parte con i territori provinciali, e il conseguente superamento degli assetti precedenti; la prassi di operatori medio piccoli di difendere, nelle gare nel frattempo bandite con le vecchie regole, le proprie preesistenti posizioni nell'attesa della nuova disciplina; il fatto che sia E., sia Linea Distribuzione fanno parte di gruppi imprenditoriali in possesso ampiamente e singolarmente dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara; il non aver l'ATI nessuna giustificazione in termini di efficienza gestionale e/o industriale, dal momento che ciascuna società sarebbe rimasta gestore individuale, con piena autonomia, nei Comuni nei quali già esercitava il servizio; la ridotta remuneratività della gara, la cui partecipazione, per le due società, era necessaria in ragione della conflittualità che si era creata con l'ente locale, e l'improbabilità della presentazione di altre offerte, oltre a quella dell'ATI; il livello minimo dell'offerta presentata, giustificabile solo alla luce della ragionevole certezza di essere i soli a partecipare.

III) La sentenza impugnata ha accolto i ricorsi proposti dalle società sanzionate, avendo ritenuto che:

1) gli accordi restrittivi della concorrenza, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, vanno valutati alla luce del mercato rilevante; sotto l'aspetto geografico, anche una porzione ristretta del territorio nazionale può essere definita "mercato rilevante", laddove in essa abbia luogo l'incontro di domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui e, quindi, esista una concorrenza suscettibile di essere alterata. Sotto il profilo dell'estensione dell'intesa, anche le singole gare di pubblici appalti possono costituire un mercato a sé stante, in quanto la definizione varia in funzione delle diverse situazioni di fatto; nel caso di specie, è tuttavia errata la definizione accolta dall'Autorità, che ha fatto coincidere il mercato rilevante con il territorio dei Comuni ai quali si riferisce la concessione messa a gara e nel quale erano in precedenza concessionari E. (Casalmaggiore, Rivarolo del Re, San Martino del Lago, Solarolo Rainerio, Spineda) e Li..

Invero, la mera sussistenza di una situazione di monopolio dal lato dell'offerta non può caratterizzare l'ambito territoriale preso in esame, che non assume alcuna peculiarità rispetto agli altri mercati locali, aventi le medesime caratteristiche; inoltre, l'identificazione del mercato rilevante con la singola

gara presuppone la dimostrazione che l'intesa restrittiva abbia avuto ad oggetto una parte rilevante del mercato di riferimento, mentre la gara in esame riguardava solo il 5% degli utenti della provincia di Cremona e meno dell'1% degli utenti a livello nazionale;

2) mancano le caratteristiche proprie dell'intesa concorrenziale, che vanno desunte da comportamenti di più imprese ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, attuati mediante scambi di informazioni e altre condotte non altrimenti giustificabili, comunque tali da poter incidere sensibilmente sul mercato in maniera non sporadica né occasionale. La circostanza valorizzata dall'Autorità, sulla scorta della considerazione che le partecipanti avrebbero potuto partecipare individualmente e che nessuna ragione di efficienza o razionalizzazione del servizio sosteneva il raggruppamento in ATI non necessaria, non tiene conto che l'art. 34, comma 1, lettera d) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.16 (codice dei contratti pubblici) non pone limiti all'utilizzo di raggruppamenti anche tra soggetti operanti nella stessa fase della filiera produttiva. La legge della gara in esame favorisce la creazione di ATI orizzontali tra soggetti individualmente in possesso dei requisiti, laddove ne prevede il cumulo in capo al raggruppamento. Nessuno dei rilievi valorizzati dall'Autorità consente quindi di argomentare in merito alla preordinazione funzionale dell'ATI tra Li. e E. al perseguimento dell'illecita finalità, in quanto l'intento di preservare il proprio bacino di affidamento e di razionalizzare il portafoglio di concessioni si inserisce in un'utile strategia di impresa.

IV) L'appello proposto dall'Autorità censura la sentenza sotto tutti gli aspetti sopra ricordati; e sotto tutti gli aspetti è fondato.

IV.1) Una prima considerazione si impone con riguardo alla definizione del concetto di "mercato rilevante".

Come ampiamente rilevato dalla giurisprudenza, l'ambito di tale concetto (che spetta all'Autorità definire concretamente, essendo frutto di una valutazione non censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca), ben può essere desunto all'esito dell'esame della singola e specifica condotta della quale sia sospettata la portata anticoncorrenziale; inoltre, e correlativamente, il mercato rilevante può coincidere con la singola gara nella quale tale condotta venga ad incidere.

La definizione di mercato rilevante non è, perciò, connotata in senso meramente geografico o spaziale, ma è relativa anche e soprattutto all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento della corretta dinamica concorrenziale, sicché, nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, la definizione del mercato rilevante è direttamente correlata al contesto in cui si inquadra il comportamento collusivo tra le imprese coinvolte (per tutte, Cons. Stato, sez. VI; 3 giugno 2014, n. 2837). Come a più riprese è stato chiarito dalla

giurisprudenza amministrativa, infatti, in tali ipotesi l'individuazione e la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all'individuazione dell'intesa nei suoi elementi oggettivi, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso.

Se, quindi, l'individuazione del mercato rilevante, nel caso di intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2 della legge n. 287, del 1990 è funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale, non è dubbio che le conclusioni alle quali è giunta la sentenza impugnata si manifestano, sul punto, erranee. Tali conclusioni sono, in effetti, collegate a una considerazione preventiva e aprioristica, meramente geografica e percentuale dell'ambito di riferimento, laddove, come si è detto, la rilevante peculiarità che contraddistingue l'individuazione del mercato rilevante nel caso delle intese vietate presuppone il preventivo accertamento del grado di offensività della condotta (per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424).

Nella fattispecie in esame l'Autorità ha definito il mercato rilevante prendendo le mosse dal servizio oggetto della concessione messa in gara per un ambito di dimensione geografica locale, nel quale "l'unica forma di concorrenza possibile è quella relativa alla partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni venute a scadenza (c.d. concorrenza per il mercato)", e ha considerato, quindi, coincidente il mercato rilevante con la singola gara, poiché è in tale ambito che il comportamento dei concorrenti assume rilevanza. Non condivisibile, come si è detto, è la ricostruzione operata dal Tribunale amministrativo, il quale non ha tenuto conto del fatto che, nell'ambito del servizio di cui trattasi, non ci sono, né sono prevedibili, gare di dimensione nazionale, ma solo gare per singoli ambiti.

IV.2) Il comportamento delle società ricorrenti in primo grado è stato correttamente esaminato dall'Autorità non atomisticamente, ma nella sue componenti oggettive e soggettive, la cui reciproca interazione ha evidenziato, nel mercato coincidente con la gara di Casalmaggiore, indizi gravi, precisi e concordanti tali da rendere palese l'esistenza di una consistente intesa anticoncorrenziale, preordinata a produrre effetti non occasionali mediante la ripartizione del mercato, effetti destinati a durare per tutto il periodo (dodici anni) dell'affidamento derivante dall'aggiudicazione.

Sotto il primo aspetto, oggettivo, l'Autorità ha dato conto, nel provvedimento finale, delle ampie evidenze documentali attestanti la strategia di alleanze, non belligeranza e sinergia territoriale posta in essere dalle società esaminate, oltre che del comportamento ostativo al sopralluogo preliminare alla presentazione delle offerte, posto in essere da E.On Rete, nel negare l'accesso ai propri impianti (comportamento segnalato dal Comune di Casalmaggiore nella nota da cui ha tratto origine il procedimento).

Anche a prescindere da tali evidenze, assume peraltro preminente e dirimente rilievo la circostanza che le due società raggruppate erano i precedenti gestori, in esclusiva, del servizio per i Comuni destinati a confluire nel medesimo, più ampio, ambito territoriale, e che l'ATI, non necessaria per la partecipazione alla gara, assicurava il mantenimento della medesima ripartizione del bacino di azione. Come si legge nel provvedimento oggetto del ricorso di primo grado, ciò è confermato dall'atto di costituzione del raggruppamento, stipulato dopo l'aggiudicazione della gara, laddove si prevede espressamente che ognuna delle due società avrebbe continuato a gestire in maniera autonoma il servizio di distribuzione del gas esattamente nei Comuni nei quali aveva in precedenza la concessione.

Sotto il secondo profilo, soggettivo, è perciò del tutto condivisibile l'individuazione dello scopo del raggruppamento nell'intenzione di ripartirsi il mercato e in quelle ulteriori strategie, collegate ai contenziosi in atto, evidenziate dall'Autorità.

Se, infatti, è vero che l'ordinamento in generale, e la regola della specifica gara, non vietano la cosiddetta ATI sovrabbondante, vale a dire il raggruppamento di più soggetti individualmente già in possesso dei requisiti per partecipare alla selezione (a questo proposito, l'affermazione di Linea Distribuzione, ribadita anche l'odierna udienza, di non poter presentare offerta da sola rimane indimostrata, ed è in contrasto con l'ammissione di possedere i requisiti tecnico-economici di ammissibilità, di cui agli atti di causa), è anche vero che l'uso di strumenti consentiti in via generale non è di per sé neutro, ben potendo esserne apprezzato il concreto esito, anche e soprattutto alla luce del principio della tutela della concorrenza.

La questione qui rilevante non è quella della legittimità o meno di una specifica condotta, ma della portata anticoncorrenziale di una serie di atti, anche, in tesi, in sé legittimi. Come è già stato osservato da questo Consiglio di Stato (sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693), i comportamenti lesivi della concorrenza ben possono essere posti in essere attraverso un uso di facoltà e/o diritti riconosciuti dall'ordinamento, dei quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale sono attribuiti: fine che, nel caso di specie, si è concretizzato nella restrizione della concorrenza per la partecipazione alla gara.

Legittimamente e condivisibilmente, quindi, l'Autorità ha ritenuto che, attraverso le intese così realizzate, le società sanzionate abbiano avuto lo scopo di ripartirsi il mercato, integrando così l'infrazione prevista dall'art. 2 lettera c) della legge n. 287 del 1990, mediante l'azzeramento della competizione, quantomeno tra di esse e tra le società dei rispettivi gruppi: e trattasi, quest'ultima, di considerazione di per sé sufficiente a evidenziare la lesività del comportamento.

Infine, va anche rimarcato che, se al fine della sussistenza dell'abuso è sufficiente l'oggetto e non anche l'effetto anticoncorrenziale, il cui verificarsi rileva in termini di gravità della condotta e, di conseguenza, sulla quantificazione della sanzione pecuniaria, nel caso di specie tale effetto è stato pienamente raggiunto, dato che la gara è stata aggiudicata alle società odierne resistenti, alle condizioni minime previste dal bando.

V) Quanto, appunto, alla quantificazione della sanzione e all'ambito dei soggetti coinvolti, vale ricordare che l'infrazione è stata accertata come avente inizio al 4 agosto 2010 (data in cui si sono incontrati i rappresentanti delle due società per esplorare "sinergie territoriali") e conclusione al 21 agosto 2010, data di presentazione delle offerte, con effetti perduranti. L'Autorità ha poi considerato da sanzionare anche i gruppi Li. e E., holding di riferimento delle due società che hanno partecipato alla gara, in quanto perfettamente in grado di conoscere l'evidente carattere di illecito dell'accordo posto in essere.

Sia con riferimento alla considerazione della gravità dell'infrazione, e della conseguente quantificazione della sanzione, sia quanto ai soggetti sanzionati, la determinazione dell'Autorità è immune dalle censure svolte, mediante la riproposizione dei motivi assorbiti in primo grado, dalle società appellate. La particolare callidità dell'accordo spartitorio posto in essere dalle società, e la portata protratta nel tempo dei risultati dello stesso, rendono evidente che il giudizio di gravità espresso dall'Autorità ai sensi dell'art. 15 della medesima legge n. 287 del 1990 nell'applicazione della sanzione, è immune dai pretesi vizi: correttamente, nella quantificazione della stessa, è stato tenuto conto del volume annuale del fatturato relativo alle concessioni di cui trattasi, moltiplicato per gli anni di durata della nuova concessione. Del resto, l'Autorità dispone di ampio potere discrezionale sia in sede di determinazione dei criteri in base ai quali determinare gli importi delle ammende, sia in sede di sussunzione al caso specifico dei criteri determinativi in tal modo prefissati: e, nel caso in esame, tale ampia discrezionalità non appare irrispettosa dei generali principi della ragionevolezza e della proporzionalità, né sotto altri profili indagabili in giudizio.

Quanto all'ambito soggettivo della sanzione, in particolare contestato da Linea Group Holding s.r.l. che già nel corso del procedimento amministrativo aveva negato il proprio coinvolgimento (a differenza di E.On Italia), vale osservare che l'Autorità, nel provvedimento oggetto del giudizio, ha ricordato gli elementi (messaggio di posta elettronica del 21 febbraio 2010, verbale del consiglio di amministrazione del 29 aprile 2011, altri riscontri documentali) dai quali emerge la sistematica informativa resa dalla società controllata alla controllante e il coinvolgimento di questa nella specifica strategia, rivendicata come di propria competenza: anche sotto questo aspetto, pertanto, la conclusione cui è giunta l'Autorità appare non illogica, né frutto di

travisamento dei fatti o di errore nell'applicazione o interpretazione della legge, ma anzi suffragata da un iter procedimentale particolarmente accurato, e come tale sottratta al sindacato di legittimità del giudice.

VI) In conclusione, l'appello è fondato e deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata e reiezione dei ricorsi di primo grado.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Sesta - definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata respinge i ricorsi di primo grado. Condanna le società resistenti a rifondere all'Amministrazione appellante le spese del doppio grado del giudizio, nella misura di 3.000 (tremila) euro per ognuna di esse.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice - Presidente FF

Claudio Contessa - Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg - Consigliere

Roberta Vigotti - Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder - Consigliere

Depositata in Segreteria il 4 novembre 2014.

***Il Consiglio di Stato sulla nozione di mercato rilevante ed il fenomeno delle A.T.I. “sovrabbondanti”***

di  
**Gaetano Marino**

**Abstract:**

La sentenza n. 5423 del 4 novembre 2014 del Consiglio di Stato ha nuovamente affermato come, nelle ipotesi di intese restrittive, la definizione di “mercato rilevante” sia direttamente correlata al contesto in cui si inquadra l’intento anticoncorrenziale delle imprese coinvolte. Il Consiglio di Stato ha così confermato che, nel caso di specie, il “mercato rilevante” corrisponda alla gara di affidamento della concessione del servizio di distribuzione del gas naturale poiché è in tale ambito che le imprese partecipanti avevano coordinato il loro comportamento anticoncorrenziale. I giudici di secondo grado, infatti, hanno rilevato come l’assetto normativo che contraddistingue il mercato di distribuzione del gas permetta alle imprese ivi operanti di poter essere in grado di competere solo grazie alla loro partecipazione alla gara per la concessione del servizio. Alla luce di tali considerazioni, quindi, il Consiglio di Stato inverte nuovamente il proprio orientamento sulla legittimità delle associazioni temporanee di imprese (ATI) “sovradimensionate” nella partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Infatti, i giudici di Palazzo Spada tornano a condividere l’approccio interpretativo seguito dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato secondo cui nelle ipotesi di costituzione di ATI “sovradimensionate” (intendendosi per tali quei raggruppamenti di imprese che siano autonomamente in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara) opererebbe una presunzione di anticoncorrenzialità dell’associazione temporanea in quanto quest’ultima consentirebbe alle imprese contraenti la sostanziale eliminazione di potenziali concorrenti alla gara e la conseguente spartizione delle commesse oggetto della procedura ad evidenza pubblica.

*On 4th November 2014 the Italian Council of State with the sentence No. 5423 has once again remarked how correlated the definition of relevant market and anti-competitive practice of an incriminated trust under the assumption of restrictive practices are. In doing so, the Italian Council of State pointed out in this case that the relevant market corresponded to the public tender offer of the service for the natural gas distribution, because natural gas distribution is the sector where the incriminated trust had acted their anti-competitive behaviour out. The judges of the second instance court indeed noticed that the*

*framework law which defines the natural gas distribution sector allows the companies acting in the sector to compete just because of their participation to the public tender offer. In light of the above, hence, Italian Council of State changes again its mind about the legality of "oversized" temporary grouping of enterprises (Associazione Temporanea di Imprese - ATI) in participation to the procedures of the public tender offer. The judges indeed share the interpretation of the Italian Competition Authority who stated that the definition of oversized temporary grouping of enterprises represents an anti-competitive behaviour, because the group size could eliminate the potential competitors of the public tender offer.*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Mercato rilevante e tutela della concorrenza. – 3. A.T.I. “sovrabbondanti”: profili anticoncorrenziali e limiti di ammissibilità. – 4. Conclusioni.

## **1. Premessa.**

Con la sentenza oggetto del presente commento, il Consiglio di Stato torna a pronunciarsi su un tema ampiamente dibattuto in dottrina e giurisprudenza riguardante il fenomeno delle cosiddette A.T.I. “sovrabbondanti” e della loro potenziale funzione anticoncorrenziale durante lo svolgimento di procedure selettive per l’affidamento di servizi pubblici.

La vicenda, infatti, trae origine proprio in seguito ad un provvedimento sanzionatorio [1] dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, con il quale la stessa accertava, ai sensi dell’art. 2 della l. 287/1990, un accordo restrittivo della concorrenza tenuto da due società durante una gara indetta dal Comune di Casalmaggiore ed altri sette Comuni della provincia di Cremona per il nuovo affidamento della concessione per il servizio di distribuzione del gas naturale.

In particolare, l’Autorità contestava alle società E.On Rete S.p.a. e Linea Distribuzione S.r.l., gestori uscenti nei territori comunali in cui il servizio di distribuzione era oggetto di gara, l’esistenza di un accordo anticoncorrenziale finalizzato alla ripartizione del mercato e quindi volto a limitarne la concorrenza.

Invero, alla luce delle risultanze istruttorie poste a base del provvedimento sanzionatorio, alle due società era contestato l’utilizzo che le stesse avevano fatto dello strumento dell’associazione temporanea di imprese. Secondo l’Autorità, infatti, l’illiceità dell’accordo si sostanziava nel fatto che le due concorrenti, pur essendo singolarmente ed autonomamente in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, preferivano costituire un’associazione temporanea di imprese con il chiaro intento di ripartirsi le concessioni oggetto

del bando secondo uno schema che consentisse loro di rimanere gestori autonomi per i bacini di utenza precedentemente serviti.

Avverso tale provvedimento le società ricorrevano innanzi al TAR Lazio, il quale, con sentenza n. 4478/2013, accoglieva le relative istanze.

Nello specifico, il giudice di prime cure aveva ritenuto che nel caso di specie non potevano reputarsi integrati gli elementi propri di un'intesa anticoncorrenziale, ex art. 2 l. 287/1990, in grado di restringere in misura significativa la concorrenza nell'ordine di due considerazioni principali. Innanzitutto, per il TAR Lazio non era condivisibile la definizione di mercato rilevante accolta dall'Autorità ai fini della valutazione della sussistenza dell'accordo restrittivo della concorrenza. In secondo luogo, la circostanza valorizzata dalla stessa Autorità, ovvero che le due società avrebbero potuto partecipare individualmente alla gara e che nessuna ragione di efficienza o razionalizzazione del servizio avrebbe giustificato il raggruppamento in ATI dalle stesse operato, non integrava un accordo anticoncorrenziale attesa la mancata previsione da parte dell'art. 34 comma 1 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 di alcun limite in merito.

Su tali considerazioni veniva successivamente chiamato a pronunciarsi il Consiglio di Stato su ricorso della stessa Autorità della concorrenza e del mercato. I giudici di Palazzo Spada, nell'accogliere le istanze dell'Autorità ricorrente, affrontano così con particolare considerazione le questioni più rilevanti emerse durante il corso del giudizio di primo grado.

## **2. Mercato rilevante e tutela della concorrenza.**

Innanzitutto, l'attenzione dei giudici si è rivolta con riferimento alla dibattuta questione inerente all'identificazione del cosiddetto mercato rilevante, alla luce della particolare natura giuridico - economica che caratterizza il servizio di distribuzione del gas e dei recentissimi interventi legislativi che ne hanno ridefinito l'assetto normativo.

Come noto, infatti, l'attuale struttura istituzionale dell'attività di distribuzione del gas è frutto di un processo di liberalizzazione avviato in sede comunitaria [2] ed attuato in Italia a partire dal d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164 (decreto Letta).

Obiettivo principale della riforma era quello di favorire un miglioramento dell'efficienza e della qualità del servizio attraverso l'introduzione di elementi normativi che potessero fungere da incentivo per dotare l'intero settore energetico di un funzionale assetto concorrenziale [3].

L'apertura del mercato del settore energetico si è quindi caratterizzata per un'opera riformatrice del legislatore rivolta soprattutto verso quei particolari ambiti del mercato, come quelli di distribuzione e trasporto, dove le condizioni

di monopolio naturale che li caratterizzavano avevano reso necessari degli interventi pro-concorrenziali [4] rispetto ad altri contesti (vendita ed approvvigionamento) in cui le condizioni di esercizio garantivano naturalmente situazioni di competitività tra le imprese ivi operanti.

Proprio in questo senso il ricorso alla cosiddetta concorrenza “*per* il mercato” [5], nella forma di gare pubbliche [6] per l’assegnazione del servizio, voleva fungere da strumento ottimale per far fronte ad intrinseche deficienze concorrenziali che caratterizzavano il settore dell’energia.

I meccanismi che regolano lo svolgimento delle gare sono stati poi oggetto di regolamentazione da parte del Ministero dello Sviluppo Economico che, a partire dal 2011, ha emanato una serie di decreti [7] volti a favorire lo sviluppo efficiente del servizio, ridurre i costi a favore dei clienti finali, nonché a rimuovere le barriere che potessero rivelarsi da ostacolo per un ottimale sistema concorrenziale [8].

In attuazione dei predetti interventi è stata ampliata anche l’area di gestione del servizio di pubblica utilità ed è stata prevista una disciplina uniforme per lo svolgimento delle gare di affidamento delle concessioni. Inoltre, il territorio nazionale è stato suddiviso per Ambiti Territoriali Minimi (ATEM) [9], ciascuno dei quali comprende una pluralità di Comuni obbligati a procedere all’affidamento del servizio all’interno dei propri territori tramite gara unica, ex art. 14 del d.lgs. 164/2000.

Sulla base di tale quadro normativo di riferimento si sono mossi sia l’Autorità garante della concorrenza e del mercato che i giudici del TAR Lazio e Consiglio di Stato con il chiaro intento di individuare la “parte rilevante” di mercato in cui l’intesa conclusa tra le società E.On Rete S.p.a. e Linea Distribuzione S.r.l., e le rispettive capogruppo, aveva operato la propria efficacia anticoncorrenziale.

In verità, l’individuazione del “mercato rilevante” rappresenta una delle operazioni maggiormente delicate in tema di applicazione del diritto antitrust in quanto essa svolge il ruolo di strumento utile al fine di definire ed identificare lo scenario nel quale occorre valutare la sussistenza di un eventuale illecito anticoncorrenziale ed il relativo grado di offensività.

Tale grado di offensività è solito essere identificato nella posizione di preminenza economica esercitata da un’impresa che si dimostri capace di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato. Nel linguaggio economico, tale nozione viene solitamente tradotta in termini di potere di mercato, ovvero nella capacità dell’impresa di applicare in maniera redditizia prezzi superiori rispetto a quelli che prevarrebbero in un sistema concorrenzialmente efficiente [10].

Per comprendere l’utilità di tale definizione occorre ricordare come essa sia da ritenersi il criterio più idoneo ai fini della definizione ed individuazione del cosiddetto “mercato rilevante”. L’analisi del grado di potere di mercato, infatti,

permette di valutare se in un determinato contesto (in termini di scambio di prodotti ovvero di aree geografiche), tenute presenti anche le eventuali ipotesi di sostituibilità sul versante della domanda e dell'offerta, possa verificarsi o meno, da un punto di vista economico, una significativa sostituibilità dei prodotti e conseguentemente valutare l'eventuale sussistenza di una restrizione della concorrenza [11].

Pertanto, la valutazione del potere di mercato assume un ruolo essenziale nei procedimenti di accertamento antitrust in quanto si rivela essere un utile parametro d'indagine riguardo a tutte quelle ipotesi in cui l'eventuale dominanza di un'impresa sul mercato possa effettivamente integrare una forma di abuso concorrenziale ex artt. 2 e 3 della legge 287/1990. È bene precisare sul punto come l'attuazione di tale modello vari a seconda del tipo di illecito che sarà oggetto di esame.

Infatti, ai sensi dell'art. 2 l. 287/1990, l'analisi di eventuali intese restrittive della concorrenza determina che la delimitazione del cosiddetto mercato rilevante sia successiva all'individuazione dell'intesa stessa. Invero, una volta accertata la sussistenza dell'accordo anticoncorrenziale, l'interprete, valutando gli effetti dell'esercizio del potere di mercato, riuscirà a delimitare ed identificare i margini del mercato entro i quali il coordinamento degli operatori abbia determinato effetti distorsivi per il libero gioco della concorrenza.

Del pari, nell'ipotesi in cui tale criterio fungesse da strumento di indagine ai fini dell'accertamento di un eventuale abuso di posizione dominante, l'esercizio di un potere di mercato si rivelerebbe essere idoneo per l'analisi ai fini della perimetrazione del contesto operativo in cui l'impresa operi in condizioni di netta superiorità rispetto alla concorrenza. In questi termini, la figura di mercato rilevante integra un elemento strutturale della condotta ascritta ad illecito concorrenziale [12].

Tale è stato quindi l'approccio seguito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel procedimento sanzionatorio che vedeva come destinatari le due società E.On Rete S.p.a. e Linea Distribuzione S.r.l..

Nel caso specifico, infatti, l'Autorità aveva ritenuto che ai fini della individuazione del mercato rilevante all'epoca dei comportamenti contestati alle due imprese si dovessero valorizzare sia il profilo del prodotto oggetto di concessione che la dimensione geografica dell'attività di distribuzione.

Con riferimento al prodotto oggetto di concessione, ovvero sia la distribuzione del gas, è stato rilevato che quest'ultima è caratterizzata da condizioni di monopolio naturale ed è svolta in monopolio legale dalle società di distribuzione. Sul punto, pertanto, l'Autorità constatava come in realtà l'unica forma di concorrenza possibile in questi casi potesse essere quella

relativa alla partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni scadute, secondo il noto principio della concorrenza *per* il mercato.

Per quanto riguarda il profilo geografico, invece, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato rilevava come il mercato della distribuzione del gas, per l'assetto che lo contraddistingue, possa individuarsi in un mercato avente una dimensione geografica che coincide con i singoli ambiti territoriali in cui il servizio oggetto di concessione è svolto. Seguendo tale ragionamento, il mercato rilevante andrebbe individuato nella singola gara poichè in tale contesto assumerebbe rilevanza l'illecito anticoncorrenziale tenuto dalle imprese partecipanti. Tuttavia, tale ricostruzione non è stata condivisa dal giudice di primo grado. Il TAR Lazio infatti aveva ritenuto che il ragionamento operato dall'Autorità non era esente da vizi di logicità nell'ordine di due considerazioni. In primo luogo, i giudici di primo grado sul punto evidenziavano il fatto che un mercato rilevante geograficamente localizzato presupponesse pur sempre la necessità di una caratterizzazione dell'incontro tra domanda ed offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti contigui. Seguendo tale impostazione, quindi, il Collegio riteneva che la mera sussistenza di un monopolio naturale dal lato dell'offerta non poteva in alcun modo caratterizzare l'ambito territoriale oggetto della concessione in quanto non presentava elementi che lo potessero distinguere rispetto agli altri ambiti territoriali.

In secondo luogo, per il TAR Lazio la possibilità di identificare la singola gara in termini di mercato rilevante non era condivisibile a fronte di un orientamento giurisprudenziale [13] secondo cui la singola gara di appalto può costituire una porzione rilevante di mercato solamente nel caso in cui la stessa assuma una dimensione nazionale ovvero riguardi comunque una parte rilevante del territorio nazionale. In questi termini, quindi, la fattispecie oggetto del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non poteva ritenersi basata sul presupposto della rilevanza del mercato in considerazione del fatto che la concessione oggetto di gara riguardava un bacino di utenza minimale il cui rilievo percentuale rispetto all'intero ambito nazionale o ad una sua rilevante parte era da ritenersi assolutamente non considerevole.

La questione è stata infine risolta dall'intervento del Consiglio di Stato, il quale, nell'accogliere le istanze presentate in sede di appello dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha ricordato come il concetto di mercato rilevante ben può essere desunto all'esito di un'operazione di analisi della singola e specifica fattispecie di cui si sospetti la portata anticoncorrenziale.

Dando così rilievo al suo carattere funzionale, i giudici di Palazzo Spada sono arrivati a ritenere che la definizione di mercato rilevante non deve essere connotata in senso meramente geografico o spaziale ma piuttosto deve

riferirsi al contesto in cui l'illecito riveli la propria negativa incidenza sulla corretta dinamica concorrenziale. Come a più riprese è stato chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, in queste ipotesi l'individuazione e la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto alla individuazione dell'intesa nei suoi elementi oggettivi, proprio in considerazione del fatto che essa stessa funge da strumento di ricostruzione e delimitazione dell'ambito di mercato in cui è opportuno valutare il grado di offensività dell'illecito anticoncorrenziale.

In questi termini, quindi, il Consiglio di Stato critica le conclusioni a cui era pervenuto il TAR Lazio con la sentenza di primo grado in quanto queste ultime farebbero riferimento a considerazioni preventive ed aprioristiche e non avrebbero tenuto conto del fatto che il settore della distribuzione del gas non prevede gare di dimensione nazionale ma solamente gare la cui concessione riguarda territori comunali rientranti in ambiti definiti dal Regolamento Ambiti del 2011.

### **3. A.T.I. “sovrabbondanti”: profili anticoncorrenziali e limiti di ammissibilità.**

Ed invero, proprio con riferimento alla valutazione della sussistenza di una intesa anticoncorrenziale, il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi su un'annosa questione che vede come protagonista il fenomeno delle cosiddette ATI “sovrabbondanti” e degli eventuali limiti alla loro ammissibilità in considerazione della potenziale ricaduta anticoncorrenziale che tale strumento associativo potrebbe avere in tema di intese ex art. 2 legge 287/1990.

Le associazioni temporanee di imprese, ex art. 37 d.lgs.163/2006, sono formule negoziali attraverso le quali si realizza una forma di collaborazione temporanea ed occasionale tra operatori economici, finalizzata alla partecipazione congiunta alle gare per l'affidamento di appalti e servizi.

Tale forma aggregativa può nascere dalla necessità giuridica o dall'interesse economico delle imprese contraenti a collaborare tra loro al fine di raggiungere i requisiti minimi richiesti dal bando di gara per prendere parte alla procedura ovvero per ripartire gli oneri di esecuzione delle commesse pubbliche ed ottenere conseguentemente un risparmio sui costi grazie alla condivisione degli investimenti [14].

Sul punto è bene chiarire come la costituzione dell'ATI, pur permettendo alle imprese associate di formulare un'offerta congiunta che determina una responsabilità solidale nei confronti dell'Amministrazione per la realizzazione congiunta delle attività oggetto di gara, non dà vita ad un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive atteso che ciascuna impresa

conserva la propria autonomia ai fini della gestione degli adempimenti fiscali e previdenziali.

Lo strumento tecnico utilizzato per dare luogo a tale forma di associazione è quello del mandato con rappresentanza, anche processuale, ad una società capogruppo che rappresenta l'aggregazione in tutti i rapporti necessari per lo svolgimento dell'attività, fino all'estinzione di ogni rapporto.

Proprio tale particolare natura giuridica che contraddistingue i raggruppamenti temporanei ha fatto sì che essi rappresentino una delle materie maggiormente oggetto di contrasti interpretativi in tema di applicazione delle relative discipline normative.

La giurisprudenza amministrativa sul punto ha infatti evidenziato più volte come la materia dei raggruppamenti temporanei si caratterizzi per una forte tensione tra principi ed assetti normativi di natura diversa ed operanti su livelli distinti [15].

Infatti, se dal lato del diritto antitrust è possibile rinvenire una formale avversione riguardo alle formule di associazionismo tra imprese che possano potenzialmente avere effetti distorsivi per la concorrenza, dall'altro lato è possibile individuare nella disciplina dettata dal legislatore italiano in materia di contratti pubblici un vero e proprio *favor* per la costituzione di associazioni temporanee di imprese, per le quali non è stato previsto in sede legislativa alcun divieto di utilizzo.

In verità è bene ricordare come il Codice dei contratti pubblici abbia accolto gli innumerevoli impulsi pro-concorrenziali provenienti dal diritto comunitario che si sono tradotti in formule di incentivo all'apertura dei mercati grazie alla funzione antimonopolistica propria dei raggruppamenti temporanei di imprese, i quali, difatti, hanno permesso di garantire una piena applicazione del principio di libera concorrenza assicurando l'ingresso anche ad operatori di minori dimensioni che presentassero comunque requisiti di specializzazione per quei particolari settori produttivi.

Tale funzione concorrenziale è stata a più riprese evidenziata dalla stessa giurisprudenza amministrativa, la quale, anche recentemente, ha precisato come «*la disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici sia finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico organizzative ed economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante*» [16].

A fronte di siffatta capacità positiva dell'istituto, ovvero quella di realizzare una maggiore apertura dei mercati fungendo da mezzo di ampliamento per la

concorrenza, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha nel corso degli anni rilevato come, in alcuni casi, il ricorso a tale strumento possa non incrementare ma piuttosto ridurre il numero delle imprese partecipanti alla gara, svelando così una potenziale funzione anticoncorrenziale [17].

Secondo l'Authority, infatti, il raggruppamento temporaneo di imprese troverebbe piena giustificazione soltanto quando sia costituito da imprese che non presentino singolarmente i requisiti richiesti per la partecipazione alla singola gara. Nell'ipotesi in cui, invece, non sussista tale evidente finalità di incentivo alla concorrenza, essendo ciascuna delle imprese già singolarmente qualificata ai fini della partecipazione, il raggruppamento temporaneo potrebbe concretizzarsi in uno strumento capace di escludere dal mercato quegli operatori i cui minori requisiti tecnico finanziari non sarebbero sufficienti a renderli validi concorrenti.

Questa formale impostazione non è stata però condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, la quale era prevalentemente concorde nel ritenere che la vigente disciplina degli appalti pubblici in realtà non vieterebbe alle imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, e quindi in possesso dei requisiti tecnico finanziari di partecipazione, di potersi associare temporaneamente in vista della gara, con la conseguenza che le cosiddette ATI "sovradimensionate" non costituirebbero di per sé illeciti anticoncorrenziali.

Per i giudici amministrativi [18], al pari di quanto già sostenuto da attenta scuola di pensiero, l'utilizzo del regime legale dell'associazione temporanea basata sulle regole del mandato con rappresentanza, anche nelle ipotesi di raggruppamento sovradimensionato, non costituirebbe illecito a danno del corretto confronto concorrenziale in sede di espletamento della gara in considerazione del fatto che l'accordo associativo di per sé è un rapporto tra privati ed in quanto tale ha natura neutrale, soggiacendo così alle ordinarie regole sulla liceità e meritevolezza della causa [19].

In questi termini, il sovradimensionamento del raggruppamento temporaneo non rappresenterebbe di per sé un illecito anticoncorrenziale tutte quelle volte in cui la causa concreta dell'operazione giuridica sottesa alla sua costituzione non si riveli essere illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario alla disciplina antitrust.

A sostegno di tale conclusione, del resto, si può evidenziare come l'apertura dei mercati possa essere garantita non solo assicurando la possibilità di poter cumulare i requisiti tecnico finanziari richiesti ma anche attraverso la possibilità di poter ripartire i rischi d'impresa e di concentrare le risorse ai fini di una stabile ed efficiente esecuzione delle prestazioni oggetto di gara. Pertanto, in questi casi le ATI "sovradimensionate" possono pacificamente rappresentare una valida ed efficiente soluzione concorrenziale visto che la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta determinerebbe come

conseguenza diretta la possibilità per la stazione appaltante di poter scegliere tra le varie concorrenti soggetti in grado di garantire una stabilità finanziaria tale da assicurare una ottimale esecuzione della prestazione oggetto di gara. Proprio con riferimento a tale questione si è incentrata la decisione del Consiglio di Stato n. 5423/2014 con riguardo all'utilizzo dell'aggregazione sovrabbondante predeterminata dalle due società E.On Rete S.p.a. e Linea Distribuzione S.r.l.

Sul punto, infatti, secondo il TAR Lazio il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalle due società non poteva integrare un accordo anticoncorrenziale in quanto costituiva una strategia di razionalizzazione del portafoglio di concessioni che, secondo una valida *policy* di impresa, poteva essere tesa alla creazione di utili sinergie operative che avrebbero comportato conseguenti benefici per l'efficacia e l'economicità della gestione del servizio. Tali valutazioni muovevano proprio in considerazione di quelle che sono le peculiarità che caratterizzano il mercato del gas. A seguito della determinazione dei cosiddetti ATEM, l'ampliamento dell'area di gestione, con relativo innalzamento della barriera finanziaria che grava sugli operatori del settore energetico del gas, ha reso necessaria la possibilità per alcuni operatori di potersi dotare di risorse sufficienti per affrontare i costi delle gare per la concessione del servizio e per la relativa gestione. In questi termini, quindi, lo strumento delle ATI può rilevarsi idoneo e non determinare una forma di intesa anticoncorrenziale ex art. 2 l. 287/1990.

Tuttavia, queste conclusioni non sono state confermate dal Consiglio di Stato, il quale ha ritenuto che il comportamento tenuto dalle due imprese era stato oggetto di attenta valutazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e che la reciproca interazione tra le due imprese evidenziasse in realtà la sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti tali da far ritenere che la costituzione dell'associazione temporanea sovradimensionata tra loro incorsa integrasse una forma di alterazione della concorrenza.

I giudici di Palazzo Spada hanno dato rilievo all'analisi di indagine svolta dall'Autorità che, nel valorizzare la causa concreta perseguita dall'operazione giuridica di aggregazione in forma di associazione temporanea posta in essere dalle due società concorrenti, era giunta a ritenere che l'utilizzo dello strumento di raggruppamento temporaneo non era diretto ai fini della partecipazione alla gara di affidamento del servizio ma al contrario era finalizzato a garantire alle due società la ripartizione del bacino di azione oggetto della commessa.

In particolare, tali conclusioni erano avvalorate alla luce di vari elementi probatori [20], riguardanti comportamenti sinergici ed attività di non belligeranza tenuti dalle due società, che lasciavano chiaramente intendere l'illiceità dell'accordo. Anche a prescindere da tali evidenze, ai fini della

pronuncia ha assunto valore dirimente la circostanza secondo cui le due imprese prevedevano espressamente nell'atto di costituzione del raggruppamento, stipulato dopo l'aggiudicazione della gara, di non dar seguito all'obbligo di cui all'art. 10 comma 7 del Regolamento Criteri [21] e continuare a gestire in forma separata ed autonoma il servizio di distribuzione del gas nei medesimi Comuni nei quali avevano in precedenza la concessione [22].

#### **4. Conclusioni.**

Come si è avuto modo di evidenziare nel corso della trattazione, la sentenza oggetto di commento rappresenta la conferma del principio generale di diritto antitrust secondo cui molti istituti contrattuali, tra cui le stesse associazioni temporanee "sovradimensionate", nonostante si distinguano per un'astratta neutralità, ben possono essere utilizzati in maniera distorta e strumentale per il perseguimento di scopi anticoncorrenziali non coincidenti con i fini riconosciuti dallo stesso ordinamento.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato e legittimo l'accertamento condotto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con la decisione del 12 agosto 2012 a mezzo della quale l'Autorità non ha contestato la costituzione dell'associazione temporanea ma l'utilizzo strumentale che le imprese partecipanti avevano operato al fine di eliminare qualsiasi forma di concorrenza in gara.

Infatti, per i giudici di Palazzo Spada l'assenza di una qualunque giustificazione oggettiva del raggruppamento temporaneo, in termini di risparmio sui costi grazie alla condivisione degli investimenti, lasciava chiaramente intendere che il fine dell'accordo tra le società contraenti sarebbe stato quello di ridurre l'incertezza sull'esito dell'aggiudicazione e conseguentemente assicurarsi la continuità della gestione in via autonoma e separata del servizio di distribuzione del gas nei bacini di utenza da loro precedentemente serviti.

In effetti, le giustificazioni addotte dalle due imprese coinvolte nell'associazione temporanea sia durante il procedimento di accertamento che nelle fasi del giudizio dinanzi ai giudici amministrativi si sono rilevate inadeguate in quanto incapaci di dimostrare che l'asserita non remunerazione del servizio in via autonoma potesse essere dimostrazione di una ragione industriale, economica o tecnica a giustificazione della scelta di partecipare al raggruppamento.

