



DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

ANNO 2016, NUMERO 3

FONDATA E DIRETTA DA
ALBERTO M. GAMBINO

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino, Giorgio Resta, Salvatore Sica

COMITATO SCIENTIFICO

**Guido Alpa, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi, Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia,
Gianpiero Gamaleri, 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, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini**

E

**Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan, David Lametti,
Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho, Maria Páz Garcia Rubio,
Patrick Van Eecke, Hong Xue**

ISSN (Online Edition): 2239 -7442

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IaIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IaIC.

Comitato di Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), PHILIPP FABBIO (Un. Reggio Calabria), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

PIERPAOLO ARGANELLI, MARCO BASSINI, SIMONA CASTALDO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, MONICA LA PIETRA, GAETANO MARINO, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, VALENTINA ROSSI, SILVIA SCALZINI

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8088855, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

INDICE DEL FASCICOLO N. 3

(settembre – dicembre 2016)

<i>Note in tema di reversione degli utili e di arricchimento senza causa nella disciplina della proprietà intellettuale ed industriale</i>	5
Ilaria Garaci	
<i>I nomi a dominio: un nuovo segno distintivo?</i>	24
Carlo Alberto Giusti	
<i>L'autonomia finanziaria delle Autorità indipendenti secondo la Corte di Giustizia</i>	35
Gilberto Nava	
<i>La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online</i>	70
Alessandra Sardu	
<i>Contratti on line e tutela del consumatore.</i>	
<i>Il caso Airbnb</i>	88
Patrizia Docimo	
<i>Internet of Things: privacy vs concorrenza?</i>	108
Davide De Filippis	

*Mexican Constitutional and Regulatory Telecommunications
Developments: Terms of Interconnection with a Dominant
Operator Are Newly Defined 145*
Stefano De Luca

NOTE IN TEMA DI REVERSIONE DEGLI UTILI E DI ARRICCHIMENTO SENZA
CAUSA NELLA DISCIPLINA DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE ED
INDUSTRIALE

Ilaria Garaci
Università Europea di Roma

SOMMARIO: 1. Premessa: l'*enforcement* a tutela della proprietà intellettuale ed industriale. - 2. Verso l'esplorazione di nuove potenzialità applicative dell'arricchimento senza causa. - 3. Responsabilità civile e arricchimento senza causa nella disciplina della proprietà industriale e intellettuale. - 4. La reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale: l'art. 125, comma 3, c.p.i. - 5. Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina del diritto d'autore: 158 l.d.a.

1. Premessa: l'*enforcement* a tutela della proprietà intellettuale ed industriale

L'importanza dell'innovazione tecnica e culturale nel nostro ordinamento è confermata e testimoniata dall'efficiente apparato di strumenti (sia sostanziali sia processuali) predisposti a tutela della proprietà intellettuale e industriale, in ottemperanza alle politiche legislative sviluppatasi sul piano sovranazionale.

Com'è noto, l'Unione europea nel corso degli ultimi decenni, da un lato, ha ampliato le aree suscettibili di protezione, ora attraverso lo strumento brevettuale (si pensi alla direttiva n. 98/44/CE sulle invenzioni biotecnologiche, che ha messo in discussione il paradigma perno della disciplina brevettuale che si fonda sulla distinzione fra invenzione e scoperta), ora attraverso la disciplina autoriale, il cui ambito di applicazione si è esteso fino a ricomprendere creazioni dalla prevalente funzione

utilitaristica (es. software, banche dati, disegno industriale)¹; dall'altro lato, ha rafforzato, attraverso la previsione di un ampio ventaglio di misure sanzionatorie, il sistema di protezione dei diritti esclusivi ².

¹ Da cui l'espressione "creazioni utili" coniata da P.A.E.Frassi, *Creazioni utili e diritto d'autore*, Milano, 1997, 2 ss., per indicare da un lato l'estraneità di tali prodotti alle opere della c.d. arte pura - la cui funzione è unicamente quella (estetica) di suscitare reazioni emotive nel percipiente - e dall'altro la precipua connotazione utilitaria e la loro stretta attinenza al campo della tecnica. Si tenga peraltro presente che l'ampliamento della sfera di protezione ai beni con funzione utilitaristica e, più in generale, la tendenza espansiva dei *property right* nell'area dell'immateriale ha accentuato il conflitto fra gli opposti gruppi di interessi coinvolti nel medesimo processo evolutivo (per uno sguardo d'insieme alle diverse problematiche emerse nella prospettiva evolutiva del diritto d'autore si veda A.M. Gambino- V. Falce (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, 2009), in particolare, portando in rilievo sia interessi di natura concorrenziale tesi essenzialmente alla produzione di innovazione che può derivare dall'opera protetta (sulla relazione tra *property right* e diritto antitrust si rinvia a A.M.Gambino, *La protezione degli interessi dei consumatori tra IP e concorrenza (con spunti utili dal caso Microsoft)*, in *AIDA*, 2007, 170 ss.) sia interessi di natura collettiva, inerenti alla persona la cui sensibilizzazione da parte della dottrina ha portato negli ultimi anni alla ribalta il tema dei "beni comuni", ossia quei beni funzionali all'esercizio di diritti fondamentali della persona di cui se ne rivendica, da un lato, il diritto di accesso e, dall'altro lato, la salvaguardia anche a beneficio delle generazioni future (fra i contributi più recenti sul tema si segnalano: S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 113-137; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; G. Carapezza Figlia, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008; U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007; A. Lucarelli, *Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2007, 2, p. 3).

² La generale tendenza espansiva dei diritti esclusivi si è registrata anche sul piano giurisprudenziale, contribuendo peraltro a dare luogo a quella che è stata definita come la «deriva protezionistica della proprietà intellettuale» (Cfr. G.Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, 2^a ed., Milano, 2008, 208; V. Falce, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Torino, 2012, 20): le corti pur non arrivando a forgiare direttamente nuove situazioni soggettive, dotate del carattere dell'assolutezza, stante il principio del numero chiuso dei diritti esclusivi, sono giunte indirettamente a risultati analoghi: o ampliando istituti o categorie tradizionali, oppure affievolendo i requisiti previsti per la copertura delle privative classiche. Cfr. G. Resta (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, 26 e 31.

Peraltro, attraverso la Direttiva 2004/48/CE (c.d. Direttiva *enforcement*) il nostro sistema della proprietà intellettuale e industriale si è arricchito di una più ampia varietà di rimedi: oltre ai rimedi risarcitori, nell'ambito dei quali si sono delineati più efficienti criteri di liquidazione del danno, sono stati disciplinati strumenti finalizzati ad una tutela reale della proprietà intellettuale (sequestro, distruzione, rimozione, assegnazione in proprietà, ecc.), nonché rimedi di natura prettamente restitutoria. Così l'art. 125 del Codice di Proprietà industriale, sotto la rubrica "Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione", detta una disciplina che, da un lato, regola nuovi più efficienti criteri di liquidazione del danno, colmando così una lacuna della precedente legislazione speciale in materia di proprietà industriale³, dall'altro lato – con il D.lgs 16 marzo 2006, n. 140, che ha attuato l'art. 13 della Direttiva 2004/48/CE - introduce espressamente la disciplina relativa alla c.d. retroversione degli utili, un meccanismo che, unitamente agli altri rimedi, contribuisce ad attribuire all'intero sistema rimediale posto a tutela della proprietà industriale una funzione deterrente diretta ad evitare che il "sistema premi la violazione "efficiente" dei diritti di proprietà industriale⁴ (e dare così attuazione al principio di diritto espresso dalla massima "*tort must not pay*").