In questi termini, quindi, il Consiglio di Stato aderisce all'ormai consolidato orientamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato secondo cui nelle ipotesi di ATI "sovradimensionate" opererebbe una presunzione di

anticoncorrenzialità nei casi in cui le imprese contraenti perseguano fini non coerenti con l'ampliamento della platea dei soggetti partecipanti ai meccanismi di gara ma volti all'attuazione di una strategia escludente, tesa ad impedire la partecipazione di altre imprese alla procedura ed ottenere di conseguenza la spartizione del mercato ovvero della singola commessa oggetto del bando.

Tale orientamento, infatti, pone a fondamento dell'eventuale accertamento delle potenziali distorsioni concorrenziali frutto della costituzione di ATI "sovradimensionate" il principio di proporzionalità, riconoscendo la possibilità di sanzionare il raggruppamento qualora, a seguito di un'analisi che tenga conto della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato interessato e qualsiasi altro elemento da cui possa desumersi una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, si renda necessaria l'esigenza di tutelare gli acquisti pubblici da manifeste inefficienze anticoncorrenziali ex artt. 101 TFUE e l. 287/1990 [23].

Tanto premesso, appare evidente che l'attività di accertamento a cui saranno chiamati sia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che gli stessi giudici amministrativi dovrà garantire un effettivo bilanciamento tra il diritto degli operatori di mercato a poter utilizzare strumenti contrattuali leciti volti ad incentivare in chiave concorrenziale la loro operatività, da un lato, e la piena applicazione dei principi imposti a tutela della libera concorrenza in tutti i settori economici, dall'altro. L'effettiva adesione ai predetti principi, pertanto, porterà a dover ritenere legittimi quegli accertamenti relativi a raggruppamenti temporanei che si presentino come potenziali anomalie della concorrenza in considerazione del contesto in cui gli stessi operano, nonché alla luce della sussistenza di tipiche sintomatologie che ne lasciano presupporre l'anticoncorrenzialità [24].

---

#### Note

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

[1] Cfr. Provvedimento Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 23794 del 2 agosto 2012.

[2] Cfr. dir. 98/30/CE e dir. 2003/55/CE.

[3] Cfr. D. Iacovone, *I servizi di pubblica utilità tra Stato, mercato, regolatore e consumatore*, Bologna, 2014, pp. 269 ss.

[4] Cfr. S. Giacomelli, *La distribuzione di gas naturale in Italia: l'attuazione della riforma e i suoi effetti*, in *Questioni di economia e finanza (Occasional papers)* n. 21 a cura della Banca d'Italia, 2008, pp. 4-5.

[5] Cfr. Corte cost., sent. del 20 luglio 2012 n. 200, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 674, con nota di G. Corso, *La liberalizzazione dell'attività economica non piace alle Regioni. Nota alla sentenza della Corte Cost. 200/2012*. Con tale pronuncia i giudici costituzionali, nel confermare che il principio di liberalizzazione delle attività economiche andasse inquadrato nell'ambito della competenza statale, definirono i tratti essenziali del concetto di "tutela della concorrenza". Secondo la Corte Costituzionale, infatti, la concorrenza è un concetto complesso in quanto ricomprende non solo l'insieme delle misure antitrust ma anche azioni di liberalizzazione che mirano ad assicurare e promuovere la concorrenza "nel mercato" e "per il mercato", secondo sviluppi ormai consolidati nell'ordinamento europeo ed internazionale.

[6] Cfr. art. 15 d.lgs. 164/2000. Ai sensi del comma 1 del citato decreto il servizio di distribuzione del gas viene affidato dagli enti locali in concessione esclusiva tramite gara per un periodo non superiore ai dodici anni. Gli enti locali che affidano il servizio, inoltre, svolgono attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio.

[7] Cfr. D.M. del 19 gennaio 2011 (Decreto Ambiti); D.M. 12 novembre 2011 n. 226 (Regolamento criteri); D.M. 21 aprile 2011 (Decreto tutela).

[8] L'intervento riformatore muoveva dall'esigenza di far fronte alla eccessiva frammentazione dal lato dell'offerta che si era venuta a creare a seguito della liberalizzazione del settore di distribuzione del gas per mezzo del d.lgs. 164/2000. Sulla base di diversi studi, tra cui spiccava il documento dell'Autorità per l'energia ed il gas "Considerazioni finali relative alle proposte in materia di individuazione di bacini ottimali di utenza" del 30 gennaio 2009, si era rilevato come l'ampliamento dell'area di gestione del servizio di distribuzione del gas rispetto alle relative concessioni, avrebbe favorito lo sviluppo efficiente del servizio medesimo, riducendone i costi a favore anche dei clienti finali, nonché avrebbe contribuito alla rimozione delle barriere di ostacolo allo sviluppo della concorrenza nel settore della vendita di gas naturale.

[9] Si riporta il testo dell'art. 1 del Decreto Ministeriale del 19 gennaio 2011 (c.d. Decreto Ambiti): «1. *Gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare e l'affidamento del servizio di distribuzione del gas sono determinati in numero di 177, ciascuno inserito nell'allegato 1 facente parte integrante del presente provvedimento.* 2. *Con successivo decreto del Ministro dello sviluppo economico, di con il Ministro per i rapporti con le Regioni e la Coesione*

*territoriale, da comunicare alla Conferenza Unificata, sono indicati i Comuni appartenenti a ciascun ambito territoriale».*

[10] Cfr. G. Bruzzone, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi* a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1995, pp. 11 ss.

[11] Cfr. Comunicazione n. 372 del 9 dicembre 1997 della Commissione Europea sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza.

[12] Cfr. G. Bruzzone, *L'abuso di posizione dominante*, in Pace (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, pp. 96-98.

[13] Cfr. Cons. St., sez. VI., sen. del 24 settembre del 2012 n. 5067, in *Gazzetta Amministrativa della Repubblica italiana*, 2012, p. 130.

[14] Si distinguono raggruppamenti temporanei di tipo: i) *verticale*: un'impresa (ordinariamente capace per la prestazione prevalente), si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni scorporabili. In questo secondo caso, il presupposto è che si tratti di appalto complesso, costituito da prestazioni che richiedono diverse specializzazioni, in relazione alle quali dovrà essere il bando di gara a indicare quali assumono carattere prevalente e quali sono scorporabili; ii) *orizzontale*: ciascuna delle imprese riunite è in possesso di una identica specializzazione e fra di esse vi è una suddivisione meramente quantitativa delle prestazioni oggetto del contratto d'appalto; iii) *misto*: parte delle prestazioni è eseguita da una o più imprese con la medesima specializzazione, mentre la restante parte è eseguita da imprese aventi specializzazioni diverse.

[15] Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. del 20 febbraio 2008 n. 588.

[16] Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 18 giugno 2012 n. 22.

[17] Cfr. Segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 187 del 28 settembre 1999, n. 251 del 30 gennaio 2003, n. 880 del 28 settembre 2011; Autorità garante della concorrenza e del mercato delibera del 18 settembre 2013 "*Vademecum per le stazioni appaltanti. Individuazione criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*" e Comunicazione del 23 dicembre 2014 "*Comunicazione avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovrabbondanti" dalle gare pubbliche*".

[18] Cfr. TAR Bari, sent. del 8 gennaio 2015 n. 14.

[19] Cfr. Cons. St., Sez. VI. sent. del 11 novembre 2012 n. 3402.

[20] Cfr. Provvedimento Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 23794 del 2 agosto 2012, pagg. 17 e ss.

[21] L'art. 10, comma 7, del Regolamento Criteri recita che: "*per i raggruppamenti temporanei di impresa e per i consorzi ordinari si applicano le disposizioni di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.*

*163. I singoli partecipanti al raggruppamento devono possedere individualmente i requisiti di cui ai commi 1, 2, 3, 4, alle lettere a), c) e d) del comma 6. I requisiti di cui al comma 5 e alla lettera b) del comma 6 devono essere posseduti cumulativamente dalle imprese partecipanti al raggruppamento temporaneo o al consorzio, con l'obbligo per l'impresa mandataria di possedere tali requisiti in misura minima del 40%. Nel caso di partecipazione di una nuova società di capitali costituita dalla partecipazione di differenti imprese, questa può far valere i requisiti di cui al comma 5 e alla lettera b) del comma 6 posseduti cumulativamente dalle imprese partecipanti alla medesima società".*

[22] Le risultanze istruttorie del Provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato hanno consentito di accertare che tale strategia di impresa (c.d. *stronghold strategy*) aveva caratterizzato l'intero settore energetico del gas naturale. Infatti, nel contesto di incertezza e di imminente cambiamento che caratterizzava l'ambito della distribuzione del gas nel corso del 2010, le società di distribuzione tendevano a voler mantenere le concessioni in essere o, comunque, a partecipare a gare indette in territori limitrofi a quelli in cui già operavano.

[23] Cfr. Segnalazione Autorità garante della concorrenza e del mercato AS880 del 28 settembre 2011.

[24] Si riporta il testo della delibera del 18 settembre 2013 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, "Vademecum per le stazioni appaltanti. Individuazione criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici", relativo alle ATI: «I subappalti e le Associazioni Temporanee di Imprese (ATI) permettono di ampliare la platea dei soggetti che possono partecipare a meccanismi di gara, dando spazio anche alle imprese più piccole. In alcuni casi possono però essere utilizzati dai partecipanti alla gara per spartirsi il mercato o addirittura della singola commessa. Possibili indizi sono: 1) imprese, singolarmente in grado di partecipare a una gara, che invece si astengono in vista di un successivo subappalto o optano per la costituzione di un'ATI; 2) la costituzione di ATI o subappalto perfezionati da imprese accomunate dalla stessa attività prevalente; 3) il ritiro dell'offerta da parte di un'impresa che decide inizialmente di partecipare a una gara, che risulta poi beneficiaria di un subappalto relativo alla medesima gara; 4) nei casi di aggiudicazione basata sull'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ATI (tra i maggiori operatori) può essere il frutto di una strategia escludente, tesa ad impedire a imprese minori di raggiungere il necessario punteggio qualitativo».

***La "mancata" liberalizzazione dei farmaci di fascia c) : la voce della concorrenza.***

di  
**Claudio Ghidini**

**Abstract:** Il d.d.l. "Concorrenza" ha riaperto il dibattito sulla possibilità di liberalizzare la vendita dei farmaci di fascia c), con obbligo di prescrizione medica. Il presente articolo, dalla portata sicuramente attuale, si propone il compito di passare al vaglio l'attuale normativa: innanzitutto, verrà ricostruita, anche se in poche battute, la storia del servizio farmaceutico nazionale con particolare riferimento alle ultime novità introdotte, sul tema della liberalizzazione, dal nostro legislatore; l'attenzione verrà poi concentrata sui pareri espressi, in materia, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulle decisioni - di certo non conclusive - della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Infine, verrà posto l'accento sugli effetti pro-concorrenziali che una politica di liberalizzazione potrebbe suscitare all'interno del nostro Paese; ciò, nell'intento di rappresentare le debolezze ed i troppi punti ciechi di quella teoria che avversa, oramai da tanti anni, l'adozione di una riforma liberalizzatrice.

*The bill "Competition" has restarted a discussion about the liberalization of the medicine's sale. This article has the purpose of analyze the current legislation: first of all the history of National Pharmaceutical Industry will be rewritten and it will be based on the the most recent changes introduced by our legislator; then the attention will shift to the Italian Competition Authority's opinions and to the decisions taken by the Court of Cassation and by the Court of Justice of the European Union. Eventually it will be given emphasis to the Pro competition effects that may be created by a liberalization policy within our Country; this in order to show the weaknesses of that theory which has opposed the introduction of a liberalizer reform.*

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. Diritto positivo e storia del settore. - 3. Il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. - 4. La bouche de la loi. - 4.1. Corte di Giustizia U.E., 05 dicembre 2013. - 4.2 Corte Costituzionale, 09-18 luglio 2014, nr. 216. - 5. Un differente inquadramento della questione: profili concorrenziali. - 6. Conclusioni.

**1. Premessa.**

L'acceso dibattito formatosi *a latere* del disegno di legge Concorrenza offre il destro per approfondire il tema della liberalizzazione dei farmaci di fascia c) [1]; una materia particolarmente delicata data l'avvertita necessità di contemperare esigenze connesse, da un canto, alla tutela del diritto alla Salute di cui all'art. 32 Cost., e dall'altro, alla tutela della Libertà di concorrenza e del consumatore. Si dibatte, più precisamente, sulla possibilità per le parafarmacie e per i centri di grande distribuzione (anche detti Gdo), di vendere al consumatore non solo i farmaci da banco e di automedicazione (ossia, commercializzabili senza obbligo di ricetta), ma anche tutti gli altri farmaci ricompresi nella fascia c), e commercializzabili dietro prescrizione medica [2].

## **2. Diritto positivo e storia del settore.**

Prima di entrare nel vivo della materia è però opportuno compiere qualche passo indietro, volgendo lo sguardo al panorama normativo e, in particolare, agli interventi legislativi che hanno di recente interessato il settore.

Il servizio di distribuzione farmaceutico è caratterizzato da un'imponente normativa [3] volta ad assicurarne la capillare diffusione su tutto il territorio nazionale (attraverso la cd. pianificazione territoriale, la quale impone il rapporto di una farmacia ogni 3000 abitanti), nonché il rispetto di specifici standard di qualità oggettivi (tipologia e quantità di farmaci da tenere in stock, ferie, orari e turni di apertura) e soggettivi (alla distribuzione dei medicinali può, infatti, provvedere soltanto chi appartenga alla categoria professionale dei farmacisti).

Negli ultimi anni, si è però assistito ad alcuni interventi con i quali il legislatore ha fatto vibrare, sia pure timidamente, le fondamenta della sua struttura. Più precisamente, il sentiero che conduce ad una liberalizzazione del servizio farmaceutico è stato aperto dal d.lgs. 04 luglio 2006, n. 223 (cd. decreto Bersani) [4] il quale ha introdotto, all'art. 32, la possibilità per le parafarmacie e per i Gdo di vendere farmaci da banco e di automedicazione, purché al loro interno fosse presente un farmacista iscritto all'ordine professionale. Un ulteriore passo in avanti è stato compiuto dal d.lgs. 06 dicembre 2011, n. 201 (cd. decreto Salva Italia) [5], con il *placet* concesso agli esercizi commerciali diversi dalle farmacie di vendere taluni medicinali di fascia c), individuati dal Ministero della Salute, sulla base di un elenco periodicamente aggiornato dall'A.I.F.A. [6]. L'ultimo solco del nostro sentiero è stato tracciato dal d.lgs. 24 gennaio 2012, n. 19 (cd. decreto Cresci Italia) [7], con il quale il legislatore è intervenuto su altri capisaldi del servizio farmaceutico, confermando però l'esclusiva delle farmacie sulla vendita dei farmaci con obbligo di prescrizione.

Ed in questa cornice si inserisce anche il recente disegno di legge Concorrenza che, nonostante le attese [8], ha confermato l'impostazione previgente.

### **3. Il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.**

Dopo aver ricostruito, anche se in poche battute, l'attuale panorama normativo, giova spendere qualche parola sui numerosi pareri espressi dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [8] in ordine alla struttura del settore farmaceutico e, in particolare, sull'opportunità di adottare, o meno, una politica di liberalizzazione. Orbene, sotto quest'ultimo profilo paiono sussistere ben poche perplessità: ed in effetti, già nel 1997, al termine della propria indagine conoscitiva sugli ordini professionali, l'Autorità aveva concluso le proprie raccomandazioni finali, evidenziando «*la possibilità di vendita, per i farmaci senza obbligo di prescrizione, a esercizi diversi dalle farmacie*» [10]. Un anno dopo, ad essere sottolineata era l'ingiustificata esclusiva delle farmacie sulla vendita dei medicinali di automedicazione [11]. Di particolare interesse, ancora, due segnalazioni del biennio 2010/2011 [12] tese ad evitare l'adozione di due disegni di legge che, attraverso l'introduzione di una pianta organica per le parafarmacie, rischiavano di vanificare gli effetti pro-concorrenziali introdotti dalla liberalizzazione del 2006; peraltro, nelle stesse segnalazioni si dava atto che a soli quattro anni dal decreto "Bersani" avevano visto la luce oltre tremila parafarmacie e 500 punti vendita nella media e grande distribuzione, con una diminuzione dei prezzi che aveva toccato punte del 25%. Da ultimo, nel 2012 l'Autorità ha auspicato una vera e propria liberalizzazione della vendita dei farmaci di fascia c), nonché l'eliminazione dei vincoli all'apertura delle nuove farmacie [13]. In definitiva, sono notevoli gli sforzi compiuti dall'Autorità [14] al fine di sollecitare il potere legislativo ad intraprendere un vero e proprio processo di liberalizzazione (che in questa sede abbiamo circoscritto, per comodità espositiva, al solo settore della distribuzione dei farmaci, ma che deve tenere conto dei numerosi interventi volti a sollecitare l'ingresso sul mercato dei farmaci generici [15], nonché dei pareri negativi espressi nei confronti della pianta organica delle farmacie) [16]; un processo che risente di vincoli e restrizioni percepite come sovraordinate [17] rispetto alla tutela degli interessi in gioco.

### **4. La *bouche de la loi*.**

Come sappiamo, negli ultimi anni il legislatore ha tentato di ridisegnare i pilastri del servizio di distribuzione farmaceutico nazionale.

Tali interventi sono però stati giudicati frammentari ed incompleti e la mancata soddisfazione ha presto sollecitato l'intervento dei tribunali amministrativi

delle nostre regioni, alcuni dei quali, a loro volta, hanno interessato delle relative questioni le corti supreme nazionali e comunitarie.

Di seguito, limiteremo il nostro angolo visuale alle pronunce rese, in materia, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dalla Corte Costituzionale.

#### **4.1 Corte di Giustizia U.E., 05 dicembre 2013.**

Il tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha chiamato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a pronunciarsi sulla conformità ai principi della libertà di stabilimento, non discriminazione e tutela della libera concorrenza della normativa italiana, laddove preclude *«al farmacista, abilitato ed iscritto al relativo ordine professionale ma non titolare di esercizio commerciale ricompreso nella pianta organica, di poter distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica su “ricetta bianca”, cioè non posti a carico del servizio sanitario nazionale ed a totale carico dell’acquirente, stabilendo anche in questo settore un divieto di vendita di determinate categorie di prodotti farmaceutici ed un contingentamento numerico degli esercizi commerciali insediabili sul territorio nazionale»*. Ad avviso del giudice milanese, infatti, *«non sembrano esserci motivi che possano giustificare una tale restrizione all’esercizio di una libertà economica, né vi è alcuna motivazione legata all’obiettivo di ripartire in modo equilibrato le farmacie nel territorio nazionale, né di aumentare la sicurezza e qualità di approvvigionamento della popolazione di medicinali, di un eccesso di consumo o di ammontare di risorse pubbliche assorbite»* [18].

Per quanto riguarda la restrizione alla libertà di stabilimento [19], la Corte di Giustizia, pur dando atto che la nostra normativa nazionale può, in linea di principio, *«ostacolare e scoraggiare l’apertura di una parafarmacia sul territorio italiano»*, ha deciso di vagliare tale restrizione sotto i profili della ragionevolezza e proporzionalità. A tal riguardo, il ragionamento della Corte di Giustizia si sostanzia in poche, logiche battute: innanzitutto, si rammenta che *«le restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere giustificate da ragioni imperative di interesse generale a condizione che siano atte a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso»* [20] e che l’obiettivo perseguito dalla normativa italiana sulla distribuzione del servizio farmaceutico – il quale è rivolto, com’è noto, a soddisfare un interesse generale di tutela della Salute – è sicuramente riconducibile a tale novero. Entrando poi nel merito della vicenda, la Corte ricorda che l’apertura delle farmacie è soggetta ad un regime di pianificazione volto a regolamentare tanto le modalità di accesso al servizio, quanto il numero delle licenze; un regime che *«può rivelarsi indispensabile per colmare eventuali lacune nell’accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare*

*una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle ragioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate» [21]. Pertanto, ammettere, anche per la parafarmacie, la possibilità di vendere i farmaci di fascia c) con obbligo di prescrizione, finirebbe per esporre il sistema di distribuzione farmaceutico al rischio di una «concentrazione di parafarmacie nelle località considerate più redditizie e quindi più attraenti, con il rischio per le farmacie situate in tali località di vedere diminuire la propria clientela e, di conseguenza, di essere private di una parte significativa dei loro introiti» [22]; perdita che «potrebbe causare non soltanto una diminuzione della qualità del servizio che le farmacie forniscono al pubblico, ma anche, se necessario, la chiusura definitiva di talune farmacie [23], conducendo così ad una situazione di penuria di farmacie in determinate parti del territorio e, pertanto, ad un approvvigionamento inadeguato di medicinali quanto a sicurezza e qualità» [24].*

Per quanto concerne, invece, la tutela della libera concorrenza, la Corte di Giustizia ha osservato che è compito del giudice nazionale definire l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate e che, non avendo il giudice milanese adempiuto a tale compito, la relativa questione non può essere esaminata [25].

Per le ragioni suesposte, la Corte di Giustizia terminava le proprie note conclusive sancendo la natura proporzionale e necessaria della normativa italiana sulla distribuzione del servizio farmaceutico.

#### **4.2 Corte Costituzionale, 09-18 luglio 2014, nr. 216.**

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria [26] ha rimesso al giudice delle leggi la decisione sulla compatibilità costituzionale dell'art. 5, primo comma d.lgs. 04 luglio 2006, nr. 223, in riferimento al principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost., e alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. In prima battuta, il giudice *a quo* ritiene che il divieto per le parafarmacie di vendere i farmaci di fascia c) con obbligo di prescrizione medica non sia giustificato dalla necessità di contenere la spesa pubblica, trattandosi di medicinali non rimborsati dal servizio sanitario nazionale e, perciò, a totale carico del cittadino. In seconda battuta, tale divieto darebbe luogo ad un'ingiustificata disparità di trattamento tra la compagine dei parafarmacisti e quella dei farmacisti, assicurando ai secondi l'esclusiva su farmaci per i quali la verifica di conformità è effettuata dal medico a monte, attraverso la prescrizione; tale incongruenza consentirebbe al farmacista di conservare un'esclusiva non giustificata dall'esigenza di tutelare il consumatore, dal momento che il controllo del medico limita notevolmente la

sua sfera di libertà decisionale (e la sua conseguente responsabilità), degradandolo di fatto ad un mero intermediario nella circolazione dei beni [27]. Ancora, il citato art. 5 finirebbe così per ostare alla libertà di iniziativa economica che, come sappiamo, deve cedere il passo a prescrizioni e limiti dettati in funzione della tutela dell'utilità sociale, della libertà, della sicurezza e dignità umana, mentre l'inserimento di un maggior numero di operatori sul mercato non determinerebbe altro effetto se non la nascita di «una dinamica dei prezzi che andrebbe a beneficio dei consumatori» [28].

La consulta ha rigettato tale questione, osservando *prima facie* che alcuna disparità di trattamento può essere evidenziata fra la categoria dei farmacisti e quella dei para-farmacisti, giacché pur svolgendo entrambe una attività imprenditoriale, numerosi e ben più gravosi sono gli obblighi e le prescrizioni che incombono sui primi, a differenza del regime agevolato di cui possono beneficiare i secondi [29].

Peraltro, tale disparità di trattamento non sarebbe nemmeno così evidente, avendo l'art. 32 del decreto legislativo Salva Italia innovato il sistema precedente mediante il principio per cui «fatte salve alcune particolari categorie, i farmaci di fascia C possono essere dispensati nelle parafarmacie, ad eccezione di quelli espressamente indicati nel citato elenco, per i quali permane l'obbligo di prescrizione ed il conseguente divieto di vendita». In buona sostanza, la disposizione appena ricordata avrebbe ridotto la forbice giuridico-economica esistente fra il regime delle parafarmacie e quello delle farmacie [30].

Tanto premesso, il giudice *ad quem* asseriva che «le farmacie, infatti, proprio in quanto assoggettate ad una serie di obblighi che derivano dalle esigenze di tutela della salute dei cittadini, offrono necessariamente un insieme di garanzie maggiori che rendono non illegittima la permanenza della riserva a loro assegnata». E non si potrebbe giungere a diversa conclusione nemmeno «invocando l'art. 41 Cost. e il principio di tutela della concorrenza», poiché «l'incondizionata liberalizzazione di quella categoria di farmaci inciderebbe, con effetti che non sono tutti prevedibili, sulla distribuzione territoriale delle parafarmacie, le quali, non essendo inserite nel sistema di pianificazione sopra richiamato, potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto a tutela della salute dei cittadini». La Consulta, infine, terminava il proprio ragionamento rammentando che la stessa Corte di Giustizia dell'U.E aveva, in una recente occasione, affermato che «La salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute pubblica e il modo in cui tale livello debba essere raggiunto. Poiché quest'ultimo può variare da uno Stato membro all'altro si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità» [31].

## 5. Un differente inquadramento della questione: profili concorrenziali.

Entrambe le pronunce appena ricordate prendono in considerazione la legittimità della nostra normativa nazionale, ora sotto il profilo della sua compatibilità alla Costituzione, ora sotto il profilo della sua conformità al trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Ambedue le Corti, come sappiamo, hanno "archiviato la pratica", riconoscendo alla regolamentazione del nostro servizio farmaceutico un sufficiente grado di coerenza e, in particolare, cristallizzando la competenza del legislatore nazionale sul tema della liberalizzazione [32].

Tali decisioni, ancorché fondate e giuridicamente condivisibili, sono però ben lontane dall'aver dissipato le perplessità che affliggono la materia.

Orbene, la *quaestio*, originata nell'intento di sindacare in sede giudiziaria scelte dettate da ragioni di politica legislativa, è mal posta: invero, ciò che rileva non è stabilire se la normativa italiana sia, o meno, coerente con il testo della costituzione o degli accordi comunitari – circostanza che pare, alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali, fuori discussione [33] – bensì verificare se l'adozione di una politica di liberalizzazione possa suscitare effetti pro-concorrenziali, o se *a contrario* questi ultimi debbano cedere il passo dinanzi ad una paventata e se non altro astratta, lesione del diritto alla Salute. Per la verità, il richiamo alla tutela della Salute e alla pianificazione territoriale paiono, a nostro avviso, strumenti ormai inadeguati e poco convincenti, specie se correlati ai benefici che potrebbero derivare dall'adozione di una politica di liberalizzazione. Ed è proprio per questa via che la fiamma della liberalizzazione divampa, alimentata dai tanti interrogativi che, nonostante i numerosi e reiterati ricorsi giudiziari, non hanno ancora trovato un degno responso.

Per sedare ogni critica, occorre pertanto interrogarsi sul reale ed effettivo nocumento che una crescita delle parafarmacie nelle zone economicamente più attraenti della nazione potrebbe determinare. A questo interrogativo segue, sovente, un diniego motivato dall'esigenza di tutelare la salute dei cittadini ed il servizio farmaceutico alla stessa preordinato. Tuttavia, se la pianificazione territoriale è volta ad assicurare la capillare diffusione del servizio di distribuzione farmaceutico – e una tale diffusione è già garantita da un numero più che sufficiente di farmacie – quale *vulnus* subirebbe, in concreto, il sistema? Se, invero, chi vive nelle comunità agricole/montane conserva sempre la facoltà di recarsi nella farmacia "di zona", quale pregiudizio potrebbe recargli la crescita, anche esponenziale, delle parafarmacie nel centro della città? In realtà, l'unica conseguenza certa si registrerebbe nell'aumento dei punti vendita e in una corrispondente diminuzione dei prezzi,

incentivata dal regime di libera concorrenza. Né si potrebbe obiettare, come ha fatto di recente il TAR di Lecce [34], che la liberalizzazione dei farmaci di fascia c) finirebbe per minare il fatturato delle farmacie, con la conseguenza di privare la società di un importante servizio professionale, con evidenti ripercussioni negative anche sulla capillarità della distribuzione dei farmaci etici [35]. Per la verità, tale *exceptio* [36], ancorché dotata di una forte capacità persuasiva, vacilla e perde significato se raffrontata ai numeri che compongono il fatturato delle farmacie e che da soli costituiscono, nella nostra materia, un sicuro punto di approdo: basti pensare, a tal riguardo, che i medicinali di fascia c) compongono il solo 16,7% del fatturato delle farmacie, le quali potrebbero sempre contare sui medicinali di fascia a) che valgono, da soli, il 69,6% del mercato. Fermo restando che contrariamente a quanto sostenuto dal giudice pugliese, è ben più ipotizzabile che chi abita in località economicamente poco attraenti, continui a servirsi del servizio offerto dalla farmacia più vicina, anziché sostenere costi di trasporto e di tempo che abbatterebbero di fatto lo sconto offerto dalle parafarmacie cittadine.

Si rammentino, inoltre, gli effetti insperati che l'adozione di una politica di liberalizzazione potrebbe nutrire sul versante dell'occupazione degli stessi farmacisti (ed in particolare dei giovani neolaureati), i quali, se sprovvisti della possibilità di aprire una farmacia (a fronte della riscontrata necessità di rispettare il rapporto farmacia/abitanti imposto dalla pianta organica), potrebbero sempre tentare la via imprenditoriale offerta dalla parafarmacia.

Ancora, spesso si dimentica che il fine perseguito dalla liberalizzazione non è quello di sottrarre l'esclusiva sui farmaci di fascia c) alle farmacie, bensì quello di destinarlo paritariamente anche alle parafarmacie e ai centri di grande distribuzione; luoghi in cui, è bene ricordarlo, alla vendita dei medicinali non provvede un semplice commesso, bensì un farmacista regolarmente iscritto al relativo albo.

In ultima analisi, non si pecca forse di eccessivo rigore nel precludere la crescita concorrenziale di un settore economico con l'arme del diritto alla Salute? Ed infine, di lesione alla Salute possiamo davvero parlare quand'anche alla distribuzione dei medicinali provvedano, in ogni caso, farmacisti iscritti al medesimo ordine professionale?

## **6. Conclusioni.**

In definitiva, pur dovendo condividere la tesi della compatibilità costituzionale e comunitaria della nostra normativa nazionale, non si può prescindere dal sottolineare l'opportunità di adottare una strada alternativa; strada che, ispirata ai principi del libero mercato, potrebbe contribuire alla crescita concorrenziale dell'intero settore farmaceutico. Naturalmente, resta fermo il

fatto che ad una simile svolta si potrebbe addivenire soltanto per il tramite del potere legislativo, il quale, attraverso la dialettica parlamentare, conduca il servizio farmaceutico nazionale ad una seria e complessiva regolamentazione.

---

Note

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

[1] Tale classificazione è stata profondamente modificata dalla l. 24 dicembre 1993, n. 537, con la quale si è deciso di riordinare le diverse categorie di medicinali nella seguente tripartizione: a) farmaci essenziali e farmaci per malattie croniche, a totale carico del Servizio Sanitario Nazionale (S.S.N.); b) farmaci, diversi da quelli di cui alla lettera a), di rilevante interesse terapeutico, rimborsati solo per il 50% del loro prezzo; c) altri farmaci privi delle caratteristiche indicate alle lettere a) e b), che non hanno diritto ad alcun rimborso da parte del S.S.N. La fascia b) è stata soppressa nel 2000, ed i relativi farmaci sono confluiti in parte nella fascia a) e in parte nella fascia c). Per completezza, ricordiamo che è altresì prevista una categoria h), destinata ad accogliere i farmaci di uso esclusivo ospedaliero, non vendibili ai cittadini presso le farmacie aperte al pubblico, ma utilizzabili o distribuibili solo nell'ambito delle strutture sanitarie pubbliche.

[2] I farmaci di fascia c) possono essere a loro volta suddivisi in “farmaci soggetti a prescrizione medica” e “farmaci senza obbligo di prescrizione medica”, che a loro volta possono essere classificati in “prodotti da banco”, utilizzabili senza l'intervento di un medico per la diagnosi, la prescrizione o la sorveglianza nel corso del trattamento e “farmaci di automedicazione”, i quali vengono anch'essi assunti in assenza di controlli medici, ma possono promuovere l'insorgenza di gravi effetti collaterali.

[3] Ma non era sempre stato così: cfr. G. Molica, *La disciplina del retail market farmaceutico*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014, p. 73, che ad un primo intervento normativo (l. 22 dicembre 1888, nr. 5849), ispirato alla dottrina del *laissez-faire* e informato alla massima libertà nell'apertura e nell'esercizio delle farmacie aveva fatto seguito qualche anno addietro (l. 31 maggio 1913, nr. 126), una legislazione che «impresse all'organizzazione del servizio farmaceutico l'insieme dei connotati che, ancora oggi, ne costituiscono l'identità normativa».

[4] Con il decreto Bersani, il legislatore ha tentato di scardinare e superare, per quanto possibile, la struttura monopolistica del settore farmaceutico, in un'ottica di tutela del consumatore e della concorrenza, nonché di incentivo

all'occupazione giovanile, mediante la creazione di nuovi posti di lavoro nel settore del lavoro-dipendente. Si rammenti, inoltre, che, al fine di arginare possibili effetti anti-concorrenziali, si era provveduto a dettare specifiche regole di condotta: si pensi all'obbligo di vendere i medicinali alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno, o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine e al divieto di effettuare vendite a premi e/o sottocosto avente ad oggetto i farmaci.

[5] Rammentiamo, peraltro, come la formulazione originaria della norma in parola non dettasse alcuna limitazione, estendendo semplicemente alle parafarmacie e ai centri di grande distribuzione la possibilità di vendere tutti i farmaci di fascia c); circostanza che ingenera il dubbio che la limitazione intervenuta al termine della dialettica parlamentare non fosse il frutto di una scelta motivata da esigenze di tutela del diritto della Salute (che ormai da anni costituisce l'arma preferita dei globalisti per respingere ogni tentativo di liberalizzazione del settore), bensì una scelta indotta dalla strenua opposizione degli ordini professionali dei farmacisti e giustificata da meri interessi economici. Cfr. M. De Benedetto, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 239, la quale ricorda che le resistenze dei farmacisti al processo di liberalizzazione erano giustificate dal fatto che i farmaci di fascia c) rappresentavano (e rappresentano ancora oggi) una quota rilevante delle entrate liquide delle farmacie, che invece devono attendere il rimborso dei farmaci convenzionati dalla Regioni. Il decreto Salva Italia aveva, inoltre, previsto la facoltà, sia per i farmacisti che per i para farmacisti, di praticare liberamente sconti sui prezzi al pubblico, purché gli stessi fossero esposti in modo chiaro e leggibile e non operassero alcun distinguo fra i diversi acquirenti; concessione che, purtroppo, non ha potuto spiegare gli effetti auspicati, stante l'ampio numero di farmaci ancora riservati all'esclusiva delle farmacie.

[6] Istituita con la l. 24 novembre 2003, nr. 326, l'A.I.F.A. è l'istituzione pubblica che autorizza e controlla i farmaci immessi sul mercato in Italia e che garantisce la loro qualità e sicurezza. E', infatti, compito dell'Agenzia del Farmaco, autorizzare l'immissione in commercio dei nuovi farmaci, monitorare costantemente la rete di farmaco-vigilanza e vigilare sulla produzione delle aziende farmaceutiche. L'obiettivo programmatico di questo organismo è quello di tutelare la salute, attraverso la promozione di una nuova politica del farmaco ed una informazione corretta e indipendente sui farmaci rivolta a cittadini e operatori del settore.

[7] In particolare, il decreto Cresci Italia è intervenuto sulla pianta organica, mediante la rivisitazione del quorum cittadino/farmacia (oggi fissato in una farmacia ogni 3.000 abitanti, con una riduzione di quello precedentemente stabilito in 5.000 per i Comuni fino a 12.500 abitanti e 4.000 per i Comuni

oltre 12.500 abitanti), nonché l'istituzione di nuove farmacie in aree ad alta densità di traffico (stazioni ferroviarie, aeroporti, centri commerciali, autogrill con servizi di ristorazione e così via). Ancora, la riforma ha liberalizzato gli orari e i turni di apertura che garantiscono un livello minimo del servizio, con la possibilità per le farmacie di aprire in orari diversi da quelli obbligatori.

[8] Si allude alla presentazione del rapporto annuale dell'indice delle liberalizzazioni presentato a Roma il 28 novembre 2014, dall'Istituto Bruno Leoni al quale è intervenuta il ministro dello Sviluppo Economico Federica Guidi annunciando che il governo avrebbe presto messo a punto un pacchetto di liberalizzazioni in vari settori, compreso quello delle parafarmacie. Tuttavia, stando agli ultimi sviluppi sembra proprio che, anche per quest'anno, i farmaci di fascia c) con obbligo di prescrizione medica resteranno un'esclusiva delle farmacie.

[9] Il diritto antitrust nasce in risposta al fallimento dei sistemi economici ispirati alla concorrenza perfetta, *rectius* dalla considerazione che un sistema a concorrenza perfetta, ai giorni nostri, non è in grado di coesistere con l'immanente struttura normativa che caratterizza i moderni ordinamenti. La sua funzione è quindi quella di evitare il sorgere di assetti monopolistici, o se già esistenti di minarne (ove possibile) le basi, riportando il mercato ad un assetto concorrenziale. Da questo principio ispiratore ha visto la luce, con la l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale, sin dalla sua istituzione, si è preoccupata di esaminare gli assetti concorrenziali del nostro Paese; nazione che, come ben sappiamo, si è dimostrata alquanto avveza alla fioritura di strutture corporativistiche.

[10] A.G.C.M., indagine conoscitiva sul servizio farmaceutico n. IC14, avviata in data 02 settembre 1994 e conclusa in data 06 novembre 1997.

[11] A.G.C.M., segnalazione nr. AS 144, del 18 giugno 1998; sempre sul tema dell'accesso al mercato dei medicinali di automedicazione, A.G.C.M., segnalazione n. AS312, del 22 settembre 2005.

[12] Rispettivamente, A.G.C.M., segnalazione n. AS751, del 01 settembre 2010 e A.G.C.M., segnalazione n. AS796, del 03 febbraio 2011.

[13] A.G.C.M., segnalazione "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2012.

[14] Tali sforzi hanno, peraltro, ricevuto il plauso della Commissione U.E.: cfr., infatti, N.C. Salerno, *Farmacie e distribuzione del farmaco: non c'è contrasto tra Agcm e Corte Costituzionale, né tra Commissione UE e Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2012, p. 220, che «se si analizzano gli interventi della Commissione europea nell'arco degli ultimi cinque-sei anni, emerge una chiara condivisione di visione e ragioni con l'Antitrust italiano. I principi dell'unione Europea di libera circolazione delle persone, professionisti e capitali, e di libertà di insediamento delle attività economiche e

imprenditoriali (articoli 43-56 del Trattato CE) spingono la Commissione a sollecitare i partner a superare la pianta organica, il *bundling* proprietà/gestione, il divieto sull'*incorporation* e sulla formazione di catene, i vincoli di coordinamento dei periodi di apertura».

[15] Primo fra tutti, A.G.C.M., segnalazione n. AS760, del 31 marzo 2010. Sempre sul tema dei farmaci generici, cfr. M. Fausto, *Recenti applicazioni delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico*, in *Diritto Industriale*, 2006, p. 550 e ss.

[16] Si ricordi, ad esempio, A.G.C.M., segnalazione n. AS206, del 07 dicembre 2000.

[17] In tal senso, A.G.C.M., segnalazione n. AS751, del 01 settembre 2010, ove si ribadisce che «*il contingentamento del numero di esercizi farmaceutici presenti sul territorio si traduce sostanzialmente nella protezione dei livelli di reddito degli esercizi esistenti, ed in particolare delle farmacie esistenti, piuttosto che nel conseguimento di una razionale e soddisfacente distribuzione territoriale degli esercizi di vendita al pubblico dei farmaci*». Del medesimo avviso, M. Delsignore, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, II, pp. 304 ss., la quale sostiene che «il proclamato intervento di liberalizzazione nelle farmacie è frutto di una scelta contingente del legislatore, che manca di un vero ripensamento del sistema e, soprattutto, dell'ancoraggio ai principi generali di imparzialità e ragionevolezza». Inoltre, «anche la contraddizione che emerge dalle ordinanze di rimessione corrobora allora la critica al legislatore: le modificazioni susseguitesi, con provvedimenti diversi non coordinati tra loro, i successivi aggiustamenti in sede di conversione, tutti evidenziano la contingenza e la mancanza di un chiaro intento di riforma del settore».

[18] Così, TAR Lombardia, sez. Milano, ord. 22 marzo 2012, n. 895, *inedita*.

[19] Con essa si allude alla libertà, garantita ai cittadini comunitari, di stabilirsi in uno Stato membro diverso dal proprio per esercitarvi un'attività non salariata. Costituiscono tipiche declinazioni della Libertà di stabilimento l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio sia per le persone fisiche che per quelle giuridiche (liberi professionisti, imprenditori, società) e l'applicazione delle stesse condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini (art. 43 Trattato CE). Ai sensi dell'art. 45 CE, sono escluse dal diritto di stabilimento le attività che partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri, mentre a norma dell'art. 46 CE, gli Stati possono limitare la libertà ad esso relativa per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

[20] Così, CGUE, sent. 05 dicembre 2013, par. 37, *inedita*.

[21] Così, CGUE, sent. 05 dicembre 2013, par. 47, *cit*.

[22] Così, CGUE, sent. 05 dicembre 2013, par. 52, *cit*.

[23] Per una critica a questo assunto, si veda *infra* § 4.

[24] Così, CGUE, sent. 05 dicembre 2013, par. 52, par. 53, *cit.* In realtà, una simile eccezione non coglie nel segno: non si comprende, invero, quale diminuzione qualitativa si verificherebbe, dal momento che alla vendita dei medicinali provvederebbe, in ogni caso, un farmacista iscritto al relativo ordine professionale.

[25] In tal caso, pur dando atto che l'eccezione sollevata dalla Corte è sicuramente fondata, non possiamo nascondere la nostra delusione: riteniamo, infatti, che un intervento chiarificatore avrebbe dipanato se non tutte, sicuramente molte delle perplessità che affliggono la materia.

[26] Tale giudizio di legittimità aveva ad oggetto, nel merito, il ricorso promosso da una farmacista calabrese avverso il rifiuto ricevuto dal Ministero della Salute e dall'azienda sanitaria a vendere nella propria parafarmacia tutti i medicinali ricompresi nella fascia c).

[27] In termini non dissimili si era già pronunciato l'A.G.C.M., nella propria relazione sugli ordini professionali n. IC34, ove rilevava che, nel caso della vendita di farmaci da banco, «*la professionalità tipica del farmacista assume un ruolo marginale, divenendo invece prevalente il ruolo di intermediazione tipico del commerciante...*», sicché «*...l'esclusiva attribuita al farmacista per la vendita dei medicinali da banco non sembra trovare lo stesso fondamento dell'esclusiva attribuita per la vendita dei medicinali etici*».

[28] Così, TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, ord. 08 maggio 2012, n.180, *inedita*.

[29] Ed in effetti, non possiamo certo condividere un'argomentazione di segno contrario: si pensi, ad esempio alla pianta organica che impone l'osservanza di uno specifico rapporto farmacia/abitanti; si rammentino fra le prescrizioni, l'obbligo per le farmacie di esporre gli orari di apertura e di chiusura, quello di essere dotati delle sostanze medicinali prescritte come obbligatorie dalla farmacopea ufficiale, o quello di conservare tutte le ricette mediche e, infine, quello di ricevere le ispezioni ordinarie, o straordinarie da parte dell'autorità sanitaria. Orbene, se il principio di parità di trattamento va vagliato su di un piano oggettivo (guardando alle differenti prescrizioni, obblighi e diversità di discipline) e non, come argomentato da alcuni, su di un piano soggettivo (ossia, prendendo in considerazione le figure che operano all'interno delle farmacie e parafarmacie che, come sappiamo, sono in entrambi i casi farmacisti iscritti allo stesso ordine professionale) è allora giocoforza concludere che l'esclusiva concessa alle farmacie appaia, sotto questo profilo, ben più che giustificata.

[30] Tale affermazione non è stata, però, salutata con favore dai sostenitori delle parafarmacie: essi rilevano, infatti, come non corrisponda a realtà l'asserto per cui i farmaci di fascia c) possono essere dispensati nelle

parafarmacie ad eccezione di quelli espressamente indicati in un dato elenco. Sarebbe vero, tutt'al più, l'esatto contrario: possono essere dispensati nelle parafarmacie solo quei farmaci che sono stati inseriti in un determinato elenco predisposto dall'A.I.F.A.; farmaci che, ad ogni buon conto, rappresentano soltanto una minima parte della categoria.

[31] Così, CGUE, sent. 13 febbraio 2014, par. 21, *inedita*.

[32] Anche la Corte rileva, infatti, che «l'individuazione del punto di equilibrio tra i diversi interessi è affidato al legislatore, cui è rimessa la relativa valutazione, fermo rimanendo il limite della non irragionevolezza delle scelte compiute».

[33] Occorre, altresì, ricordare il velato contrasto percepito dal pubblico in merito alle differenti posizioni espresse dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Giustizia della U.E. da un lato, e dell'A.G.C.M. dall'altro. Per la verità, bisogna condividere il punto di vista di N.C. Salerno, *cit.*, il quale rammenta che tanto la Corte di Giustizia, quanto la Corte Costituzionale non possono sostituirsi «ai policy maker nazionali, né riconsiderare il corpus normativo e regolamentare esistente in una prospettiva di riorganizzazione, ristrutturazione e ammodernamento». Il loro compito istituzionale è quello di vegliare sulla legittimità della nostra normativa, senza però sindacare ed «entrare nel merito specifico della scelta degli strumenti per perseguire le varie finalità a livello paese».

[34] Così, TAR Puglia, sez. Lecce, sent. 31 gennaio 2014, n. 278, *inedite*.

[35] Tale rischio è stato avvertito, in particolar modo, per gli esercizi più piccoli, situati nelle zone più svantaggiate del territorio; al contrario, nelle zone più redditizie del paese, si assisterebbe al proliferare delle parafarmacie a scapito del servizio farmaceutico e delle reali necessità della popolazione.

[36] Si rammenta che l'A.G.C.M. ha avuto modo di osservare nella propria relazione sugli ordini professionali che, sia pure limitatamente ai medicinali di automedicazione, l'esistenza di un monopolio normativo non costituisce di per sé una garanzia circa l'effettiva preparazione professionale del farmacista.

[37] A tal riguardo, rammenta M. Delsignore, *cit.*, p. 321, che «le due reali alternative nella disciplina del settore paiono essere quella del mantenimento dell'esistente – ma senza proclamarne falsamente la trasformazione – ovvero l'opzione per un nuovo sistema liberalizzato in cui la regolazione pubblica vigili sugli esercizi e intervenga attraverso il servizio pubblico quando davvero l'offerta dei farmacisti privati non sia in grado di soddisfare la domanda dei privati. Tale ultima vera liberalizzazione può realizzarsi solo come processo, che deve essere graduale e necessita di un diritto transitorio per garantire il rispetto del principio di certezza e affidamento degli operatori già attivi nell'ordinamento settoriale»

***I contratti di Rete e la disciplina antitrust***

di

**Giovanni Maria Nori**

**Abstract:**

Il presente lavoro analizza la disciplina generale e le caratteristiche specifiche del contratto di rete, nelle sue varie e possibili strutturazioni, esplorando, in particolare, la compatibilità dell'istituto con la normativa Antitrust nazionale e comunitaria. Dopo una breve premessa, il saggio muove da una considerazione iniziale sull'agevolazione fiscale prevista dal contratto di rete e sulla sua compatibilità con l'art. 107 TFUE. Proceede con una trattazione del contratto di rete come possibile intesa vietata ex art. 101 del TFUE (art. 2 l. 287/1990), e illustra, a seguire, le dinamiche e le ipotesi in cui il contratto di rete può essere utilizzato come strumento per abusare di una posizione dominante ex art. 102 del TFUE (art. 3 l. 287/1990). Investiga infine il contratto di rete nella sua capacità di creare e porre in essere concentrazioni tra imprese, reg. CE n. 139/2004 (artt. 5,6, e 7 l. 287/1990).

*The present essay analyzes the general discipline as well as the specific features of the network contract, in all its different and possible configurations, focussing, in particular, on its compatible nature with our national and European Antitrust laws. After a brief prologue, the essay first concentrates on the tax break contemplated by the network contract and its compatibility with Article 107 TFUE. Then it deals with the network contract as a possibly prohibited agreement ex Article 101 del TFUE (art. 2 l. 287/1990), and proceeds to illustrate the dynamics and the conditions which may allow the network contract to be used and abused as a tool to take advantage of a dominant position ex Article 102 del TFUE (art. 3 l. 287/1990). Finally, it explores the network contract in its potential for creating and establishing aggregations of enterprises, reg. CE n. 139/2004 (artt. 5,6, e 7 l. 287/1990).*

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. L'agevolazione fiscale del contratto di rete e l'art. 107 TFUE. - 3. Il contratto di rete come possibile Intesa vietata ex art. 101 del TFUE. - 4. La rete come strumento utile per abusare di una posizione dominante. - 5. Il contratto di rete e le concentrazioni tra imprese. - 6. Conclusioni.

**1. Premessa.**

Il contratto di rete [1] nasce e si sviluppa in un contesto giuridico ed economico già denso di figure contrattuali di cooperazione interimprenditoriali, come ad esempio il *franchising* o la subfornitura, se basate su modelli contrattuali bilaterali, o il consorzio, il G.E.I.E, o le ATI se basate su modelli plurilaterali [2]. Va detto, però, che il contratto di rete, rispetto alle altre figure contrattuali già presenti nel nostro ordinamento, presenta una struttura giuridico-economica molto flessibile, che è in grado di garantire ampia indipendenza ed autonomia alle imprese retiste [3]. Ed è proprio tale geometria variabile che permette alla rete di distinguersi [4] dagli altri contratti di aggregazione tra imprese [5]. Variabilità strutturale che è stata concessa proprio dal legislatore lasciando ampio spazio all'autonomia contrattuale delle parti nel poter determinare il contenuto e lo scheletro giuridico del contratto [6]. Dunque, è per questa sua modellabilità e potenziale ampiezza di contenuti che si è obbligati a riflettere sull'influenza che la rete può avere nel libero gioco della concorrenza. Perciò, date le sue peculiari caratteristiche di contratto di aggregazione imprenditoriale, la rete non può sfuggire all'attento controllo di compatibilità con la normativa Antitrust comunitaria e nazionale [7], nello specifico con le normative riguardanti gli aiuti di stato (art. 107 TFUE), le intese vietate (art. 101 TFUE e art. 2 l. 287/1990), l'abuso di posizione dominante (art. 102. TFUE e art. 3 l. 287/1990) e le concentrazioni di imprese (reg. CE 139/2004 artt. 5,6, e 7 l. 287/1990).

## **2. L'agevolazione fiscale del contratto di rete e l'art. 107 TFUE.**

Il contratto di rete può presentare profili di incompatibilità con la disciplina comunitaria in tema di concorrenza, ossia con gli artt. da 101 a 107 TFUE. *In primis* il contratto, avendo introdotto misure volte a fornire sostegno finanziario alle imprese, poteva rappresentare un aiuto di Stato, violando il divieto previsto dall'art. 107 TFUE, secondo cui sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Su tale questione si è pronunciata la Commissione Europea, con decisione del 26 gennaio 2011, C(2010)8939 [8] (come previsto ai sensi dell'art. 108 TFUE), affermando che la misura in esame non costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, del TFUE. La Commissione Europea è giunta a tale conclusione tenendo in considerazione il fatto che la rete di imprese non aveva personalità giuridica autonoma [9]. Ad oggi però la rete con personalità giuridica autonoma è ammessa giuridicamente [10], mentre al tempo della decisione della Commissione Europea sopra richiamata ancora

non era stata espressamente prevista ed era infatti ipotizzabile solo una rete contrattuale priva di soggettività giuridica [11]. Difatti se la rete si avvaleva dei pregi della personalità giuridica autonoma, dall'altra essa perdeva tutti i benefici fiscali [12] che erano previsti dalla normativa del contratto [13], ricordando però, che ad oggi non sono più fruibili [14]. La Commissione Europea ha aggiunto anche che la misura è di carattere generale e non selettiva, per meglio dire non settoriale: essa prescinde dalla dimensione nonché dall'ambito di attività delle imprese coinvolte nella rete, e non prevede limiti di localizzazione territoriale. In conclusione, si è escluso che la misura rientri tra gli aiuti vietati ai sensi dell'art. 107 TFUE. Ad oggi però va nuovamente rimembrato che tali benefici fiscali non sono più fruibili e dunque il problema di compatibilità tra il contratto di rete e la disciplina in materia di aiuti di Stato non si pone più. Infatti ad oggi il contratto di rete non è assolutamente configurabile come lesivo della normativa in materia di aiuti di Stato, anche qualora la rete sia dotata di soggettività giuridica.

### **3. Il contratto di rete come possibile intesa vietata ex art. 101 del TFUE.**

In aggiunta, un'altra questione che merita di essere analizzata riguarda il fatto che il contratto di rete e gli accordi ad esso conseguenti possono violare il divieto di intese, come disciplinato a livello comunitario e recepito dal legislatore nazionale. La compatibilità della rete con la disciplina anticoncorrenziale è una questione molto complessa ed è in riferimento ai due ordinamenti, quello comunitario e quello nazionale (pur rivestendo quest'ultimo carattere residuale rispetto al primo), che deve essere rapportata alla rete. Dunque, come è stato osservato in dottrina [15], l'avvalersi di un contratto tipico, come è quello di rete, non produce automaticamente la compatibilità di ciò che viene convenuto con tale contratto e la normativa *antitrust*. Perciò la compatibilità non nasce semplicemente dal *nomen iuris* dell'istituto giuridico utilizzato. Indi per cui occorre che ciò che si è stabilito e stipulato con il contratto di rete sia compatibile con la normativa *antitrust*, nello specifico con la regola di esenzione disciplinata all'art. 101, par 3, TFUE. Tanto è che anche l'AGCM, con comunicazione dell' 11 maggio 2011, ha osservato che tale contratto non può costituire una deroga ai principi della libera concorrenza e del mercato. Infatti su tale questione la Commissione Europea ha fatto presente che la decisione con cui si è negata la natura di aiuto di Stato alla misura accordata al contratto di rete non pregiudica l'applicazione dell'art. 101 del TFUE in materia di intese vietate. Inoltre, va richiamata anche la Comunicazione 2011/C-11/01 (Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale), dove viene precisato che anche qualora le autorità pubbliche incoraggino un accordo di cooperazione

orizzontale non significa che l'accordo sia, solo per questo, ammissibile ai sensi dell'art. 101 TFUE [16]. Fatta questa premessa chiarificatrice del complesso quadro che si è generato in questa materia, possiamo definire sinteticamente i due livelli normativi, quello nazionale con la norma di cui all'art. 2 della l. 287/1990, e quello comunitario con le previsioni di cui all'art. 101 del TFUE. Le intese sono gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni volte a limitare la libertà di azione sul mercato. Ovviamente può essere considerata un'intesa la stipulazione di un contratto [17]. Per quanto concerne la rete, possono costituire intese non solo il contratto in senso stretto ma anche le eventuali e successive decisioni dell'organo comune o in sua assenza quelle adottate in prima persona dai retisti [18]. Si ricorda inoltre che un'intesa è considerata vietata ai sensi della normativa anticoncorrenziale e di conseguenza sanzionata con la nullità (nullità ex art. 1418 c.c. dunque assoluta, rilevabile dal giudice, retroattiva e imprescrittibile) quando ha per oggetto o effetto l'obiettivo di restringere, impedire o falsare il libero gioco della concorrenza. Ricordando che non è necessaria, come evidenziato dottrina [19], la consapevolezza circa l'effetto distorsivo sulla concorrenza, d'altra parte però un'intesa che impegni le imprese a tenere involontariamente comportamenti lesivi della concorrenza non costituisce una violazione della normativa *antitrust* allorché le condizioni del mercato rendano impossibile o estremamente improbabile per le imprese interessate tenere un comportamento diverso. È logico che per valutare gli effetti di un'intesa vanno considerate le conseguenze che l'accordo sia in grado di produrre sul mercato, che va pertanto individuato. Fatto ciò, bisogna analizzare gli effetti prodotti dall'intesa appunto nel mercato di riferimento e valutare il potere che le imprese esercitano su tale tipo di mercato. Perché un'intesa sia idonea a restringere la concorrenza, dunque, è necessario che le imprese che vi prendono parte siano in un rapporto di concorrenza, effettiva od almeno potenziale, a livello orizzontale o verticale [20]. Dunque potrebbe essere considerata un'intesa vietata una rete che coinvolga imprese che operano nello stesso mercato di riferimento, e in cui si preveda nel programma comune la condivisione di informazioni e dati rilevanti riguardanti i clienti e i relativi prezzi di vendita, in modo tale che le imprese possano concordare e concertare a tavolino i prezzi e le condizioni di vendita dei prodotti, tanto da dividersi i relativi clienti. In questo caso sicuramente l'intesa sarebbe lesiva del libero gioco della concorrenza, rientrando in uno di quei c.d. accordi orizzontali vietati. Si ricordi però che non tutte le intese sono vietate, anzi alcune possono essere considerate lecite direttamente o altre essere oggetto di esenzioni. Innanzitutto [21] sono lecite le c.d. intese minori, ossia quelle intese che per la struttura del mercato di riferimento, la caratteristica delle imprese operanti e gli effetti prodotti non incidono, in modo rilevante,

sull'assetto concorrenziale del mercato. Su tale problematica la Commissione Europea con Comunicazione 2001/C -368/07 c.d. *de minimis* stabilisce, utilizzando soglie basate sulle quote di mercato, ciò che non costituisce una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE. La zona franca creata dalla comunicazione *de quo* si applica ad accordi tra concorrenti effettivi o potenziali (accordi orizzontali) quando la loro quota di mercato aggregata non supera il 10%. Nel caso di accordi tra non concorrenti, dunque di imprese non allo stesso livello (accordi verticali), la quota di mercato detenuta da ciascuna delle parti non deve superare il 15% per rientrare nei casi contemplati dalla comunicazione. Le soglie in termini di quota di mercato sono ridotte al 5% per i mercati in cui c'è un effetto cumulativo di reti parallele di accordi simili. Però tale comunicazione non si applica agli accordi contenenti una o più restrizioni gravi (c.d. clausole nere o restrizioni *hard core*) ossia quando le intese intervengono sui prezzi, sulla limitazione della produzione o delle vendite, oppure sulla ripartizione del mercato e della clientela. Ad essere precisi, tali soglie *de minimis*, valide sia per gli accordi verticali che orizzontali, sarebbero applicabili, nelle percentuali prima ricordate, anche al contratto di rete, poiché, come è stato sostenuto [22], la rete potrebbe essere considerata nelle sue varie sfaccettature e forme un accordo tra imprese in senso sia verticale che orizzontale. Inoltre possono essere esentate le intese se, ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE:

- (a) migliorano la produzione e la distribuzione nonché se devolute alla promozione del progresso tecnico ed economico;
- (b) trasferiscono agli utilizzatori gran parte degli utili;
- (c) non si elimina del tutto la concorrenza;
- (d) l'intesa restrittiva della concorrenza è assolutamente indispensabile per il raggiungimento dell'accordo.

Precisando che anche in questo caso il contratto non deve prevedere nel suo programma comune e nel suo contenuto le c.d. clausole nere, poiché in questo caso non potrebbe, qualora sia considerato un'intesa lesiva del libero gioco della concorrenza, essere oggetto di esenzione. Tenendo bene a mente che la valutazione di tutti questi requisiti va fatta caso per caso e dovranno essere le imprese a fare tale sorta di autovalutazione o, nelle parole di un autorevole giurista [23], di *self-assessment*. Il contratto di rete come già precisato può essere considerato un accordo sia verticale che orizzontale, e che a determinate condizioni può essere vietato in quanto contrastante con l'art. 101 TFUE. Dobbiamo capire ora come valutare il contratto di rete alla luce di tutto quello che è stato detto. La prima cosa che va presa in considerazione è che la rete è uno strumento giuridico che nella maggior parte dei casi coinvolge PMI e che spesso il numero di queste aderenti ad un singolo contratto varia tra due e nove unità [24]. Indi per cui la rete, intesa come fenomeno economico-

giuridico, spesso rientrerà nei parametri oggettivi delle intese *de minimis* e in questi casi sarà la rete, dunque, lecita *ex lege*. Se invece il contratto dovesse coinvolgere un numero consistente di imprese, anche di grandi dimensioni, oltrepassando i limiti *de minimis*, si potrà comunque ricorrere all'esenzione, dovendo in questo caso le imprese autovalutare il proprio contratto verificando la sussistenza dei requisiti precedentemente trattati ai punti (a-b-c-d), sperando così di ottenere l'esenzione prevista dalla normativa comunitaria.

#### **4. La rete come strumento utile per abusare della propria posizione dominante.**

A questo punto dobbiamo invece discutere dell'eventuale e possibile conflitto tra la rete e la normativa *antitrust* in tema di abuso di posizione dominante e concentrazioni di imprese. Prima di affrontare questo argomento, dobbiamo però avere ben chiara la definizione di abuso di posizione dominante così come disciplinato dall'art. 102 del TFUE e dall'art. 3 l. 287/1990. Per posizione dominante si intende in economia e in diritto, anche come definito dalla dottrina [25], la posizione dell'impresa/e (poiché tale posizione di vantaggio può anche essere collettiva) [26] che gode di un notevole grado di indipendenza: un grado tale da poter determinare con una non indifferente libertà le proprie strategie sul mercato senza tener conto dei comportamenti e delle strategie di eventuali concorrenti [27]. Ovviamente detenere una tale posizione di privilegio nel proprio mercato di riferimento non è cosa illecita e sanzionata dalla legge, anzi è una situazione economico-giuridica più che legittima. Infatti ciò che viene ad essere vietato e sanzionato dalla normativa prima citata è l'abuso di tale posizione. Fattispecie, quella dell'abuso, che si configura in varie e diverse situazioni. Infatti si ha uno sfruttamento abusivo [28] della posizione dominante quando si utilizza tale posizione per ridurre le capacità competitive degli altri operatori oppure quando la si usa per conservare artificialmente e forzatamente la propria posizione, ovvero, infine, per realizzare politiche di mercato caratterizzate dall'assenza o ridotta concorrenza a danno dei consumatori. A questo punto dobbiamo chiederci quando il contratto di rete sia in grado di generare nelle imprese una posizione dominante e rendere possibile lo sfruttamento abusivo di questa, o interrogarci su come può la rete, quando le imprese che vi partecipano già godono di una posizione dominante, essere utilizzata per sfruttare questa posizione di supremazia. Ad ambedue le domande si possono trovare risposte semplici. Anzitutto, come qualsiasi altro contratto tra imprese che crei una collaborazione e un legame interimprenditoriale (come ad esempio i contratti di *franchising* o costitutivi di G.E.I.E o di A.T.I.), anche la rete crea un legame più o meno forte tra le imprese/imprenditori che vi partecipano e questo

legame potrebbe tranquillamente consistere tanto nello scambio di informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica quanto nel collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero ancora nell'esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. In ogni caso è un legame che può permettere alle imprese coinvolte di utilizzare la loro posizione così creata, o di cui erano già titolari antecedentemente alla rete, in maniera abusiva. Ad esempio immaginiamoci una rete che coinvolga le maggiori imprese produttrici di acciaio in Italia, che messe insieme in riferimento al loro mercato rilevante posseggono più del 90% [29] di quest'ultimo. In questo caso le imprese coinvolte risulterebbero titolari di una posizione dominante collettiva, mentre singolarmente considerate non sarebbero dotate di tale posizione di forza. Tale ragionamento da tempo è vivo nel discorso dottrinale [30] e a mio avviso sembra perfettamente applicabile anche al caso del contratto in esame. Con la rete, infatti, al pari di quel che accade in un gruppo societario o in un'A.T.I., si può creare un legame forte tra le imprese retiste in grado di generare una posizione di supremazia collettiva. Posizione che poi potrebbe essere sfruttata per creare veri e propri cartelli dei prezzi a danno dei consumatori (c.d. abuso di sfruttamento), o che potrebbe essere impiegata per eliminare le capacità competitive degli altri operatori e competitori (c.d. abuso escludente). Nell'ipotesi della posizione dominante collettiva generata mediante una rete, le due discipline, da una parte quella dell'abuso della posizione dominante (art. 102 TFUE) e dall'altra quella delle intese vietate (art. 101 TFUE), sarebbero in linea di massima concorrenti nell'essere applicate, in quanto violate entrambe. A questa conclusione infatti, è possibile arrivare poiché è grazie ad un contratto (dunque un'intesa) che si genera la rete che poi verrà utilizzata per sfruttare abusivamente la posizione dominante così determinata.

## **5. Il contratto di rete e le concentrazioni di imprese.**

A questo punto per ultima, ma non per importanza, verrà trattata la questione circa la possibile violazione mediante un contratto di rete della normativa riguardante le concentrazioni di imprese. Innanzitutto le concentrazioni di imprese sono disciplinate dal artt. 5,6 e 7 della l. 287/1990 e dal reg. CE 139/2004. Queste secondo tale normativa sussistono quando le imprese coinvolte nella concentrazione sono considerabili di dimensione comunitaria [31] e quando quest'ultime pongono in essere operazioni di acquisto, controllo e fusione coinvolgendo altre imprese. Di conseguenza, tali imprese ampliano le proprie quote di mercato e riducono il numero dei competitori indipendenti operanti in quel mercato di riferimento. Le concentrazioni, in verità,

rappresentano un utile strumento che risponde all'esigenza di accrescimento della competitività delle imprese, e diventano illecite solo quando alterano il regime concorrenziale del mercato, altrimenti sono da considerare delle normali evoluzioni di quest'ultimo dettate dallo sviluppo e dalla crescita di alcune aziende e imprese che lo ospitano [32]. Tornando al problema di fondo, purtroppo, anche la rete può essere utilizzata come strumento con cui realizzare una concentrazione vietata, in quanto con il contratto di rete si può generare una vera e propria operazione di controllo rientrante sia nella definizione della normativa Italiana [33], sia nella definizione di controllo accolta nella normativa europea [34]. Controllo che nel caso del contratto di rete è sicuramente limitato nel tempo [35] ma non nello spazio [36], in quanto la rete può essere costituita tra imprese/imprenditori nazionali, comunitari e non, creando la c.d. rete transnazionale [37]. Perciò il contratto di rete se utilizzato come vincolo contrattuale di controllo [38] ha tutti i requisiti necessari per poter realizzare una concentrazione di dimensione comunitaria, e a questo punto si dovrà solo valutare il caso concreto. La rete può dunque essere utilizzata, senza nemmeno tante difficoltà, per raggiungere i fini illeciti delle intese vietate e dell'abuso di posizione dominante. Al contrario, sussistono seri dubbi sull'utilizzabilità della rete come strumento giuridico con cui creare un tipo di concentrazione vietata ai sensi del reg. CE 139/2004 e della l. 287/1990. Perciò va chiarito che i presupposti ci sono tutti, in quanto con il contratto di rete è possibile porre in essere una vera e propria operazione di controllo, pur sempre temporanea [39], ma comunque tale da poter parlare di concentrazione. Pur indiscutibile (e ce lo dimostra il fatto che il problema si è posto) [40], tale premessa deve essere vista e analizzata tenendo conto del fatto che vi sono molti altri istituti o mezzi giuridici che si prestano più efficientemente a creare tale concentrazione, come ad esempio le A.T.I o meglio ancora una diretta operazione di acquisto. In conclusione sebbene in teoria la rete sia uno strumento utilizzabile in tal senso, è fortemente improbabile che tale tipo di contratto venga costituito con il chiaro intento di ledere il libero gioco della concorrenza andando a violare le norme sulle concentrazioni di imprese. Questo perché anzitutto sarà difficile per la rete superare le soglie di fatturato previste dalle due normative [41], in quanto spesso la rete coinvolge imprese di medie o piccole dimensioni, ed infine lo ripeto, perché tra i vari mezzi giuridici disponibili per la realizzazione di una concentrazione tra imprese il contratto di rete è di certo il meno idoneo ed appetibile.

## **6. Conclusioni.**

Possiamo concludere affermando che non ci sono caratteristiche o condizioni economiche o giuridiche che ci impediscono di applicare alla rete l'attento controllo di compatibilità con la normativa *antitrust*, non solo per quel che riguarda le intese (art. 101 TFUE) e l'abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE), ma anche per quel che riguarda la disciplina delle concentrazioni di imprese (reg. CE 139/2004). Tutto ciò tenendo sempre a mente che la maggior parte delle imprese che hanno stipulato un contratto di rete in questi anni, sono PMI [42], perciò come già detto in precedenza sarà difficile ma non impossibile trovarsi davanti all'ipotesi di una rete che per dimensioni e contenuto sia lesiva del libero gioco della concorrenza, in quanto comunque esistono, se pur pochi, contratti di rete transnazionali o che comunque coinvolgono imprese di grandi dimensioni [43] e dunque in grado di rientrare nei parametri oggettivi ed economici fissati dalle varie normative sulle intese vietate, abuso di posizione dominante e concentrazioni di imprese. Infine si conviene che, sebbene il contratto di rete vanti una *ratio* giuridica [44] e una natura economica di strumento nato a favore della competitività delle imprese [45], anche tale contratto si potrà prestare, in modo paradossale e direi patologico, ad essere utilizzato come mezzo giuridico per raggiungere fini illeciti quali quelli lesivi del libero gioco della concorrenza.

---

#### Note

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

[1] Il 10 febbraio 2009 è stato introdotto nell'ordinamento italiano il contratto di rete di impresa, la cui disciplina oggi vigente è il risultato della seguente evoluzione legislativa: la norma è stata introdotta con l'art. 3, commi 4 ter e ss. del d.l. 10 febbraio 2009 n. 5, convertito dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, modificata ed integrata con la l. 23 luglio 2009, n. 99 e con la l. 30 luglio 2010, n. 122, che ha convertito il d.l. 78/2010, nonché modificata in forza della l. 134/2012 (che ha convertito con modifiche il d.l. 83/2012) e del d.l. 179/2012, convertito con modifiche dalla l. 17 dicembre 2012 n. 221, in vigore dal 19 dicembre 2012. Nella versione attuale (art. 3, comma 4-ter, l. 33/2009 e successive modifiche sopra richiamate) è previsto: «Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura

industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte».

[2] In dottrina si è anche sostenuto che le reti di imprese in senso lato esistevano già prima della normativa del contratto di rete in senso stretto. Ad esempio mediante le reti fra parti di contratti plurilaterali (consorzi, A.T.I.), o costruite tramite il collegamento fra contratti bilaterali (subfornitura, *franchising*), le discipline dei quali hanno composto, finora, il panorama normativo ad uso dell'interprete: F. Bartolini *il recesso nelle reti contrattuali*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, pag. 337.

[3] Indipendenza ed autonomia non proprio tipiche invece per i contratti di integrazione proprietaria, si rimanda sul punto a T. Arrigo, in A. Tunisini et al., *Contratto di rete: lo strumento Made in Italy per integrare individualità e aggregazione*, Milano, 2013, pag. 38.

[4] La capacità distintiva della rete, infatti, è opinione diffusa in dottrina: v. ad es. V. Donativi, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, *Le società*, 2011, fasc. 12, pag. 1432-1436. L'autore sostiene che la specificità del contratto di rete esiste e non va negata, anzi, va individuata nel fatto che la sua struttura è rimessa quasi completamente alla libera autonomia negoziale delle parti. Sostenendo che la funzione della rete è proprio quella di inserirsi, in forza della sua modellabilità, tra gli spazi non coperti dagli altri contratti tipici di cooperazione interaziendale, e in prima battuta dal consorzio. Ed ancora altri autori come A. Tonelli, S. Princivalle, *Contratto di rete e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, pag. 19-20, non condividono i tentativi dottrinali di incanalare nei modelli normativi già esistenti il rapporto che viene posto in essere grazie al modello reticolare.

[5] Distinzione e capacità distintiva della rete che non tutti però in dottrina hanno riconosciuto: D. Corapi, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, pag. 167-176, il quale sostiene che il contratto di rete ed il contratto di consorzio hanno la stessa finalità di carattere mutualistico, e che le norme che regolano il primo non hanno disegnato un tipo di contratto distinto dalla figura generale del consorzio dettata dal codice civile, ma hanno soltanto introdotto specificazioni a tale figura generale a cui quindi si può ricondurre il contratto di rete. Ma vanno ricordati però anche altri autori: F. Cafaggi, P. Iamiceli, G. D. Mosco, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di*

*sviluppo*, in *I contratti*, 2013, fasc. 8-9, pag. 806-807, che invece hanno sostenuto che il contratto di rete sia in grado di superare la causa mutualistica del consorzio in quanto è uno strumento capace non solo di produrre utilità per i suoi aderenti ma anche di condurre i medesimi ad accedere al mercato, soprattutto internazionale.

[6] Ad esempio le parti potranno determinare se la rete sia o meno dotata di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune, potranno scegliere se investire la rete di soggettività giuridica o meno, potranno determinare la durata del contratto, le cause di recesso ed altre clausole contrattuali.

[7] Controllo di compatibilità che va condotto a prescindere dal fatto che si consideri oppure no la rete un sottotipo giuridico del contratto di consorzio. Per un approfondimento della questione v. G.D. Mosco, *Coordinamento consortile per la competitività delle imprese tra codice civile e leggi speciali*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, pag. 151-165; T. Arrigo, *Contratto di rete; profili giuridici*, in *Economia e diritto del terziario*, 2014, fasc. 1, pag. 21; R. Santagata, *Il contratto di rete fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, fasc. 3, p. 358-359; F. Tassinari, *Reti di imprese e consorzi tra imprenditori: interessi coinvolti e modelli operativi*, in *Fondazione Italiana Del Notariato*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa*, Milano, 2012, pag. 81-98.

[8] Decisione consultabile al sito: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/237229/237229\\_1185225\\_65\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/237229/237229_1185225_65_2.pdf)

[9] Si richiama a riguardo il punto 30 della decisione del 26 gennaio 2011, C(2010)8939 della Commissione Europea, dove appunto viene ribadito che le autorità italiane hanno chiarito che la rete di imprese non avrà personalità giuridica autonoma. Gli aspetti finanziari delle reti di imprese possono essere gestiti attraverso una dotazione speciale destinata alla realizzazione degli obiettivi comuni o attraverso un semplice accantonamento di risorse gestito, per esempio, su mandato, da un rappresentante o da un organo. Le risorse sono accantonate soltanto per ragioni pratiche, cioè per la disponibilità dei fondi per le operazioni correnti, e vengono messe in comune esclusivamente per realizzare le attività indicate nel contratto, per le quali però ciascuna impresa partecipante mantiene la piena responsabilità. Per queste ragioni, le reti non possono essere considerate entità distinte. Inoltre, si può concludere che la misura non è selettiva, poiché non è limitata alle imprese che istituiscono una dotazione speciale.

[10] Infatti ad oggi, sulla base normativa creata dalla l. n. 134/2012 (legge di conversione, con modifiche, di d.l. n. 3/2012) e dall'art. 36, comma 4, d.l. n.179/2012 (Sviluppo bis) convertito dalla l. n. 221/2012, se è prevista la

costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; mediante tale iscrizione la rete acquista soggettività giuridica. Per acquistare la soggettività giuridica il contratto deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'art. 25 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

[11] Problema quello della soggettività giuridica della rete su cui si è discusso molto in dottrina. Discussioni protratte ovviamente, fino a quando il legislatore non è intervenuto con la normativa di riforma (soprarichiamata in nota) chiarendo il complesso quadro che si era generato. Per ulteriori dettagli si rimanda a F. Guerrera, *La governance dei contratti di rete, Fondazione Italiana Del Notariato*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa*, Milano, 2012, p. 25-26; id., *Il contratto di rete tra imprese: profili organizzativi*, in *I contratti*, 2014, fasc. 4, pag. 399-401, dove in tale successiva opera l'autore riconosce la possibilità di costituire una rete-soggetto a seguito della riforma normativa intercorsa.

[12] Secondo quanto precisato dall'Agenzia delle Entrate, con la circolare 20/E del 18 giugno 2013, che aveva stabilito che la rete dotata di soggettività giuridica è obbligata agli adempimenti fiscali tipici di una società ordinaria e non beneficia degli sgravi fiscali ai sensi del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito dalla l. n.122/2010).

[13] Per una critica sull'influenza ed le conseguenze della decisione della Commissione Europea riguardante la rete e la sua compatibilità con l'art. 107 TFUE v. M. Libertini, *Contratto di rete e concorrenza - (business network contract and competition)*, in *Giustizia Civile*, (2014), fasc. 2, pag. 426-427, infatti tale autore sostiene che l'aver negato i benefici fiscali alle reti con personalità giuridica abbia limitato di molto gli incentivi alla stipulazione dei contratti di rete, anche se ciò, va ricordato, ha garantito la compatibilità con le norme sugli aiuti di Stato.

[14] Fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2012, una quota degli utili dell'esercizio destinati dalle imprese che sottoscrivevano o aderivano a un contratto di rete al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare per realizzare entro l'esercizio successivo gli investimenti previsti dal programma comune di rete, preventivamente asseverato da organismi espressione dell'associazionismo imprenditoriale muniti dei requisiti previsti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, ovvero, in via sussidiaria, da organismi pubblici individuati con il medesimo decreto, se venivano accantonati ad apposita riserva, concorrevano alla formazione del reddito nell'esercizio in cui la riserva veniva utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite di esercizio ovvero in cui viene meno l'adesione al contratto di rete. Tale sospensione d'imposta è stata introdotta dall'art. 42 d.l.

31 maggio 2010 n. 78 conv. in l. 30 luglio 2010 n. 122. L'importo che non concorrevano alla formazione del reddito d'impresa non poteva, comunque, superare il limite di euro 1.000.000. Gli utili destinati al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare trovano espressione in bilancio in una corrispondente riserva, di cui viene data informazione in nota integrativa, e sono vincolati alla realizzazione degli investimenti previsti dal programma comune.

[15] Così scrive M. Libertini, *Contratto di rete e concorrenza - (business network contract and competition)*, cit., pag. 428-429.

[16] Per una consultazione specifica del testo di tale Comunicazione si rinvia a GUE, 14.1.2011, Paragrafo 22, pag. C 11/7 - C 11/8.

[17] Così come lo sono anche gli accordi, protocolli di intesa, preliminari, convenzioni, lettere di intenti, *gentlemen's agreement*.

[18] Così come sostenuto da AA. VV, *Linee guida per i contratti di rete, in Reteimpresa e Comitato interregionale dei consigli notarili delle tre Venezie*, (2012) pag. 104-105.

[19] Così come precisato da E. Cannizzaro e L.F. Pace, *Le politiche di concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, parte speciale, a cura di G. Strozzi, terza edizione, Torino, 2010, pag. 297-299.

[20] La dottrina è oramai pacifica su tale punto AA.VV, *Linee guida per i contratti di rete*, cit. pag. 105 e E. Cannizzaro, L.F. Pace, *Le politiche di concorrenza*, cit., pag.294-309.

[21] Come vengono anche richiamate da AA.VV, *Linee guida per i contratti di rete*, cit., pag. 106 e E. Cannizzaro, L. F. Pace, *Le politiche di concorrenza*, cit., pag. 301-309.

[22] C. Osti , *I limiti posti dalla concorrenza al coordinamento delle imprese, in Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, pag. 147-148.

[23] M. Libertini, *Contratto di rete e concorrenza - (business network contract and competition)*, cit., pag. 429- 430. Inoltre sempre secondo tale autore il controllo di compatibilità con le norme antitrust dovrebbe essere svolto con l'ausilio di un consulente di fiducia e oltre a questo anche dagli organismi asseveratori.

[24] Come risulta dai dati reperibili dai siti: <http://contrattidirete.registroimprese.it/reti/> ed <http://www.unioncamere.gov.it/P42A2578C189S123/Contratti-di-rete--le-imprese-aderenti-e-irisultati-raggiunti.htm>, sul totale di 2.542 contratti di rete stipulati in Italia (che coinvolgono 12.770 imprese) 1.674 coinvolgono infatti tra le 2 e le 9 imprese.

[25] E. Cannizzaro e L.F. Pace, *Le politiche di concorrenza*, cit., pag.309.

[26] Sul tema della posizione dominante collettiva si richiamano alcune sentenze della Giurisprudenza Europea: Sentenza del Tribunale di prima

istanza del 6 Giugno 2002, causa T 342/99, Airtours, Raccolta, II-2585 ss, Sentenza del Tribunale di prima istanza del 10 Marzo 1989, cause T 68-77-78/89, Vetro Piano, Raccolta 1989.

[27] Va a tal punto ricordata la sentenza della Corte di Giustizia del 14 Febbraio 1978, C-27/76, United Brands, in Raccolta, 207 ss, che ha elencato alcuni elementi utili per accertare l'esistenza di una posizione dominante, tra questi ci sono: l'esistenza di vantaggi tecnologici o finanziari ovvero la presenza di un mercato caratterizzato da barriere all'entrata per i nuovi concorrenti.

[28] La dottrina è del tutto pacifica sulla definizione di abuso della posizione dominante si cita a riguardo: E. Cannizzaro e L. F. Pace, *Le politiche di concorrenza*, cit., pag.309.

[29] Quota di mercato che se presente, è prova, di posizione dominante, così ha stabilito la sentenza del Tribunale di prima istanza del 6 Ottobre 1994, causa T-83/91, Tetra Pak II, Raccolta, II- 762 ss. Però vi è anche un'altra sentenza che invece ritiene rilevante ai fini della determinazione di una posizione dominante la quota di mercato posseduta non del 90% ma del 50%, mi sto riferendo alla Sentenza della Corte di Giustizia del 3 Luglio 1991, causa 62/86, Akzo, Raccolta, I-3359 ss.

[30] E. Cannizzaro e L. F. Pace, *Le politiche di concorrenza*, cit., pag. 310-311.

[31] L'impresa è di dimensione comunitaria, se raggiunge o supera certe soglie di fatturato indicate all'art. 1 del reg. CE 139/2004, ma anche quando tali soglie non siano raggiunte ma la concentrazione coinvolga tre o più Stati Membri e nessuno di questi si opponga al rinvio dell'operazione alla Commissione Europea per l'applicazione del sopra richiamato Regolamento.