I rimedi restitutori, a differenza di quelli risarcitori⁵, obbligano il soggetto responsabile a restituire l'arricchimento prodottosi nella propria sfera giuridico-patrimoniale, indipendentemente sia dalla prova di un danno subito nella sfera del soggetto tutelato, sia dall'esistenza del dolo o della colpa del soggetto che si è arricchito. Si comprende pertanto la particolare attenzione che la dottrina ha ultimamente dedicato a questo tema nell'ambito della lesione della proprietà intellettuale e industriale dove particolarmente avvertita è l'esigenza, da un lato, di approntare un rimedio deterrente idoneo a prevenire le violazioni dei relativi diritti, dall'altro lato, di risolvere questioni, non tanto di natura aquiliana, ma piuttosto di natura "attributiva"

³ P.A.E. Frassi, *Commento all'art. 125*, in A.Vanzetti (a cura di), *Codice della Proprietà industriale*, Milano, 2013, p.1300

⁴ Cfr. M.S. Spolidoro, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 C.P.I.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 157.

⁵ Si veda A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 4 ed., Milano, 2003, 319 ss..

⁶ che riguardando proprio la spettanza dei profitti ricavati dal danneggiante, che possono essere di gran lunga superiori alle perdite subite dal titolare del diritto.

La disposizione che disciplina la reversione degli utili, salutata da molti come novità nel nostro sistema - preceduta peraltro da un acceso dibattito che ha portato il legislatore ad intervenire più volte prima dell'attuale formulazione - rappresenta pertanto la soluzione normativa, sia pure limitatamente ad un determinato settore, ad un problema che da tempo anima un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza : quello della destinazione giuridica dell'arricchimento conseguito mediante lo sfruttamento non autorizzato di un bene altrui e che fu affrontato negli anni '50 da Rodolfo Sacco e Pietro Trimarchi⁷, i quali ebbero il merito, oltre quello di offrire soluzioni specifiche alla questione, di aprire nuove prospettive ai rimedi restitutori, in particolare all'azione di arricchimento senza causa, rimasta fino allora confinata nella logica quasi-contrattualistica di derivazione romanistica, che ne escludeva l'esperibilità in presenza di un atto illecito, perché quest'ultimo avrebbe potuto chiamare in causa solo l'azione di risarcimento.

2. Verso l'esplorazione di nuove potenzialità applicative dell'arricchimento senza causa

⁶ A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 10.

⁷ Il problema della appartenenza dei profitti realizzati con violazione di un'altrui situazione protetta nei casi in cui la lesione non abbia causato danni o comunque abbia permesso la realizzazione di profitti superiore ai danni inferti è affrontato nei noti volumi di Rodolfo Sacco e di Pietro Trimarchi: R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 54 e ss. I due civilisti pervengono a due soluzioni differenti. Secondo Sacco esiste nel nostro ordinamento un principio in base al quale chiunque realizzi lo sfruttamento abusivo di un bene immateriale è tenuto a restituire il relativo arricchimento e ciò indipendentemente dal danno arrecato e indipendentemente dallo stato soggettivo che ha qualificato la condotta dell'autore dell'illecito. Secondo Trimarchi invece si deve distinguere fra usurpatore che abbia agito in buona fede e usurpatore che abbia agito in mala fede. Solo in quest'ultima ipotesi varrebbe il principio della restituzione del profitto, poiché in caso di buona fede è consentito al violatore dell'esclusiva trattenere i frutti della propria iniziativa.

L'introduzione nel vigente codice civile dell'azione generale di arricchimento senza causa, di cui all'art. 2041, se da un lato ha risolto le questioni sorte in merito all'ammissibilità del divieto di arricchirsi a danno altrui, quale istituto del diritto positivo⁸, non ha comunque sopito i contrasti, emersi all'epoca della codificazione del 1865 e sfociati successivamente in questioni ancora più complesse, che hanno riguardato per esempio il fondamento di detta azione, la definizione concettuale dei presupposti, la nozione di sussidiarietà, nonché il rapporto fra arricchimento e responsabilità per fatto ingiusto⁹.

Pur disciplinata fra le fonti delle obbligazioni, l'azione di arricchimento, si è detto, non trova il suo fondamento in una precisa situazione (quale il contratto, il fatto illecito, la gestione di un negozio, ecc..) ma nell'esigenza di "riparare uno squilibrio che si è manifestato senza adeguato fondamento"¹⁰.

I presupposti per agire con l'azione di arricchimento sono delineati dall'art. 2041: il verificarsi di uno spostamento patrimoniale, che può derivare da una prestazione o da un evento di altro genere¹¹; il determinarsi di un vantaggio economico a favore di una parte (che deve perdurare fino alla proposizione della domanda), cui deve corrispondere un impoverimento del soggetto che agisce in giudizio e quindi un nesso di causalità fra arricchimento e impoverimento; la mancanza di giustificazione

⁸ Cfr. E. Moscati, voce *Arricchimento (azione di)*, nel *diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 447 che in particolare sottolinea come il medesimo sfavore da parte degli interpreti si sia protratto particolarmente a lungo nell'ordinamento francese, dove peraltro è di tempi solo recentissimi la riforma del codice civile francese che ne prevede una espressa disciplina, sotto la rubrica "*L'enrichissement unjustifié*" (artt. 1303 à 1303-4) (*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, consultabile sul sito legifrance.gouv.fr)

⁹ E. Moscati, *Arricchimento*, *cit.*, 451, cui si rinvia per una riassuntiva ricostruzione della disciplina dell'arricchimento senza causa, quale clausola generale, nel nostro codice civile e della sua collocazione nel sistema delle fonti, nonché delle problematiche riscontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella definizione concettuale dei presupposti della relativa azione.

¹⁰ A. Trabucchi, voce *Arricchimento (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Vol.III, Milano, 1958, 73

¹¹ *Ibidem*, 69

dell'arricchimento¹². A completare il quadro, l'art. 2042 stabilisce che l'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per fronteggiare l'impoverimento (carattere sussidiario dell'azione), e ciò anche nel caso in cui la relativa azione che si sarebbe potuta esperire si fosse prescritta. Si è inoltre sottolineato che il riferimento normativo al concetto di perdita («diminuzione patrimoniale») e non a quello più ampio di danno, varrebbe ad escludere all'interno di detto rimedio la domanda del c.d. lucro cessante e ciò in quanto obiettivo dell'azione non è quello di ottenere la *restitutio in integrum* ma soltanto quello di “riparare al più grave squilibrio formatosi senza adeguata giustificazione”¹³.

La residualità della fattispecie normativa, unitamente ai rigorosi limiti testuali previsti dal codice hanno di fatto reso tale rimedio poco appetibile nelle aule giudiziarie, tenendo anche conto dello scarso approfondimento scientifico¹⁴ da parte della nostra dottrina in relazione a questo tema, se comparato al contratto e al fatto illecito. E' tradizionalmente considerato un rimedio “estremo e complementare” invocabile eccezionalmente “per le situazioni aberranti”¹⁵. Diversamente negli altri ordinamenti l'arricchimento occupa un ruolo e una funzione diversi. Nell'ordinamento tedesco la disciplina dell'arricchimento (prevista dai §§ 812-822 BGB) è posta sullo stesso piano del contratto e del fatto illecito, sia a livello di approfondimento scientifico¹⁶, sia a livello giurisprudenziale: nella mente dell'avvocato tedesco, di fronte al compimento di un fatto illecito, sono presenti, sia le conseguenze sul piano risarcitorio, sia le conseguenze sul piano

¹² Ibidem, 64 ss..