[32] Infatti sarà poi la Commissione Europea ad avere la competenza esclusiva a dichiarare compatibili o no quest'ultime, in via preventiva, tanto è che solo dopo tale dichiarazione la concentrazione potrà essere realizzata. La Commissione compierà tale giudizio, sulla base dell'art. 2 del reg. CE 139/2004, dovendo verificare che la concorrenza anche in caso di concentrazione rimanga ancora effettiva, e dovrà anche valutare tutti i vantaggi per i consumatori nonché anche i possibili vantaggi e progressi tecnologici ed economici per la società.

[33] Per normativa Italiana si intende la l. 287/1990 precisamente all'art.7 :Ai fini del presente titolo si ha controllo nei casi contemplati dall'art. 2359 c.c. ed inoltre in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa, anche attraverso: a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; b) diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.

2. Il controllo è acquisito dalla persona o dalla impresa o dal gruppo di persone o di imprese: a) che siano titolari dei diritti o beneficiari dei contratti o soggetti degli altri rapporti giuridici suddetti; b) che, pur non essendo titolari di tali diritti o beneficiari di tali contratti o soggetti di tali rapporti giuridici, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano. Per chiarezza dunque, si richiama anche l'art. 2359 c.c. che recita: sono considerate società controllate: (1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; (2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; (3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri (1) e (2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati. In conclusione ben il contratto di rete può essere inquadrato come un particolare vincolo contrattuale con il quale instaurare una influenza determinante o dominante, di conseguenza una situazione di controllo tale da generare una Concentrazione tra imprese vietata.

[34] Infatti il reg. CE 139/2004 all'art. 3 recita: Si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito:

a) della fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure

b) dell'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese.

2. Si ha controllo in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa; trattasi in particolare di:

a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa;

b) diritti o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.

3. Il controllo è acquisito dalla persona o dall'impresa o dal gruppo di persone o di imprese:

a) che siano titolari dei diritti o beneficiari dei contratti suddetti; o

b) che, pur non essendo titolari di tali diritti o beneficiari di tali contratti, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano.

4. La costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma, è considerata come una concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b).

5. Non si ha concentrazione quando:

a) un istituto di credito, un altro istituto finanziario o una società d'assicurazioni, la cui normale attività comprende la compravendita o la mediazione di titoli per conto proprio o per conto terzi, detiene temporaneamente partecipazioni nel capitale di un'impresa acquisite onde rivenderle, purché non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse al fine di determinare il comportamento concorrenziale di tale impresa, ovvero purché eserciti detti diritti soltanto per preparare la vendita dell'impresa o di elementi del patrimonio della stessa o la vendita di tali partecipazioni e la vendita avvenga entro un anno a decorrere dal momento dell'acquisizione; previa richiesta, la Commissione può prorogare detto termine, ove l'istituto o le società giustificano l'impossibilità ragionevole di effettuare la vendita nei termini stabiliti;

b) il controllo sia acquisito da una persona che abbia ricevuto mandato dalla pubblica autorità in virtù della legislazione di uno Stato membro relativa alla liquidazione, al fallimento, all'insolvenza, alla cessazione dei pagamenti, al concordato o ad altre procedure analoghe;

c) le operazioni di cui al paragrafo 1, lettera b), sono realizzate da società di partecipazione finanziaria di cui all'articolo 5, paragrafo 3, della quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'art. 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (1) purché tuttavia i diritti di voto inerenti alle partecipazioni detenute siano esercitati, in particolare tramite la nomina dei membri degli organi direttivi e di vigilanza delle imprese di cui esse detengono partecipazioni, unicamente per salvaguardare il pieno valore di tali investimenti e non per determinare direttamente o indirettamente il comportamento concorrenziale di tali imprese.

[35] Si ricorda che il contratto di rete è un contratto di durata, cioè la durata massima del contratto va prevista, ed è uno degli elementi che la parti possono liberamente determinare. Detto ciò la normativa della rete non prevede però una durata minima che invece ad esempio è stata ed è prevista per il contratto di *franchising* (nello specifico 3 anni come prescrive la l. 129 del 2004 all'art.3). Nonostante dunque per il contratto di rete manchi una previsione legislativa in tal senso, poiché lo ripeto la determinazione della durata (sia massima che eventualmente minima) è rimessa all'autonomia contrattuale delle parti, in dottrina si è comunque discusso di una durata minima *per*

*relationem*, cioè una durata che sia comunque congrua all'oggetto e le finalità della rete in questione, per approfondimenti: E. Bernini et al., in *Linee guida per i contratti di rete*, cit., pag. 43.

[36] Va infatti detto che il contratto di rete può coinvolgere imprese non solo di una stessa zona geografica o Regione, ma le imprese di tutto il territorio nazionale e non. Perciò la rete non va confusa con i Distretti Industriali ben più limitati territorialmente, che sono altra cosa, definiti dalla l. 5 ottobre 1991, n. 317 che all'art. 36 ha previsto: "si definiscono distretti industriali le aree territoriali locali caratterizzate da elevata concentrazione di piccole imprese, con particolare riferimento al rapporto tra la presenza delle imprese e la popolazione residente nonché della specializzazione produttiva dell'insieme delle imprese". Successivamente la legge finanziaria (23 dicembre 2005, n. 266) con i commi da 366 a 372 ha definito i distretti come: "libere aggregazioni di imprese articolate sul piano territoriale e sul piano funzionale, con l'obiettivo di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, di migliorare l'efficienza nell'organizzazione e nella produzione, secondo principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale, anche individuando modalità di collaborazione con le associazioni territoriali". Riconoscendo per i distretti la possibilità di stipulare contratti di diritto privato per conto delle imprese applicando l'art. 1703 e seguenti del codice civile in materia di mandato, dunque con il riconoscimento di una loro soggettività giuridica collegata alla capacità negoziale. Da ultimo con la l. 11 novembre 2011, n. 180 (statuto delle imprese) si definiscono i distretti come "contesti produttivi omogenei, caratterizzati da un'elevata concentrazione di imprese, prevalentemente micro, piccole e medie dimensioni, nonché dalla specializzazione produttiva di sistemi di imprese". La rete dunque è tutt'altro, in ogni caso si rimanda per un'analisi più approfondita della relazione tra Distretti Industriali e rete a C. Camardi, *I contratti di distribuzione come contratti di rete*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, pag. 251-253.

[37] Molti autori infatti hanno già ammesso positivamente questa possibilità, cfr. ad es. AA.VV. *Linee guida per i contratti di rete*, cit., pag. 10-12, inoltre anche la prassi e i dati statistici confermano la presenza di reti transnazionali, infatti i dati reperibili nel sito: <http://www.unioncamere.gov.it/P42A2578C189S123/Contratti-di-rete--le-imprese-aderenti-e-irisultati-raggiunti.htm>, documentano la presenza di 7 imprese estere coinvolte nella totalità dei contratti di rete stipulati in Italia.

[38] Per una più ampia disamina della molteplicità delle nozioni di controllo nella normativa sulle Concentrazioni tra imprese si rimanda a F. Ghezzi, *Nozione di controllo come fattispecie rilevante nelle concentrazioni*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione*

dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, Torino 2010, pag. 532 e ss.

[39] Per sottolineare in maniera più chiara questo concetto di temporaneità della rete si richiama un dato indicativo molto interessante, analizzato da F. Cafaggi, C. Ferrari, *Reti di imprese e contratti di rete. Ripensare la governance alla luce della prassi.*, in *Fondazione Italiana Del Notariato*, in *Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita d'impresa*. Milano, 2012, pag. 106, dove si rileva che nei contratti tra il 2010-2011 le reti sono state costituite in prevalenza con una durata superiore ai 5 anni e ai 10 anni.

[40] Mi riferisco ad AA.VV. *Linee guida per i contratti di rete*, cit., pag. 108-109.

[41] Mi riferisco alle soglie indicate dall'art. 1 del reg. CE 139/2004 e dall'art. 16 della l. 287/1990.

[42] Come autorevole dottrina ha sottolineato tra cui G. Capuano, *Lo small business act e l'utilizzo del contratto di rete per uscire dalla crisi*, *Economia e diritto del terziario*, 2014, fasc. 1, pag. 34-35, dove il contratto di rete viene classificato come strumento per garantire e favorire l'aggregazione tra imprese, soprattutto se di piccole o medie dimensioni

[43] Infatti la maggior parte dei contratti di rete sono rivolti ed utilizzati da PMI, come risulta da tali dati <http://www.unioncamere.gov.it/P42A2578C189S123/Contratti-di-rete--le-imprese-aderenti-e-irisultati-raggiunti.htm>, però è altrettanto vero che sulla base di tali dati esistono anche 208 contratti di rete che coinvolgono tra le 10 e 50 imprese retiste, dunque delle vere e proprie Reti di dimensione a dir poco notevole, e 7 contratti di rete che coinvolgono anche soggetti stranieri dando vita al fenomeno delle reti transnazionali.

[44] Come è stato illustrato in dottrina, con l'introduzione del contratto di rete infatti si è voluta perseguire una *ratio* ben precisa, cioè quella di stimolare l'imprenditoria italiana ad unire le proprie forze per affrontare la competizione internazionale e rendere più competitivo il sistema industriale nazionale. Ci si sta riferendo a: T. Arrigo, *Il Contratto di rete. Profili giuridici*, cit., pag. 37.

[45] Ricordiamoci che il contratto di rete nella sua normativa è descritto come strumento con il quale più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, dunque non di certo come strumento contrattuale nato e pensato per generare (anche solo potenzialmente) limitazioni al libero gioco della concorrenza, come ad esempio invece lo può essere il consorzio di contingentamento (2603 c.c.) o il patto di non concorrenza tra imprenditori (2596 c.c.)

***Il Phishing: profili civilistici ed evoluzione delle forme di tutela alla luce delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario***

di  
**Fabrizio Calisai**

**Abstract:**

Il *Phishing* consiste in una frode informatica volta all'appropriazione di credenziali utilizzate per servizi di *home banking*. In certi casi, la banca è responsabile per le perdite subite dal cliente e deve restituire le somme perdute. Si analizzano le decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario inerenti alla diligenza della banca e alla colpa dei clienti. È interessante osservare come le forme di tutela per i clienti si evolvono insieme alle tecniche utilizzate per i *phishing attacks*.

*Phishing consists in computer fraud intended to acquire references used in home banking services. In certain cases, the bank is liable for capital losses suffered by the clients and has to refund the lost sums. We analyse the determinations of ABF concerning about the diligence of the bank and the fault of the clients. It is interesting to observe how the forms of protection of the clients develop concurrently with techniques used in phishing attacks.*

**Sommario:** 1. Inquadramento del fenomeno Phishing. - 2. Il substrato normativo di riferimento per le decisioni ABF: dalla banca "irresponsabile" alla banca "potenzialmente responsabile". - 3. Architettura delle decisioni dell'ABF ed evoluzione delle forme di tutela per il cliente: diligenza della banca e sistemi di sicurezza statici. - 3.1. Diligenza della banca e sistemi di autenticazione "a due fattori". - 3.2. Diligenza della banca e nuove tipologie di Phishing attacks. - 4. Un ulteriore corollario connesso alle fattispecie di Phishing - risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dal cliente: un'ipotesi per ora negata.

**1. Inquadramento del fenomeno Phishing.**

In prima approssimazione, il *Phishing* [1] può essere definito come quel peculiare atteggiarsi della fattispecie frode informatica, volta all'acquisizione abusiva delle credenziali di utilizzo relative a *home banking* e carte prepagate. Si fa riferimento a tutti i comportamenti perpetrati attraverso il c.d. furto delle identità telematiche, consistente nell'appropriazione fraudolenta di codici (*user id e passwords*) identificativi di un dato soggetto, ovvero delle credenziali

che lo stesso soggetto utilizza in ambito internet, allo scopo di conseguire determinate illecite utilità.

In sostanza, l'obiettivo dei *phishing attacks* è quello di indurre (ovviamente con l'inganno) l'utente a fornire dati o informazioni personali, riguardanti principalmente le credenziali di autenticazione valide per accedere ad aree informatiche esclusive o a servizi bancari e/o finanziari on-line, i numeri di carte di credito o di pagamento, di conto corrente, gli identificativi per l'abilitazione all'accesso a siti di vario genere, gli *user id* e le *passwords* di accesso alla gestione on-line dei conti correnti, il numero o gli estremi della carta di identità o della patente di guida.

Il *phisher* utilizza i dati in tal modo ottenuti per conseguire l'abilitazione all'accesso a determinati servizi on-line, assumendo virtualmente l'identità del legittimo titolare o utente vittima dell'attacco.

Tale attività viene per lo più posta in essere attraverso l'invio di e-mail, apparentemente provenienti da enti o istituzioni reali, (es. l'istituto di credito con cui il soggetto destinatario della mail fraudolenta intrattiene rapporti di conto corrente) contenenti messaggi diretti a indurre l'utente a connettersi a una pagina web non autentica, ma molto simile a quella delle suddette istituzioni, e a inserire nei *form* predisposti dal *phisher* i dati funzionali all'accesso ad aree informatiche riservate o a servizi on-line [2].

Il *Phishing*, in tutte le sue declinazioni, rappresenta chiaramente una fattispecie penalmente rilevante che può essere ricondotta nell'alveo della truffa, ma non solo [3].

Per questo, al fenomeno si sono interessate, in prevalenza, dottrina [4] e giurisprudenza [5] dell'ambito penalistico.

A ogni modo, oltre ai manifesti profili criminosi connessi alla fattispecie *Phishing* e in particolare alla individuazione (spesso assai difficoltosa se non impossibile) dei soggetti colpevoli, emerge una differente prospettiva di analisi, connessa all'aspetto forse più rilevante per la vittima dei *phishing attacks*, ovvero, alla possibilità di recuperare, in tutto o in parte, le somme di denaro eventualmente perdute ricevendo così una tutela più concreta.

In questo senso, il sistema di tutela stragiudiziale offerto dall'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito ABF) appronta delle possibili soluzioni per dei precisi interrogativi: i) quali potrebbero essere le forme di tutela riservate al cliente dell'intermediario e fornitore del sistema di *home banking* che è stato vittima di *phishing attack* e che, in conseguenza di ciò, ha subito delle perdite e si è visto sottrarre in modo illegittimo delle somme di denaro dal proprio conto corrente? ii) Il cliente può recuperare le somme perdute? iii) Si possono individuare profili di responsabilità in capo all'intermediario in caso di *phishing attack* subito dal cliente?

Si cercherà, quindi, di offrire una panoramica esaustiva degli orientamenti dell'ABF in materia di *Phishing* e di analizzare il sistema di tutela approntato in favore del cliente che abbia “abboccato” all'amo dei *phishers*, alla luce delle più recenti e significative decisioni.

## **2. Il substrato normativo di riferimento per le decisioni ABF: dalla banca “irresponsabile” alla banca “potenzialmente responsabile”.**

In prima battuta, appare utile dedicare un cenno al panorama normativo di riferimento in materia di servizi di pagamento e *home banking* e, in generale, ricostruire la cornice all'interno della quale l'ABF orienta le proprie decisioni in materia di frodi informatiche.

Infatti, proprio la recente introduzione di importanti innovazioni normative, unita alla particolare interpretazione orientata di alcune specie di clausole inserite nei contratti tra intermediario e cliente, hanno consentito di aggirare alcuni limiti ontologici e di approntare una tutela più incisiva, arrivando a configurare, in determinati casi, una responsabilità dell'intermediario nei confronti del cliente vittima di *phishing attack*.

Il primo limite alla configurazione di un'efficace tutela per il cliente era di natura sistematica e scaturiva dall'assenza di una normativa *ad hoc* dedicata alla regolamentazione e alla disciplina dei sistemi di pagamento e, in particolare, delle operazioni di *home banking* effettuate tramite l'utilizzo di apposite credenziali fornite al cliente dall'intermediario.

In questo senso, la prima paralizzante eccezione che l'intermediario poteva sollevare di fronte alla denuncia di un cliente vittima di un *phishing attack* era quella basata sulla regolarità dell'utilizzo delle credenziali nelle operazioni online contestate: sostanzialmente, nel momento in cui le credenziali fornite (*user id e password*) venivano inserite correttamente nel sistema (non importa da chi), l'intermediario tendeva a considerarsi esente da responsabilità, responsabilità che ricadeva interamente sul cliente per omessa diligente custodia dei dati relativi all'*home banking*.

Questo limite è venuto meno a seguito del recepimento della dir. 200/64/CE del 13 novembre 2007, art. 59, c. 2, la quale ha introdotto degli importanti principi generali in materia di servizi di pagamento nel mercato interno, successivamente trasfusi nel corpo del d.lgs. n. 11/2010, art. 10, c. 1 e 2.

Sulla base delle disposizione citate, «*Qualora l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi di avere autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita (...) è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o altri inconvenienti*».

Ancora: «Quando l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utilizzatore medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7» [6].

In forza delle disposizioni citate, è attualmente onere dell'intermediario dimostrare, da un lato, la legittimità dell'operazione on-line non autorizzata, dall'altro, la violazione, da parte del cliente, degli obblighi scaturenti dal contratto [7].

Il testo normativo in analisi contribuisce a creare una precisa cornice di obblighi in capo all'intermediario [8] e al cliente [9] in materia di strumenti di pagamento, e pone in capo al primo l'obbligo di rimborsare il cliente che abbia subito delle perdite in conseguenza di operazioni non autorizzate e/o fraudolente [10].

Profili di responsabilità in capo al cliente si configurano in modo pieno nell'ipotesi in cui lo stesso abbia agito con intenti fraudolenti, o abbia omesso, per dolo o colpa grave, di adempiere agli obblighi derivanti dal contratto sottoscritto con il prestatore dei servizi.

In tutti gli altri casi, comprese le omissioni derivanti da colpa lieve, il cliente va incontro a una responsabilità limitata e sopporta le perdite subite per un importo massimo di 150 Euro [11].

Con tutta evidenza, si assiste a un'alterazione normativa dei profili di responsabilità tra i soggetti coinvolti: si passa da una banca "irresponsabile" e "insensibile" di fronte alle pretese del cliente, a una banca "potenzialmente responsabile", tenuta, in determinate ipotesi, a rimborsare il cliente e a tenerlo indenne dalle perdite subite.

Come meglio si vedrà nel successivo punto 3, il fulcro della tutela giuridica approntata in favore del cliente è rappresentato, soprattutto in una prima fase, da questa traslazione del rischio in capo alla banca.

Il secondo limite ontologico alla tutela del cliente vittima di *Phishing* aveva natura contrattuale ed era basato sulla presenza di alcune clausole inserite nel contratto sottoscritto dal cliente stesso [12], volte a limitare la responsabilità dell'intermediario nell'ipotesi di profili patologici legati all'*home banking*.

Recentemente, però, tali clausole sono state ritenute inidonee a determinare l'irresponsabilità dell'intermediario: infatti, in considerazione del loro contenuto, tali previsioni negoziali sono state considerate alla stregua di clausole vessatorie, ai sensi dell'art. 33, c. 2, lett. b), d.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del Consumo) [13].

In conseguenza di ciò, dette clausole, quand'anche fossero inserite all'interno

del regolamento contrattuale, sarebbero inopponibili al cliente-consumatore [14].

Infine, a completamento della ricostruzione del panorama normativo di riferimento, appare utile ricordare che la raccolta e la gestione dei dati forniti dai clienti dell'intermediario è regolamentata dalle disposizioni del d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy) [15].

In forza di tali disposizioni, il gestore dei conti correnti on-line è tenuto a predisporre misure evolute per cautelarsi dal rischio di accessi non consentiti e non autorizzati.

In particolare, tale custodia e tale controllo devono essere commisurati alle conoscenze acquisite in base all'evoluzione del progresso tecnico, oltre che al tipo di trattamento effettuato, 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 responsabilità del gestore che contravviene alle disposizioni del d.lgs. n. 196/2003 (in particolare artt. 15 e 31), è quella tratteggiata dall'art. 2050 c.c., che deriva dallo svolgimento di attività pericolose: una fattispecie di responsabilità oggettiva dal quale l'intermediario si libera solamente provando di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno [16].

Il gestore dei dati ha quindi l'onere di provare di avere posto in essere tutte le necessarie precauzioni, valutate anche con riferimento all'attuale progresso tecnologico, per evitare la perdita dei dati informatici, nonché il loro fraudolento utilizzo da parte di terzi che illegittimamente hanno fatto irruzione nel sistema informatico.

Nel caso in cui l'intermediario non riuscisse ad adempiere all'onere probatorio di cui sopra, sarebbe responsabile per le perdite subite dal cliente in conseguenza del *phishing attack*.

Un eventuale comportamento contrassegnato da colpa grave ascrivibile al cliente, su cui grava l'obbligo di custodire con diligenza le chiavi di accesso al sistema di *home banking*, potrebbe mitigare la responsabilità dell'intermediario, fino a integrare un'ipotesi di concorso di colpa.

### **3. Architettura delle decisioni dell'ABF ed evoluzione delle forme di tutela per il cliente: diligenza della banca e sistemi di sicurezza statici.**

Ricostruito il substrato normativo di riferimento, fundamenta su cui poggiano le decisioni dell'ABF, si possono analizzare le forme di tutela approntate per il cliente, nonché le *rationes* sottese alle stesse.

Aspetto peculiare di tali forme di tutela è rappresentato dalla loro evoluzione e adattamento ai sistemi di sicurezza offerti dall'intermediario al cliente che

opera tramite *home banking*, ma anche ai sempre nuovi sistemi adoperati dai *phishers* per perpetrare le frodi informatiche.

Come osservato in precedenza, l'introduzione della normativa citata (d.lgs. n. 11/2010) è stata determinante per la costruzione di un sistema di responsabilità in capo all'intermediario in relazione alle perdite subite dal cliente e derivanti da frodi informatiche e transazioni non autorizzate.

Tale sistema è strutturato sul criterio del c.d. «rischio di impresa»: si tende a traslare il rischio contrattuale [17] derivante dall'utilizzo fraudolento degli strumenti di pagamento sulla banca, in quanto soggetto più adatto a sopportarlo dal punto di vista giuridico, ma soprattutto economico [18].

Si crea così una sorta di squilibrio controllato in cui la posizione della banca appare peggiore rispetto a quella del cliente, che, esclusi i casi di colpa grave [19], dolo e intenti fraudolenti, non sopporta il peso delle perdite subite, o lo sopporta in minima parte [20].

L'individuazione di un profilo di responsabilità in capo alla banca nelle ipotesi di frode informatica all'attenzione dell'ABF nasce da una sorta di bilanciamento che coinvolge le condotte dei soggetti interessati: da un lato si indaga circa la sussistenza di colpa grave in capo al cliente, che deve comunque custodire con la dovuta diligenza le proprie credenziali, evitando di renderle facilmente accessibili a soggetti esterni; dall'altro, si punta la lente sul contegno dell'intermediario, al quale viene richiesta una diligenza specifica, professionale, [21] che rientra nell'alveo dell'art. 1176, c. 2 c.c. [22] [23].

Per esemplificare, in caso di rapporti di conto corrente la banca ha l'obbligo di «conservare» le somme depositate e di custodirle con la «particolare correttezza e diligenza che grava sulla stessa nell'esecuzione dei contratti con i clienti» [24], «per poterle eventualmente restituire al depositante e/o utilizzarle per compiere le operazioni che egli eventualmente richieda, nel rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede riconducibili alla figura del mandatario (art. 1856 c.c.)». [25]. «Il parametro di valutazione dell'«accorto banchiere» è destinato a valere anche con specifico riferimento ai servizi di *home banking*» [26].

Sull'intermediario incombe altresì l'onere di dimostrare l'esistenza di un comportamento gravemente colposo in capo al cliente, al fine di liberarsi dalla responsabilità [27].

In prima battuta, si tende a considerare non diligente il comportamento dell'intermediario che abbia ommesso di adottare tutti i migliori accorgimenti della tecnica volti a scongiurare il rischio di impiego fraudolento degli strumenti di pagamento.

Assume particolare rilievo, sul piano applicativo, «l'individuazione degli adempimenti di protezione dovuti dall'intermediario al fine di garantire la sicurezza del sistema di pagamento e delle relative procedure» [28].

In particolare, non è ritenuta sufficiente l'adozione, da parte dell'intermediario, di misure di sicurezza di primo livello, espressione di un sistema di protezione a un solo fattore che consiste nella fornitura di credenziali con *password* fissa (uno *user id* e una *password* che non cambia mai) [29].

Di fronte a tali sistemi di sicurezza insufficienti si tende a proteggere il cliente, nonostante le tecniche del *phishing*, per poter funzionare, richiedano evidentemente la collaborazione (seppure inconsapevole) del cliente stesso, che deve riscontrare la mail fraudolenta inserendo le proprie credenziali.

In determinate circostanze, il cliente che risponde alla mail fraudolenta può essere comunque considerato esente da colpa, come nel caso in cui la suddetta mail sia del tutto simile a un'altra, precedente e autentica, inviata poco tempo prima al cliente dall'intermediario [30].

Ancora, anche la poca notorietà o la non conoscenza, almeno in origine, del fenomeno *phishing*, può essere una circostanza attenuante, valida a escludere la colpa del cliente [31].

Ovviamente, la situazione appare differente in caso di cliente recidivo, più volte vittima dello stesso sistema fraudolento: in simili ipotesi, sarebbe difficile non considerare il comportamento del cliente come gravemente colposo [32].

Ancora, il contegno del cliente può assumere connotati colposi (o gravemente colposi) nei casi in cui lo stesso abbia dato riscontro alla mail fraudolenta, inserendo così le credenziali, pur avendo avuto il sospetto circa la falsità di tale e-mail [33].

A riguardo, è frequente nella casistica la frode perpetrata promettendo al cliente vantaggi economici o addirittura accrediti, invitandolo, con false e-mail spedite per conto dell'intermediario, a inserire i propri dati [34].

La colpa grave del cliente si manifesta in modo evidente nell'ipotesi in cui la e-mail ricevuta appaia manifestamente fraudolenta e pur «*rivestendo le caratteristiche formali riconducibili all'intermediario*», sia «*redatta in un italiano approssimativo, con errori lessicali e una terminologia che avrebbero dovuto mettere in guardia il cliente*» [35].

In ogni caso, anche nelle ipotesi di manifesta colpa del cliente per omessa diligente custodia delle credenziali, in alcuni casi, l'ABF non giunge a configurare una responsabilità piena in capo allo stesso, ma opta per una linea basata sul concorso di colpa [36] con l'intermediario, al quale si contesta in più occasioni una responsabilità concorrente [37], derivante dalla mancata adozione di strumenti tecnici di protezione evoluti, soprattutto se già disponibili e fruibili [38].

### **3.1. Diligenza della banca e sistemi di autenticazione “a due fattori”.**

Il sistema di bilanciamento di responsabilità nelle decisioni dell'ABF muta

leggermente a seguito dell'adozione, da parte dell'intermediario, di strumenti di sicurezza più evoluti e affidabili, definibili come sistemi a "due fattori".

Tali sistemi consentono di superare l'ormai obsoleto e poco sicuro metodo della *password* fissa e prevedono l'utilizzo di strumenti quali (ulteriori) *password* dispositive di accesso, firme digitali, chiavette elettroniche personalizzate che generano *password* dinamiche diverse ogni 30 secondi (es. sistema *Token* o *OTP - one time password*) e infine l'utilizzo del cellulare del cliente che viene associato alla carta di pagamento o al numero di conto: in questo modo l'utente inserisce le credenziali per accedere al sistema dell'*home banking*, ma per operare deve utilizzare una ulteriore *password* "usa e getta", valida per un breve lasso di tempo, che gli viene comunicata istantaneamente dall'intermediario via sms [39].

Se il cliente non compie l'operazione entro una determinata finestra temporale, deve richiedere e ottenere una nuova e diversa *password*.

Una volta che il nuovo e più evoluto sistema di sicurezza è stato messo a disposizione del cliente tramite un'offerta personalizzata e individuale e non tramite una generica promozione destinata a tutta la clientela, come accade per la prassi dei messaggi *inbox* [40], si configura una nuova ulteriore traslazione del rischio derivante dall'utilizzo fraudolento dei sistemi di pagamento informatici: la responsabilità si sposta in capo al cliente, su cui grava il rischio derivante dall'utilizzo, dalla conservazione e dalla protezione di credenziali ormai considerate sicure e difficilmente intercettabili da soggetti esterni [41].

Si configura una responsabilità in capo al cliente anche nelle ipotesi in cui lo stesso abbia volontariamente scelto di non avvalersi dei sistemi di sicurezza evoluti anche a fronte di una precisa e specifica offerta individuale a lui rivolta dall'intermediario [42].

In linea di massima, a seguito dell'introduzione dei sistemi di sicurezza "a due fattori", considerati, «*allo stato attuale dell'arte tecnologica*» [43], come il metodo più sicuro per la sicurezza dei sistemi informatici di pagamento, in caso di accesso illegittimo e di utilizzo fraudolento delle credenziali, la responsabilità non può che ricadere sul cliente.

In particolare, in alcune pronunce, l'invulnerabilità del sistema a due fattori si considera addirittura idonea a fondare una presunzione di colpa grave in capo al cliente, al quale automaticamente, in caso di violazione del sistema, viene contestata l'omessa diligente custodia delle credenziali di accesso [44].

Non mancano, comunque, decisioni dell'ABF che, pur considerando il sistema di sicurezza a due fattori come sicuro e affidabile, non arrivano ad accogliere la ricostruzione, forse eccessivamente rigida, della automatica presunzione di colpa grave in capo al cliente discendente dall'utilizzo dei sistemi di sicurezza evoluti adottata dal Collegio milanese [45].

In particolare, si afferma che, per quanto il sistema di sicurezza a due fattori sia senz'altro caratterizzato da una spiccata capacità protettiva (nella fattispecie sistema OTP), tale assunto non sia comunque valido a fondare una irreversibile presunzione di negligenza in capo al cliente in caso di violazioni e intrusioni in detto sistema, bensì (solamente) a indurre una valutazione più rigorosa del contegno del cliente stesso [46].

Ancora, in talune ipotesi, l'incidenza quantitativa e temporale di frodi informatiche perpetrate in danno di più clienti dello stesso intermediario è stata ritenuta circostanza valida a fondare una responsabilità in capo a quest'ultimo, nonostante l'adozione di sistemi di sicurezza evoluti [47].

### **3.2. Diligenza della banca e nuove tipologie di *Phishing attacks*.**

La prospettiva muta ancora nel momento in cui si entra in quella che si può definire come "terza fase" dell'evoluzione della tutela approntata per il cliente vittima di *phishing attack*.

In questo caso si assiste a un «*progressivo spostamento del metro valutativo nella direzione di una più ampia ed efficace protezione del cliente*», giustificata «*alla luce della parallela evoluzione dei metodi di aggressione informatica*» [48].

Le forme di tutela devono quindi adattarsi al progresso tecnologico e non possono cristallizzarsi, al fine di proteggere il cliente da artifici fraudolenti tali da trarre in inganno anche utenti - se si accetta il gioco di parole - più "navigati".

Un caso emblematico di *phishing attack* di nuova generazione è dato dall'utilizzo di *software* malevoli (*malware*), difficilmente individuabili e neutralizzabili anche dai più evoluti ed efficienti sistemi antivirus.

La tecnica, definita *man-in-the-browser* [49], rappresenta un «*sofisticato metodo di intrusione caratterizzato da un effetto-sorpresa, capace di spiazzare l'utilizzatore, grazie alla perfetta inserzione nell'ambiente informatico originale e nella correlata simulazione di un messaggio che a chiunque non potrebbe apparire che genuino*» [50].

Tale sistema è capace di generare pagine web fraudolente, del tutto identiche a quelle in cui, normalmente, l'utente effettua l'accesso per il compimento delle operazioni di *home banking*.

Evidente, quindi, la differenza sostanziale rispetto alle tecniche di *Phishing* più note e ormai obsolete, a seguito delle quali il cliente cadeva vittima di una «*colpevole credulità*» [51].

Di fronte alle nuove tecniche di *phishing attack*, si assiste così a un'ulteriore traslazione del rischio, che torna in capo all'intermediario, su cui grava l'obbligo di predisporre opportuni accorgimenti volti a scongiurare violazioni

del sistema e operazioni fraudolente.

Il cliente non è tenuto a sopportare le conseguenze derivanti dal *phishing attack* perpetrato tramite la tecnica del *man-in-the-browser*, e perfino la presenza del *malware* nel sistema non vale a fondare una presunzione di colpa grave in capo allo stesso, posta la difficile identificabilità di tale *software* malevolo.

Ricompare il concetto di “rischio di impresa”, fulcro teorico e dogmatico del sistema di tutela costruito nella prima fase e volto a porre la responsabilità derivante da frodi informatiche in capo all’intermediario, in quanto soggetto più adatto a sopportarla e ad assorbirne le conseguenze dannose [52].

Un’ulteriore fattispecie di frode informatica rilevante, riconducibile anch’essa alle tecniche di *Phishing* più evolute, è il c.d. *Farming*: tecnica che non si basa più sull’invio di messaggi-esca fraudolenti che l’utente deve riscontare, ma sulla creazione di siti *web* falsi, verso i quali l’utente viene reindirizzato nonostante abbia digitato correttamente l’indirizzo *web* della banca e/o del portale su cui compiere le operazioni.

«Si tratta di una forma assai subdola di truffa on-line che implica una sorta di duplicazione della pagina web, la quale si presenta perciò identica all’ignaro utente on-line» [53].

Nei casi di *phishing attacks* maggiormente evoluti, come sono le tecniche del *man-in-the-browser* e del *farming*, si tende in generale a escludere una responsabilità del cliente basata su colpa grave, con conseguente (ri)allocazione del rischio derivante da frodi e illecite intrusioni nel sistema in capo all’intermediario.

A dimostrazione di un’evoluzione delle tutele che corre in parallelo con quella delle tecniche di *phishing*, si evidenzia come, allo stato, si riscontri una maggiore severità dell’ABF nei casi di frodi perpetrate con tecniche di *phishing* di prima generazione e ormai note, in cui «la credulità del cliente appare non scusabile» [54].

Resta da dire circa un’ulteriore forma di tutela per il cliente, attuabile, si può dire, in via d’urgenza e cautelativa e che consiste nell’immediato blocco della carta [55] a opera dell’intermediario in ipotesi di transazioni non autorizzate.

La misura *de quo* ha posto svariati problemi applicativi, soprattutto legati alle ipotesi in cui non siano presenti nel contratto sottoscritto tra banca e cliente clausole che, di fatto, autorizzino l’intermediario a eseguire il blocco suddetto. In realtà, come risulta dall’analisi di recenti decisioni, L’ABF opta per consentire all’intermediario di effettuare il blocco immediato della carta, anche in assenza di previsioni contrattuali *ad hoc* e ciò sul presupposto che una tale azione rientrerebbe tra i doveri dell’intermediario stesso, quale corollario del generale principio di buona fede [56]. Ci si troverebbe probabilmente di fronte a un obbligo di protezione posto in capo alla banca, obbligo accessorio che

promana, secondo l'accezione espansa [57] che spesso si accoglie [58], dal suddetto principio generale [59].

A ogni modo, si ritiene corretto da parte della banca che ponga in essere la misura in analisi, dare pronta comunicazione al cliente [60].

#### **4. Un ulteriore corollario connesso alle fattispecie di Phishing - risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dal cliente: un'ipotesi per ora negata.**

In diverse occasioni, i clienti vittima di *phishing attacks* si sono visti negare il diritto a ottenere il ristoro dei danni non patrimoniali derivanti da ansia, turbamento, grave limitazione del diritto di autodeterminazione per aver dovuto soppesare ogni attività o interesse che comportasse una spesa di denaro e per aver dovuto operare sgradite rinunce.

Vi è da dire che l'apertura verso la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento è piuttosto recente.

Il discorso sul danno non patrimoniale, derivante dalla lesione di interessi estranei alla sfera patrimoniale [61], nato in una prima fase nell'ambito di fattispecie di responsabilità aquiliana e contrassegnato da progressive aperture, si sposta successivamente verso il terreno dell'inadempimento contrattuale, trovando, a dispetto di una iniziale chiusura riconducibile agli studi più datati [62], un terreno fertile sia tra i contributi della dottrina [63], che tra le pronunce della giurisprudenza.

L'orientamento restrittivo scontava i limiti derivanti dall'applicazione, anche in ambito contrattuale, dell'art. 2059 c.c., norma generale situata nel corpo della disciplina relativa all'illecito aquiliano che ammette il risarcimento del danno non patrimoniale solamente in casi tipici, previsti dalla legge e nel caso in cui la condotta da cui il danno deriva integri un illecito penale [64].

Nonostante tale orientamento, nelle pronunce della giurisprudenza, si assiste alla nascita di specifiche ipotesi di danno volte a offrire una reintegrazione a vantaggio di un soggetto che non ha ottenuto una prestazione preordinata alla realizzazione di interessi non patrimoniali [65].

Il passo successivo e determinante in materia è dato dalle pronunce della Consulta [66] e della Suprema corte [67], che svincolano definitivamente il danno non patrimoniale dai limiti normativi dell'art. 2059 c.c., ritenendo il danno non patrimoniale risarcibile tutte le volte in cui consegue alla lesione di interessi costituzionalmente protetti.

Una conferma del principio sopra citato e della lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni dell'art. 2059 c.c. si ritrova in una importante pronuncia a Sezioni Unite della Suprema Corte [68].

La Corte ribadisce che, anche in assenza di reato, pregiudizi di tipo esistenziale, e quindi danni non patrimoniali, sono risarcibili se conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona tutelato a livello costituzionale.

Conferma, inoltre, come un danno non patrimoniale possa derivare anche dall'inadempimento di un'obbligazione incardinata in un rapporto contrattuale.

Tale assunto risulta confermato anche alla luce di pronunce successive. [69] Il diritto per il cliente vittima di *phishing attack* al risarcimento del danno non patrimoniale viene negato dall'ABF proprio sulla base degli assunti enucleati dalle Sezioni unite della Suprema Corte per la carenza delle tre necessarie condizioni, ovvero la rilevanza costituzionale dell'interesse leso; la gravità della lesione e la non futilità del danno lamentato, che non deve consistere in meri disagi o fastidi [70].

In numerose ipotesi, la tutela risarcitoria relativa al ristoro dei danni patrimoniali è stata negata in quanto «*sfornita di qualsiasi supporto probatorio*» [71] o perché il cliente non ha proceduto a evocare «*alcun preciso fattore di danno o di lesione nella sua sfera giuridica*» [72].

---

#### Note

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

[1] Il termine è di chiara derivazione anglosassone e rappresenta una deformazione lessicale del lemma *to fish* (pescare). La metafora "marina" appare particolarmente incisiva ed efficace se si pensa al *phishing* come a una sorta di pesca volta a far abboccare gli utenti del *web* che sono definiti, appunto, naviganti.

[2] È frequente l'utilizzo di codici malevoli, (c.d. *trojan banking*) in grado di carpire le credenziali di accesso a servizi on line. Tali "virus", in continua evoluzione e non sempre rilevati o rilevabili dai *software antivirus*, sono in grado di autoinstallarsi, autoriprodursi, diffondersi, di determinare alterazioni del corretto funzionamento del sistema e di esportare i dati presenti nel sistema stesso verso altri terminali. Si individuano principalmente quattro classi di codici malevoli: a) gli *Spyware* (programmi spia), in grado di raccogliere informazioni di qualunque genere sul computer infettato e di inviarle al destinatario fraudolento; b) *Key-logging*: programmi in grado di attivarsi nel momento in cui gli utenti si connettono al sito di una banca o instaurano una connessione protetta (https), predisposti in modo da registrare

i dati digitati dall'ignaro utente per poi indirizzare tali informazioni a un ignoto destinatario; c) *Redirector*: si tratta di un codice malevolo predisposto per reindirizzare il traffico internet del computer infettato verso indirizzi IP differenti da quelli che in realtà si intendevano raggiungere; d) *Screen grabbing*: simile per funzionamento ai *Key-logging*. Sono programmi in grado di "fotografare" la videata nel momento in cui l'ignaro utente accede al portale e inserisce le proprie credenziali, per poi inviare tale "istantanea" a un ignoto destinatario.

[3] Cfr. Trib. Milano, 7 ottobre 2011, in *Guida dir.*, 2013, p. 62: «Chi utilizza tecniche di "phishing" per ottenere, tramite artifici e raggiri e inducendo in errore l'utente, le credenziali di autenticazione necessarie ad accedere abusivamente a spazi informatici esclusivi del titolare (ad esempio relativi alla gestione dei conti correnti on line) e a svolgere, senza autorizzazione, operazioni bancarie o finanziarie, può rispondere dei delitti di cui agli artt. 494 (sostituzione dei persona), 615 ter (accesso abusivo a sistemi informatici o telematici) e 640 c.p. (truffa) [...]»