¹³ Ibidem, 71

¹⁴ Oltre ai noti volumi di Sacco e Trimarchi l'istituto è stato fatto oggetto di un altro importante studio monografico: L. Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964.

¹⁵ In tal senso A. Trabucchi, voce *Arricchimento (diritto civile)* in *Enc. dir.*, Vol.III, Milano, 1958, p. 66

¹⁶ Cfr. A. Nicolussi, *Bereicherungsrecht e arricchimento senza giusta causa*, in *I cento anni del codice civile tedesco*, Atti del Convegno di Ferrara del 26-28 novembre 1996, Padova 2002, 464 ss.

dell'arricchimento. Nell'ordinamento inglese la *law of obligations* contiene al proprio interno la *law of restitution*, accanto al *tort* e al *contract*¹⁷.

A partire però dagli anni '90 si risveglia una particolare attenzione da parte della dottrina nostrana verso i rimedi restitutori con l'intento di esplorarne nuove potenzialità applicative: muovendo dalle intuizioni e riflessioni di Sacco e quindi sul presupposto dell'incapacità dei rimedi risarcitori, per la loro natura prettamente compensativa, di penetrare «nell'angolo morto degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali»¹⁸, ma solo arricchimenti¹⁹ e quindi di risolvere in modo equo il problema delle spettanze degli utili illecitamente percepiti attraverso la «lesione di un potere di disposizione»²⁰, si è tornati ad indagare sui rapporti fra arricchimento e responsabilità civile, chiamando in causa ora la disciplina dell'arricchimento senza causa²¹, ora quella della gestione di

¹⁷ Si veda Goff & Jones, *The law of restitution*, London, 1986

¹⁸ R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 11

¹⁹ Tali illeciti (che non producono depauperamenti ma arricchimenti) costituirebbero infatti lesioni al potere di disposizione assegnato in via esclusiva al titolare che deve essere pertanto tutelato nel caso ingerenze non autorizzate. Cfr. al riguardo A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p.788

²⁰ A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998

²¹ Si segnalano in particolare: P. Gallo, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, , pp. 363 e ss, il quale in particolare prospetta la possibilità di applicare il rimedio ex art. 2041 anche in assenza del requisito del danno (Id, p. 450) ; O. Troiano, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, in *AIDA*, 2000, p. 212-214; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 628-654; A. Nicolussi, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPs*, in *Europa e dir. priv.*, 2002. P. 2003

affari altrui²², ora quella del possesso finalizzata alla riverzione dei frutti²³, confermando peraltro la vocazione generalista di queste categorie del diritto civile²⁴. E' ben vero che, anche alla luce di una recentissima ordinanza interlocutoria della I Sezione della Suprema Corte²⁵, nonché delle autorevoli opinioni²⁶ espresse in favore dell'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro

²² Cfr. P. Sirena, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999; Id, *La restituzione del profitto ingiustificato*, cit., 309-310; Id, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 81-82, il quale in particolare rileva come il requisito della sussidiarietà vada allentandosi nei diversi ordinamenti europei e come di conseguenza la regola del concorso (alternativo ovvero integrativo) di tale azione con quella del risarcimento del danno faccia parte del diritto comune europeo; G. Guglielmetti, *La gestione di affari e la riverzione degli utili*, in *AIDA*, 2000, 174 ss

²³ La soluzione che presupponendo la configurabilità in senso tecnico del possesso dei beni immateriali, prevede l'applicabilità della disciplina sulla riverzione degli utili del "possessore" al titolare del diritto di esclusiva è sostenuta da G. Gitti, *Il "possesso di beni immateriali" e la riverzione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, p. 164 e ss..

²⁴ A. Plaia, *Allocazione contrattuale del rischio e tutela civile della proprietà intellettuale*, in *Danno e resp.*, 2008, 499.

²⁵ Cass. Sez. I civ., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 909, con nota di C. Scognamiglio, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*. L'ordinanza in particolare giudica opportuno un intervento delle Sezioni Unite sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. Il principio, che era stato accolto da Cass. n. 1183 del 2007, poi confermato da Cass. n. 1781 del 2012, si sostanzialmente nell'impossibilità, per contrasto con l'ordine pubblico, di delibare sentenze straniere di condanna al pagamento di somme a titolo di danni punitivi. Le argomentazioni alla base dell'ordinanza muovono proprio dall'evoluzione del concetto di ordine pubblico e dalla constatazione di come la giurisprudenza più recente stia facendo sempre più riferimento all'ordine pubblico internazionale, "da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzitutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria". In questa prospettiva, si afferma nell'ordinanza, non dovrebbe considerarsi pregiudizialmente contrario a valori essenziali della comunità internazionale l'istituto dei *punitive damages*.

²⁶ Cfr. F.D. Busnelli, *Tanto tuonò, che... non piovette. Le Sezioni Unite "sigillano" il sistema*, in *Corr. Giur.*, 2016, 1206; C. Scognamiglio, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, 2015, 912; P. Pardolesi, *Risarcimento del danno, riverzione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012, 143; G.

ordinamento, l'istituto aquiliano sta attraversando un'ulteriore fase di riflessione, che potrebbe aprirlo alla funzione punitiva-deterrente (almeno per quanto riguarda il danno non patrimoniale). Ma allo stato della normativa vigente, nonché del prevalente indirizzo giurisprudenziale consolidatosi sul tema, possiamo dire che alla responsabilità civile, è assegnata solo una funzione riparatoria-compensativa, ad essa quindi è per il momento estranea la finalità punitiva, ciò che ne costituisce pertanto un limite sotto il profilo della deterrenza degli illeciti.

Proprio questo limite ha quindi spinto la dottrina ad evocare i suddetti istituti in funzione di supporto (integrativo) alla responsabilità civile e a tracciarne pertanto le linee evolutive in conformità anche alle norme presenti nei vari progetti di codice civile europeo²⁷. Con riferimento all'arricchimento senza causa si è così prospettata una lettura di più ampio respiro dell'art. 2041, che, quale clausola generale dell'ordinamento, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno²⁸, può trovare applicazione in tutti i casi in cui l'ingerenza illecita arreca beneficio patrimoniale al convenuto senza provocare al soggetto leso alcun danno (così i casi di violazione dei diritti sui beni immateriali e in generale i casi di lesione dei diritti della personalità)²⁹.

Ponzanelli, "Danni punitivi: no grazie", in *Foro it.* 2007, I, 1462; Busnelli, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, in Busnelli-Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano 1985, 3 ss.; G. Calabresi, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in Busnelli- Scalfi, *cit.*, 413 ss.

²⁷ Il libro VII del *Draft Common Frame of Reference*, sulla scia della codificazione tedesca accoglie una definizione molto ampia dell' "unjustified enrichment": "a person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another's disadvantage is obliged to that another to reverse enrichment". Non essendovi inoltre alcun riferimento al limite previsto nell'art. 2041 che vuole l'indennizzo racchiuso fra l'arricchimento e la diminuzione patrimoniale, l'obbligazione restitutoria si intende commisurata all'intero arricchimento e non al solo valore di mercato del bene.

²⁸ Cfr. A. Albanese, *L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno*, in *Contr. e impr.*, 2009, 822.