[4] Cfr., senza pretesa di esaustività, F. Cajani, *La tutela penale dell'identità digitale alla luce delle novità introdotte dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119)*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1094; V. Lembo, *La disciplina del "phishing"*, in *Riv. pen.*, 2013, p. 892; ID., *La frode informatica*, in *Riv. pen.*, 2013, p. 892; F. Agnino, *Computer crime e fattispecie penali tradizionali*, in *Corr. merito*, 2009, p. 288.

[5] Vedi Trib. Milano, 7 ottobre 2011, cit.; Trib. Monza, 7 maggio 2009, in *Riv. pen.*, 2010, p. 1301: «La condotta cosiddetta di "phishing", consistente nel "pescare", mediante abusivo inserimento nel sistema informatico di un'istituzione finanziaria o mediante false e-mail dirette ai clienti delle banche o delle poste, i dati significativi dei rapporti di conto corrente intrattenuti dagli stessi, dati che vengono successivamente utilizzati in modo fraudolento per "donare" carte di credito e/o di pagamento, o per disporre on line operazioni di trasferimento di denaro su conti correnti nella disponibilità dei criminali con successivo prelevamento di contanti e conseguente sparizione del denaro fraudolentemente sottratto, integra la fattispecie di truffa punita ex art. 640 c.p. e non il delitto di frode informatica di cui all'art. 640 ter c.p.»; Ufficio GIP Milano, 10 dicembre 2007, in *Foro amb.*, 2008, p. 280: «Il c.d. "phishing" consiste nell'illecita intrusione via internet da parte di soggetti su sistemi informatici concernenti servizi "home banking" per utenti titolari di conti correnti bancari, clienti degli istituti di credito e integra, di per sé, i reati di accesso abusivo informatico e falsificazione del contenuto di comunicazioni informatiche di cui agli artt. 615 ter e 617 sexies c.p. Qualora detta attività venga svolta da parte di soggetti operanti in Paesi stranieri, in accordo con soggetti residenti nel territorio dello Stato al fine di realizzare truffe ai danni

*dei clienti utenti dei predetti sistemi informatici, carpando le loro generalità ed i codici segreti (user i.d. e password) relativi e i detti servizi bancari su internet, mediante l'invio di false e-mails apparentemente spedite da detti istituti di credito, ma in realtà false, essa concreta i reati di associazione a delinquere, con l'aggravante di reato transnazionale, di accesso abusivo informatico e di falsificazione di comunicazioni informatiche».*

[6] Il recepimento delle disposizioni di cui alla citata direttiva comunitaria ha posto un delicato problema di diritto transitorio, relativo alla analisi e decisione di fattispecie risalenti a un periodo antecedente al recepimento della direttiva stessa. A riguardo si richiama l'orientamento ABF, espresso dalla decisione del Collegio di Roma, 2 luglio 2010, n. 665, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Bancomat%2520e%2520carte%2520di%2520debito/Utilizzo%2520fraudolento/Dec-20100702-665.PDF> e suffragato da importanti indici giurisprudenziali interni e comunitari: «[...] *Le disposizioni delle direttive non ancora attuate o non correttamente attuate negli ordinamenti nazionali, quando siano (come si reputano quelle sopra richiamate) incondizionate e sufficientemente precise (c.d. auto esecutive) e sia scaduto il termine per il loro recepimento, sono immediatamente applicabili nei rapporti tra Stato (o pubbliche amministrazioni in genere) e soggetti privati (c.d. efficacia verticale), non invece nei rapporti "orizzontali" tra privati; indirizzo che ha ricevuto in più occasioni l'avvallo sia della Corte di Giustizia Europea sia della nostra Corte Suprema (di recente cfr. Cass., sez. IV civile, n. 23937/2006). Questo Collegio ritiene tuttavia che la limitazione così introdotta all'operatività negli ordinamenti nazionali delle disposizioni, di contenuto puntuale ed incondizionato, contenute in direttive comunitarie che sono ancora inattuatae (o non correttamente attuate) e delle quali sia scaduto il termine per l'attuazione, non sia del tutto soddisfacente; condivide pertanto l'orientamento interpretativo di maggiore apertura [...] secondo il quale dette disposizioni, quando abbiano un contenuto sufficientemente dettagliato, preciso e incondizionato, possono essere invocate, all'interno degli Stati membri, anche nelle controversie tra privati. Del resto, la Corte di Giustizia - pur riaffermando la propria adesione all'orientamento contrario alla diretta applicabilità delle direttive nei confronti dei soggetti privati - ha in più di un'occasione puntualizzato che "il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva [rimasta in tutto o in parte inattuata] onde conseguire il risultato [da essa] perseguito."* Viene così a realizzarsi, come non si è mancato di rilevare, un effetto orizzontale "indiretto" delle direttive, mediante un'interpretazione "teleologicamente orientata alla realizzazione dei risultati prescritti dal legislatore comunitario", che non deve rimanere circoscritta alle norme interne

*eventualmente introdotte per recepire la direttiva, ma deve essere esteso “a tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire a un risultato contrario a quello a cui mira la direttiva” (cfr. Corte di Giustizia Comunità Europee, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer): infatti, “spetta ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e assicurarne la piena efficacia.” Invero, gli Stati membri, pur non essendo ancora tenuti (perché non è scaduto il termine di adempimento del relativo obbligo) a recepire i contenuti della direttiva all’interno del proprio ordinamento, debbono astenersi dall’adottare disposizioni che possano compromettere “gravemente” la realizzazione del risultato prescritto dal legislatore comunitario (Corte di Giustizia, 1997, in C-129/96). E, al tempo stesso, i giudici debbono evitare di fornire interpretazioni del diritto interno idonee a pregiudicare “gravemente” il risultato imposto dalla direttiva e il suo effetto utile (Corte di Giustizia, 4 luglio 2006, in C-221/04). Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono spinte, a quest’ultimo riguardo, ancora oltre, affermando che il giudice nazionale è tenuto a “prendere in considerazione tutto il diritto interno e a valutare, attraverso l’utilizzazione dei metodi interpretativi dallo stesso ordinamento riconosciuti, in quale misura esso possa essere applicato in modo da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva” (Cass., Sez. Un. 17 novembre 2008, n. 27310, 16 marzo 2009, n. 6316); affermando, in altri termini, l’esistenza di un obbligo di interpretazione “conforme” al diritto comunitario configurato in termini non dissimili da quelli individuati dalla Corte di Giustizia in relazione alle direttive il cui termine di attuazione sia già scaduto (Corte di Giustizia, 5 ottobre 2004)».*

[7] Cfr. *ex plurimis* ABF, Coll. Roma, decisione n. 105 del 14 gennaio 2011, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec-20110114-105.pdf>: «Dal nuovo quadro normativo sopra riportato discende che qualora il cliente contesti alla banca l’effettuazione di operazioni elettroniche di pagamento non autorizzate chiedendo il riaccredito delle somme addebitatigli in conto: a) grava sulla banca l’onere di provare che l’operazione è stata correttamente autorizzata, ovvero che il cliente si è reso inadempiente agli obblighi scaturenti dal contratto; b) l’utilizzo non autorizzato dei codici di accesso non costituisce, di per sé, necessariamente prova di un comportamento negligente da parte del cliente».

[8] Cfr. art. 7, d.lgs. n. 11/2010: «1. L’utilizzatore abilitato all’utilizzo di uno strumento di pagamento ha l’obbligo di: a) utilizzare lo strumento di pagamento in conformità con i termini, esplicitati nel contratto quadro, che ne regolano l’emissione e l’uso; b) comunicare senza indugio, secondo le modalità previste dal contratto quadro, al prestatore di servizi di pagamento o al

*soggetto da questo indicato lo smarrimento, il furto, l'appropriazione indebita e l'uso non autorizzato dello strumento non appena ne viene a conoscenza. 2. Ai fini di cui al comma 1, lettera a), l'utilizzatore, non appena riceve uno strumento di pagamento, adotta le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che ne consentono l'utilizzo».*

[9] Cfr. art. 8, d.lgs. n. 11/2010: *«Il prestatore di servizi di pagamento che emette uno strumento di pagamento ha l'obbligo di: a) assicurare che i dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo di uno strumento di pagamento non siano accessibili a soggetti diversi dall'utilizzatore legittimato ad usare lo strumento medesimo, fatti salvi gli obblighi imposti a quest'ultimo ai sensi dell'art. 7; b) astenersi dall'inviare strumenti di pagamento non specificamente richiesti, a meno che lo strumento di pagamento già consegnato all'utilizzatore debba essere sostituito; c) assicurare che siano sempre disponibili strumenti adeguati affinché l'utilizzatore dei servizi di pagamento possa eseguire le comunicazioni di cui all'art. 7, comma 1, lettera b), nonché, nel caso di cui all'art. 6, comma 4, di chiedere la riattivazione dello strumento di pagamento o l'emissione di uno nuovo ove il prestatore di servizi di pagamento non vi abbia già provveduto. Ove richiesto dall'utilizzatore, il prestatore di servizi di pagamento gli fornisce i mezzi per dimostrare di aver effettuato la comunicazione per i 18 mesi successivi la comunicazione medesima; d) impedire qualsiasi utilizzo dello strumento di pagamento successivo alla comunicazione dell'utilizzatore, di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b). 2. I rischi derivanti dalla sparizione di uno strumento di pagamento e dei relativi dispositivi personalizzati che ne consentono l'utilizzo sono a carico del prestatore di servizi di pagamento».*

[10] Cfr. art. 11, d.lgs. n. 11/2010: *«1. Fatto salvo l'articolo 9, nel caso in cui un'operazione di pagamento non sia stata autorizzata, il prestatore di servizi di pagamento rimborsa immediatamente al pagatore l'importo dell'operazione medesima. Ove, per l'esecuzione dell'operazione sia stato addebitato un conto di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento riporta il conto nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo. 2. In caso di motivato sospetto di frode, il prestatore di servizi di pagamento può sospendere il rimborso di cui al comma 1 dandone immediata comunicazione all'utilizzatore. 3. Il rimborso di cui al comma 1 non preclude la possibilità per il prestatore di servizi di pagamento di dimostrare anche in un momento successivo che l'operazione di pagamento era stata autorizzata; in tal caso il prestatore di servizi di pagamento ha il diritto di chiedere ed ottenere dall'utilizzatore la restituzione dell'importo rimborsato. 4. Il risarcimento di danni ulteriori subiti può essere previsto in conformità alla disciplina applicabile al contratto stipulato tra l'utilizzatore e il prestatore di servizi di pagamento».*

[11] Cfr. art. 12, d.lgs. n. 11/2010: «1. Salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, l'utilizzatore non sopporta alcuna perdita derivante dall'utilizzo di uno strumento di pagamento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente intervenuto dopo la comunicazione eseguita ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b). 2. Salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, l'utilizzatore non è responsabile delle perdite derivanti dall'utilizzo dello strumento di pagamento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente, quando il prestatore di servizi di pagamento non ha adempiuto all'obbligo di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c). 3. Salvo il caso in cui l'utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave ovvero non abbia adottato le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento, prima della comunicazione eseguita ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b), l'utilizzatore medesimo può sopportare per un importo comunque non superiore complessivamente a 150 euro la perdita derivante dall'utilizzo dello strumento di pagamento conseguente al suo furto o smarrimento. 4. Qualora abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto ad uno o più obblighi di cui all'articolo 7 con dolo o colpa grave, l'utilizzatore sopporta tutte le perdite derivanti da operazioni di pagamento non autorizzate e non si applica il limite di cui al comma 3. 5. La Banca d'Italia con proprio regolamento può ridurre le responsabilità massime di cui ai commi 3 e 4 nel caso di strumenti di pagamento aventi particolari caratteristiche di sicurezza; la Banca d'Italia assicura la generale conoscibilità degli strumenti di pagamento rispondenti a tali caratteristiche di sicurezza».

[12] Era frequente l'inserimento di clausole del seguente tenore: «Il titolare è responsabile di ogni conseguenza dannosa che possa derivare dall'abuso o dall'uso illecito della Carta e del P.I.N.» Oppure: «in caso di smarrimento o sottrazione della carta o del P.I.N., il Titolare è responsabile per le perdite derivanti da eventuali prelievi fraudolenti [...]».

[13] «Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: a) escludere o limitare la responsabilità da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista».

[14] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 665/2010, cit. In materia di clausole vessatorie nei rapporti banca-cliente cfr. Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Giur. rom.*, 2000, p. 430: «Sono vessatorie, in quanto escludono o limitano la responsabilità del professionista nei confronti del consumatore, le clausole che attribuiscono alla banca facoltà di dare o meno esecuzione agli incarichi assunti nei confronti del cliente o di stabilire in modo discrezionale le modalità di esecuzione degli stessi, le clausole del contratto di servizio delle cassette di

*sicurezza che realizzano l'effetto di limitare la responsabilità della banca al massimale assicurativo dichiarato dal cliente, le clausole che autorizzano in maniera irrevocabile la banca al trattamento dei dati personali del cliente, le clausole sulla prestazione di servizi bancari e finanziari che escludono la responsabilità della banca per fatti non direttamente imputabili ad essa, le clausole che escludono la responsabilità della banca per gli incarichi delegati ad un proprio corrispondente, le clausole che escludono la responsabilità della banca per il pagamento di assegni falsi qualora il cliente non abbia dato immediata comunicazione dello smarrimento o del furto dei moduli».*

[15] Cfr. artt. 32-35, d.lgs. n. 196/2003: «Art. 32 (Particolari titolari): 1. Il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico adotta ai sensi dell'articolo 31 idonee misure tecniche e organizzative adeguate al rischio esistente, per salvaguardare la sicurezza dei suoi servizi, l'integrità dei dati relativi al traffico, dei dati relativi all'ubicazione e delle comunicazioni elettroniche rispetto ad ogni forma di utilizzazione o cognizione non consentita. 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 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». «Art. 33 (Misure minime): 1. Nel quadro dei più generali obblighi di sicurezza di cui all'articolo 31, o previsti da speciali disposizioni, i titolari del trattamento sono comunque tenuti ad adottare le misure minime individuate nel presente capo o ai sensi dell'articolo 58, comma 3, volte ad assicurare un livello minimo di protezione dei dati personali». «Art. 34 (Trattamenti con strumenti elettronici): 1. Il trattamento di dati personali effettuato con strumenti elettronici è consentito solo se sono adottate, nei modi previsti dal disciplinare tecnico contenuto nell'allegato B), le seguenti misure minime: a) autenticazione informatica; b) adozione di procedure di gestione delle credenziali di autenticazione; c) utilizzazione di un sistema di autorizzazione; d) aggiornamento periodico dell'individuazione dell'ambito del trattamento consentito ai singoli incaricati e addetti alla gestione o alla manutenzione degli strumenti elettronici; e)

*protezione degli strumenti elettronici e dei dati rispetto a trattamenti illeciti di dati, ad accessi non consentiti e a determinati programmi informatici; f) adozione di procedure per la custodia di copie di sicurezza, il ripristino della disponibilità dei dati e dei sistemi; g) tenuta di un aggiornato documento programmatico sulla sicurezza; h) adozione di tecniche di cifratura o di codici identificativi per determinati trattamenti di dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale effettuati da organismi sanitart». «Art. 35 (Trattamenti senza l'ausilio di strumenti elettronici): 1. Il trattamento di dati personali effettuato senza l'ausilio di strumenti elettronici è consentito solo se sono adottate, nei modi previsti dal disciplinare tecnico contenuto nell'allegato B), le seguenti misure minime: a) aggiornamento periodico dell'individuazione dell'ambito del trattamento consentito ai singoli incaricati o alle unità organizzative; b) previsione di procedure per un'adeguata custodia di atti e documenti affidati agli incaricati per lo svolgimento dei relativi compiti; c) previsione di procedure per la conservazione di determinati atti in archivi ad accesso selezionato e disciplina delle modalità di accesso finalizzata all'identificazione degli incaricati».*

[16] Cfr., da ultimo, Cass., 5 settembre 2014, n. 18812, in *Foro it.*, 2015, c. 119: «I danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali in base all'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n.196, sono assoggettati alla disciplina di cui all'art. 2050 cod. civ., con la conseguenza che il danneggiato è tenuto solo a provare il danno e il nesso di causalità con l'attività di trattamento dei dati, mentre spetta al convenuto la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno». In dottrina cfr. M. Cicoria, *Quale danno in materia di privacy?*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 39; F. Azzarri, *Responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1078; E. Pellicchia, *La responsabilità civile per trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 221; M.C. Polo, *La tutela della riservatezza nei pagamenti elettronici*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 1376; E. Giannantonio, *Responsabilità civile e trattamento dei dati personali*, in *Dir. informatica*, 1999, p. 1035; C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. V, Milano, 1994, p. 704 ss.

[17] Cfr. M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; G. Alpa, voce *Rischio* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1144; ID., voce *Rischio contrattuale*, in *Nov. Dig. it.*, app., vol. VI, Torino, 1986, p. 863; ID., M. Bessone, V. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Milano, 1982; P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; E. Gabrielli, *Alea e Rischio nel contratto*, Napoli, 1997; F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.

[18] Vedi ABF, Coll. Roma, decisione n. 665/2010, cit.: «Si tratta di una disciplina evidentemente ispirata al principio del rischio d'impresa, e cioè

*all'idea secondo la quale è razionale far gravare i rischi statisticamente prevedibili legati ad attività oggettivamente pericolose, che interessano un'ampia moltitudine di consumatori o utenti, sull'impresa, in quanto quest'ultima è in grado, attraverso la determinazione dei prezzi di vendita dei beni o di fornitura del servizio, di ribaltare sulla massa dei consumatori e degli utenti il costo dell'assicurazione di detti rischi. Si tende, in altri termini, a spalmare sulla moltitudine degli utilizzatori il rischio dell'impiego fraudolento di carte di credito e strumenti di pagamento, sì da evitare che esso gravi esclusivamente e direttamente sul singolo pagatore, in funzione dell'obiettivo di incrementare la fiducia del pubblico riguardo ai suddetti strumenti e di incentivarne l'uso e la diffusione, in quanto strumenti atti a facilitare e perciò moltiplicare le transazioni commerciali, nell'interesse delle imprese, degli stessi utenti/consumatori, nonché, ovviamente, delle banche».*

[19] Cfr. Cass., 19 novembre 2001 n. 14456, in *Dir. maritt.*, 2003, p. 1300: «Ad integrare gli estremi della colpa grave del cliente è necessario che il suo comportamento sia connotato da straordinaria ed inescusabile imprudenza o negligenza, idonea a far ritenere che chi ha agito ha ommesso di osservare, non soltanto la diligenza del buon padre di famiglia, ma anche quel grado minimo di elementare diligenza generalmente osservato da tutti». Cfr. anche ABF, Coll. Milano, decisione n. 40 del 13 gennaio 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Bancomat%2520e%2520carte%2520di%2520debito/Utilizzo%2520fraudolento/Dec-20120113-40.pdf> e Coll. Roma, decisione n. 2157 del 14 ottobre 2011, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Bancomat%2520e%2520carte%2520di%2520debito/Utilizzo%2520fraudolento/Dec-20111014-2157.pdf>.

[20] Cfr., ABF, Collegio di Coordinamento, decisione n. 3498 del 26 ottobre 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20121026-3498.pdf>: «L'evidente squilibrio che le predette disposizioni determinano nel rapporto fra prestatore e utilizzatore di un servizio di pagamento trovano una loro giustificazione, per così dire, social-commerciale [...] Naturalmente, la concreta traduzione del principio non può prescindere da una corretta applicazione del limite che le norme regolatrici vi appongono e che, al netto di ogni ulteriore considerazione, si riduce allo stabilire se l'intermediario abbia adottato tutti i migliori accorgimenti della tecnica nota per scongiurare questo genere di rischi e quando (esclusa ovviamente la condotta fraudolenta del cliente di per sé tale da precludere l'operatività di qualsivoglia presidio) l'eventuale negligenza del cliente possa ricadere o meno

*nella nozione di colpa grave al cui ricorrere il cit. art. 8 esclude ogni responsabilità dell'intermediario».*

[21] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 1440 del 6 dicembre 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20101206-1440%20.pdf>: *«In ordine alla diligenza qualificata richiesta all'intermediario, un ausilio interpretativo può rinvenirsi nelle disposizioni che, con riferimento alle carte di pagamento e sebbene per finalità diverse, dettano criteri per l'individuazione di operazioni sospette. Il Regolamento di attuazione della l. 17 agosto 2005, n. 166, recante istituzione di un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento, detta specifici criteri con riferimento agli indicatori di rischio. Per quanto rileva al caso in esame, ai sensi dell'art. 8, si configura il rischio di frode quando vengono raggiunti determinati parametri, in particolare: - una ovvero più richieste che nelle 24 ore esauriscano l'importo totale del plafond della carta di pagamento; - due o più richieste di autorizzazione provenienti da Stati diversi, effettuate con la stessa carta, nell'arco di sessanta minuti».*

[22] Vedi Cass. 24 settembre 2009, n. 20543, in *Guida al dir.*, 2009, p. 56: *«La diligenza del buon banchiere deve essere qualificata dal maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale richiede. Tale diligenza trova applicazione non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto od operazione che sia comunque oggettivamente esplicito presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario. Tale diligenza va valutata, non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono. In quest'ambito si osserva che generalmente gli schemi contrattuali per il servizio on-line non prevedono né direttamente massimali di utilizzo (giornalieri/mensili), né la possibilità (o l'obbligo) per il correntista di indicare egli stesso all'intermediario dei limiti massimi (ovvero modificarli se previsti) oltre i quali non sia possibile disporre on line del conto».*

[23] In materia di responsabilità contrattuale e adempimento diligente si rimanda alle opere di E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, artt. 1218-1229, in Scialoja, Branca (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1979, XXVI ss.; ID., *Diritto civile, L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1990; ID., *Diritto civile, La responsabilità*, vol. V, Milano, 1994; M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975; L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (dir.vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072; G. Visintini, *Responsabilità del debitore*, in Rescigno (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, vol. IX, Torino, 1999; ID., *Inadempimento e mora del*

debitore, artt. 1218-1222, in Schlesinger (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Milano, 2006; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001; G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.*, Roppo, vol. V, Milano, 2006, p. 970; P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010. Con particolare riferimento alla contrattazione on line Cfr. O. Troiano, *I servizi elettronici di pagamento*, Milano, 1996; A.M. Gambino, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; C.M. Bianca, *I contratti digitali*, in *Studium iuris*, 1998, 1035; A. Gentili, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, ID., *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 747; G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 525; V. Ricciuto; N. Zorzi, *Il contratto telematico*, Padova, 2002; F. Di Ciommo, *La responsabilità civile in internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. civ.*, 2006, 548; P. Gallo, *Il contratto telematico*, in Gallo (a cura di), *Tratt. del contr.*, Vol. 1, Torino, 2010, p. 841 ss. Con riferimento alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale on line si rimanda a S. Sica; N. Brutti, *La responsabilità in internet e nel commercio elettronico*, in Alpa (a cura di), *Tratt. resp. contr.*, vol. 2, Padova, 2009, 503 ss.; C. Iurilli, *Conto corrente on line e furto di identità. La controversa applicazione dell'art. 2050 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2011, 54; S. Marino, *Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale "on line"*, in *Riv. dir. internaz. priv.*, 2012, 879;

[24] Cfr. Cass., 23 giugno 2008, n. 17039, in *Giust. civ.*, 2008, p.1012.

[25] Cfr. Cass., 31 marzo 2010, n. 7956, in *Foro it.*, 2010, c. 3092.

[26] Cfr., *ex plurimis*, ABF, Coll. Milano, decisione n. 1241 del 9 novembre 2010,

su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Operazioni%2520sul%2520conto/Dec-20101109-1241.pdf> e n. 1030 del 4 ottobre 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec-20101004-1030.pdf>.

[27] Cfr. *ex plurimis* ABF, Coll. Napoli, decisione n. 6797 del 15 ottobre 2014, su

<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec-20141015-6797.PDF>: «*In tali casi, al pari della presente controversia, appare decisiva l'indagine circa la sussistenza di elementi soggettivi integranti l'ipotesi di colpa grave, il cui onere della prova incombe, secondo la dottrina, sull'intermediario in base ai principi che regolano la responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) [...]».* Cfr. in particolare ABF, Coll. Milano, decisione n. 6786 del 15 ottobre 2014, su

<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20141015-6786.PDF>: *«Sulla materia l'ABF si è pronunciato più volte e la questione della ripartizione delle responsabilità per frodi perpetrate attraverso l'home banking è stata portata anche all'attenzione del Collegio di Coordinamento, che nella Decisione n. 3498/2012 ha operato un accurato censimento delle fattispecie di frode più diffuse ed ha puntualizzato i termini di valutazione delle questioni connesse. In particolare, ha sottolineato il regime di particolare favore che il d.lgs. 11/2010 predispone per l'utilizzatore del servizio, cui consegue una ripartizione dei rischi collegati all'utilizzo di strumenti di pagamento in ambiente informatico sfavorevole all'intermediario, sul presupposto che questi sia la parte più attrezzata a gestire detti rischi e, in ultima analisi, il percettore dei vantaggi e delle efficienze legate all'utilizzo di sistemi informatici di pagamento. Tale opzione giustificherebbe la speciale distribuzione dell'onere della prova di cui al citato decreto, che pone a carico dell'intermediario l'onere di dimostrare che l'operazione disconosciuta dal cliente sia stata correttamente autenticata, registrata e contabilizzata e che non vi siano state disfunzioni del sistema e delle procedure che abbiano potuto dare causa all'illecita intrusione di terzi. Giustificherebbe altresì la limitazione della responsabilità dell'utilizzatore ai casi di dolo o colpa grave laddove le comunicazioni dovute in tali casi all'intermediario siano state tempestivamente e correttamente effettuate».*

[28] Cfr. ABF, Coll. Milano, decisione n. 6786 del 15 ottobre 2014, cit.

[29] Cfr. *ex plurimis* ABF, Coll. Milano, decisione n. 111 del 13 gennaio 2012, su

<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20120113-111.pdf> e n. 113 del 13 gennaio 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Carte%2520di%2520credito/Tipologia/Dec-20120113-113.pdf>: *«È chiaro a questo Collegio che, al tempo del fatto all'origine della presente vertenza, esistevano già mezzi più efficienti per fronteggiare il fenomeno della pirateria informatica e questo costituisce ragione sufficiente per indurre a concludere che un sistema di protezione a un solo fattore – sebbene composto da user-id e password del titolare, numero della carta e data di scadenza della stessa, codice di sicurezza CVV2, non variabili di volta in volta – per permettere effettuazione di pagamenti o altre operazioni non può essere considerato misura idonea a proteggere adeguatamente il cliente».*

[30] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 491 dell'11 marzo 2011, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520co>

rente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec-20110311-491.pdf

[31] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 1426 del 6 dicembre 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec-20101206-1426%20.pdf>: «L'aver dato seguito al messaggio di posta elettronica apparentemente proveniente dalla banca è comportamento certamente affetto da colpa e da imprudenza; tuttavia, sebbene la banca avesse pubblicato nel proprio sito un documento contenente una serie di suggerimenti idonei a prevenire i danni del phishing, la conoscenza da parte del pubblico di tale fenomeno non era (all'epoca dei fatti di causa) ancora così elevata e la percezione sociale della diffusione e pericolosità dello stesso così intensa da poter qualificare quel comportamento in termini di leggerezza e di imprudenza straordinarie ed assolutamente inescusabili».

[32] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 1426 del 6 dicembre 2010, cit.

[33] Cfr. ABF, Coll. Milano, decisione n. 20 del 7 gennaio 2011, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec-20110107-20.pdf>: «In concreto, la colpa grave prevalente del ricorrente è emersa dall'ammissione che lo stesso fece nella denuncia ai carabinieri, allorché, asserendo di aver ricevuto una mail sospetta, aderì alla richiesta di inserire i codici di accesso del proprio conto corrente. Né va, peraltro, sottovalutato che il cliente nella denuncia dichiarò di ritenere che ignoti avessero acquisito i codici di accesso e movimentazione del conto corrente e che con detti codici avessero effettuato le movimentazioni contestate».

[34] Cfr. ABF, Coll., Milano, decisione n. 1241 del 9 novembre 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Operazioni%2520sul%2520conto/Dec-20101109-1241.pdf>: «La questione che questo Collegio deve affrontare per la soluzione del caso attiene ai doveri di custodia dei codici di accesso da parte del cliente che utilizzi il servizio di home banking da un lato e del grado di diligenza che si può richiedere all'intermediario in relazione all'erogazione di detto servizio dall'altro lato. In relazione al caso in questione giova notare che risulta assolutamente pacifico che il ricorrente abbia risposto a una e-mail di phishing [...]. La circostanza è stata dichiarata dall'interessato anche nella denuncia alla Pubblica Autorità. Al riguardo il ricorrente ha precisato di avere fornito il proprio codice per ottenere un accredito collegato ad un'operazione a premi nell'assoluta certezza che a richiederlo fosse l'intermediario».

[35] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 237 del 15 aprile 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec->

20100415-237.pdf. Cfr. anche ABF, Coll. Milano, decisione n. 7435 del 7 novembre 2014, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Bonifico/Transfrontaliero/Dec-20141107-7435.PDF>: *«È stato proprio il ricorrente, infatti, che ha risposto ad una e-mail di phishing (pratica tanto ormai diffusa quanto ormai certamente nota alla clientela bancaria), inserendo il codice necessario all'incasso della somma in corso di trasferimento e permettendo in tal modo che la truffa ai suoi danni potesse effettivamente essere posta in essere. Tale condotta - valutata anche alla luce del fatto che la e-mail di phishing appare scritta in una lingua che, pur assomigliando all'italiano, risulta difficilmente classificabile - integra pienamente gli elementi in fatto per poter integrare una condotta gravemente colpevole del ricorrente e tale da interrompere qualsiasi nesso di causalità tra un'eventuale inadempienza dell'intermediario resistente ed il danno lamentato dal ricorrente medesimo, con conseguente esclusione di qualsiasi responsabilità del primo per i fatti all'origine della presente vertenza»*. Cfr. anche ABF, Coll. Milano, decisione n. 6651 dell'8 ottobre 2014, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20141008-6651.PDF>, in cui si afferma una responsabilità in capo al cliente il quale *«utilizzando un minimo di diligenza non avrebbe, infatti, potuto non accorgersi di avere ricevuto un messaggio di phishing, considerando innanzitutto che le banche non dialogano per posta elettronica con i clienti, se non per l'invio di estratti conto, e tenuto conto della genericità delle informazioni, degli errori di punteggiatura e del tono confidenziale utilizzato al di fuori del "tu generico". L'esistenza di simili comunicazioni, che spesso riescono a sfuggire anche ai sistemi antispam, costituisce peraltro ormai fatto notorio»*. Dello stesso tenore ABF, Coll. Milano, decisione n. 6413 del 1 ottobre 2014, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20141001-6413.PDF>.

[36] Cfr., ABF, Coll. Roma, decisione n. 237 del 25 aprile 2010, cit.

[37] Cfr., *ex plurimis* ABF, Coll. Milano, decisione n. 719 del 9 luglio 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20100709-719.pdf> : *«In sintesi dunque, nel caso all'origine del presente ricorso, da un lato si può verosimilmente ravvisare una responsabilità del cliente in relazione alla mancata diligente custodia dei codici di accesso per il servizio di home banking, dall'altro lato, non si può negare una concorrente responsabilità dell'intermediario che non ha predisposto adeguati sistemi per*

*proteggere più efficacemente i propri clienti con riferimento al rischio di truffe perpetrate in via telematica. Questo Collegio, valutata la gravità delle rispettive colpe in relazione ai fatti illustrati e documentati, ritiene, dunque, di doverle ripartire nella misura del 50% in capo al cliente e del 50% in capo al resistente».*

[38] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 33 del 10 febbraio 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec-20100210-33.pdf> : *«Alla stregua di detti principi va affermata la responsabilità della Banca, perché, se non è controvertibile che questa avesse adottato determinati accorgimenti tecnici allo scopo di proteggere la sicurezza nell'uso della rete per l'esecuzione da parte dei clienti di operazioni sui propri conti correnti (c.d. internet banking o home banking), è altrettanto incontrovertibile che, all'epoca dei fatti per cui è controversia, la tecnologia aveva già messo a disposizione dispositivi più raffinati, sicuri ed affidabili di quelli in concreto adottati, e perciò maggiormente adeguati rispetto all'obiettivo suddetto in quanto capaci di offrire al cliente un terzo livello di protezione, come le serie numeriche casuali e random, generate da dispositivi automatici quali chiavette o token, digipass e similia»*

[39] Cfr., *ex plurimis*, ABF, Coll. Napoli, decisione n. 696 del 7 marzo 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Carte%2520di%2520credito/Tipologia/Dec-20120307-696.PDF>. Cfr. inoltre ABF Collegio di Coordinamento, decisione n. 3498 del 26 ottobre 2012, cit: *«[...] Lo strumentario avanzato di sicurezza è stato individuato, almeno per quanto specificamente attiene al caso che ci occupa (pagamenti disposti mediante sistemi di internet banking) nella messa a disposizione dei cc.dd. token o OTP (one time password), vale a dire congegni in grado di generare mutevoli password monouso, che, aggiungendosi alla password fissa nota solo all'utente, concorrono a formare un sistema di autenticazione a due fattori, (altri dice a tre fattori, includendovi anche lo user id per quanto più visibile e catturabile): sistema come tali di difficilissima, (quasi) impossibile forzatura e dunque ritenuto coerente alle indicazioni promananti dal provvedimento della Banca d'Italia adottato il 5 luglio 2011 ove si prevede che gli intermediari si attrezzino adeguatamente per identificare, valutare, monitorare e mitigare le minacce di natura tecnologica, individuando un insieme di misure di sicurezza e di controlli appropriati in grado di assicurare gli obiettivi di confidenzialità, integrità, disponibilità dei sistemi informativi e dei dati a essi associati».*

[40] Cfr. ABF, Coll. Napoli, decisione n. 6888 del 21 ottobre 2014, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520on%2520line/Dec-20141021-6888.PDF>.

[41] Cfr. ABF, Coll. Coordinamento, decisione, n. 3498 del 26 ottobre 2012, cit.

[42] Cfr. ABF, Coll. Milano, decisione n. 528 del 17 febbraio 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20120217-528.pdf>: «*Il fatto che il ricorrente, tempestivamente informato, abbia deciso di non usufruire di un dispositivo idoneo a innalzare il grado di sicurezza del servizio integra una condotta negligente, concorrente in termini rilevanti alla produzione del danno, pertanto responsabile ex art. 1218 c.c.*».

[43] Così, ABF, Coll. Coordinamento, decisione n. 3498 del 26 ottobre 2012, cit.

[44] Vedi ABF, Coll. Milano, decisione n. 2103 del 20 giugno 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Bonifico/Transfrontaliero/Dec-20120620-2103.pdf>: «*Dalle informazioni rese dalla ricorrente e dalle precisazioni fornite dalla resistente, che non sono state contestate, è emerso, infatti, che per il compimento di un'operazione via internet il cliente è tenuto ad utilizzare uno strumento materiale in suo possesso, ossia il lettore, all'interno del quale va introdotta la carta di pagamento a microchip, pure in suo possesso. Egli deve inoltre digitare diversi codici, ora sul lettore, ora nell'apposito spazio sulla schermata che compare sul computer accedendo al servizio per il compimento di operazioni on line. Due di detti codici sono generati (si ha ragione di ritenere, casualmente e con modalità "usa e getta") uno dal sistema e uno dal lettore. Dal tipo di sistema adottato discende la presunzione, certamente grave e rilevante, che il cliente non avesse viceversa compiutamente custodito i dispositivi personali necessari per l'utilizzo del sistema di pagamento, con negligenza che si presenta rilevante*». Cfr. anche, ABF, Coll. Roma, decisione n. 2568 del 25 novembre 2011, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Centrale%2520rischi%2520finanziari%2520private/Segnalazioni%2520illegittime/Dec-20111125-2568%20.pdf> e Coll. Milano, decisione n. 1462 del 9 ottobre 2012, su

<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20120509-1462.pdf>.

[45] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 2264 del 28 giugno 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20120628-2264.pdf>: «*Ora, se è indubitabile che il prelievo abusivo di fondi sul conto del cliente sia avvenuto per effetto di un atto di pirateria informatica, questo Collegio non può non osservare che la messa a disposizione dell'innovativo strumento di generazione della password non può essere*

*considerata di per sé prova (presuntiva) della violazione degli obblighi di custodia in senso lato gravanti sul cliente; d'altro canto, resterebbe da provare che la ricorrente, per il solo fatto di aver subito un attacco informatico, abbia tenuto una condotta gravemente negligente; in altri termini, è da dimostrare che l'attacco informatico ai danni della postazione del cliente sia riconducibile ad una sua condotta gravemente omissiva e negligente». Cfr. anche, ABF, Coll. Roma, decisione n. 2660 del 30 luglio 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20120730-2660.pdf> e decisione n. 1910 del 6 giugno 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20120606-1910.pdf>.*

[46] Cfr. ABF, Coll. Napoli, decisione n. 3192 dell'8 ottobre 2012, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20121008-0003192.pdf>.

[47] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 1910 del 6 giugno 2012, cit.: *«Ed infatti, da un punto di vista fattuale, va rilevato che l'intrusione non autorizzata del malware nel sistema di home banking, lungi dall'essere causata dal comportamento del cliente ed a lui addebitabile, potrebbe derivare da un insufficiente grado di protezione del sistema informatico e del servizio offerto dall'intermediario, come nella specie lamentato dal correntista. Peraltro, costituisce ormai un dato di comune esperienza che i codici personali di accesso ai sistemi di home banking possono essere catturati da terzi non autorizzati anche in assenza di comportamenti negligenti da parte del cliente che quei codici è tenuto diligentemente a custodire. Nel caso di specie, merita rilievo la circostanza - pacifica tra le parti - che fossero state rilevate diverse operazioni di truffa informatica a carico dei clienti della Banca e che la stessa non appare avere approntato alcun immediato rimedio volto a garantire la sicurezza dei clienti».*

[48] Cfr. ABF, Coll. Coordinamento, decisione n. 3498 del 26 ottobre 2012, cit.

[49] Cfr. ABF, Coll. Coordinamento, decisione n. 3498 del 26 ottobre 2012, cit.: *«Il principio operativo di tale meccanismo di intrusione viene definito man-in-the-browser a significare l'interposizione che questo genere di malware è in grado di operare fra il sistema centrale dell'intermediario e il singolo utente. Nella sua massima espressione di efficienza aggressiva, il programma malevolo, una volta annidatosi in un certo numero di computer, genera quella che in gergo suole definirsi una botnet, ossia per l'appunto una rete di macchine ugualmente infettate dallo stesso virus. Il malware - riconducibile alla più ampia categoria dei cc.dd. trojan ("cavalli di Troia") e dotato di*

*sofisticate capacità di elusione dei migliori antivirus, si annida in modo silenzioso nel computer della vittima, senza creare alcun malfunzionamento o alterazione del sistema tali da attrarre l'attenzione dell'utente. Il malware resta perfettamente "in sonno" attivandosi solo nel momento in cui l'utente si colleghi ad un sito finanziario compreso tra quelli che il programma abbia posto nel mirino (targeted banks). In quel preciso istante il malware si risveglia ed entra in azione captando il collegamento dell'utente e propinandogli una pagina-video esattamente identica a quella che l'utente è abituato a riconoscere in sede di accesso regolare al sito del proprio intermediario. L'unica differenza, obiettivamente impercettibile ad un pur scrupoloso utente, è la stringa di descrizione della pagina che, a differenza di quella originale, reca un prefisso di accesso, (c.d. protocollo di trasferimento ipertestuale Hyper Textual Transfer Protocol) "http" e non già "https" (dove la "s" finale sta per secured, protetto). Ignaro dell'intervenuta sostituzione della pagina, l'utente è indotto a ritenere di trovarsi nel normale ambiente sicuro in cui normalmente egli opera. A quel punto il malware attiva una finestra a modulo, che pare sempre provenire dal sito dell'intermediario, in cui si trova (crede di trovarsi) l'utente, ove è richiesta una conferma di sicurezza con l'invito a compilare i campi del modulo con i propri dati e il codice generato dal dispositivo OTP: procedura che gli intermediari stessi talora attivano per controlli di sicurezza (specie come quando, nel caso in esame, l'accesso abbia luogo da una macchina diversa da quella abitualmente utilizzata dall'utente e come tale segnalata al server della banca da un differente indirizzo di provenienza: c.d. IP, Internet Protocol), il che rafforza nell'utente il convincimento della piena regolarità della situazione e della normalità del controllo automaticamente disposto dal sistema. L'utente, con ciò doppiamente ingannato, compila quindi i campi del modulo che il malware prontamente trasmette all'intruso. Questi, così callidamente interposti nell'operazione, ha modo di captare tutti i fattori di autenticazione e utilizzarli in tempo reale, nel mentre l'utente viene ulteriormente ingannato da un messaggio di attesa, che, qualche minuto dopo, si conclude con la segnalazione dell'impossibilità di procedere all'operazione e con l'invito a ritentare in un secondo momento».*

[50] Cfr. ABF, Coll. Coordinamento, decisione n. 3498 del 26 ottobre 2012, cit: «[...] L'unica differenza consta, come di è detto, nell'acronimo del protocollo di trasferimento, individuato come un normale "http" e non già come un "https" protetto. Ma va da sé che una simile variazione, che compare solo nella stringa di intestazione della video schermata mischiata ad almeno cinquanta o sessanta ulteriori caratteri, barre e altri segni di punteggiatura informatica, sfugge normalmente all'attenzione di chiunque si accosti alla pagina di un sito bancario per compiere un'operazione, dunque in un momento in cui l'attenzione dell'utente è concentrata sul contenuto della schermata e non

*certo sugli incomprensibili codici che la circondano e che fanno parte del normale apparato di contorno anche delle innocue consultazioni in rete».*

[51] Cfr. ABF, Coll. Coordinamento, decisione n. 3498 del 26 ottobre 2012, cit.: «[...] Colpevole in quanto egli è portato a comunicare le proprie credenziali di autenticazione al di fuori del circuito operativo dell'intermediario, e tanto più colpevole si rivela quell'atto di ingenuità quanto più si consideri che tali forme di "accalappiamento" possono dirsi ormai note al pur non espertissimo navigatore di internet».

[52] In questo senso è chiarissima la decisione del Collegio di Coordinamento più volte citata, la quale è utile nel tracciare il discrimine anche tra nuove e vecchie tecniche di *Phishing*.

[53] Cfr. ABF, Coll. Milano, decisione n. 8364 del'11 dicembre 2014, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Carte%2520di%2520credito/Utilizzo%2520fraudolento/Dec-20141211-8364.PDF>.

[54] Cfr. ABF, Coll. Roma, decisione n. 3262 del 16 maggio 2014, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20140516-3262.PDF>: «[...] Il phishing operato tramite semplice mail deve ritenersi fenomeno ormai del tutto noto, tanto che qualunque utente dotato di quella normale avvedutezza e prudenza che si richiede a chi utilizzi servizi di home banking dovrebbe essere in grado di sottrarsi all'inganno».

[55] Tale misura cautelativa è adottabile in forza del dettato dell'art. 6, d.lgs. n. 11/2010.

[56] In materia di buona fede cfr. A. D'Angelo, *La buona fede*, in Bessone (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, vol. XIII, Torino, 2004, p. XIV. Cfr. anche ID., *Il contratto in generale. La Buona fede*, Torino, 2004; P.G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 408; G. Sicchiero, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 919; M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.

[57] Sulle criticità derivanti dall'espansività del principio di buona fede si veda M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.; G. Sicchiero, *Buona fede e rischio contrattuale*, cit.

[58] Cfr. Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Vita not.*, 2011, p. 357; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, cit.: «Il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge, ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato». Cass., 27

settembre 2001, n. 12093, in *Vita not.*, 2001, p. 1309; Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corr. giur.*, 2001, p. 762.

[59] Cfr. in particolare ABF, Coll. Roma, decisione n. 1341 del 12 marzo 2013, su

<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Bancomat%2520e%2520carte%2520di%2520debito/Blocco/Dec-20130312-1341.pdf>. Inoltre, secondo una recente ricostruzione dottrinale, la misura “cautelare” del blocco della carta può essere letta alla luce del principio generale di autotutela del contraente, con precipuo riferimento alla sospensione dell’esecuzione, regolata dall’art. 1461 c.c., che consente al creditore di far fronte al rischio di insolvenza della controparte, con riferimento a prestazioni che dovranno essere adempiute in un secondo momento (gli obblighi di pagamento a carico dell’utente.). Per questa ricostruzione cfr. Aa.Vv., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011.

[60] Vedi ABF, Coll. Roma, decisione n. 1312 del 10 novembre 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Assegno%2520bancario%2520e%2520postale/Protesto/Dec-20101110-1312.pdf>: «*Allorché la misura non sia stata comunicata tempestivamente alla ricorrente, con indicazione dei motivi giustificativi e dei contenuti della misura deve ritenersi che il comportamento della banca non risponda ai canoni della trasparenza e della buona fede che è tenuta ad osservare e che si concretano in un dovere giuridico espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell’ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all’esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo in definitiva in ogni sua fase*».

[61] Cfr. G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit.

[62] Cfr. R. Scognamiglio, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 313.

[63] Cfr., M. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127; C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002. Per un approfondito studio del problema cfr. inoltre V. Zeno Zencovich, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, in Visintini (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984; ID., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 77.

[64] Parte della dottrina arrivava addirittura a escludere *in toto* la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, sulla base della non applicabilità di tale norma in ambito contrattuale. Cfr., R. Scognamiglio, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, cit.

[65] Cfr. G. P. Roma, 11 luglio 2003, in *Dir. fam.*, 2004, p. 106 per una ipotesi di danno esistenziale derivante da interruzione di una linea telefonica; G. P. Bari, 7 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 626 per danni derivanti dal ritardo di un volo aereo e G. P. Capaccio, 20 ottobre 2004, citata da G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 976, sub nota 138.

[66] Cfr. C. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.* 2004, p. 1129: «Può dirsi oramai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 c.c. si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo, dovendosi adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e, dunque, sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 cost.); sia, infine, il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona».

[67] Cfr. Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, in *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 1531.

[68] Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, c. 120.

[69] Cfr. Trib. Salerno, 11 febbraio 2014, n. 464, *inedita*: «Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in presenza di un rapporto di natura contrattuale tra le parti, ove la prestazione promessa risulti finalizzata parimenti alla tutela di un interesse pertinente o connaturato ad un diritto inviolabile della persona, con l'avviso che se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni».

[70] Cfr. ABF, Coll. Milano, decisione n. 169 del 26 marzo 2010, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Bancomat%2520e%2520carte%2520di%2520debito/Utilizzo%2520fraudolento/Dec-20100326-169.pdf>: «Non sono meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo il diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non

*patrimoniale».*

[71] Cfr. ABF, Coll. Milano, decisione n. 3147 del 7 giugno 2013, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Carte%2520di%2520credito/Tipologia/Dec-20130607-3147.pdf>. Cfr. anche ABF, Coll. Roma, decisione n. 1879 dell'8 aprile 2013, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Conto%2520corrente%2520bancario%2520e%2520postale/Banca%2520online/Dec-20130408-1879.pdf>.

[72] Cfr., ABF, Coll. Milano, decisione n. 6390 del 9 dicembre 2013, su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/categorie/Carte%2520di%2520credito/Blocco/Dec-20131209-6390.PDF>.

**Consiglio di Stato, Sez. III, 5 febbraio 2015, n. 582.**

**Comunicazioni elettroniche – Sanzioni amministrative e depenalizzazione  
– Obblighi informativi – Richiesta di informazioni – Informativa Economica  
di Sistema (IES) – Sistema Integrato delle Comunicazioni (SIC).**

*Non appare dubitabile l'ascrivibilità dei dati relativi al complesso dei ricavi da abbonamenti pay tv - ivi compresi quelli attinenti alla diffusione a pagamento di contenuti non editi direttamente dalla società interessata - entro il perimetro delle informazioni che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è legittimata a richiedere agli operatori televisivi che risultano, pertanto, obbligati alla trasmissione. (Massima redazionale)*

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)  
ha pronunciato la presente  
SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8475 del 2014, proposto da:  
Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, rappresentata e difesa per legge  
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi,  
12;

contro

Sky Italia Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Ottavio Grandinetti, con domicilio  
eletto presso Ottavio Grandinetti in Roma, Via Caroncini N. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 05863/2014, resa tra le  
parti, concernente informativa sui dati economici annuali che i soggetti  
operanti nel settore dei media sono tenuti ad inviare - irrogazione sanzione  
amministrativa pecuniaria;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sky Italia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2015 il Cons. Carlo  
Deodato e uditi per le parti gli avvocati Grandinetti e dello Stato Varrone F.;

Svolgimento del processo

Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha annullato, in accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti proposti da Sky Italia s.r.l., le delibere con cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora innanzi AGCom) aveva richiesto alla società ricorrente i dati economici relativi alla c.d. "Informativa Economica di Sistema" (d'ora innanzi IES), per gli anni 2010, 2011 e 2012, ed aveva, poi, irrogato alla stessa la sanzione pecuniaria di Euro 10.320,00, per aver comunicato solo il valore degli introiti strettamente riferibili ai contenuti editi direttamente da Sky, omettendo, in violazione della richiesta della stessa Autorità, di trasmettere l'importo complessivo dei ricavi relativi agli abbonamenti *pay tv*.

Avverso la predetta decisione proponeva appello l'AGCom, contestandone la correttezza, insistendo nel sostenere la riconducibilità alla IES di tutti i ricavi riferibili agli abbonamenti *pay tv* della piattaforma Sky, a prescindere dalla responsabilità editoriale dei programmi ivi contenuti, e concludendo per la riforma della statuizione gravata e per il conseguente rigetto del ricorso proposto in primo grado da Sky Italia s.r.l.

Resisteva quest'ultima, eccependo l'inammissibilità dell'appello dell'Autorità, contestandone, comunque, la fondatezza, proponendo appello incidentale avverso l'omessa pronuncia sul terzo atto per motivi aggiunti (con cui era stata impugnata la delibera AGCom n.665/13/CONS del 28 novembre 2013) e sulla domanda di restituzione della somma pagata in ottemperanza alla delibera con cui era stata irrogata la sanzione pecuniaria (annullata dal T.A.R.), riproponendo alcune censure non esaminate o assorbite dalla decisione di primo grado e concludendo per il rigetto dell'appello principale, per l'accoglimento di quello incidentale e per la coerente riforma parziale della statuizione gravata.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 15 gennaio 2015.

#### Motivi della decisione

1.- E' controversa l'ascrivibilità dell'intero volume dei ricavi da abbonamenti *pay tv* della piattaforma Sky entro il perimetro della IES (come preteso da AGCom e contestato da Sky Italia s.r.l.).

I giudici di prima istanza hanno negato la fondatezza della pretesa conoscitiva dell'Autorità e hanno giudicato dovuti i soli dati pertinenti ai ricavi riconducibili alla commercializzazione dei programmi editi da Sky Italia s.r.l. e nei confronti dei quali è, dunque, configurabile una responsabilità editoriale diretta della stessa società.

L'AGCom critica tale convincimento ed insiste nel sostenere che la normativa che regola la materia affida ad essa il potere di richiedere agli operatori

televisivi tutti i dati economici necessari alla conoscenza del mercato delle televisioni, ivi compresi quelli attinenti alla diffusione a pagamento di contenuti non editi direttamente dalla società interessata.

Sky Italia s.r.l. contesta tale tesi e ribadisce l'assunto per cui quest'ultima tipologia di ricavi esula da quelli acquisibili con la procedura controversa.

2.- Una compiuta disamina della questione appena sintetizzata postula una preliminare ricognizione della disciplina positiva che regola l'attività conoscitiva dell'AGCom nella specie dibattuta.

L'art.1, commi 28 e 29, del D.L. 23 ottobre 1996 , n.545 (convertito nella L. 23 dicembre 1996, n. 650 ) ha affidato al Garante per la radiodiffusione e l'editoria il compito di determinare e di acquisire, dagli operatori del settore di mercato affidato al suo monitoraggio, i dati contabili ed extracontabili ritenuti rilevanti ai fini dell'espletamento delle sue funzioni istituzionali.

Con decreto dell'11 febbraio 1997 il Garante per la radiodiffusione e l'editoria ha regolato le modalità e i contenuti delle suddette comunicazioni di sistema.

L'art.2, comma 20, lett.a), L.14 novembre 1995, n. 481 (che detta norme generali per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità) ha attribuito alle Autorità il potere di chiedere "ai soggetti esercenti il servizio, informazioni e documenti sulle loro attività".

L'art.1, comma 6, lett. c), n.7, della L. 31 luglio 1997, n. 249 (istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) ha stabilito che l'Autorità "verifica i bilanci ed i dati relativi alle attività ed alla proprietà dei soggetti autorizzati o concessionari del servizio radiotelevisivo", mentre i commi 29 e 30 della medesima disposizione prevedono le sanzioni applicabili agli operatori che non adempiono correttamente alle richieste informative dell'Autorità.

La stessa legge ha trasferito all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni le funzioni precedentemente assegnate al Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

L'AGCom ha regolato, in via astratta, l'informativa economica di sistema con le delibere n.129/02/CONS, n.116/10/CONS e n.303/11/CONS, mediante la determinazione dei soggetti tenuti alle relative comunicazioni, dell'oggetto delle stesse e delle modalità della loro trasmissione all'Autorità.

L'art.43 D.Lgs. 31 luglio 2005 , n.177, testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (d'ora innanzi TUSMAR), ha affidato all'AGCom il compito di verificare l'esistenza di posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni e di adottare le determinazioni necessarie ad eliminarle o ad impedirne la formazione.

3.- Così riassunto il sistema di regole alla cui stregua dev'essere giudicata la legittimità delle delibere impugnate in primo grado, occorre procedere

all'esame degli appelli, principiando dallo scrutinio dell'eccezione di inammissibilità di quello principale, formulata da Sky Italia s.r.l.

Sostiene, in sintesi, la società resistente che l'Autorità appellante avrebbe violato il divieto codificato all'art. 104 c.p.a., là dove ha fondato l'appello su argomentazioni difensive del tutto nuove (rispetto alle procedure amministrative contestate e al giudizio di primo grado) o, addirittura, configgenti con le tesi difensive sostenute dinanzi al T.A.R.

L'eccezione è infondata e va disattesa.

Il divieto di *ius novorum* in appello, infatti, se rettamente inteso, implica il divieto di ampliare l'oggetto della domanda giudiziale proposta in prima istanza (Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2012, n.3897), sia quanto alla causa petendi (mediante la formulazione di censure nuove in appello) che al *petitum* (mediante la proposizione di richieste ulteriori rispetto a quelle cristallizzate nel gravame originario).

Il principio in questione deve intendersi riferito all'atto amministrativo impugnato in primo grado e non alla decisione appellata, con l'ulteriore conseguenza che il divieto di proporre nuove domande ed eccezioni non riguarda le difese non articolate in prime cure dall'Amministrazione resistente (Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2011, n.479), che, quindi, possono trovare ingresso, senza alcuna preclusione, nel giudizio di secondo grado.

4.- Passando all'esame del merito dell'appello principale, si deve dichiarare inammissibile, per carenza di interesse, il primo motivo di impugnazione, con cui si assume l'utilizzo, nella motivazione della decisione gravata, di argomentazioni tra loro contraddittorie (in particolare tra quella che valorizza l'esegesi finalistica della normativa di riferimento e quella che si fonda sulla lettera delle disposizioni che regolano la materia), atteso che, quand'anche si ravvisasse tale conflitto logico (ma non è così, trattandosi di argomentazioni tra loro compatibili e non antinomiche), la decisione non potrebbe, per ciò solo, essere riformata o annullata, ma il predetto rilievo comporterebbe un nuovo esame della legittimità degli atti impugnati nel presente grado di giudizio, in virtù dell'effetto devolutivo dell'appello.

5.- Con il secondo motivo di appello, l'AGCom critica il convincimento, assunto a sostegno della decisione impugnata, secondo cui una corretta esegesi della normativa di riferimento impediva all'Autorità di richiedere dati economici relativi alla commercializzazione di contenuti non riferibili alla responsabilità editoriale diretta di Sky Italia s.r.l.

L'Autorità appellante assume, a sostegno della censura, che, al contrario, il complesso delle disposizioni che regolano le sue funzioni la autorizzava a richiedere a Sky Italia s.r.l. tutti i dati relativi ai ricavi degli abbonamenti pay tv, a prescindere dalla riferibilità editoriale alla medesima società dei programmi trasmessi nella relativa piattaforma.

5.1- La tesi è fondata.

L'esegesi della normativa di riferimento, preferita dal T.A.R., che limita l'oggetto della IES ai soli contenuti editi direttamente da Sky Italia s.r.l. si rivela, infatti, del tutto inaccettabile, siccome chiaramente configgente con le disposizioni attributive del potere nella specie esercitato dall'Autorità, sia quanto all'ambito applicativo soggettivo sia in ordine a quello oggettivo.

5.2- In merito al novero dei soggetti tenuti all'informativa in questione, si rileva che la semplice lettura dell'art.1, comma 28, del D.L. n. 545 del 1996 (da valersi quale la fonte attributiva del potere nella specie scrutinato, e, quindi, quale paradigma della sua legittimità) e dei coerenti regolamenti con cui l'Autorità ha disciplinato in via generale la IES (e, segnatamente, l'art.1 delle Delib. n.129 del 2002, Delib. n.116/ del 200 e Delib. n.303 del 2011) rivela l'univoca volontà di assoggettare agli obblighi di comunicazione in questione tutte le imprese che operano nel settore dei media.

Il catalogo degli operatori ivi contenuto, infatti, risulta comprensivo di tutte le tipologie di soggetti legittimate ad operare, a qualsiasi titolo, nel mercato, per quanto qui interessa, delle produzioni e delle trasmissioni radiotelevisive.

Che la volontà del legislatore fosse quella di costruire un meccanismo informativo idoneo a consegnare all'Autorità i dati economici riferibili a tutti gli operatori, senza alcuna esclusione, risulta, poi, confermato dal medesimo art.1, comma 28, D.L. n. 545 del 1996 cit. là dove, dopo aver catalogato tutte le tipologie di imprese soggette agli obblighi in questione, aggiunge "o che, comunque, esercitano in qualsiasi forma e con qualsiasi tecnologia, attività di radiodiffusione sonora o televisiva", con ciò manifestando chiaramente l'intenzione (peraltro coerente con le finalità della disposizione, agevolmente identificabili nell'esigenza di consentire all'Autorità di regolazione una conoscenza completa delle dinamiche economiche del mercato) di comprendere, nel proprio ambito applicativo soggettivo, ogni impresa autorizzata ad operare nel settore (per quanto qui interessa) delle televisioni. In particolare, la dizione "in qualsiasi forma e con qualsiasi tecnologia" manifesta l'univoca volontà del legislatore di estendere gli obblighi informativi alla totalità degli operatori televisivi e di precludere all'interprete qualsivoglia opzione ermeneutica riduttiva della sua latitudine precettiva.

Non vale, quindi, dibattere sulla qualificazione di Sky Italia s.r.l. come "fornitore di servizi media audiovisivi", posto che la normativa di riferimento (ivi compresi i regolamenti emanati dall'AGCom e non impugnati da Sky Italia s.r.l.) non limita gli obblighi informativi in questione ai soli "fornitori di media", ma vi comprende tutte le imprese che, a qualsiasi titolo e con qualsiasi modalità, operano nel settore delle televisioni (anche mediante la trasmissione e la commercializzazione, con il sistema degli abbonamenti pay tv, di contenuti editi da altri soggetti).

Né può attribuirsi un significato dirimente, in favore della tesi sostenuta da Sky Italia s.r.l. (e avvalorata dai primi giudici), all'omessa inclusione nel catalogo dei soggetti obbligati alla IES, per come cristallizzato all'art.1, comma 28, del D.L. n. 545 del 1996, della figura dei "fornitori di servizi interattivi o di servizi di accesso condizionato", atteso che quest'ultima tipologia di operatori (che non aveva ancora assunto rilievo nel mercato dei media nel 1996) va, comunque, ricompresa nella clausola generale e aperta, sopra ricordata e contenuta nella medesima disposizione sopra citata, e risulta, in ogni caso, correttamente inclusa nelle delibere dell'Autorità che hanno disciplinato, in via generale, le modalità applicative della IES (oltre che nelle coerenti istruzioni alla compilazione dei relativi moduli), perimetrandone, altresì, l'ambito applicativo soggettivo (proprio in attuazione della norma in esame).

Non può, in conclusione, dubitarsi dell'ascrivibilità di Sky Italia s.r.l. al catalogo delle imprese soggettivamente obbligate a trasmettere la IES all'AGCom.

5.3- Quanto alla latitudine oggettiva dei dati economici acquisibili dall'Autorità, invece, basti rilevare, anche qui, che la formulazione in termini generali ("i dati contabili ed extracontabili, nonché le notizie") e senza alcuna eccezione testuale dell'oggetto degli obblighi di comunicazione in questione (per come definito nella disposizione attributiva del potere) impedisce qualsivoglia esegesi limitativa dei contenuti della IES.

Non solo, ma anche le citate disposizioni contenute nelle leggi che regolano l'attività (in via generale) delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e (in particolare) dell'AGCom confortano la suddetta lettura, nella misura in cui assegnano alle stesse il potere di acquisire, dagli operatori, tutte le informazioni (anche economiche) necessarie all'espletamento delle funzioni di regolazione e di vigilanza (che presuppongono una compiuta conoscenza del mercato di riferimento) e di sanzionare le imprese inadempimenti.

Ragionando come vorrebbe Sky Italia s.r.l. (e come ritenuto dai primi giudici), e, cioè, escludendo dalla IES i ricavi riferibili alla diffusione di programmi non riconducibili alla responsabilità diretta di Sky Italia s.r.l., si porrebbe all'inaccettabile conseguenza di precludere la conoscenza di un segmento rilevante del mercato, che resterebbe, quindi, sconosciuto alla stessa, con un'evidente e inaccettabile menomazione delle possibilità conoscitive che, invece, la normativa di riferimento ha voluto assicurare, in misura integrale, alle Autorità di regolazione.

Né vale, ancora, contestare la qualificazione dei ricavi relativi agli abbonamenti pay tv, per la parte relativa a contenuti non riferibili alla responsabilità editoriale diretta di Sky Italia s.r.l., come "servizi di media audiovisivi", secondo la definizione del TUSMAR, posto che, in coerenza con la lettura della normativa di riferimento sopra indicata come corretta, l'oggetto della IES va

esteso a tutti i dati economici astrattamente e genericamente riconducibili all'attività televisiva.

E non può attribuirsi un'efficacia limitativa dei dati dovuti alla menzione, nella rubrica dei modelli IES diramati dall'Autorità, della sola voce "servizi di media audiovisivi", posto che tale indicazione serviva solo alla perimetrazione (in senso atecnico) dell'ambito dell'informativa e che alla stessa non può, in alcun modo, assegnarsi una portata riduttiva dei contenuti della comunicazione, anche in considerazione che nella declinazione della relativa voce del modello risultano compresi proprio i ricavi da abbonamenti a pagamento sulla piattaforma satellitare.

Ne consegue che non appare dubitabile l'ascrivibilità dei dati relativi al complesso dei ricavi da abbonamenti pay tv entro il perimetro delle informazioni che l'Autorità era legittimata a richiedere a Sky Italia s.r.l. e che quest'ultima era obbligata a trasmettere.

5.4- Così verificata la coerenza delle delibere gravate in prima istanza con i paradigmi legali di riferimento, occorre esaminare le censure dedotte contro di esse in primo grado, non esaminate dal T.A.R. e ritualmente riproposte da Sky Italia s.r.l. ai sensi dell'art.101, comma 2, c.p.a.

5.4.1- Vanno, innanzitutto, disattese le censure (rubricate sub B1 e B2 nell'appello incidentale) con cui l'appellante incidentale insiste nel contestare, con una molteplicità di prospettazioni censorie, la propria qualificazione come "fornitore di servizi media audiovisivi" e la catalogazione dei dati economici richiesti nell'ambito della IES come "servizi di media audiovisivi" (anche ai fini della configurazione della violazione colpita con la sanzione pecuniaria), atteso che le pertinenti argomentazioni difensive sono già state esaminate e giudicate infondate nella parte della motivazione riferita all'accoglimento dell'appello principale (là dove si è chiarito che l'Autorità ha legittimamente richiesto a Sky Italia s.r.l. i dati pertinenti alla totalità dei ricavi percepiti per effetto degli abbonamenti alla piattaforma a pagamento).

5.4.2- Le censure rubricate sub B3 vanno, invece, dichiarate inammissibili, in quanto, dalla mera lettura della censura, non appare chiara la consistenza dei motivi riproposti contro la delibera n.303/11/CONS, non potendosi giudicare sufficiente, ai fini della valida riproposizione degli stessi, un richiamo alla sintetica, ma carente, rubrica dell'atto.

5.4.3- In ordine ai motivi rubricati sub B4, con cui si contesta l'attribuzione a Sky Italia s.r.l. dei ricavi riferiti a fornitori di "servizi media audiovisivi" terzi, è sufficiente rilevare che, ferma restando la correttezza dell'acquisizione dei relativi dati economici nell'ambito della IES, competerà poi all'Autorità imputare correttamente i pertinenti introiti ai diversi operatori coinvolti nell'attività di produzione e vendita di quei programmi, nell'ambito dell'analisi delle dimensioni economiche del mercato, sicchè, nella fase procedurale in

questione, non appare ravvisabile alcuna violazione della sfera giuridica dell'appellante incidentale.

5.4.4- In merito, da ultimo, alle censure intese a contestare la legittimità della sanzione pecuniaria, si osserva, per un verso, che la misura della stessa (Euro 10.320,00, rispetto agli estremi, previsti dall'art.1, comma 30, L. n. 249 del 1997 , di Euro 516,00, minimo, e Euro 103.300,00, massimo) appare del tutto proporzionata alla gravità dell'inadempimento (nella misura in cui ha sottratto all'Autorità la conoscenza di una parte rilevante del mercato) e, per un altro, che la pretesa erroneità dell'individuazione della disposizione di riferimento (art.1, comma 30, L. n. 249 del 1997 , anziché art.51 del TUSMAR) si rivela del tutto irrilevante, con la conseguenza del difetto di interesse alla sua denuncia (e, quindi, della declaratoria dell'inammissibilità del relativo motivo), nella misura in cui la norma che avrebbe dovuto essere applicata (secondo l'appellante incidentale) contempla un minimo (Euro 5.165,00) sensibilmente più alto di quello (Euro 516,00) previsto dalla disposizione erroneamente applicata.

5.4.5- I motivi riproposti in appello da Sky Italia s.r.l. vanno, in definitiva, dichiarati inammissibili o respinti.

6.- L'accoglimento dell'appello principale implica, inoltre, l'improcedibilità dell'appello incidentale, atteso che Sky Italia s.r.l. ha perso interesse a contestare l'omessa pronuncia sia sul terzo atto di motivi aggiunti (nella misura in cui si rivolge a una delibera dal contenuto precettivo e dal fondamento identici a quelli delle delibere già giudicate immuni dai vizi ascritti a loro carico) sia sulla domanda di restituzione della somma versata in esecuzione della sanzione pecuniaria (nella misura in cui la medesima postula logicamente l'annullamento di quest'ultima).

Va dichiarato improcedibile anche il terzo motivo dell'appello incidentale, con cui si contesta l'asserita implicita reiezione del motivo con cui si sosteneva la differente fonte normativa del potere attinente alla IES, rispetto a quello su cui si fonda l'accertamento del SIC, atteso che le disposizioni legislative invocate come corrette da Sky Italia s.r.l. (e, cioè, quelle contenute nel D.L. n. 545 del 1996 , convertito nella L. n. 650 del 1996 ) sono proprio quelle in relazione alle quali è stata sopra giudicata la conformità delle delibere adottate dall'AGCom.

7- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, l'accoglimento dell'appello principale, la declaratoria dell'improcedibilità di quello incidentale e, in riforma della decisione impugnata, il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti proposti in primo grado da Sky Italia s.r.l.

8.- Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Diritto Mercato Tecnologia  
N.2-2015

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della decisione appellata, respinge il ricorso di primo grado e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

***L'Informativa Economica di Sistema: quale perimetro? L'assenza di responsabilità editoriale non esime dalla comunicazione all'Agcom***

di  
**Rosaria Petti**

**Abstract:**

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 582 depositata il 5 febbraio 2015, pare aver finalmente posto fine alla *querelle* tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, Agcom) e la società Sky Italia s.r.l. in merito all'ascrivibilità dei ricavi da abbonamenti *pay tv* realizzati dalla stessa società entro il perimetro delineato dalla Informativa Economica di Sistema (c.d. IES). La vicenda trae origine dal rifiuto opposto da Sky alla comunicazione dei dati relativi ai ricavi riferibili agli abbonamenti *pay tv* e non riconducibili alla diretta responsabilità editoriale dell'emittente. Il Consiglio di Stato, annullando la sentenza del Tar Lazio n. 5863, depositata il 3 giugno 2014, ha rilevato la fondatezza delle richieste formulate dall'Autorità attraverso la IES. In particolare, il quadro giuridico di riferimento – secondo il Supremo Consesso – consentirebbe all'Agcom di richiedere i dati contestati da Sky, a prescindere dalla riferibilità alla responsabilità editoriale diretta di Sky in merito ai programmi trasmessi nella relativa piattaforma. Il Consiglio di Stato, dunque, disattendendo le conclusioni dei giudici di prima istanza, ha rilevato che l'oggetto della IES va esteso a tutti i dati economici astrattamente e genericamente riconducibili all'attività televisiva, ivi compresi quelli derivanti dalla commercializzazione di contenuti editi da terzi e non riferibili alla responsabilità editoriale diretta dell'operatore. Il presente contributo, dopo una breve esegesi della normativa di riferimento, proverà ad analizzare le motivazioni esposte dalle parti in causa e le dirimenti conclusioni del Supremo Consesso.

*The Council of State, with the judgement no. 582 filed on February 5th 2015, seems to have finally put an end to the controversy between the Authority for Communications Guarantees (hereinafter, AGCOM) and Sky Italia srl about the possibility of ascribing the revenues derived from pay tv subscriptions made by the same company within the perimeter outlined by the Informativa Economica di Sistema (so-called IES). The case stems from the refusal of Sky to communicate data relating to the revenues derived from pay tv subscriptions and not connected to direct editorial responsibility of the issuer. The Council of State, revoking the judgement no. 5863 of the Regional Administrative Court in Lazio, filed June 3rd 2014, pointed out the validity of the requests made by*

*the Authority through the IES. In particular, the legal framework – according to the Supreme Assembly – would allow AGCOM to request the data contested by Sky, regardless of allusion to the direct editorial responsibility of Sky for the programmes broadcast in its platform. The Council of State, therefore, disregarding the findings of the courts of first instance, found that the object of the IES must be extended to all the economic data abstractly and generically attributable to television, including those arising from the commercialization of content published by third parties and not related to the direct editorial responsibility of the operator. This paper, after a brief exegesis of the relevant legislation, will try to analyse the reason given by the interested parties and the decisive conclusions of the Supreme Assembly.*

**Sommario:** 1. L'Informativa Economica di Sistema: la *ratio* dello strumento. Cenni – 2. La controversia – 3. Brevi cenni sulla normativa di riferimento e sulla disciplina positiva relativa all'attività conoscitiva dell'Agcom in virtù delle censure opposte da Sky – 4. L'iter giurisprudenziale: la decisione del Tar Lazio – 5. La decisione del Consiglio di Stato – 6. Conclusioni

## **1. L'Informativa Economica di Sistema: la *ratio* dello strumento. Cenni.**

La IES è una dichiarazione annuale cui sono obbligati gli operatori dei settori dei media, la quale ricomprende oltre ai dati anagrafici, anche i dati economici sull'attività svolta dagli operatori interessati. Lo strumento si prefigge di raccogliere gli elementi necessari per adempiere a precisi obblighi di legge affidati all'Agcom – in particolare, la verifica delle posizioni dominanti nel settore indagato – e consente l'aggiornamento della base statistica degli operatori di comunicazione [1].

Tra i soggetti obbligati alla dichiarazione vi sono operatori di rete [2], i fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici [3], i fornitori di servizi interattivi associati e/o di servizi di accesso condizionato [4], i soggetti esercenti l'attività di radiodiffusione [5], le imprese concessionarie di pubblicità [6], le agenzie di stampa a carattere nazionale [7] e gli editori [8]. La IES riguarda, pertanto, l'offerta di pubblicità e di prodotti e servizi nei due versanti dei mercati media [9] e contiene i dati anagrafici, economici e di volume sull'attività svolta dagli operatori interessati. Il sistema di valorizzazione e analisi dei mercati media viene, dunque, alimentato annualmente dalle comunicazioni dei soggetti indicati.

La funzione conoscitiva svolta dall'Autorità attraverso le rilevazioni degli aspetti economici dell'attività realizzata dai soggetti operanti nel settore dei media si pone nella direzione di una maggiore tutela del pluralismo, in quanto consente di rilevare la consistenza del mercato e le posizioni dei diversi

soggetti al suo interno, permettendo una visione d'insieme circa il grado di sviluppo di un sano regime concorrenziale, in diretta rispondenza ai principi generali che governano il settore. [10]

Tra le finalità della Informativa Economica di Sistema vi è anche quella di acquisire dati e informazioni per la valutazione delle dimensioni economiche del Sistema Integrato delle Comunicazioni (c.d. SIC). La *ratio* posta alla base dell'Informativa è, quindi, l'acquisizione dei dati necessari alla ricostruzione della dimensione economica dei diversi mercati di riferimento e delle posizioni degli operatori che agiscono negli stessi. In termini pratici lo strumento consente di contrastare il peso economico di ogni singolo operatore al fine di evitare che questo possa costituire un limite all'effettiva pluralità dei contenuti informativi e audiovisivi fruibili dagli utenti e, quindi, sia idoneo a determinare una potenziale lesione dei diritti e degli interessi pubblici. [11]

Il monitoraggio dei mercati affidati all'Autorità acquista rilievo ai fini dell'espletamento delle funzioni istituzionali affidate alla Stessa. In particolare, ai sensi dell'art. 1, commi 28 e 29 del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 545, al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, prima, e all'Agcom poi, è stato attribuito, tra gli altri, il compito di determinare e acquisire dagli operatori di settore dei mercati monitorati i dati contabili ed extracontabili ritenuti rilevanti ai fini dell'espletamento delle funzioni istituzionali dell'Autorità.

## **2. La controversia.**

L'Agcom al fine di espletare correttamente le funzioni attribuite dal dettato normativo aveva richiesto alla società Sky, in qualità di soggetto obbligato alla dichiarazione, i dati economici relativi alla IES per gli anni 2010, 2011 e 2012. Tuttavia, la società, ritenendosi obbligata alla comunicazione solo dei dati relativi ai ricavi che la stessa percepisce in quanto fornitore di servizi, forniva un valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* non coerente con quanto dichiarato nella medesima voce presente nei bilanci di esercizio di riferimento. Il valore dichiarato da Sky era calcolato scomputando dal valore dei ricavi derivanti da abbonamento del fornitore di servizi di media audiovisivi i ricavi derivanti dalla commercializzazione di pacchetti di contenuti editi da terzi. La motivazione fornita dall'operatore era basata sulla considerazione che i ricavi afferenti all'attività di "piattaforma a pagamento", sarebbero stati riconducibili a un'attività di commercializzazione di SMA non ricadenti sotto la propria responsabilità editoriale, anche se aggregati in pacchetti e offerti su abbonamento da Sky. Il convincimento dell'operatore era fondato su una interpretazione letterale dell'art. 2, comma 1, lett. b) del TUSMAR, secondo cui l'elemento caratterizzante dell'attività del fornitore di SMA sarebbe la responsabilità editoriale dei contenuti trasmessi. Pertanto, sulla scorta di tale

esegesi la società aveva conseguentemente scomputato dalla voce “ricavi da abbonamento” come da bilancio, i ricavi afferenti all’attività di “piattaforma a pagamento”. La reiterata condotta di Sky per gli anni 2010, 2011, 2012, aveva indotto l’Autorità a rivolgere alla società diversi ordini volti all’acquisizione del valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* coerente con il bilancio di esercizio. [12] La mancata comunicazione da parte della società di un valore dei ricavi coerente con la corrispondente voce “Canoni di abbonamento” di cui ai “Ricavi delle vendite e prestazioni di servizi” dei bilanci civilistici di riferimento non consentiva all’Autorità, nell’esercizio delle proprie funzioni istituzionali, di rilevare l’operatività di scala di Sky nel mercato della televisione a pagamento.

### **3. Brevi cenni sulla normativa di riferimento e sulla disciplina positiva relativa all’attività conoscitiva dell’Agcom in virtù delle censure opposte da Sky.**

L’attività di fornitura di un servizi di media audiovisivo, come noto, è soggetta a specifica autorizzazione, nonché al rispetto delle disposizioni in materia di tutela del pluralismo e della concorrenza nei media di cui al Titolo VI del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 recante “*Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*” (di seguito, Tusmar). Il medesimo decreto demanda all’Autorità precise competenze a tutela del pluralismo del settore dei media, quali le garanzie dell’accesso dei fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici alle piattaforme trasmissive, la valutazione delle intese e delle concentrazioni nel settore delle comunicazioni, ivi compresa l’adozione delle misure volte a rimuovere le posizioni lesive del pluralismo, e l’autorizzazione ai trasferimenti e le cessioni di proprietà di aziende radiotelevisive, per la diffusione delle trasmissioni via satellite, per i servizi di media audiovisivi lineari su altri mezzi di comunicazione e per i servizi a richiesta. In tale sede, tuttavia, non è possibile richiamare in dettaglio la disciplina che regola il settore audiovisivo. Pertanto – preliminarmente precisato che la questione in esame concerne il rifiuto opposto da Sky all’ordine rivolto dall’Autorità di comunicare il valore complessivo dei ricavi da abbonamento *pay tv* non riconducibili alla diretta responsabilità editoriale dell’emittente – si proverà a effettuare una breve analisi della normativa che regola l’attività conoscitiva dell’Autorità, evidenziando le previsioni che maggiormente rilevano nel caso sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato. Posto che i poteri di monitoraggio affidati all’Autorità nel settore audiovisivo consentono alla Stessa di acquisire i dati contabili rilevanti per l’espletamento delle sue funzioni istituzionali, occorre rilevare come concretamente tali poteri si esplicano. In primo luogo, è opportuno richiamare l’art. 2, comma 20, lett. a), legge 481/95 [13], ai sensi del quale, per lo svolgimento delle proprie

funzioni, l'Autorità può richiedere, ai soggetti esercenti il servizio, informazioni e documenti sulle loro attività. I compiti affidati all'Autorità, pertanto, consentirebbero e giustificerebbero una richiesta d'informazioni agli operatori. Tuttavia, la delicatezza dei dati richiesti attraverso la IES non sembra prestarsi a giustificazione del rifiuto opposto dall'operatore in questione. In particolare, l'art.1, comma 6, lett. c), n. 7 della legge 249/1997 [14] ha espressamente stabilito una «[...] *verifica dei bilanci e dei dati relativi alle attività e alle proprietà dei soggetti autorizzati o concessionari del servizio radiotelevisivo* [...]», tale da consentire l'accesso da parte dell'Autorità anche a questi documenti. Conseguentemente, il rifiuto opposto alle richieste informative dell'Autorità determinerebbe l'adozione di adeguate sanzioni nei confronti degli operatori inottemperanti, secondo quanto previsto dai commi 29, 30 e 31 del medesimo articolo. [15]

Brevemente analizzato l'aspetto puramente formale e la piena legittimazione dell'Autorità alla richiesta dei dati di bilancio, occorre esaminare l'aspetto sostanziale della richiesta. A tal proposito, in virtù della strumentalità della IES all'attività di valorizzazione del SIC, rileva il richiamo all'art. 43 del Tusmar. La norma ha affidato all'Agcom il compito di verificare l'esistenza di posizioni dominanti nel SIC e conseguentemente di adottare le azioni necessarie a eliminarle e/o impedirne la formazione. In particolare, il comma 10 del richiamato articolo, nell'elencare le tipologie di ricavo che l'Autorità deve considerare nell'ambito dei tale attività di valorizzazione, menziona tra queste i ricavi da "*offerte televisive a pagamento*" [16]. Anche se dal testo della norma non sussiste alcuna limitazione con riferimento ai detti ricavi, l'operatore, ha invece opposto una diversa interpretazione della disciplina.

In particolare, Sky fondando la propria tesi sul combinato disposto del comma 10 dell'art. 43 e dell'art. 2, comma 1, lett. b) del Tusmar, ha ritenuto legittimo scomputare i ricavi derivanti dalla commercializzazione di pacchetti di contenuti editi da terzi. L'art. 2, comma 1, lett. b) del Tusmar definisce quale «[f]ornitore di servizi di media, la persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo[...]». L'interpretazione letterale dell'art. 2, comma 1, lett. b) del Tusmar – secondo cui l'elemento caratterizzante dell'attività del fornitore di SMA sarebbe la responsabilità editoriale dei contenuti trasmessi – ha portato la società a scomputare dalla voce "ricavi da abbonamento" come da bilancio, i ricavi afferenti all'attività di "piattaforma a pagamento".

Tuttavia, accanto a tali richiami, occorre effettuare un ulteriore riferimento normativo. La lettera s) del menzionato articolo [17], appare dirimente nella questione in esame, giacché nel fornire la definizione del SIC ricomprende anche i "*servizi media audiovisivi*", senza operare alcuna limitazione relativa alla responsabilità editoriale. Pertanto, ai fini di una corretta valorizzazione

dell'attività economica relativa ai servizi media audiovisivi la norma sembrerebbe richiedere la conoscenza dei ricavi derivanti dalla loro vendita al dettaglio, in qualunque forma essa avvenga.