²⁹ Cfr. A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, *cit.*, 786-791; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 629-630. Per una prospettiva storica e comparatistica si veda B. Kupisch, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di*

Nella medesima prospettiva, si deve dare atto di quegli approfondimenti scientifici che, facendo leva sul limite dell'azione di arricchimento, che consentirebbe soltanto la restituzione del valore di mercato del bene usurpato, senza la possibilità di ottenere la restituzione dei profitti lucrati illegittimamente, hanno invece offerto una lettura innovativa della disciplina sulla gestione di affari altrui, che ne consentirebbe l'applicazione non solo nei casi di gestione negli affari altrui intrapresa con spirito altruistico, ma altresì nei casi di gestione "egoistiche", realizzate quindi con l'intento di appropriarsi di altrui utilità³⁰.

3. Responsabilità civile e arricchimento senza causa nella disciplina della proprietà industriale e intellettuale

L'irriducibilità della responsabilità civile alla lesione del potere di disposizione appare particolarmente evidente nei fenomeni di violazione della proprietà intellettuale, dove, a rilevare, sono molto spesso più i vantaggi economici conseguiti da chi illecitamente ha violato il diritto altrui, piuttosto che i danni subiti dal titolare del diritto³¹ - ciò che si verifica, per esempio, ogni volta in cui le capacità e i mezzi del contraffattore o usurpatore sono superiori a quelli di cui dispone il titolare del diritto leso. Quando infatti la violazione riguarda il potere esclusivo di disposizione, senza incidere sul godimento del bene da parte del suo titolare³², il rimedio della restituzione dei profitti si rivela più coerente con la struttura e la funzione dei diritti di proprietà intellettuale³³, che deve intendersi diretta ad incoraggiare la negoziazione dei diritti esclusivi e, per essa, la

arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni, in Europa e dir. priv., 2003, 857.

³⁰ Cfr. P. Sirena, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 277; G. Guglielmetti, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, cit., 174 ss.;

³¹ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 637.

³² Ciò che ricorre quasi sempre quando si tratta di beni immateriali, che sono suscettibili di uso non rivale: la contraffazione di un marchio per esempio non incide direttamente sul bene tutelato, danneggiandola

³³ Cfr. G. Guglielmetti, cit., 185.

remunerazione di autori e inventori, sì da garantire lo sviluppo dell'attività creativa ed inventiva³⁴. Di contro il rimedio risarcitorio, in quanto focalizzato sul solo danno subito dalla parte lesa e in ogni caso per le difficoltà probatorie che incontra la liquidazione del lucro cessante, appare spesso inadeguato³⁵.

Non sono peraltro mancate decisioni giurisprudenziali che, anche sulla scorta delle suggestioni provenienti dall'esperienza di *common law* - nella quale si è gradualmente registrata un'espansione dei c.d. doveri equitativi al fine di ampliare i rimedi tesi alla restituzione del profitto³⁶ - hanno fatto largo ricorso alla valutazione equitativa del danno, quindi basandosi non già sulla perdita subita dal danneggiato, ma sui profitti conseguiti dall'autore dell'illecito, quale criterio di riferimento del lucro cessante³⁷, ovvero sul c.d. "giusto corrispettivo"³⁸ per la utilizzazione dell'invenzione o dell'opera (c.d. giusto prezzo del consenso), che il titolare avrebbe potuto dare per autorizzare lo sfruttamento dell'opera o del brevetto (tecnica tra l'altro che

³⁴ Ciò che può efficacemente realizzarsi in quanto il sistema della proprietà intellettuale sia strutturato in modo tale da incoraggiare *ex ante* lo scambio volontario, la negoziazione dei diritti esclusivi, piuttosto che realizzare *ex post* gli effetti di uno scambio. Cfr. al riguardo G. Guglielmetti, cit., 179.

³⁵ M. Barbuto, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 197; G. Guglielmetti, cit., p.174; A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit., 30, che mette in luce la divergenza in punto di liquidazione dei danni derivanti da lesione della proprietà intellettuale negli Stati Uniti.

³⁶ Si pensi per esempio al successo ottenuto da uno strumento innovativo: il c.d. *disgorgement*, rimedio che, operando nell'ambito della *law of restitution*, consente alla vittima dell'inadempimento di agire per ottenere un risarcimento basato non già sulla perdita ma sui profitti conseguiti dalla parte inadempiente. Per una breve disamina dei profili applicativi del *disgorgement* si veda P. Pardolesi, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. Ind.*, 2012, 133, che in particolare analizza il possibile impatto di detto rimedio nel sistema giuridico italiano.

³⁷ Cfr. Cass 24 ottobre 1983, n. 6251, in *Dir. aut.*, 1984, 52; Cass. 8 luglio 1998, n. 6674 in *AIDA*, 1999, 583.

³⁸ G. Sena, *Il risarcimento del danno derivante da contraffazione di brevetto, la sorte dei beni contraffatti e l'arricchimento del contraffattore*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, 21.

ha trovato particolare applicazione nel campo del diritto d'autore e della violazione dei diritti della personalità³⁹.

Si tratta a ben vedere di soluzioni che di fatto hanno sovrapposto i rimedi risarcitori con quelli restitutori, senza tuttavia tenere conto degli stessi limiti posti dalle diverse fattispecie. Peraltro, oltre a rivelarsi soluzioni inefficaci dal punto di vista pratico, per l'effetto di *underdeterrence* che determinano⁴⁰ - l'usurpatore in altre parole, nella peggiore delle ipotesi, si trova a pagare in un momento successivo ciò che avrebbe comunque pagato per ottenere una licenza di sfruttamento e potrebbe altresì lucrare sulla differenza fra quando conseguito e quanto deve risarcire- , si sono rilevate spesso soluzioni artificiose, in quanto legate alle mere presunzioni di guadagno del titolare dell'esclusiva, che mettono in discussione il criterio del nesso di causalità e di regolarità statistica di cui all'art. 1223 c.c.

Da qui le riflessioni in merito all'opportunità di attribuire un'autonoma rilevanza ai rimedi restitutori, ma allo stesso tempo ampliarne la portata applicativa in modo da recuperare quella funzione di *deterrence* che non è *de iure condito* possibile attribuire al rimedio risarcitorio, sebbene non siano mancate voci in dottrina che hanno avanzato l'idea che la sanzione risarcitoria in caso di violazione della proprietà intellettuale debba avere una funzione oltre che compensativa anche punitiva⁴¹.

Merita a questo punto ripercorrere brevemente alcune tappe dei ragionamenti seguiti da quella parte della dottrina che ha indagato sui rapporti fra gli istituti dell'arricchimento e della responsabilità civile, nella prospettiva di delineare i confini di quest'ultima e arginarne la generale tendenza "espansiva"⁴² : dalla "lesione come fatto distruttivo di ricchezza" si può distinguere una "lesione come appropriazione di ricchezza"⁴³, sicché

³⁹ Per un'ampia casistica si rinvia a P.A.E. Frassi, *I danni patrimoniali. Dal lucro cessante al danno emergente*, in *AIDA*, 2000, 93

⁴⁰ A. Thiene, *La tutela della personalità dal neminem laedere al suum cuique tribuere*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 363.

⁴¹ P. Pardolesi, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, cit., 143.

⁴² A Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 4

⁴³ A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, cit., 788.

il diritto si intende “ leso aquilianamente solo quando vi è lesione sotto il profilo del godimento, mentre si configura una fattispecie di arricchimento ingiustificato quando la lesione inerisce al potere di disposizione”⁴⁴.