#### **4. L'iter giurisprudenziale: la decisione del Tar Lazio**

La decisione in commento del Consiglio di Stato ha fornito un'esegesi normativa differente rispetto a quella che era stata fornita dai giudici di prima istanza. Il Tar aveva, invero, negato la fondatezza della pretesa conoscitiva dell'Autorità, considerando parzialmente legittime le censure mosse da Sky nei confronti degli *“ordini volti all'acquisizione del valore dei ricavi da abbonamento pay tv coerente con il bilancio di esercizio”*. I giudici di prime cure avevano considerato valida la comunicazione da parte di Sky dei soli ricavi riconducibili alla commercializzazione dei programmi editi dall'operatore, stante la configurabilità della responsabilità editoriale diretta della stessa società.

Il Tar aveva, infatti, rilevato l'invalidità della pretesa espressa dall'Autorità di ottenere la corrispondenza tra i dati forniti in sede di IES e quelli derivanti dai canoni di abbonamento riportati nei bilanci civilistici. La decisione dei giudici amministrativi di primo grado si fondava sulla considerazione che nella voce di bilancio afferente i ricavi da canoni di abbonamento non potrebbero rientrare solo proventi relativi all'attività di *“servizi di media audiovisivi”*. Pertanto, i contenuti commercializzati ma non editi dall'operatore, in assenza di responsabilità editoriale di quest'ultimo, non sarebbero soggetti ad alcun obbligo di comunicazione. In altri termini, l'esegesi della normativa di riferimento fornita dal Tar aveva circoscritto l'oggetto della IES ai soli contenuti editi direttamente da Sky.

Contestando la correttezza di tale interpretazione, l'Autorità, quindi, aveva proposto appello, sostenendo la riconducibilità alla IES di tutti i ricavi riferibili agli abbonamenti *pay tv* della piattaforma Sky a prescindere dalla responsabilità editoriale dei programmi ivi contenuti.

#### **5. La decisione del Consiglio di Stato**

Il Supremo Consesso ha rilevato inaccettabile l'esegesi della normativa preferita dai giudici di prime cure, in quanto confliggente con le disposizioni attributive del potere esercitato dall'Agcom. In particolare, la confliggenza, rilevata dal Consiglio di Stato, è stata riscontrata in termini applicativi considerandone gli aspetti soggettivi e oggettivi.

Il novero dei soggetti tenuti alla IES sembra non essere soggetto alle limitazioni rilevate in primo grado. I giudici, nella decisione in commento, hanno

richiamato l'art. 1, comma 28, d.l. n. 545/1996, che in quanto fonte attributiva del potere conferito all'Autorità legittima le richieste della Stessa e, in combinato con i regolamenti con cui l'Autorità ha disciplinato la IES, rileva l'univoca volontà di assoggettare agli obblighi di comunicazione in questione tutte le imprese operanti nel settore dei media. Il comma richiamato svolge un ruolo di identificazione dei soggetti sui quali ricadono gli obblighi di comunicazione di cui alla IES attraverso un'elencazione delle tipologie di imprese obbligate che termina includendo tutte le società che «[...] *comunque esercitano in qualsiasi forma e con qualsiasi tecnologia, attività di radiodiffusione sonora o televisiva*» [18]. L'estensione degli obblighi informativi alla totalità degli operatori televisivi manifesta il chiaro intento del legislatore di non operare una preclusione interpretativa riduttiva della portata applicativa della norma [19]. Non rileva, pertanto, secondo il Supremo Consesso la qualificazione dell'operatore – nella specie, fornitore di servizi media audiovisivi – considerando che la normativa di riferimento comprende tutte le imprese che operano nel mercato in questione. In altri termini, la stessa lettera della norma risulta idonea a comprendere, nel suo campo di applicazione soggettivo, anche i fornitori di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato, in quanto l'asserita tassatività e analiticità della norma richiamata è palesemente smentita dal tenore letterale della stessa. L'inciso del testo normativo sopra richiamato opera, infatti, un ampliamento soggettivo purché di fatto il soggetto svolga attività di radiodiffusione sonora o televisiva.

Riconosciuta l'ascrivibilità soggettiva di Sky agli obblighi comunicativi imposti attraverso la IES, i giudici hanno, altresì, rilevato l'ascrivibilità anche oggettiva. In altri termini, non essendo rilevabile nella normativa applicabile alcuna eccezione testuale dell'oggetto degli obblighi di comunicazione, questi non potrebbero essere soggetti a un'esegesi limitativa. Per tali ragioni, i giudici hanno rilevato l'illegittimità di una eventuale perimetrazione dell'oggetto della IES, la quale va riferita «*a tutti i dati economici astrattamente e genericamente riconducibili all'attività televisiva*».

In tale sede, tuttavia, non può non effettuarsi un breve cenno a una recente fattispecie posta al vaglio della Corte di giustizia UE [20]. Seppur, in una fattispecie parzialmente diversa [21], la Corte ha stabilito che la fornitura a titolo oneroso di un *bouquet* di servizi di diffusione radiofonica e audiovisiva ricevibili via satellite e ad accesso condizionato costituisca un servizio di comunicazione elettronica [22]. Tale classificazione subordina la prestazione del servizio a talune specifiche condizioni del settore delle comunicazioni elettroniche. [23] Se ne conclude che, le autorità nazionali sono legittimate a richiedere alle imprese che forniscono il servizio di comunicazioni elettronica

le informazioni necessarie per verificare l'osservanza delle condizioni relative alla tutela dei consumatori.

## 6. Conclusioni

La decisione del Consiglio di Stato sembra finalmente porre fine alla agognata vicenda in tema di ascrivibilità dell'intero volume dei ricavi da abbonamenti *pay tv* di Sky entro il perimetro della IES.

La soluzione adottata dal Supremo Consesso amministrativo appare pienamente condivisibile se si considera che l'operatore satellitare – che nell'ambito della vendita delle offerte televisive a pagamento, propone la commercializzazione di pacchetti i cui contenuti sono editi anche da terzi – riceve a fronte dei servizi erogati un corrispettivo, indipendentemente dalle dinamiche e dalle relazioni negoziali che si collocano nei mercati *wholesale* (e cioè a monte rispetto a quello *retail* della televisione a pagamento). In ragione di tale considerazione appare evidente che Sky, quale fornitore di pacchetti di contenuti, sia propri, sia editi da soggetti terzi, sia tenuto a fornire il valore dei ricavi derivanti dalla vendita al dettaglio di tali pacchetti, per la relativa valorizzazione dei servizi media audiovisivi. L'opposta soluzione determinerebbe, invece, serie ripercussioni per l'analisi dell'assetto concorrenziale del mercato della televisione a pagamento. I dati forniti dall'operatore, infatti, non sarebbero rappresentativi dell'operatività di scala dei Sky nel mercato della televisione a pagamento e, inoltre – non potendo essere in altro modo calcolati – creerebbero una palese divergenza tra i ricavi effettivamente ottenuti per la commercializzazione di siffatti pacchetti e i costi sostenuti dall'utente finale.

In altri termini, l'assenza di tali dati si ripercuoterebbe sulle finalità della IES che ne sarebbero compromesse. Se, invero, lo strumento dell'Informativa consente di acquisire i dati necessari alla ricostruzione della dimensione economica dei diversi mercati di riferimento e delle posizioni degli operatori che agiscono negli stessi, il dato relativo ai ricavi derivanti dalla vendita delle offerte televisive a pagamento risulta indispensabile per il calcolo delle quote dei diversi operatori presenti nel mercato della televisione a pagamento, e quindi per l'analisi concorrenziale di tale mercato.

La decisione del Supremo Consesso, rilevando la legittimità di includere i fornitori di servizi interattivi associati o di accesso condizionato tra i soggetti obbligati, alla stregua di altri operatori che sono presenti nel mercato in questione, ha finalmente determinato un'importante vittoria volta a garantire una maggior efficacia in termini di tutela del pluralismo e sviluppo di un sano regime concorrenziale.

Note

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

[1] Per un inquadramento generale dello strumento si rinvia a G. Cassano; I.P. Cimino, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009; F. Bassan; E. Tosi, *Diritto degli audiovisivi*, Milano, 2012, pp. 55 e ss.; G. Cassano; A. Contaldo, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, 2009; M. Quaranta; M. Modugno, *Il livello di semplificazione degli adempimenti amministrativi a carico degli operatori della comunicazione: tempistiche e procedure*, in A. Di Amato (a cura di ), *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 2011. Per una trattazione aggiornata alle novità introdotte dalla delibera Agcom n. 397/13/CONS, si rinvia a A. Preto, *In principio è la rete: suggestioni comunicative per una società connessa*, Venezia, 2014. Per gli aspetti sanzionatori in caso di violazione dell'obbligo di comunicazione, si rinvia a M. Fratini, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2009, p. 897 e ss.

[2] La delibera n. 397/13/CONS, recante "*Informativa Economica di Sistema*" definisce all'art. 2, n. 1, lett. a), gli operatori di rete come «*i soggetti titolari del diritto di installazione, esercizio e fornitura di una rete di comunicazione elettronica su frequenze terrestri in tecnica digitale, via cavo o via satellite, e di impianti di messa in onda, multiplazione, distribuzione e diffusione delle risorse frequenziali che consentono la trasmissione dei programmi agli utenti*».

[3] La lettera b), n. 1, del medesimo articolo, già precedentemente richiamato alla nota n. 2, definisce i fornitori di servizi media audiovisivi (o SMA) o radiofonici lineari, intesi quali «*soggetti che hanno la responsabilità editoriale nella predisposizione di programmi televisivi o radiofonici destinati alla diffusione anche ad accesso condizionato su frequenze terrestri in tecnica digitale, nonché alla diffusione via cavo, via satellite o su altri mezzi di comunicazione elettronica e che sono legittimati a svolgere le attività commerciali ed editoriali connesse alla diffusione delle immagini o dei suoni e dei relativi dati*»; e fornitori di sma o radiofonici non lineari, ossia «*i soggetti che hanno la responsabilità editoriale nella predisposizione di un catalogo di programmi destinati alla diffusione anche ad accesso condizionato su frequenze terrestri in tecnica digitale, nonché alla diffusione via cavo, via satellite o su altri mezzi di comunicazione elettronica che possono essere fruiti al momento scelto dall'utente e che sono legittimati a svolgere le attività*

*commerciali ed editoriali connesse alla diffusione delle immagini o dei suoni e dei relativi dati».*

[4] La stessa delibera al medesimo articolo lett. c) definisce i fornitori di servizi interattivi associati e/o di servizi di accesso condizionato come *«i soggetti che forniscono, al pubblico o a terzi operatori, servizi di accesso condizionato, compresa la pay per view, mediante distribuzione di chiavi numeriche per l'abilitazione alla visione dei programmi, alla fatturazione dei servizi ed eventualmente alla fornitura di apparati, ovvero che forniscono servizi della c.d. "società dell'informazione" ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, ovvero forniscono una guida elettronica ai programmi».*

[5] La definizione di tali soggetti è fornita dalla medesima delibera, art. 1, lett. d), che ricomprende in tale categoria *«la società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e i soggetti titolari di concessione, autorizzazione, o di altro provvedimento abilitativo, rilasciato dal Ministero dello Sviluppo Economico - Dipartimento per le Comunicazioni, per l'esercizio della radiodiffusione sonora o televisiva, via etere terrestre, con qualsiasi tecnica e modalità, ad accesso libero o condizionato, e per l'installazione e l'esercizio di impianti ripetitori via etere di programmi sonori e televisivi esteri e nazionali, nonché i soggetti a cui la legge impone gli stessi obblighi dei concessionari».*

[6] Analogamente la delibera definisce anche le concessionarie di pubblicità alla lett. e), considerandole come *«i soggetti che esercitano, direttamente o per conto di terzi, attività di negoziazione e conclusione di contratti di vendita di spazi pubblicitari da trasmettere mediante impianti radiofonici o televisivi o da diffondere su giornali quotidiani, periodici, sul web e altre piattaforme digitali fisse o mobili, sugli annuari, al cinema e attraverso agenzie di stampa».*

[7] Si ricomprendono nella classificazione *«le agenzie di stampa a carattere nazionale ex art. 27 della legge 416/81, i cui notiziari siano distribuiti in abbonamento a titolo oneroso, qualunque sia il mezzo di trasmissione utilizzato, ad almeno quindici testate quotidiane in cinque regioni, che abbiano alle loro dipendenze a norma del contratto nazionale di lavoro più di dieci giornalisti professionisti con rapporto a tempo pieno, indeterminato ed esclusivo, ed effettuino un minimo di dodici ore di trasmissione al giorno per almeno cinque giorni alla settimana»;* nonché *«le altre agenzie di stampa a rilevanza nazionale, i cui notiziari siano distribuiti in abbonamento, a titolo oneroso, qualunque sia il mezzo di trasmissione utilizzato, ad almeno un editore a carattere nazionale che realizzi un prodotto ai sensi della legge n. 62 del 2001, compresi i soggetti di cui alle lettere b), c), d) e g) del presente comma»* (lett. f), art. 1, n. 1 della delibera richiamata alle note precedenti).

[8] Nella categoria sono ricompresi dalla delibera alla lettera g) *«[g]li editori, anche in formato elettronico, di giornali quotidiani, periodici o riviste, altre pubblicazioni periodiche ed annuaristiche e altri prodotti editoriali»* In

particolare si tratta dei «[...] *soggetti editori di cui all'articolo 1, comma 1, e quelli equiparati di cui all'articolo 18, comma 1, della legge n. 416 del 1981, che pubblicano, anche in formato elettronico, testate diffuse al pubblico con periodicità quotidiana, o altri prodotti editoriali in misura superiore a dodici numeri l'anno; [nonché] gli altri soggetti editori, anche ad azionariato diffuso, che pubblicano, anche in formato elettronico, una o più testate giornalistiche diffuse al pubblico con regolare periodicità, ovvero prodotti realizzati su supporto informatico, destinati alla diffusione di informazioni presso il pubblico (con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici), purché sotto la direzione di un giornalista o di un pubblicitario (art. 46, legge n. 69 del 1963; C. cost., sent. n. 98 del 1968); [e ancora] i soggetti editori di annuari*».

[9] Il settore dei mezzi di comunicazione si compone di una serie di mercati, distinti ma collegati fra di loro, che presentano una struttura a due versanti. Nel primo versante, i consumatori o utenti soddisfano attraverso il mezzo le proprie esigenze di informazione, comunicazione e intrattenimento. Nel secondo versante, gli inserzionisti di pubblicità domandano spazi pubblicitari all'editore del mezzo di comunicazione per promuovere i propri prodotti ai consumatori finali in cambio di un numero di contatti pubblicitari realizzati dal mezzo.

[10] In tal senso la delibera n. 397/13/CONS, recante "*Informativa Economica di Sistema*", in rispondenza dei principi espressi all'art. 21 Cost., all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli artt. 1 e 4, del d.lgs. n. 177/2005, recante "*Testo unico della radiotelevisione*".

[11] In questi termini anche A.M. Basso, *Informativa di sistema, tutela del mercato e delle comunicazioni*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Milano, 2014.

[12] Cfr. gli ordini rivolti alla società con la delibera n. 48/12/CONS in data 25 gennaio 2012, in relazione al valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* per l'anno 2010; con la delibera n. 536/12/CONS in data 8 novembre 2012, in relazione al valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* relativi all'anno 2011; nonché con la delibera n. 665/13/CONS in data 28 novembre 2013, in relazione al valore dei ricavi da abbonamento *pay tv* per l'anno 2012.

[13] Si tratta della legge 14 novembre 1995, n. 481 recante "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*".

[14] Si tratta della legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*".

[15] Il comma 29 del richiamato articolo prevede che «[i] *soggetti che nelle comunicazioni richieste dall'Autorità espongono dati contabili o fatti*

*concernenti l'esercizio della propria attività non rispondenti al vero, sono puniti con le pene previste dall'articolo 2621 del codice civile».*

*Il successivo comma 30 prevede che «[i] soggetti che non provvedono, nei termini e con le modalità prescritti, alla comunicazione dei documenti, dei dati e delle notizie richiesti dall'Autorità sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire un milione a lire duecento milioni irrogata dalla stessa Autorità».*

*Infine, il comma 31 prevede che « [i] soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide dell'Autorità, impartiti ai sensi della presente legge, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire venti milioni a lire cinquecento milioni. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione. Le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente comma sono irrogate dall'Autorità».*

*[16] Il comma 10 dispone che «[i] ricavi di cui al comma 9 sono quelli derivanti dal finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo al netto dei diritti dell'erario, da pubblicità nazionale e locale anche in forma diretta, da televendite, da sponsorizzazioni, da attività di diffusione del prodotto realizzata al punto vendita con esclusione di azioni sui prezzi, da convenzioni con soggetti pubblici a carattere continuativo e da provvidenze pubbliche erogate direttamente ai soggetti esercenti le attività indicate all'articolo 2, comma 1, lettera s) da offerte televisive a pagamento, dagli abbonamenti e dalla vendita di quotidiani e periodici inclusi i prodotti librari e fonografici commercializzati in allegato, nonché dalle agenzie di stampa a carattere nazionale, dall'editoria elettronica e annuaristica anche per il tramite di internet, da pubblicità on line e sulle diverse piattaforme anche in forma diretta, incluse le risorse raccolte da motori di ricerca, da piattaforme sociali e di condivisione, e dalla utilizzazione delle opere cinematografiche nelle diverse forme di fruizione del pubblico».*

*[17] La lettera s), comma 1, dell'art. 2 del Tusmar fornisce la definizione del "Sistema Integrato delle Comunicazioni". Il SIC è «[...] il settore economico che comprende le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di Internet; radio e servizi di media audiovisivi; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni».*

*[18] L'articolo prevede che il Garante per la radiodiffusione e l'editoria - oggi l'Autorità - «determina con propri provvedimenti da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, stabilendo altresì le modalità e i termini di comunicazione e con un*

*anticipo di almeno novanta giorni rispetto ai termini fissati, i dati contabili ed extra-contabili, nonché le notizie che i soggetti di cui agli articoli 11, commi secondo e quarto, 12, 18, commi primo, secondo e terzo, e 19, comma primo, della legge 5 agosto, 1981, n. 416, all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 250, e successive modificazioni e integrazioni, agli articoli 12 e 21 della legge 6 agosto 1990, n. 223, e all'articolo 6, comma 3, del decreto-legge 27 agosto 1993, n. 323, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 1993, n. 422, o che comunque esercitano, in qualsiasi forma e con qualsiasi tecnologia, attività di radiodiffusione sonora o televisiva, sono tenuti a trasmettere al suo ufficio, nonché i dati che devono formare oggetto di comunicazione da parte dei soggetti di cui agli articoli 5 della legge 25 febbraio 1987, n. 67, e 11 -bis del decreto-legge 27 agosto 1993, n. 323, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 1993, n. 422».*

[19] Diversamente, seguendo una forzata interpretazione letterale – fornita dall’operatore – si giungerebbe a escludere dal novero dei soggetti contemplati dalla norma i fornitori di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato. Tali soggetti, invece, secondo la ricostruzione offerta dal Supremo Consesso, sarebbero inclusi tra i soggetti obbligati all’invio della IES.

[20] Si veda la sentenza 30 aprile 2014, causa C-475/12, *UPC DTH Sàrl / Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöksége*.

[21] Il caso coinvolgeva una società commerciale registrata in Lussemburgo – UPC DTH Sàrl – fornitrice, agli abbonati residenti in alcuni Stati membri e, in particolare, in Ungheria, di *bouquet* di servizi di diffusione radiofonica e audiovisiva ad accesso condizionato ricevibili via satellite. Tuttavia, non essendo proprietaria di impianti satellitari, la UPC si avvaleva a tal fine dei servizi di terzi, non effettuando nel contempo alcun controllo editoriale sui programmi e calcolando il prezzo finale sulla base dei costi di trasmissione e dei diritti d’uso corrisposti agli organismi di radiodiffusione e alle società di gestione collettiva per la diffusione dei loro contenuti. La domanda pregiudiziale alla Corte veniva presentata nell’ambito di una controversia tra la UPC e il *Nemzeti Média - és Hírközlési Hatóság Elnöksége* (vicepresidente dell’Autorità nazionale delle comunicazioni e dei media), in merito a un procedimento di vigilanza del mercato ungherese delle comunicazioni elettroniche promosso contro la UPC. Anche in tale fattispecie, seppur per vicende parzialmente differenti da quelle intercorrenti tra Agcom e Sky (nella fattispecie veniva opposta la mancata legittimazione delle richieste dell’Autorità per difetto di competenza internazionale e sostanziale), l’operatore contestava all’Autorità l’obbligo di fornire la documentazione e le informazioni richieste nell’ambito di un procedimento di vigilanza del mercato.

[22] Tali servizi, ai sensi della direttiva quadro – n. 98/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 1998, sulla tutela dei servizi ad

accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato – sono definiti come «servizi forniti di norma a pagamento consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ma ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre esclusi i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 1 della direttiva 98/34/CE non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica [...]».

[23] Per una disamina approfondita della normativa in materia di comunicazioni elettroniche si rinvia a M. Siragusa; S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002; R. Bell, N. Ray, *EU electronic communications law*, Oxford, 2004; G. De Minico, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. Costanzo; G. De Minico; R. Zaccaria (a cura di), *I tre codici della società dell'informazione*, Torino, 2006; F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007; R. Mastroianni, *L'influenza del diritto comunitario nel settore dell'audiovisivo*, in A. Tizzano (a cura di), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, 2008. Per un approfondimento in merito alla revisione delle direttive in materia di comunicazioni elettroniche operata dalla direttiva n. 2009/140/CE si rinvia a G. Morbidelli; F. Donati, *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009 e F. Bassan, *Diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010. Per una visione d'insieme si rinvia a R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media*, Torino, 2011.

***La disciplina della data protection in Brasile e l'introduzione della Legge  
n. 12.965/14, cd. "Marco Civil da Internet"***

di  
**Francesca Corrado**

**Abstract:**

Il presente contributo esamina il quadro normativo, esistente in Brasile, in materia di protezione dei dati personali, con particolare riferimento all'adozione della legge n. 12.965/14, c.d. "*Marco Civil da Internet*". Tale provvedimento è una legge che stabilisce principi, garanzie, diritti e doveri per l'utilizzo della rete internet in Brasile.

*The aim of this contribution is to study the Brazilian regulatory framework regarding the protection of personal data with particular reference of the law n. 12.965/14, called Marco Civil da Internet. This measure is a law that establishes principles, guarantees, rights and duties for the use of internet in Brazil.*

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. La disciplina vigente in Brasile in materia di protezione dei dati personali. - 3. La legge n. 12.965/14, cd. "Marco Civil Da Internet". - 4. Ambito di applicazione della disciplina introdotta dal "Marco Civil da Internet". - 5. L'obbligatorietà del consenso dell'utente al trattamento dei propri dati. - 6. Tutela della privacy nelle comunicazioni via e-mail e misure volte a garantire la sicurezza dei dati immessi sul web. - 7. Trasferimento transfrontaliero dei dati. - 8. Conclusioni.

**1. Introduzione.**

Mentre in Italia si continua a discutere circa l'opportunità di dotarsi di un "*Bill Of Rights*" della rete ovvero della necessità di introdurre a livello costituzionale delle disposizioni volte al riconoscimento, ad esempio, dell'accesso ad *internet* quale diritto sociale [1], stante l'importanza ormai acquisita nell'ambito dell'economia digitale dalla tematica della tutela dei diritti degli utenti del *web*, oltre oceano, in Brasile, torna ad essere oggetto di discussione la legge n. 12.965/14, cd. "*Marco Civil da Internet*", emanata dalla Presidente Dilma Rousseff, il 23 aprile del 2014, ed entrata in vigore a partire dal 23 giugno del medesimo anno [2].

Il 28 gennaio del 2015 il Ministero della Giustizia brasiliano ha dato il via ad un nuovo dibattito pubblico sulla regolamentazione afferente alla citata

normativa al fine di raccogliere, in modo democratico e partecipativo, i contributi dei vari soggetti interessati [3]. Nello specifico, il predetto dibattito avrà ad oggetto, oltre alle disposizioni attuative del “*Marco Civil da Internet*” anche la tematica relativa alla protezione dei dati personali visto che il progetto di legge sulla *privacy* è già in cantiere, in Brasile, da un paio d’anni.

E’ opportuno, però, procedere con ordine, ovvero analizzare, prima delle disposizioni innovative, introdotte dal “*Marco Civil da internet*” in materia di protezione dei dati sul *web* la cornice normativa, nella quale si è inserito tale provvedimento, così da poterne cogliere appieno gli aspetti innovativi.

## **2. La disciplina vigente in Brasile in materia di protezione dei dati personali.**

In Brasile i principi generali in materia di protezione dei dati personali sono rinvenibili nella Costituzione Federale, emanata il 5 ottobre del 1988, laddove sono consacrati come diritti fondamentali il diritto all’intimità, alla vita privata, all’onore ed all’immagine delle persone. La violazione di tali principi attribuisce al cittadino, secondo quanto disposto in Costituzione, il diritto al risarcimento dei danni morali e/o materiali subiti [4].

Viene fatto, poi, esplicito riferimento anche al diritto alla segretezza ed inviolabilità delle comunicazioni che avvengono telegraficamente o telefonicamente, potendo le stesse essere utilizzate solo previo provvedimento del giudice nelle forme stabilite dalla legge penale ai fini di investigazione criminali [5].

La Costituzione Federale, istituisce, altresì l’azione volta alla tutela dei cd. “*Habeas data*” ovvero la possibilità attribuita al cittadino di esercitare il diritto d’accesso e di modificare e/o rettificare i dati in possesso di entità governative o istituzioni pubbliche [6].

Tali principi sono stati, poi, trasposti nelle disposizioni del Codice Civile brasiliano che all’art. 21, stabilisce l’invioabilità della vita privata della persona, nonché, la possibilità di richiedere, da parte del titolare del diritto, l’intervento del giudice per impedire e/o far cessare violazioni del medesimo principio [7]. La raccolta e l’uso non autorizzato dei dati personali potrebbero, quindi, dar luogo a violazioni della *privacy* e a conseguenti provvedimenti d’ingiunzione ovvero d’attribuzione di una potenziale responsabilità per danni.

Ulteriori disposizioni in materia di protezione dei dati personali sono rinvenibili nel “*Codigo de Defesa do Consumidor*” (di seguito anche “Codice di difesa del consumatore”) che ha rappresentato finora, la fonte normativa più moderna ed efficace dell’ordinamento brasiliano, per quanto attiene alla tematica della protezione dei dati, stabilendo, per il consumatore, una serie di

diritti e garanzie finalizzate a preservare le informazioni personali presenti in registri e banche dati [8].

In particolare, le norme contenute nel Codice di difesa del consumatore attribuiscono a quest'ultimo, per quanto attiene specificamente ai rapporti con i fornitori di beni e servizi, il diritto di accedere alle informazioni che lo riguardano, laddove tali informazioni siano state archiviate in registri o *database* di consumo [9]. I registri e *database*, inoltre, secondo quanto stabilito sempre dal Codice di difesa del consumatore, devono avere un linguaggio di facile comprensione e i dati del consumatore devono essere a loro volta chiari, veritieri ed obiettivi, non potendo contenere informazioni pregiudizievoli per il consumatore per un periodo superiore a cinque anni [10]. Le imprese che svolgono attività di raccolta e/o archiviazione dei dati, devono, poi, informare il consumatore per iscritto dell'apertura di un registro o di una banca dati, laddove ciò lo riguardi e nel caso in cui tale raccolta non sia stata sollecitata dallo stesso consumatore [11]. Occorre, però rilevare come non sia affatto chiaro se il consenso al trattamento dei dati del consumatore debba essere preventivo anche rispetto a quei dati che una volta raccolti in banche dati vengono poi rivenduti in un secondo momento ad imprese terze.

Infine il consumatore, secondo quanto statuito nel Codice deve avere la possibilità di chiedere, eventualmente, la modifica, correzione o rettifica dei dati forniti laddove non siano corretti ed il responsabile del trattamento dei dati ha l'obbligo di comunicare l'avvenuta modifica dei medesimi dati ai destinatari delle informazioni inesatte nei cinque giorni successivi all'avvenuta modifica [12].

L'art. 73 del Codice di difesa del consumatore prevede, altresì, che le imprese coinvolte nell'attività di raccolta dei dati, laddove non procedano immediatamente con la suddetta modifica, correzione o rettifica dei dati dei consumatori che risultano inesatti incorrono nella sanzione penale, prevista dal Codice, che consiste nel pagamento di una multa ovvero nella detenzione da sei mesi ad un anno [13]. Laddove, poi, il consumatore non riesca ad accedere alle informazioni che lo riguardano ovvero riscontri difficoltà nello svolgimento di tale attività è prevista sempre una sanzione penale nei confronti del gestore del servizio. Tale sanzione può consistere, anche in questo caso, nella detenzione da sei mesi ad un anno o nel pagamento di una multa [14].

Nelle disposizioni contenute nel Codice brasiliano di difesa del consumatore è possibile, quindi, intravedere la presenza di alcuni dei principi generali vigenti in Europa in materia di protezione dei dati personali quali, ad esempio, il diritto di accedere ai propri dati personali ed il principio della qualità dei dati trattati. Occorre sottolineare, però, che tali principi, trovano applicazione, nonostante l'interpretazione estensiva che spesso ne viene fatta da parte della dottrina, solo in relazione al settore delle relazioni di consumo, cosa che impedisce di

inquadrare la predetta disciplina in un ambito generale.

Dalla rapida esposizione di cui sopra, emerge, quindi, come in Brasile non vi sia una legge specifica in materia di *privacy*, quanto piuttosto innumerevoli disposizioni settoriali tra le quali rientrano anche quelle introdotte dal “*Marco Civil da Internet*”. Il legislatore brasiliano, infatti, con il predetto intervento normativo, pur avendo dimostrato di essere particolarmente sensibile nei confronti della tematica del trattamento e della sicurezza dei dati sul *web*, di fatto ha perso nuovamente l’occasione di razionalizzare la materia della *privacy*.

A tal riguardo occorre rilevare che il progetto di legge in materia di *privacy* è in discussione, in Brasile, da circa un paio d’anni e, recentemente, come già peraltro anticipato, è stato avviato un nuovo dibattito pubblico che ha tra i suoi obiettivi proprio la definizione di un testo condiviso.

L’adozione di una disciplina in grado di garantire la protezione e la sicurezza dei dati sul *web* probabilmente ha subito un’accelerazione, nella tempistica relativa alla sua adozione, rispetto a quanto è accaduto, invece, per l’adozione di un provvedimento organico sulla *privacy*, per due motivi distinti: da un lato, il coinvolgimento della Presidente Dilma Rousseff nello scandalo *Datagate*, ha reso il Governo brasiliano più sensibile a detta problematica e, dall’altro, l’adozione di una disciplina in grado di garantire la protezione e la sicurezza dei dati sul *web*, stante la mancanza di una legge generale sulla *privacy*, è apparsa, forse, come un punto necessario di partenza, al fine di riuscire ad incentivare gli investimenti delle imprese straniere.

A questo punto è necessario comprendere cosa sia il cd. “*Marco Civil da Internet*”.

### **3. La legge n. 12.965/14, cd. “Marco Civil Da Internet”.**

Il cd. “*Marco Civil da Internet*” è una legge che stabilisce principi, garanzie, diritti e doveri per l’utilizzo della rete *internet* in Brasile [15].

Il provvedimento in esame si presenta come una vera e propria carta dei diritti di *internet* ed è una normativa settoriale, visto che si rivolge specificamente agli utenti della rete *internet*, nonché ai prestatori di servizi sul *web*. Tale provvedimento, infatti, non regola in modo unitario la *privacy*, come, ad esempio, il Codice italiano in materia di protezione dei dati personali di cui al d.lgs. n. 196/2003, il quale tratta la materia della protezione dei dati personali non solo nell’ambito delle reti di comunicazione elettronica, tra cui rientra *internet*, ma anche in altri ambiti che non richiedono per forza l’uso della rete *internet* per raccogliere i dati (come per esempio, il trattamento dei dati personali dei pazienti in ambito sanitario). Il Codice italiano in materia di protezione dei dati personali, ha, inoltre, composto in maniera organica tutte

le innumerevoli disposizioni vigenti in Italia in relazione alla *privacy*, riunendo in unico contesto i vari provvedimenti legislativi che si sono succeduti nel corso degli anni antecedenti alla sua adozione.

In linea con quanto suddetto, il “*Marco Civil da Internet*” regola la *data protection* solo per quanto riguarda le attività di raccolta, memorizzazione, conservazione ed elaborazione di log, dati personali o comunicazioni che coinvolgono gli utenti essendo delle attività poste in essere dalle imprese, ovvero dalle persone giuridiche sul *web*.

Fatte le suddette precisazioni occorre però rilevare come la disciplina in esame, da un lato, tenti di colmare alcune lacune presenti nella legislazione brasiliana in materia di protezione dei dati personali [16] - avvicinando, almeno per quanto riguarda la protezione dei dati sul *web*, la normativa brasiliana a quella italiana ed europea [17] -, dall'altro, se si esamina il testo più da vicino, ci si accorge che lo stesso potrebbe fungere da spunto per l'Italia e l'Europa [18].

In primo luogo merita particolare attenzione il fatto che tale provvedimento, come già peraltro accennato, venga considerato da alcuni come una carta costituzionale che traccia diritti e doveri dei cittadini brasiliani per quanto concerne l'accesso al *web* [19]. Ciò in quanto il “*Marco Civil da internet*”, non disciplina solo la sicurezza dei dati sul *web*, ma sancisce anche principi generali in materia di gestione dei dati personali degli utenti, *net neutrality* e libertà d'espressione *online*, affermando, tra l'altro, che l'accesso ad *internet* è un diritto essenziale per l'esercizio del diritto alla cittadinanza [20].

Il principio della protezione dei dati personali degli utenti trova, nel testo in argomento, una esplicita consacrazione laddove è sancito che la disciplina dell'uso di *internet* è vincolata al rispetto del principio della protezione della *privacy* e della protezione dei dati personali nelle forme stabilite dalla legge [21]. La garanzia del diritto alla *privacy* e alla libertà d'espressione si estende, poi, anche alle comunicazioni ed è condizione necessaria per poter garantire il pieno esercizio del diritto d'accesso ad *internet* [22].

In secondo luogo, ciò che viene in considerazione, oltre alla portata dei suddetti principi, è la tipologia di processo che ha determinato la scrittura del “*Marco Civil da Internet*”. Il testo oggetto della presente analisi, infatti, è il frutto di un percorso partecipativo che ha coinvolto la società civile. Dalla lettura della relazione di accompagnamento alla legge emerge come è stata proprio la società civile ad aver chiesto al Governo di procedere con l'adozione del provvedimento. Una volta che il Ministero della Giustizia brasiliano ha cominciato a curare la stesura del predetto provvedimento si sono svolte diverse consultazioni pubbliche nelle quali hanno partecipato i vari soggetti interessati discutendo liberamente sia sui punti da inserire nel provvedimento che su cosa definire con la normativa oggetto del dibattito. Sono stati offerti oltre duemila contributi e dopo tale consultazione il progetto di legge è stato

inviato alla Camera dei Deputati [23].

Anche in questa fase il metodo utilizzato per giungere alla stesura del “*Marco Civil da Internet*” ha continuato a basarsi sul costante dialogo con la società civile. A tal proposito sono state organizzate ulteriori consultazioni volte ad arricchire e migliorare la bozza di legge che, in un secondo momento, è stata resa pubblica e collocata su una piattaforma *web* denominata “*E-Democracia*”. Sul testo pubblicato gli utenti della rete hanno potuto discutere liberamente circa le eventuali modifiche da apportare al progetto di legge. Tali proposte sono giunte anche attraverso *Twitter* ed è stata sempre la società civile, mediante il predetto metodo di regolamentazione condivisa, a suggerire l’adozione delle scelte che apparivano maggiormente adeguate al fine dell’approvazione finale del testo.

Tale procedimento, basato sul coinvolgimento diretto della società civile e quindi su una forma di regolamentazione condivisa, stante il successo riportato, ha trovato riscontro, poi, anche nel nuovo dibattito, avviato il 28 gennaio del 2015 dal Ministero della Giustizia brasiliano, per chiarire i punti ancora dubbi del provvedimento [24]. L’obiettivo della discussione è, anche stavolta, quello di raccogliere, in modo democratico e partecipativo, i contributi dei vari soggetti interessati, utilizzando *internet* come piattaforma e come luogo in cui scambiarsi idee e proposte in materia.

La partecipazione popolare al procedimento di regolamentazione di materie che coinvolgono diritti fondamentali dei cittadini è apparsa quanto mai necessaria soprattutto al fine di creare norme che tengano effettivamente in considerazione gli interessi contrapposti dei vari soggetti coinvolti [25].

#### **4. Ambito di applicazione della disciplina introdotta dal “Marco Civil da Internet”.**

Dopo avere analizzato i principi statuiti nella disciplina introdotta dal “*Marco Civil da Internet*” occorre definire quale sia il suo ambito di applicazione. Come già anticipato la legge in esame si riferisce agli utenti della rete *internet*, nonché ai prestatori di servizi sul *web* ovvero alle imprese che svolgono su *internet* attività di raccolta, memorizzazione, conservazione ed elaborazione di log, dati personali o comunicazioni.

In particolare, è necessario rilevare che sono vincolate al rispetto della suddetta normativa, anche le imprese ovvero le persone giuridiche la cui sede si trovi all’estero, laddove la realizzazione delle attività di raccolta, memorizzazione, conservazione ed elaborazione di log, dati personali o comunicazioni consista nell’offrire un servizio al pubblico brasiliano anche se l’offerta di tali servizi da parte di imprese straniere non si concretizzi nell’apertura di filiali sul territorio sudamericano.

Tale previsione è essenzialmente volta ad evitare che società come *Google* o *Facebook* riescano a giustificare modalità di trattamento dei dati più elastiche, utilizzando come scappatoia il fatto che i dati degli utenti si trovano su *server* collocati al di fuori del Brasile.

La predetta normativa vincola altresì le imprese straniere che offrono servizi sul *web* laddove l'attività di raccolta, memorizzazione, conservazione ed elaborazione di log, dati personali o comunicazioni, avvenga mediante l'apertura di filiali sul territorio brasiliano ovvero mediante l'acquisizione di attività in Brasile da parte delle componenti dello stesso ente economico [26]. Con la nuova legge, quindi, non rileva se l'impresa che svolge attività di raccolta, memorizzazione, conservazione ed elaborazione di log, dati personali o comunicazioni, sia brasiliana o straniera o se i dati siano utilizzati in Brasile o al di fuori del Brasile, perché ciò che conta è che per lo meno una delle predette attività avvenga nel territorio brasiliano. In questo caso, infatti, varranno le disposizioni contenute nel "*Marco Civil da Internet*" [27].

## **5. L'obbligatorietà del consenso dell'utente al trattamento dei propri dati.**

Grazie all'entrata in vigore della disciplina in esame lo svolgimento delle attività delle imprese che operano nel *web*, gestendo i dati degli utenti, è diventato più trasparente avvicinandosi, pertanto, al quadro normativo dell'Unione Europea.

In particolare, l'art. 7 del "*Marco Civil da Internet*" sancisce una serie di principi generali volti a garantire all'utente della rete il diritto all'inviolabilità dell'intimità e della vita privata, il diritto all'inviolabilità ed alla segretezza sia del flusso di comunicazioni in transito su *internet* che delle comunicazioni private memorizzate, salvo ordine giudiziale e nel rispetto dei limiti stabiliti dalla legge [28].

La nuova normativa, poi, oltre a prevedere come presupposto essenziale al trattamento dei dati degli utenti il libero consenso espresso da parte degli stessi, richiede, altresì, che i contratti di prestazioni di servizi contengano informazioni chiare e complete circa il regime di protezione dei dati ovvero circa il regime di gestione dei registri di connessione e d'accesso alle applicazioni *internet*. Tale assunto trova applicazione in relazione ai regolamenti che dovranno adottare le imprese che offrono servizi sul *web* al fine di chiarire, in linea con le disposizioni del "*Marco Civil da Internet*", quale sia il proprio sistema di gestione dei dati [29].

Con l'entrata in vigore del "*Marco Civil da Internet*", inoltre, è stato rafforzato ed esplicitato, per quanto attiene specificamente al *web*, il principio generale, secondo il quale il trattamento dei dati raccolti e venduti da aziende che hanno accesso alle informazioni riguardanti le preferenze e le scelte degli utenti della

rete *internet*, deve essere sottoposto al previo consenso espresso dell'utente. Ciò significa, a titolo esemplificativo, che le imprese, il cui lavoro si sostanzia essenzialmente nella raccolta di dati per fini commerciali, non potranno fornire dati personali e/o registri d'accesso a terzi senza il previo consenso libero, espresso ed informato dell'utente [30].