Ed invero, specie nei fenomeni di violazione della proprietà intellettuale tale duplice componente della lesione è particolarmente evidente: più che i danni subiti dal titolare del diritto a rilevare sono molto spesso i vantaggi economici acquisiti dall’autore della condotta illecita (che sono il più delle volte di gran lunga superiori alle perdite subite dalla vittima) e che la coscienza sociale non vuole siano attribuiti all’usurpatore o contraffattore del marchio o del brevetto⁴⁵, sebbene tali vantaggi siano frutto della sua iniziativa economica.

In altre parole lo stesso fatto lesivo della proprietà intellettuale può rilevare sia sotto il profilo della responsabilità civile, dando luogo a conflitti di natura aquiliana (legati quindi alla determinazione del danno subito dal titolare di un’esclusiva: es. calo delle vendite, discredito conseguente alla violazione, ecc.), ma anche sotto il profilo dell’arricchimento ingiustificato, e quindi dare luogo a conflitti di natura attributiva, che attengono alla remunerazione del valore di godimento del bene utilizzato (ma non distrutto), ovvero alla distribuzione della ricchezza creata⁴⁶.

Da qui la questione applicativa in merito alla scelta delle due diverse azioni. Al riguardo ritengo opportuno ricordare l’insegnamento che, argomentando in chiave critica alcune soluzioni adottate dalla giurisprudenza tedesca che di fatto hanno operato una commistione fra fatto illecito e arricchimento⁴⁷, ha escluso la strada del concorso alternativo fra le due azioni – in considerazione soprattutto del requisito della sussidiarietà di

⁴⁴ Ibidem, 788

⁴⁵ Cfr. P. Sirena, *La restituzione dell’arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 70.

⁴⁶ In tal senso A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit., 62

⁴⁷ La giurisprudenza tedesca infatti si è mostrata tradizionalmente refrattaria all’idea di dare ingresso in questo ambito all’arricchimento ingiustificato e avrebbe pertanto elaborato un triplice criterio di calcolo del danno risarcibile nella lesione di beni immateriali altrui (danno derivato; il compenso per l’utilizzazione dei beni altrui; profitto del danneggiante quale misura del danno). Si veda A. Nicolussi, *La lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 504,

cui all'art. 2042 – nonché la soluzione che prevede un risarcimento del danno nel quale sia incluso l'arricchimento dell'autore dell'illecito, in ragione della inevitabile funzione sanzionatoria che verrebbe attribuita in tal caso alla responsabilità civile, prospettando piuttosto il «cumulo fra responsabilità e arricchimento, ciascuno per l'oggetto che propriamente lo riguarda: il danno per l'una e l'incremento patrimoniale per l'altra»⁴⁸. Così, rispettando la regola della sussidiarietà, proprio perché la responsabilità aquilana non contempla il risarcimento oltre il danno, ciò che va oltre il danno, in quanto semplice incremento patrimoniale realizzato da chi ha sfruttato illegittimamente la risorsa ricade sotto la disciplina dell'arricchimento⁴⁹.

4. La reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale: l'art. 125, comma 3, c.p.i..

La prospettiva sopra delineata sembra essere quella espressamente accolta dal nostro legislatore nell'ambito della disciplina della proprietà industriale, in particolare nella nuova versione dell'art. 125 del c.p.i., il cui comma 3, inserito dal d.lgs 16 marzo 2006, n. 140, che ha attuato l'art. 13 della Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (direttiva sull'*enforcement*)⁵⁰ prevede il rimedio della restituzione degli utili. L'attuale formulazione della norma, che è stata come detto preceduta da diverse stesure che pur prevedendo la reversione degli utili la lasciavano comunque confinata nell'ambito e nella logica risarcitoria, prevede la separazione concettuale dello strumento risarcitorio rispetto a quello restitutorio, disponendo, peraltro, da un lato, un limite minimo alla liquidazione globale corrispondente alla somma non inferiore a quella dei canoni che l'autore

⁴⁸ C. Castronovo, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.* 2003, 15

⁴⁹ *Ibidem*, 15-16

⁵⁰ La norma peraltro recepisce quanto previsto dall'art. 45, 2° comma, Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (15.4.1994), ratificato con la legge 29.12.1994, n. 747 (Accordi TRIPs)

della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso (c.d. prezzo del consenso), dall'altro lato la possibilità che la restituzione degli utili possa essere chiesta in alternativa al risarcimento del lucro cessante oppure cumulativamente, nella misura in cui essi eccedano tale risarcimento⁵¹. La norma introduce espressamente la previsione di un meccanismo restitutorio, che opera quindi a prescindere dallo stato soggettivo dell'autore della violazione, che prima era previsto solo come rimedio residuale⁵², incardinando così la percorribilità di due strade, secondo quanto preannunciato dalla dottrina cui ho fatto poc'anzi riferimento,: quella risarcitoria (rappresentata dai commi 1 e 2 della norma) e quella restitutoria di cui appunto al comma 3⁵³.

La previsione di tale disposizione consente peraltro di tenere distinti il criterio dei "benefici realizzati dall'autore della violazione" di cui al comma 2, indicato per la quantificazione del danno sotto il profilo del lucro cessante,

⁵¹ Si deve al contributo di Castronovo il merito di aver sollevato la questione del rapporto fra tutela risarcitoria e arricchimento, rilevando l'insufficienza della prima nella proprietà industriale e di averne offerto la soluzione – quella appunto che assegna all'area della responsabilità il risarcimento del danno ingiusto e a quella dell'arricchimento la regolazione dell'incremento patrimoniale, in base alla logica dell'appartenenza – recepita successivamente dalla Commissione Ministeriale incaricata della redazione del Codice di Proprietà Industriale (come osservato da G. Florida, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 7-8) che ha portato all'inserimento della tutela restitutoria, quale voce autonoma che si cumula con il danno emergente (es. spese sostenute per reagire alla contraffazione, peggioramento delle condizioni di mercato conseguenti all'illecito, il danno all'immagine, ecc.) e risulta alternativa solo rispetto al lucro cessante.

⁵² Così M. Barbuto, *La reversione degli utili nel diritto italiano*, in *Dir. ind.*, 2012, 155. Sul punto si vedano altresì: C. Galli, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 109; A. Vanzetti-V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009, 553; A. Vanzetti, *La "restituzione" degli utili di cui all'art. 125, n. 3, C.p.i. nel diritto industriale*, in *Dir. ind.*, 2006, 323, che in particolare sottolinea la funzione di deterrenza all'attività contraffattoria insita nella nuova disposizione.

⁵³ La novità rispetto alla precedente versione dell'art. 125 consiste nell'aver scorporato dal comma 1 del testo originario il riferimento agli utili realizzati dal violatore del diritto per attribuirgli una valenza autonoma nel comma 3: in tal modo le azioni risarcitoria e restitutoria operano autonomamente su due piani distinti.

dagli “utili realizzati” dallo stesso, ben potendo configurarsi un profitto in capo all’usurpatore/contraffattore a prescindere dal mancato guadagno del titolare del diritto⁵⁴.

L’interpretazione della disposizione non è tuttavia pacifica.

Fra gli aspetti controversi si segnala quello relativo alla misura dell’arricchimento da restituire: deve essere restituito tutto l’arricchimento prodotto dall’autore della violazione o solo quello riconducibile al fattore produttivo usurpato (e non ai fattori produttivi dell’usurpatore)?⁵⁵

Sotto un diverso profilo si discute inoltre se il rimedio di cui al comma 3 operi in alternativa rispetto a quello risarcitorio di cui ai commi 1 e 2 o possa invece cumularsi con esso. Sembra prevalere anche in giurisprudenza la tesi che ritiene il rimedio restitutorio cumulativo con il danno emergente (es. spese sostenute per reagire alla contraffazione, peggioramento delle condizioni di mercato conseguenti all’illecito, il danno all’immagine, ecc.) e alternativo solo con il lucro cessante.

La cumulabilità è configurabile infatti in quanto si tenga presente la diversità concettuale dei due rimedi, l’uno, quello risarcitorio, afferente al

⁵⁴ Cfr. A. Thiene, *La tutela della personalità del neminem laedere al suum cuique tribuere*, cit., 367.

⁵⁵ Si è infatti da alcuni segnalata sotto questo profilo l’incongruità della norma nella parte in cui non prevede che la restituzione degli utili debba avvenire nei limiti dell’arricchimento conseguito dall’autore della violazione come diretta conseguenza di questa (In tal senso A. Vanzetti, *La “restituzione” degli utili di cui all’art. 125, n. 3 C.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 2006, 324, il quale porta l’esempio dell’artigiano medio costruttore di deltaplani, che si ritrova a chiedere l’intero utile realizzato da un’azienda che fabbrica aeroplani di linea che abbia fatto uso di un marchio simile a quello che fa capo alla ditta dell’artigiano). *Contra* C. Galli, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 117, che, sottolineando la funzione di deterrence del rimedio, ritiene che gli utili da restituire non siano soltanto quelli direttamente imputabili al fattore sottratto, ma tutti quelli riferibili all’illecito commesso (sul presupposto che “la contraffazione non paghi”). Sotto altro profilo si è sottolineato come la norma possa essere interpretata nel senso di sanzionare più gravemente la contraffazione involontaria rispetto a quella colposa (Cfr. G. Sena, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, 2011, 391-394); Si veda sul punto M. Barbuti, *La reversione degli utili nel diritto italiano*, *Dir. ind.*, 2012, 159.

campo della responsabilità civile, riconducibile alla funzione conservativa dei diritti sui beni, l'altro, quello restitutorio, afferente al campo dell'arricchimento, riconducibile alla funzione attributiva dei diritti, cui spetta la regolamentazione dell'incremento patrimoniale, in base alla logica dell'appartenenza⁵⁶. Tale impostazione peraltro avrebbe il pregio di superare i rilievi legati alla regola della sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento.

Sebbene permangano alcune difficoltà pratiche in merito ai metodi di calcolo degli utili, dei mancati profitti e delle c.d. *royalty* ragionevoli, nonché allo svolgimento delle consulenze tecniche contabili, si tratta in ogni caso di uno strumento efficace per la lotta alla contraffazione, non solo perché rende effettiva la tutela superando i problemi di sottoriparazione del pregiudizio, ma anche perché determina un inevitabile effetto di *deterrence*: tale rimedio infatti facilita il titolare del diritto leso che piuttosto che provare il lucro cessante può avere maggiore convenienza a rilevare gli utili realizzati dall'autore dell'illecito, attraverso la possibilità di ottenere la descrizione delle scritture contabili da parte dell'autore dell'illecito o comunque ricorrere ad una perizia tecnica⁵⁷.

5. Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina del diritto d'autore: 158 l.d.a.

L'art. 158 della legge 21 aprile 1941, n. 633, dedicato al risarcimento dei danni in materia di diritto d'autore, pur essendo stato novellato dal D. lgs 6.3.2016, n. 140 (attuativo della direttiva *enforcement*) non contiene una disciplina specifica e autonoma sulla reversione degli utili, quale quella

⁵⁶ Secondo quindi l'impostazione di Castronovo che avrebbe pertanto influenzato la Commissione Ministeriale incaricata della redazione del Codice di Proprietà Industriale (cfr. G. Florida, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, cit., 7-8).

⁵⁷ Il calcolo degli utili da restituire si rivela operazione sicuramente più ancorata alla realtà e alla capacità del violatore rispetto alla determinazione del lucro cessante che non può che fondarsi su un giudizio ipotetico in merito all'entità delle vendite che il titolare a causa della violazione non ha saputo effettuare. Così rilevato da C. Galli, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, cit., 117.

introdotta nel comma 3 dell'art. 125 e prevede altresì una formulazione diversa anche in relazione alla valutazione del lucro cessante. Dopo aver enunciato i principi contenuti negli artt. 1223, 1226 e 1227, l'art. 158 prevede che il lucro cessante sia valutato dal giudice ai sensi dell'art. 2056 del codice civile, secondo comma, “anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto”. Ci si è domandati pertanto se alla luce di un'interpretazione sistematica delle norme e dei principi nel nostro ordinamento possa offrirsi una lettura in chiave restitutoria anche di questa norma e attribuire quindi al titolare del diritto d'autore leso la possibilità di agire per ottenere la restituzione dell'indebito arricchimento, a prescindere dall'elemento psicologico e anche laddove l'arricchimento superi il danno subito⁵⁸ o se comunque sia necessario un intervento normativo che si allinei a quanto previsto dall'art. 13 della Direttiva *enforcement*, come recepito nel codice della proprietà industriale, nel comma 3 dell'art. 125. Del resto ad avvalorare l'opportunità di una disciplina delle restituzioni anche nei casi di violazione del diritto d'autore vi sarebbe, da un lato, la dimensione europea dell'arricchimento ingiustificato⁵⁹, dall'altro lato la serie di decisioni giurisprudenziali che in questo ambito hanno in diverse occasioni riconosciuto il diritto del danneggiato a ricevere, a titolo di risarcimento, il profitto conseguito dal danneggiante⁶⁰.

⁵⁸ A favore del richiamo ai rimedi civilistici (dell'arricchimento senza causa e della gestione di affari altrui) a tutela del diritto d'autore si veda, fra gli altri: A.M. Gambino, *Diritto d'autore e nuovi processi di patrimonializzazione*, in *Dir. ind.*, 2011, 114 ; A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit.; P.Sirena, *L'efficienza dei rimedi civilistici a tutela del diritto d'autore: prospettive di una ridefinizione sistematica*, in *AIDA*, 2003, 520; A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, cit., 788-791; C. Castronovo, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione*, cit., 7.

⁵⁹ Cfr. Relazione della Commissione europea del 22 dicembre 2010 che auspica il riconoscimento da parte dei tribunali di risarcimenti commisurati all'indebito arricchimento dell'autore della violazione, anche se superiori al danno effettivo subito dal titolare. Si veda P. Marzano, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili nel diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2012, 127-129.

⁶⁰ Cfr. per tutte: Cass. 24 ottobre 1983, n. 6251, in *Dir. aut.*, 1984, 52; Cass. 1 marzo 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 540 con nota di R. Pardolesi, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni puntivi*.

Si tratta tuttavia di una prospettiva che pur giungendo ai medesimi risultati (la restituzione degli utili) si fonda su un percorso logico-argomentativo differente rispetto a quello elaboratosi intorno alla nuova formulazione dell'art. 125, giacché, rimarrebbe confinata nella logica risarcitoria, ricalcando, com'è stato osservato, l'istituto anglosassone del *disgorgement*⁶¹. In quest'ottica si possono allora comprendere le riflessioni in merito ad una natura "polifunzionale" della responsabilità civile⁶², capace di accogliere al suo interno sfumature punitive. Diversamente valorizzando la natura attributiva (e non aquiliana) del conflitto e attraverso di essa il richiamo alla disciplina generale dell'arricchimento ingiustificato (o a quello alla gestione di affari altrui) sembra piuttosto opportuno che il legislatore intervenga nuovamente allineando la norma in questione con quella di cui all'art. 125 c.p.i.⁶³ e ciò essenzialmente per evitare sovrapposizioni di carattere concettuale.