Merita a tal riguardo rilevare che, prima dell'introduzione del "*Marco Civil da Internet*" una pratica comune posta in essere dalle imprese che fornivano il servizio di raccolta dei dati era proprio quella di fornire tali dati a terzi senza il previo consenso dell'interessato. Ciò perché, nonostante il Codice di difesa del Consumatore, come già accennato sopra, stabilisse di informare il consumatore circa l'inserimento dei propri dati in un registro e/o in una banca dati, di fatto tale provvedimento non conteneva alcuna disposizione che ne vietasse espressamente la distribuzione, cosa che lasciava intendere che la commercializzazione *ex post* dei dati raccolti fosse permessa indipendentemente dal consenso dell'interessato a tale modalità di trattamento dei dati [31].

In linea con quanto suddetto le imprese che trattano i dati degli utenti, devono, inoltre, fornire informazioni chiare circa le modalità di raccolta, l'uso, il trattamento e la protezione dei medesimi dati, i quali potranno essere utilizzati solo per le finalità - non vietate dalla legge - che ne giustificano la raccolta.

Tali disposizioni rispecchiano i principi generali vigenti in Europa in materia di protezione dei dati personali, quali, ad esempio, il principio di liceità del trattamento, secondo cui il trattamento è lecito solo se conforme alla legge o il principio di finalità, secondo il quale l'utilizzazione dei dati personali deve corrispondere alle finalità comunicate all'interessato prima che il trattamento dei dati abbia inizio. In linea con il principio generale, sempre di matrice europea, di correttezza del trattamento dei dati, il "*Marco Civil da Internet*" prevede, altresì che, le suddette informazioni, devono essere inserite nei contratti di prestazione dei servizi nonché nelle disposizioni relative alle condizioni d'uso delle applicazioni *internet* [32]. Al fine di garantire a pieno il rispetto del principio secondo cui il trattamento dei dati dell'utente deve essere sottoposto al previo consenso espresso da parte dello stesso, il "*Marco Civil da Internet*" richiede, altresì, che la manifestazione del consenso dell'utente avvenga in forma separata rispetto all'accettazione dalle altre clausole contrattuali [33].

Quanto suddetto non significa che i dati degli utenti non potranno mai essere trasferiti a terzi o che l'utente dovrà aderire in forma separata a ciascun trattamento differenziato dei propri dati, quanto piuttosto, che le clausole dei contratti di prestazione dei servizi, dovranno essere riscritte in modo tale da chiarire ed esplicitare la politica di gestione dei dati degli utenti ed i relativi termini d'uso [34].

L'intento perseguito dal legislatore brasiliano con l'introduzione del provvedimento in esame è quello di tutelare la libertà di ognuno in rete tanto che, qualora l'utente desideri cancellare i dati personali forniti su *internet*, per esempio, per la creazione di un *account* o di un profilo di un *social network*, potrebbe farlo, sollecitando l'esclusione in forma definitiva dei propri dati al termine del rapporto contrattuale (cd "*direito ao esquecimento*") [35].

I dati personali immessi sul *web* dagli utenti apparterrebbero, quindi, definitivamente solo ai medesimi utenti e non a terzi. L'unica deroga all'esercizio del predetto diritto si riscontrerebbe nelle ipotesi *ex artt.* 10, 13 e 15 che verranno di seguito esaminate.

## **6. Tutela della privacy nelle comunicazioni via e-mail e misure volte a garantire la sicurezza dei dati immessi sul web.**

Un altro aspetto che trova esplicita tutela nel "*Marco Civil da Internet*" riguarda, come già accennato, la garanzia della *privacy* delle comunicazioni che avvengono tramite *e-mail*. Prima dell'entrata in vigore della legge, la tutela della *privacy*, ricavabile dai principi sanciti dalla Costituzione Federale brasiliana, non si estendeva, per esempio alle comunicazioni private trasmesse su supporto elettronico. A partire dall'entrata in vigore del "*Marco Civil da Internet*", stante l'esplicito riferimento contenuto nell'art. 7, le *e-mail* godono, invece, della medesima forma di tutela che è ricavabile dalla Costituzione Federale per le comunicazioni che avvengono su supporti tradizionali come la carta o il telefono [36].

Per quanto riguarda, invece, la tematica della sicurezza dei dati, il "*Marco Civil da Internet*" dedica, un'apposita sezione alle misure volte a garantire, nello specifico, la sicurezza dei dati immessi sul *web*.

Prima di procedere con l'esame della predetta disciplina è opportuno, però, evidenziare, come il "*Marco Civil da Internet*", nonostante faccia riferimento a due distinte categorie di prestatori di servizi sul *web* - "*provedor de conexão à internet*" e "*provedor de aplicações de internet*" - di fatto non contenga alcuna definizione esplicita di tali concetti.

La legge in esame, infatti, si limita a chiarire cosa debba essere inteso per rete *internet*, terminale, indirizzo IP, connessione ad *internet*, registro di connessione, applicazioni *internet*, registri di applicazioni ad *internet* e amministratore di sistema. In particolare, la figura dell'amministratore di sistema, viene definita come la persona fisica o giuridica che amministra gli indirizzi IP ed è registrata presso l'ente nazionale responsabile per la distribuzione degli indirizzi IP geograficamente riferibili al Brasile [37].

L'Amministratore di sistema, secondo alcuni sarebbe, poi, una figura che in parte andrebbe ad incidere sui concetti, già in uso, prima dell'introduzione del

“*Marco Civil da Internet*”, di “*provedor de acesso ou provedor de conexão*” visto che il testo in esame da un lato definisce l’amministratore di sistema come la persona fisica o giuridica che amministra gli indirizzi IP e dall’altro fa ricadere su codesta categoria di prestatore di servizi l’obbligo di conservazione dei registri di connessione di cui all’art 13 [38].

In mancanza di indicazioni esplicite sul punto, occorre, quindi, fare un passo indietro e cercare quanto meno di comprendere il significato che assumono nel “*Marco Civil da Internet*” i concetti di “*provedor de conexão à internet*” e di “*provedor de aplicações de internet*”.

Secondo una parte della dottrina la figura del “*provedor de conexão à internet*” coincide con la definizione di “*provedor de acesso ou provedor de conexão*” ovvero con la persona giuridica che fornisce ai consumatori il servizio di accesso ad *internet* [39]. I concetti di “*provedor de acesso ou provedor de conexão*” a loro volta erano usati in Brasile, da una differente corrente dottrinarica, ancor prima dell’introduzione del “*Marco Civil da Internet*”, al fine di individuare delle categorie di prestatori di servizi che altro non erano se non una specificazione del concetto generale di “*provedor de serviços de internet*” ovvero della persona naturale e/o giuridica che fornisce servizi relazionati al funzionamento di *internet* [40].

Tornando all’esame della figura del “*provedor de conexão à internet*” occorre, altresì, rilevare come la corrente dottrinarica sopra citata ricomprenda in tale categoria di prestatori di servizi anche i “*provedores de serviço de acesso (PSAs)*”. Il concetto di “*provedores de serviço de acesso (PSAs)*” era utilizzato, da un’altra dottrina, che sempre prima dell’introduzione del “*Marco Civil da Internet*”, distingueva in questo modo i prestatori di servizi di accesso alla rete dai “*provedores de serviços online (PSOs)*” che erano, invece, definiti come dei soggetti che non fornivano l’accesso ad *internet* ma utilizzavano la rete per fornire altre tipologie di servizi [41].

Per poter dare una definizione del secondo concetto in esame ovvero della figura del “*provedor de aplicações de internet*” occorre far riferimento proprio a quanto appena suesposto visto che l’attività svolta dal predetto prestatore di servizi può essere definita come l’attività di un’impresa, di un’organizzazione e/o di una persona naturale che professionalmente o autonomamente, indipendentemente dagli obiettivi economici, fornisce un congiunto di funzionalità al quale si può accedere per mezzo di un terminale connesso ad *internet* [42].

Fatte le suddette premesse appare necessario evidenziare come la conservazione dei dati oggetto di trattamento ovvero dei registri di connessione e d’accesso ad *internet*, nonché dei dati personali e delle comunicazioni private, secondo quanto disposto dal “*Marco Civil da Internet*”, deve, rispettare e preservare l’intimità della vita privata, l’onore e l’immagine

della parte direttamente o indirettamente coinvolta [43].

Il mancato rispetto delle previsioni contenute nel testo in esame, da parte dei “*provedor de conexão à internet*” e dei “*provedor de aplicações de internet*”, dà luogo alle seguenti sanzioni, applicabili anche cumulativamente ed indipendentemente dalla possibilità di inquadrare il medesimo comportamento nelle altre previsioni penali, civili e/o amministrative: avvertimento, multa pari al 10% del fatturato del gruppo economico in Brasile, sospensione temporanea dell’attività e sospensione definitiva dell’attività [44]. Il testo oggetto della presente analisi rimette, però, all’adozione di una futura regolamentazione la disciplina specifica relativa alle informazioni che devono fornire i “*provedor de conexão à internet*” e “*provedor de aplicações de internet*” affinché possa essere dimostrato il rispetto da parte loro della legge brasiliana circa lo svolgimento delle rispettive attività [45].

Anche il procedimento relativo all’accertamento del mancato rispetto dei principi sanciti dal “*Marco Civil da Internet*”, dovrà essere preso in considerazione dalla regolamentazione che, come accennato precedentemente, è attualmente in discussione [46].

Il testo in esame, inoltre, non individua neanche l’Autorità amministrativa competente ad applicare le predette sanzioni e si discute circa l’eventuale attribuzione di tale competenza in capo “*all’Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)*”, o in capo al “*Ministério das Comunicações*”, ovvero al “*Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br)*” [47].

Il fatto che il “*Marco Civil da Internet*” si limiti solo a prevedere il rispetto di una serie di principi stabilendo, altresì, le sanzioni nelle quali incorrono i prestatori di servizi che trattano i dati degli utenti in caso di mancato rispetto dei medesimi principi, potrebbe creare un po’ di confusione, soprattutto laddove l’adozione della regolamentazione contenete l’individuazione dell’Autorità competente ad accertare le predette infrazioni e la disciplina del relativo procedimento, non venisse adottata in tempi brevi.

Per quanto attiene, poi specificamente, alla conservazione dei registri di connessione, gli articoli 13 e 15 del “*Marco Civil da Internet*” prevedono, degli obblighi a carico sia dei “*provedor de conexão à internet*” che dei “*provedor de aplicações de internet*”.

I “*provedor de conexão à internet*” devono conservare i registri di connessione degli utenti (indirizzo IP, data e ora d’inizio e fine della connessione) in un ambiente controllato e sicuro per il periodo di un anno [48]. Tale onere ricade anche sui “*provedor de aplicações de internet*” che, laddove svolgano la loro attività sotto forma di persona giuridica ovvero professionalmente e con finalità economiche, devono mantenere i rispettivi registri d’accesso alle applicazioni *internet* (data e ora d’uso di un’applicazione *internet* che inizia e termina da un determinato indirizzo IP) in un ambiente controllato e sicuro per

il periodo di sei mesi [49].

Le suddette disposizioni hanno generato, però, delle critiche mosse da parte di chi ha sostenuto che era un controsenso prevedere dei vincoli così stringenti se uno degli obiettivi della normativa introdotta dal “*Marco Civil da Internet*” doveva essere quello di attrarre investimenti dall'estero. Tali vincoli, infatti, si sarebbero potuti tradurre in oneri eccessivi in termini di costi da sostenere per le nuove “*start-up*” che, al fine d'essere “*compliance*” con la disciplina in esame, si sarebbero dovute dotare di un'organizzazione più complessa [50].

Dall'altro lato chi guarda la normativa dall'esterno, non può non rilevare come tali disposizioni, peraltro in linea con quanto previsto in Europa e, in particolare Italia, in realtà sembrano principalmente orientate, nella sostanza, nel senso di fornire un aiuto alla polizia giudiziaria nell'investigazione dei crimini commessi sulla rete. I dati conservati nella maniera sopradescritta possono essere, infatti, forniti solo previo provvedimento del giudice [51].

## **7. Trasferimento transfrontaliero dei dati.**

Prima di procedere nella trattazione del punto in oggetto è opportuno precisare che la presente disciplina non contiene alcun esplicito divieto di trasferimento dei dati all'estero, ed una delle questioni più dibattute nel corso dell'approvazione della proposta di legge, è stata quella di impedire l'archiviazione dei dati dei cittadini brasiliani su *server* collocati all'estero.

Tale proposta, però, è stata eliminata dal testo della legge prima dell'approvazione da parte del “*Senado Federal*” [52].

In seguito alla mancata approvazione del testo che conteneva l'obbligo per i prestatori di servizi sul *web* di dotarsi di “*data center*” in Brasile, è stata rafforzata la disposizione, di cui all'art. 11 della legge in esame, che vincola le imprese che raccolgono dati generati in Brasile alla disciplina brasiliana indipendentemente dal luogo in cui si trovano i *server* sui quali vengono archiviate le informazioni.

La questione relativa all'assenza di un esplicito divieto al trasferimento dei dati all'estero nel testo finale del “*Marco Civil da Internet*” è, invece, rimasta invariata nonostante si parli da tempo in Brasile della necessità di dotarsi di disposizioni sul punto [53].

Tale aspetto costituisce, quindi, una divergenza della normativa introdotta dal “*Marco Civil da Internet*” con quanto previsto, invece, in materia di protezione dei dati personali in Italia ed in Europa.

Basti pensare, infatti, che in Italia il trasferimento anche temporaneo di dati personali al di fuori del territorio dello Stato, se diretto verso un Paese non appartenente all'Unione europea è consentito solo nelle circostanze di cui all'art. 43 del Codice in materia di protezione dei dati personali di cui al d.lgs.

n. 196/2003 [54]. In assenza delle predette “circostanze” vige un esplicito divieto di trasferimento transfrontaliero dei dati, laddove tali dati, seppure generati sul territorio italiano, siano diretti verso paesi non membri dell’unione Europea e “*l’ordinamento del Paese di destinazione o di transito dei dati non - assicurati - un livello di tutela delle persone adeguato*” [55].

La citata disposizione, poi, non è altro che la trasposizione a livello nazionale dei principi del diritto europeo vigenti in materia di protezione dei dati. Il legislatore europeo, infatti, richiede che il titolare del trattamento, prima di trasferire i dati verso paesi terzi che non garantiscono un adeguato livello di tutela, sottoponga il flusso dei dati all’esame delle autorità di controllo. Durante il suddetto esame, il titolare del trattamento deve dimostrare, oltre all’esistenza di una base giuridica per lo svolgimento della propria attività, anche la presenza di misure atte a garantire un’adeguata tutela dei dati presso il destinatario. Il concetto di adeguatezza, a livello comunitario sta a significare che i principi fondamentali in materia di protezione dei dati sono stati effettivamente introdotti nel diritto nazionale del paese destinatario.

Stante quanto suddetto, in relazione al divieto di trasferire i dati verso paesi terzi che non garantiscono un adeguato livello di tutela, assume, quindi, particolare importanza, l’introduzione nell’ordinamento giuridico brasiliano, di principi generali in materia di protezione dei dati, che siano in linea con quanto sancito a livello Italiano ed Europeo.

La suddetta divergenza circa il mancato inserimento nel testo in esame del divieto al trasferimento dei dati all’estero sembrerebbe un punto secondario rispetto al fatto che il “*Marco Civil da Internet*”, potrebbe costituire un primo passo al fine di incentivare gli investimenti delle imprese italiane ed europee che eviterebbero, alla luce dei nuovi principi stabiliti, di incorrere nel suddetto divieto di trasferimento transfrontaliero dei dati. Tale provvedimento, state l’allineamento con alcuni dei principi vigenti in Italia ed in Europa in materia di protezione dei dati, potrebbe essere, altresì, funzionale ad attrarre nuovi clienti visto che il successo di alcuni servizi legati alla rete *internet*, come ad esempio quelli di *cloud computing*, è legato proprio alla fiducia che l’utente ha nella gestione delle proprie informazioni.

Sul punto è necessario osservare che fino a poco tempo fa il Brasile veniva considerato come un paese in cui non esisteva alcuna legislazione o forma di regolamentazione che fosse in grado di supportare lo sviluppo di attività connesse al *web*, quali ad esempio i servizi di *cloud computing*. Tali servizi sono, infatti, per definizione strettamente connessi con l’adozione di politiche che siano in grado di garantire la *privacy*, la sicurezza dei dati, la proprietà intellettuale, la portabilità dei dati, l’interoperabilità dei sistemi, l’armonizzazione della regolamentazione a livello internazionale e l’apertura dei mercati [56].

Dallo svolgimento del predetto raffronto, sembrerebbe emergere, inoltre, che le imprese europee, laddove decidessero di aprire delle filiali in Brasile potrebbero svolgere nel paese sudamericano l'attività di raccolta, memorizzazione, conservazione ed elaborazione di log, dati personali o comunicazioni degli utenti, sottostando ai vincoli imposti dal "*Marco Civil da Internet*", e procedere, poi, liberamente in un secondo momento, al trasferimento dei medesimi dati, senza dover sottostare ad alcun vincolo particolare.

## **8. Conclusioni.**

Dalla rapida esposizione di cui sopra emerge, in Brasile, uno scenario frammentato in materia di *privacy*, caratterizzato, tra l'altro, dall'assenza di un provvedimento che disciplini la materia in modo organico.

Il "*Marco Civil da Internet*", infatti, rimane un provvedimento settoriale che, pur avendo sancito una serie di principi fondamentali, tra cui anche quello della protezione dei dati personali degli utenti del *web*, di fatto non razionalizza la materia.

Dalla lettura delle norme di cui trattasi rileva, altresì, come il "*Marco Civil da Internet*", presenti tuttora numerose problematiche di dubbia risoluzione, tanto che sul punto al fine di fare chiarezza ed evitare che tale provvedimento possa sortire effetti opposti rispetto a quelli desiderati, è stato avviato, come ribadito più volte nel corso della presente trattazione, un nuovo dibattito pubblico.

Per quanto attiene alle tematiche ancora dubbie del provvedimento in esame, basti pensare al fatto che tale provvedimento, limitandosi a restringere il proprio ambito applicativo alle sole attività di raccolta, memorizzazione, conservazione ed elaborazione di log, dati personali o comunicazioni che avviene su *internet*, non contiene alcuna definizione chiara di ciò che debba intendersi per "dati personali", nonostante, come suddetto, vi faccia esplicito riferimento.

Tale definizione può essere, tutto al più, estrapolata dalla prassi giudiziale che sembrerebbe orientata, nell'utilizzare la predetta terminologia nei casi in cui vengano in questione trattamenti di dati che consentono di identificare l'individuo, come per esempio, il suo nome o la sua identità. Ciò, a conferma di quanto precedentemente detto, si riconnette all'assenza di una normativa generale *ad hoc* in materia di *privacy*.

Pare, invero, che il paese sudamericano da un lato si sia reso perfettamente conto della necessità di introdurre delle regole all'avanguardia in materia di *data protection* sul *web* - in una realtà, come quella odierna, che fa largo uso della tecnologia informatica - dall'altro lato, però, che abbia tentato di colmare,

con l'adozione del "*Marco Civil da Internet*", una lacuna ben più ampia. Tale lacuna appare ancor più evidente laddove ci si renda conto che l'adozione di un provvedimento specifico in materia di protezione dei dati personali, come già accennato, sarebbe quanto mai opportuna soprattutto al fine di chiarire definitivamente cosa debba intendersi per "dati personali".

L'importanza di introdurre nell'ordinamento giuridico brasiliano una legislazione completa in materia di *privacy*, oltre alle predette disposizioni in grado di garantire la sicurezza dei dati, emergerebbe, altresì, alla luce della circostanza che ciò appare necessario proprio al fine di sostenere effettivamente l'economia digitale ed i fornitori di servizi sul *web*, tra cui, in particolare, i fornitori di servizi di *cloud computing*, che al giorno d'oggi rappresentano un nuovo motore per l'economia globale.

Un ulteriore profilo critico, che si riconnette a quanto suddetto, è rappresentato, poi, dal fatto che in Brasile, non esistendo una legge generale sulla *privacy* né un organismo di vigilanza e controllo competente in materia, non sussiste alcun meccanismo di notifica preventiva come, invece, accade nell'ordinamento italiano. Il titolo VI del Codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. n. 196/2003, prevede, infatti, che il titolare laddove intenda procedere al trattamento dei dati che rientrano nelle ipotesi elencate dall'art. 37 del Codice, debba preventivamente notificarlo al Garante [57].

Il rispetto dell'obbligo di notifica, di cui al predetto articolo del Codice italiano in materia di protezione dei dati personali, è un meccanismo funzionale a garantire una forma di controllo *ex ante* per quelle tipologie di trattamenti dei dati riconducibili a settori ed attività peculiari che sono più pericolosi per i diritti dell'interessato.

Stante ciò, è palese l'auspicabilità in futuro dell'adozione in Brasile di un provvedimento che rechi un quadro normativo di insieme, nel quale si inseriscano i vari provvedimenti settoriali qui richiamati, contemplando anche l'istituzione di un'Autorità di settore, visto che tale accorgimento, laddove coadiuvato da un meccanismo di controllo preventivo svolto dal medesimo organismo, potrebbe alleggerire notevolmente il ruolo delle Corti brasiliane.

Nonostante le suddette criticità, non deve sfuggire l'attualità dell'iniziativa legislativa brasiliana che reca, tra le prime al mondo, una carta dei diritti di *internet* che è il frutto di un percorso partecipativo che ha coinvolto la società civile. Anche in assenza di un "*background*" analogo a quello europeo in materia di trattamento dei dati, inoltre, con l'adozione del "*Marco Civil da Internet*", che prende in considerazione i diritti dei cittadini sul *web*, il Brasile ha dimostrato di aver compreso perfettamente l'importanza della partecipazione della società civile al procedimento di regolamentazione di materie che coinvolgono diritti fondamentali dei cittadini.

L'idea di dotarsi di un "*Bill Of Rights*" della rete ovvero la consapevolezza della necessità di introdurre nell'ordinamento giuridico delle disposizioni volte al riconoscimento, ad esempio, dell'accesso ad *internet* quale diritto fondamentale, trova riscontro anche nell'iniziativa italiana volta all'adozione di una carta dei diritti degli utenti del *web*, che, tuttavia, è ancora lontana dal vedere la luce, nonché nei dibattiti, che ciclicamente tornano ad essere oggetto di provvedimenti legislativi e/o giurisprudenziali, in materia di accesso alla rete come diritto sociale e di *net neutrality*.

---

#### Note

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

[1] Si veda, al riguardo, il disegno di legge costituzionale n. 1561 del 10 luglio 2014, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad *internet*, depositato presso il Senato della Repubblica. Il predetto disegno di legge prospetta l'inserimento nella Costituzione della Repubblica italiana dell'articolo 34-*bis*, che riconduce il diritto di accesso ad *internet* nell'ambito dei rapporti etico-sociali. Più specificamente, lo scopo perseguito dal legislatore con il predetto intervento normativo consiste nella creazione di un diritto sociale all'accesso ad *Internet* che si concretizza in una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, ovvero in un servizio universale che le istituzioni devono garantire tramite investimenti, politiche sociali ed educative, al pari di quanto già avviene, ad esempio, con l'accesso all'istruzione, la sanità o la previdenza. A conferma di ciò basti notare come la collocazione proposta dal legislatore per il diritto oggetto della presente analisi sia tutt'altro che causale visto che l'art. 34-*bis* si trova proprio dopo l'art. 34 relativo all'istruzione.

[2] Legge n. 12.965 del 23 aprile 2014. Disponibile al link: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)

[3] Per quanto attiene all'avvio della consultazione pubblica si veda quanto riportato nel portale del Governo Federale brasiliano: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/01/marco-civil-da-internet-e-protecao-de-dados-pessoais-vao-a-debate-publico>

Si veda, altresì, quanto riportato nel portale dell'EBC: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2015/01/ministerio-da-justica-abre-discussoes-sobre-neutralidade-e-guarda-de-dados-no>

[4] Costituzione della Repubblica federativa del Brasile del 1988, "*Título II, dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I, dos direitos e deveres individuais*

*e coletivos, Art. 5º parágrafo X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”, disponibile al seguente link: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Si veda, altresì, G.M. Dezem, in *“Marco Civil da Internet lei 12.965/2014”* a cura di Fabiana Del Masso, Juliana Abrusio, Marco Aurelio Florencio Filho, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014, pag. 65.

[5] Costituzione della Repubblica federativa del Brasile del 1988, *“Título II, dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, Art. 5º parágrafo XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*,

[6] Costituzione della Repubblica federativa del Brasile del 1988, *“Título II, dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, Art. 5º parágrafo LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”*. In particolare, tale strumento era volto a garantire ai cittadini la possibilità di accedere alle informazioni personali detenute dal Governo durante il regime militare. Si veda a tal riguardo quanto riportato nell’indagine scientifica condotta dal “Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor” del Ministero della Giustizia brasiliano recante *“A Proteção de Dados Pessoais nas Relações de Consumo: para Além das Informações Creditícias”*, disponibile al seguente link: [http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno\\_ProtecaoDadosPessoais.pdf](http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno_ProtecaoDadosPessoais.pdf), pag. 49-51

[7] Legge n. 10.406, del 10 gennaio del 2002 recante *“Código Civil, CAPÍTULO II, Dos Direitos da Personalidade, Art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”*, disponibile al seguente link: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)

[8] Legge n. 8.078, dell’11 settembre del 1990, recante *“Codigo de Defesa do Consumidor”*, *“SEÇÃO VI, Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores”*, disponibile al seguente link: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)

[9] Legge n. 8.078, dell’11 settembre del 1990, Art. 43: *“O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre*

*ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.*

[10] Legge n. 8.078, dell'11 settembre del 1990, Art. 43 parágrafo 1°: *“Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.*

[11] Legge n. 8.078, dell'11 settembre del 1990, Art. 43 parágrafo 2°: *“A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.*

[12] Legge n. 8.078, dell'11 settembre del 1990, Art. 43 parágrafo, 3° *“O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas”.*

[13] Legge n. 8.078, dell'11 settembre del 1990, Art. 73: *“Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata: Pena Detenção de um a seis meses ou multa”.*

[14] Legge n. 8.078, dell'11 settembre del 1990, Art. 72: *“Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa”.*

[15] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“CAPÍTULO I, DISPOSIÇÕES PRELIMINARES, Art. 1°: Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”.* Come affermato dalla Presidente Dilma Rousseff, tale provvedimento serve a consolidare l'idea che la rete *internet* possa essere considerata come uno spazio libero e democratico dove le informazioni e i dati degli utenti appartengono effettivamente agli stessi e non sono alla mercè delle multinazionali del *web* come *Google*, *Facebook*, o *Apple*, che controllano gran parte dei contenuti che viaggiano *online*.

[16] Si veda il link: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/marco-civil-internet-poe-fim-lacunas-existent-legislacao>

[17] Si veda sul punto: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-14-454\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-454_en.htm)

[18] Si veda sul punto quanto affermato da Stefano Rodotà: [http://inchieste.repubblica.it/it/repubblica/repit/2014/07/07/news/intervista\\_rodot-86836032/](http://inchieste.repubblica.it/it/repubblica/repit/2014/07/07/news/intervista_rodot-86836032/)

[19] Sul punto occorre precisare come anche il Deputato Alessandro Molon, relatore della legge abbia in molteplici circostanze affermato che il *“Marco Civil da internet”* possa essere considerato come una carta costituzionale. Si veda a

tal proposito il seguente articolo:  
[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/03/140219\\_marco\\_civil\\_internet\\_mm](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/03/140219_marco_civil_internet_mm)

[20] Legge n. 12.965, Del 23 aprile del 2014, *“CAPÍTULO II, Dos Direitos e Garantias dos usuários, Art. 7º: O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania”*. Si veda sul punto la relazione di accompagnamento al progetto di legge presentata dal potere esecutivo disponibile al seguente link: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1238721.pdf> e si veda, altresì, il progetto di legge presentato al “Congresso Nacional” <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/912989.pdf>.

[21] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“CAPÍTULO I, DISPOSIÇÕES PRELIMINARES, Art. 3º: A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei”*.

[22] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“CAPÍTULO II, Dos Direitos e Garantias dos usuários, Art. 8º: A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”*.

[23] Si veda sul punto la relazione di accompagnamento al progetto di legge presentata dal potere esecutivo disponibile al seguente link: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1238721.pdf>

[24] Si veda sul punto il seguente link: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-27/marco-civil-internet-protECAo-dados-pessoais-debate>

[25] Si veda sul punto il seguente link: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2015/01/ministerio-da-justica-abre-discussoes-sobre-neutralidade-e-guarda-de-dados-no>

[26] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“Seção II, Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas, Art. 11, Parágrafo 2º: O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil”*.

[27] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“Seção II, Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas, Art. 11: Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. Parágrafo 1º: “O disposto no caput*

*aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil”.*

[28] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, Art. 7° *“O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.* Si veda, sul punto R.L. Monteiro, in *“Marco Civil da Internet lei 12.965/2014”* a cura di Fabiana Del Masso, Juliana Abrusio, Marco Aurelio Florencio Filho, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014 pagg. 145-146.

[29] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, Art. 7° *ponto VI: “informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade”.* Si veda, altresì, R.M. Monteiro, in *“Marco Civil da Internet lei 12.965/2014”* a cura di Fabiana Del Masso, Juliana Abrusio, Marco Aurelio Florencio Filho, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014 pag. 146.

[30] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, Art. 7° *ponto VII: “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei”.* Sul punto si veda: C.E.E., OLIVEIRA, *“Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica”* nella rivista fornita dal “Núcleo de Estudos e Pesquisas” del *Senado Federal* (Texto para Discussão nº 148). Disponibile al link: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-148-aspectos-principais-da-lei-no-12.965-de-2014-o-marco-civil-da-internet-subsidios-a-comunidade-juridica>, pag. 6.

Si veda, altresì, la relazione di accompagnamento al progetto di legge presentata dal potere esecutivo disponibile al seguente link: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1238721.pdf>, pag. 30 laddove si fa riferimento metodo convenzionalmente chiamato di *“opt-in”* per la manifestazione del consenso libero ed informato dell’utente al trattamento dei propri dati e pag. 42 laddove si fa riferimento alla necessità del previo consenso dell’internauta al trattamento dei dati.

[31] Si veda, sempre R.L. Monteiro, in *“Marco Civil da Internet lei 12.965/2014”* a cura di Fabiana Del Masso, Juliana Abrusio, Marco Aurelio Florencio Filho,

São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014 pag. 147.

[32] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, Art. 7° ponto VIII: *“informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet”*.

[33] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, Art. 7° ponto IX: *“consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais”*.

[34] Si veda, sul punto R. L. Monteiro, in *“Marco Civil da Internet lei 12.965/2014”* a cura di Fabiana Del Masso, Juliana Abrusio, Marco Aurelio Florencio Filho, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014 pag. 149.

[35] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, Art. 7° ponto X: *“Exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”*.

[36] Sul punto si veda quanto riportato al seguente link:  
<http://culturadigital.br/marcocivil/>

[37] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, Art. 5: *“Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet; III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais; IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País; V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados; VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”*.

[38] Sul punto si veda l'articolo del presidente dell'associazione "IBDDIG-Instituto Brasileiro de Direito Digital", F. Meinberg Ceroy, "*Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet*" nella rivista "Jus Navigandi", Teresina, anno 19, n. 4093, 15 set. 2014. Disponibile al seguente link: <http://jus.com.br/artigos/31938/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>

[39] Sul punto si veda sempre F. Meinberg Ceroy, "*Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet*" Rivista "Jus Navigandi", Teresina, anno 19, n. 4093, 15 set. 2014. Disponibile al seguente link: <http://jus.com.br/artigos/31938/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>, considerando che l'autore si rifà a sua volta alla corrente dottrina del Prof. Leonardi di cui alla nota successiva.

[40] Sul punto, M. Leonardi, in *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet*. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 19: "*provedor de Internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela*", sendo que "*provedor de serviços é o gênero do qual as demais categorias (...) são espécies*", si veda altresì, M. Leonardi, in "*Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*", ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[41] Sul punto occorre rilevare che F. Meinberg Ceroy, di cui alle suddette note, fa riferimento, a sua volta, ai concetti di "*Provedores de Serviço de Acesso (PSAs)*" e "*Provedores de Serviços Online (PSOs)*" usati dal prof. Ronaldo Lemos nell'analisi concernente la problematica della responsabilità dei prestatori di servizi *online* in R. Lemos, "*Direito, tecnologia e cultura*". Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponibile al seguente link: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2190/Ronald%20Lemos%20-%20Direito%20Tecnologia%20e%20Cultura.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Pag. 32-34.

[42] Sul punto si veda sempre F. Meinberg Ceroy, "*Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet*" Rivista "Jus Navigandi", Teresina, anno 19, n. 4093, 15 set. 2014. Disponibile al seguente link: <http://jus.com.br/artigos/31938/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>, tenendo presente quanto di seguito riportato. La predetta dottrina evidenzia che, nonostante la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 15 della legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, faccia esplicito riferimento, ai fini dell'applicabilità della disciplina in esame, all'attività posta in essere dal "*provedor de aplicações de internet*", costituito sotto forma di persona giuridica, che esercita la propria attività professionalmente e con fini economici, tale assunto, nel comma immediatamente successivo del medesimo articolo, verrebbe integrato, laddove si legge che un provvedimento

giudiziale può obbligare, per un certo periodo di tempo, i “*provedores de aplicações de internet*” che non rientrano nell’ambito di applicazione del comma precedente – in quanto non organizzati sotto forma di persona giuridica che esercita un’attività imprenditoriale - “*desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado*”. In relazione a questo punto specifico altri, infatti, ritengono che uno dei limiti posti dal “*Marco Civil da Internet*” all’acquisizione delle prove utili ai fini di investigazione dei reati telematici, sia proprio quello di stabilire che l’obbligo di conservazione dei registri, ricada solo a carico dei “*provedores de aplicações de internet*” costituiti sotto forma di persona giuridica ed esercitano la propria attività professionalmente, con fini economici. Si veda sul punto G. Giova, in “*Marco Civil da Internet lei 12.965/2014*” a cura di Fabiana Del Masso, Juliana Abrusio, Marco Aurelio Florencio Filho, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014 pag. 173.

[43] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, “*Seção II, Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas, Art. 10: A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas*”. Si tenga presente che tale articolo nei commi successivi elenca, poi, una serie di ipotesi in cui i dati, di cui al comma precedente, devono essere obbligatoriamente forniti all’autorità giudiziaria: “*1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º. 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º. 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição. 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais*”.

[44] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, “*Seção II, Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas, Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às*

*seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11. Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País”.*

[45] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *Seção II, Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas, Art. 11 parágrafo 3°*: *“Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações”.*

[46] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“Seção II, Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas, Art. 11 parágrafo 4°*: *Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo”.*

[47] Si veda il link:

*<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/05/05/breves-comentarios-ao-marco-civil-da-internet/>. Sul punto I “Istituto Brasileiro de defesa do Consumidor (Idec)” ritiene, invece, che possa essere creato un sistema integrato composto da entità, di natura pubblica e privata, ciascuna con poteri distinti: <http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/consulta-sobre-marco-civil-da-internet-recebe-contribuicoes-do-idec>*

[48] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“Subseção I, Da Guarda de Registros de Conexão, Art. 13: Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento”.*

[49] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“Subseção III, Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações, Art. 15: O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento”.* Si veda sul punto G.

Giova, in *“Marco Civil da Internet lei 12.965/2014”* a cura di Fabiana Del Masso, Juliana Abrusio, Marco Aurelio Florencio Filho, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014 pagg. 156-176.

[50] Tali critiche sono state mosse soprattutto da parte dell’*“Istituto Brasileiro de defesa do Consumidor (Idec)”*:

<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/por-que-tanta-gente-odeia-o-marco-civil-da-internet/41215>

[51] Legge n. 12.965, del 23 aprile del 2014, *“Subseção I, Da Guarda de Registros de Conexão, Art. 13 parágrafo 5°: Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo”*; *Subseção III, Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações, Art. 15 parágrafo 3°: “Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo”*.

[52] Si veda il seguente link:

<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2013/11/instalacao-de-data-centers-no-brasil-pode-decidir-acordo-sobre-marco-civil-da-internet-8745.html>

[53] Si veda il commentario al progetto di legge sulla privacy disponibile al seguente link:

<https://securitybreaches.files.wordpress.com/2011/05/anteprojeto-de-lei-brasileiro-sobre-protecao-de-dados-pessoais.pdf> pag.35-36

[54] Dlgs. n. 196 del 30 giugno 2003, recante il Codice in materia di protezione dei dati personali, art. 43: *“il trasferimento anche temporaneo fuori del territorio dello Stato, con qualsiasi forma o mezzo, di dati personali oggetto di trattamento, se diretto verso un Paese non appartenente all'Unione europea è consentito solo in determinate circostanze: a) l'interessato ha manifestato il proprio consenso espresso o, se si tratta di dati sensibili, in forma scritta; b) è necessario per l'esecuzione di obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato, ovvero per la conclusione o per l'esecuzione di un contratto stipulato a favore dell'interessato; c) è necessario per la salvaguardia di un interesse pubblico rilevante individuato con legge o con regolamento o, se il trasferimento riguarda dati sensibili o giudiziari, specificato o individuato ai sensi degli articoli 20 e 21; d) 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; e) 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 trasferiti 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; f) è effettuato in accoglimento di una richiesta di accesso ai documenti amministrativi, ovvero di una richiesta di informazioni estraibili da un pubblico registro, elenco, atto o documento conoscibile da chiunque, con l'osservanza delle norme che regolano la materia; g) 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”, si veda, altresì, l'Art. 44 che elenca gli altri trasferimenti consentiti: “Il trasferimento di dati personali oggetto di trattamento, diretto verso un Paese non appartenente all'Unione europea, è altresì consentito quando è autorizzato dal Garante sulla base di adeguate garanzie per i diritti dell'interessato: a) individuate dal Garante anche in relazione a garanzie prestate con un contratto o mediante regole di condotta esistenti nell'ambito di società appartenenti a un medesimo gruppo. L'interessato può far valere i propri diritti nel territorio dello Stato, in base al presente codice, anche in ordine all'inosservanza delle garanzie medesime; b) individuate con le decisioni previste dagli articoli 25, paragrafo 6, e 26, paragrafo 4, della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, con le quali la Commissione europea constata che un Paese non appartenente all'Unione europea garantisce un livello di protezione adeguato o che alcune clausole contrattuali offrono garanzie sufficienti”.*

[55] Si veda l'art. 45 del Dlgs. n. 196 del 30 giugno 2003, recante il Codice in materia di protezione dei dati personali.

[56] Si veda quanto riportato nella relazione della “BSA - Business Software Alliance”, cd. “2013 BSA Global Cloud Computing Scorecard”, che costituisce un'analisi sulla situazione delle mutevoli politiche relative al *cloud computing*. La “BSA - Business Software Alliance” è un'organizzazione anti-pirateria leader nella promozione di politiche pubbliche per il commercio elettronico e l'innovazione tecnologica. Disponibile al seguente link: [http://cloudscorecard.bsa.org/2013/assets/PDFs/BSA\\_GlobalCloudScorecard2013.pdf](http://cloudscorecard.bsa.org/2013/assets/PDFs/BSA_GlobalCloudScorecard2013.pdf). Si veda altresì la parte dedicata al Brasile: [http://cloudscorecard.bsa.org/2013/assets/PDFs/country\\_reports/Country\\_R](http://cloudscorecard.bsa.org/2013/assets/PDFs/country_reports/Country_R)

*eport\_Brazil.pdf*

[57] Dlgs. n. 196 del 30 giugno 2003, recante il Codice in materia di protezione dei dati personali, Art. 37: *“il titolare notifica al Garante il trattamento di dati personali cui intende procedere, solo se il trattamento riguarda: a) dati genetici, biometrici o dati che indicano la posizione geografica di persone od oggetti mediante una rete di comunicazione elettronica; b) dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, trattati a fini di procreazione assistita, prestazione di servizi sanitari per via telematica relativi a banche di dati o alla fornitura di beni, indagini epidemiologiche, rilevazione di malattie mentali, infettive e diffuse, sieropositività, trapianto di organi e tessuti e monitoraggio della spesa sanitaria; c) dati idonei a rivelare la vita sessuale o la sfera psichica trattati da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale; d) dati trattati con l'ausilio di strumenti elettronici volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato, o ad analizzare abitudini o scelte di consumo, ovvero a monitorare l'utilizzo di servizi di comunicazione elettronica con esclusione dei trattamenti tecnicamente indispensabili per fornire i servizi medesimi agli utenti; e) dati sensibili registrati in banche di dati a fini di selezione del personale per conto terzi, nonché dati sensibili utilizzati per sondaggi di opinione, ricerche di mercato e altre ricerche campionarie; f) dati registrati in apposite banche di dati gestite con strumenti elettronici e relative al rischio sulla solvibilità economica, alla situazione patrimoniale, al corretto adempimento di obbligazioni, a comportamenti illeciti o fraudolenti. 1-bis. La notificazione relativa al trattamento dei dati di cui al comma 1 non è dovuta se relativa all'attività dei medici di famiglia e dei pediatri di libera scelta, in quanto tale funzione è tipica del loro rapporto professionale con il Servizio sanitario nazionale”.*

**QUADERNI DI  
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

**Numero 2 - 2015  
Anno V  
[www. dimt. it](http://www.dimt.it)**

**ISSN (Online edition): 2239-7442**