⁶¹ Si veda la nota 36

⁶² Cfr. R. Pardolesi, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, cit., 143.

⁶³ A. Thiene, *cit.*, 2014, 373.

I NOMI A DOMINIO: UN NUOVO SEGNO DISTINTIVO?

Carlo Alberto Giusti
Università di Roma "La Sapienza"

SOMMARIO: 1. Nozione e riferimenti normativi. - 2. La struttura dei nomi a dominio. - 3. I rapporti con gli altri segni distintivi. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Nozione e riferimenti normativi.

La categoria dei segni distintivi si è arricchita, negli ultimi decenni, di una nuova figura, rappresentata dai nomi a dominio (anche detti *domain names*). Il loro ingresso, difatti, può essere inteso quale conseguenza diretta del processo di globalizzazione informatica, realizzata la progressiva influenza della rete anche in ambito commerciale. Similarmente ad altri segni distintivi dell'azienda, anche i nomi a dominio possono essere considerati, sotto il profilo dell'*ubi consistam*, quali beni immateriali, come tali sganciati dal requisito della corporalità ma idonei ad essere oggetto di diritti reali ed assoluti, secondo quanto disposto dall'art. 810 c.c.¹

Ai nomi a dominio, oggi, vengono comunemente riconosciute le seguenti funzioni: quella strumentale di accesso al sito *web* (dell'azienda), contrassegnato dall'apposito dominio², e quella distintiva, propria degli altri segni.

[*] 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 Cascione C.M., *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia: profili problematici*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2008, 1, 34.

² I nomi a dominio, in origine, sono stati concepiti unicamente quali strumenti di accesso più agevole ad un determinato sito, senza necessità di memorizzare l'intero indirizzo di IP (*Internet Protocol*).

Quest'ultima funzione, sebbene inizialmente messa in discussione da una parte della giurisprudenza, ha ottenuto, tuttavia, pieno riconoscimento nel Codice della Proprietà Industriale del 2005, il quale dedica quattro norme ai nomi a dominio. Le prime due, di carattere sostanziale, sono rinvenibili negli artt. 12 e 22, i quali prevedono rispettivamente due divieti: da un lato, il divieto di registrare marchi identici o simili a nomi a dominio usati nell'attività economica³ e, dall'altro, il divieto di utilizzare, come avviene per gli altri segni, *domain names* identici o simili ad un marchio altrui ove possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni, o un indebito sfruttamento della rinomanza del marchio altrui, a prescindere da ogni rischio di confusione, senza giustificato motivo. Quest'ultima previsione, orbene, non fa distinzione tra marchio registrato e marchio di fatto, pertanto, si ritiene che il rischio di confusione del nome a dominio possa sussistere anche con riferimento a marchi non registrati⁴. Sulla verifica dell'indebito sfruttamento della rinomanza di marchio altrui, di cui al citato art. 22 c.p.i., si è occupata la giurisprudenza di merito sul caso "*Mediaset.com*", dove i giudici cautelari hanno affermato che deve essere inibito con urgenza l'uso del nome a dominio "*www.mediaset.com*", relativo ad un sito che commercializza dispositivi di salvataggio di dati multimediali (in inglese, *media set*), in quanto tale denominazione, non meramente descrittiva, si sostanzia in un indebito agganciamento al marchio registrato italiano anteriore Mediaset, attinente alla comunicazione ed ai servizi radiotelevisivi,

³ A differenza degli altri segni distintivi, la giurisprudenza ha ritenuto che anche la mera registrazione, senza l'attivazione del sito, costituisce attività di per sé idonea ad impedire in modo assoluto al titolare del marchio di usarlo anche in rete come nuovo ed ulteriore segno distintivo. In questo senso, *cfr.* Trib. Firenze, 16 maggio 2006; Trib. Bari 1° luglio 2002; Trib. Parma 26 febbraio 2001.

⁴ In tal senso, *cfr.* Trib. Modena, 23 agosto 2000, ove i giudici di merito hanno ravvisato un'attività di un'impresa come diretta a violare i diritti di Poste Italiane avevano citato in giudizio un'impresa di Modena, che aveva registrato i nomi di dominio: «*bancoposta.it*», «*raccomandata.it*», e «*vaglia.it*», sotto il profilo del pericolo di confusione generata nella generalità dei consociati, e di concorrenza sleale di cui all'art. 2598, 1° comma, c.c., in quanto lesivi sia del marchio notorio «*bancoposta*» sia dei marchi di fatto «*vaglia*» e «*raccomandata*».

della cui rinomanza il titolare del sito innanzi richiamato si avvantaggia, almeno nel momento iniziale della ricerca e dell'accesso in Internet (*initial confusion*) da parte degli utenti, tenuto conto che il mercato di riferimento - il *web* - è per ciò stesso comune⁵.

Dal punto di vista processuale, poi, l'art. 118, comma 6 c.p.i. dispone la possibilità di ottenere la revoca o il trasferimento della registrazione di un nome a dominio aziendale concessa in violazione dell'articolo 22 c.p.i. o richiesta in mala fede⁶. L'altra disposizione, di cui all'art. 133 c.p.i., prevede, invece, che l'Autorità giudiziaria può disporre, in via cautelare, oltre all'inibitoria dell'uso nell'attività economica del nome a dominio illegittimamente registrato, anche il suo trasferimento provvisorio, subordinandolo, se ritenuto opportuno, alla prestazione di idonea cauzione da parte del beneficiario del provvedimento. Tale ultima previsione deve considerarsi norma speciale e dunque non estensibile ai marchi d'impresa, cosicché essa non può comportare che ad ogni intestazione/trasferimento di un *domain name* si accompagni la pari intestazione o il pari trasferimento del corrispondente marchio registrato⁷.

⁵ Trib. Roma, ord. 12 giugno 2012.

⁶ Sulle varie ipotesi che danno luogo a mala fede, v., *ex multis*, Martorana M. L., *Deposito del marchio del licenziante e autotutela del licenziatario*, nota a sentenza in *Dir. Industriale*, 2013, 5, p. 478, il quale, richiamando la dottrina in rassegna sul punto, elenca le seguenti fattispecie: la violazione di un'aspettativa legittima altrui, essenzialmente legata a una notorietà *in fieri* del marchio, che, ai sensi dell'art. 6 *bis* CUP, equivale a tutti gli effetti ad una prenotazione di deposito per il titolare perché genera a proprio favore una riserva di registrazione; b) la consapevolezza dell'attività di un terzo finalizzata al deposito di un marchio sino alla configurazione di un vero e proprio abuso di un rapporto di collaborazione e di fiducia; c) un atto emulativo in senso stretto o il deposito del marchio al solo scopo di ostacolare un terzo nell'attività imprenditoriale; d) la registrazione che non è finalizzata ad assolvere alcuna concreta funzione di distinzione sul mercato.

⁷ Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di imprese, Ordinanza 11 gennaio 2016.

2. La struttura dei nomi a dominio: Second Level Domain e Top Level Domain.

Prima di analizzare nel dettaglio la struttura dei nomi a dominio, giova ricordare che l'individuazione dei siti internet è resa possibile dal c.d. indirizzo di IP (*Internet Protocol*), il quale altro non è che un codice numerico, diviso in numeri binari, i quali indirizzano automaticamente il computer ad un sito internet particolare⁸. All'interno di tale codice mnemonico, invero, si colloca il nome a dominio, composto a sua volta da un c.d. dominio di secondo livello (*Second Level Domain* – SLD) e da un dominio di primo livello (*Top Level Domain* – TLD), il quale differisce a seconda dell'appartenenza o meno ad un determinato ambito territoriale ovvero al tipo di attività svolta dall'impresa o ente associato. Il computer, dunque, è in grado di riconoscere il nome a dominio convertendo le espressioni in esse contenute (es. *luiss.it*) in indirizzo IP.

Con particolare riguardo al *Second Level Domain*, è ivi che possiamo riscontrare maggiormente la funzione distintiva del segno in esame, poiché esso viene scelto discrezionalmente dal titolare – salvo i requisiti di validità previsti – ed il nome così selezionato permette di individuare già l'impresa alla quale esso fa riferimento (es. *www.amazon.it*, *www.ebay.uk*, *www.alibaba.com*).

Sebbene non necessaria ai fini costitutivi di un nome a dominio, si deve rilevare che è prevista una procedura amministrativa diversa a seconda dell'estensione territoriale del TLD finalizzata alla registrazione del nome a dominio in questione. In Italia, per esempio, la domanda di registrazione di un nome a dominio a estensione nazionale (“.it”) deve essere presentata al Registro dei Nomi Assegnati (RNA), in seno all'Istituto di Informatica e Telematica Consiglio Nazionale delle Ricerche (IIT - CNR), il quale aggiorna quotidianamente il database dei nomi a dominio assegnati (DBNA)⁹. L'assegnazione, oltre a rispettare i parametri sanciti dal C.P.I., si basa sul principio di matrice statunitense “*first-come, first-served*”, in base

⁸ Jenny Ng, *The Domain Name Registration System*, London, 2013, 13.

⁹ A livello internazionale, il sistema di registrazione è di competenza dell'I.C.A.N.N. (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).

al quale l'assegnazione viene effettuata seguendo l'ordine cronologico delle richieste.

Si deve, inoltre, considerare che le controversie inerenti il *generic top level domain* (gTLD) oltre che ad essere instaurate in sede giudiziaria, possono essere incardinate anche attraverso la procedura amministrativa di risoluzione delle dispute (c.d. MAP – *Mandatory Administrative Procedure*), di competenza dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI).

3. I rapporti con gli altri segni distintivi.

Nella prassi commerciale accade talvolta che in capo ad un nome a dominio, e in particolare all'interno del suo SLD, possa rinvenirsi un'espressione corrispondente ad un marchio o altro segno distintivo altrui. In tale circostanza, in alcune pronunce della giurisprudenza di merito si è ritenuto che il principio sopramenzionato "*first come, first served*" non possa trovare applicazione, data la diversa funzione distintiva svolta tra i segni in questione, dovendosi, invece, far ricorso alle norme concernenti la tutela del marchio¹⁰.

Sono state, in particolare, individuate alcune pratiche illecite legate all'utilizzo di nomi a dominio corrispondenti ad altri segni distintivi. Tra esse meritano essere menzionate l'attività di *domain grabbing* e l'uso ingannevole di *metatag*.

Con l'espressione *domain grabbing* si fa riferimento a quel fenomeno di registrazione di marchi altrui come nome a dominio, al solo fine di appropriarsi della notorietà del segno ed ottenere così un ingiusto arricchimento. Due interessanti casi possono essere menzionati all'origine del fenomeno de quo: negli Stati Uniti, nel 1994, in un articolo apparso sulla rivista "*Wired*", il giornalista americano J. Quittner, nell'intento di dimostrare la relazione economica tra nomi a dominio e marchi, decise di registrare il domain name "*mcdonalds.com*" ancor prima che lo facesse la

¹⁰ Trib. Napoli, sentenza 26 febbraio 2002; Trib. Reggio Emilia, sentenza 30 maggio 2000; Trib. Siracusa, 23 marzo 2001.

multinazionale americana, appunto, McDonald's, ed ipotizzò di vendere il medesimo alla principale concorrente della McDonald's, ossia Burger King. La McDonald's si vide costretta ad acquistare il *domain name* da Quittner. Altra vicenda, nota come *Panavision v. Toeppen*¹¹, riguardò il nome a dominio 'panavision.com' registrato da Mr. Toeppen. Questi informò la società Panavision che avrebbe accettato di interrompere l'uso di tale nome a dominio in cambio di 13.000 dollari. La Panavision, tuttavia, rifiutò l'offerta, citando lo stesso Mr. Toeppen in giudizio, il quale venne dichiarato colpevole di aver violato le leggi federali e statali in tema di "antidilution"¹². Inoltre, la Corte ordinò al Sig. Toeppen sia di risarcire il danno, nonché di trasferire il suo nome a dominio alla società ricorrente.

La pronuncia da ultimo citata non era altro che il preludio a quella che sarebbe stata la vera svolta normativa tesa a limitare l'espansione di pratiche indebite in materia di nome a dominio, realizzatasi in effetti con l'approvazione, da parte del Congresso, dell'*Anti-cybersquatting Consumer Protection Act (ACPA)*, il 29 Novembre 1999¹³.

¹¹ *Panavision Intern., LP v. Toeppen*, 945 F. Supp. 1296 (C.D. Cal. 1996).

¹² Nella sentenza in commento, i giudici federali affermarono testualmente: «*The Court holds that Toeppen has violated the federal and state dilution statutes and enjoins Toeppen from further violations of these laws. This holding will not impede free competition or lead to any of the "parade of horrors" suggested by Toeppen. This case does not grant trademark owners preemptive rights in domain names. Nor does this case grant trademark owners "rights in gross." This decision merely holds that registering a famous mark as a domain name for the purpose of trading on the value of the mark by selling the domain name to the trademark owner violates the federal and state dilution statutes. This holding successfully balances the principles of "fair competition and free competition". In addition, the Dilution Act itself excepts certain uses and thereby protects parties who "innocently" register a famous trademark as a domain name (e.g., a citizen of Pana, Illinois who registers "panavision.com" in order to provide a community political forum would come under the exemption for non-commercial use)*».

¹³ L'ACPA ha comportato, altresì, una modifica al Lanham Act, e sottopone la tutela del ricorrente ad un triplice onere probatorio: a) la titolarità di un marchio; b) che il nome a dominio registrato o utilizzato dal convenuto è identico, o tale da creare confusione con il proprio marchio; c) che il convenuto ha agito con mala fede, profittando della notorietà del marchio.

Data l'assenza in Italia di un'apposita disciplina di contrasto, la giurisprudenza ha ritenuto estensibili i principi di contraffazione all'ipotesi di *cybersquatting*, sebbene nei limiti dell'appropriazione indebita della notorietà del segno altrui¹⁴. Di interesse, a tal proposito, appare una decisione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nel 2012, risolvendo un caso di conflitto tra nome a dominio e marchio¹⁵. L'aspetto rilevante, infatti, risiede nell'affermazione, da parte dell'Autorità, che la registrazione e l'uso di *domain name* corrispondente ad un marchio altrui costituisce un'ipotesi di pratica commerciale sleale - come tale censurabile ai sensi della disciplina prevista nel Codice del Consumo -, basandosi essenzialmente sul carattere "scorretto" della condotta posta in essere dall'impresa convenuta, come tale meritevole di sanzione pecuniaria. La decisione, dunque, segna il passaggio da una tutela meramente privatistica in materia ad una tutela "pubblicistica", la quale si affianca alla prima e tradizionale forma di tutela¹⁶.

Con riguardo, invece, all'uso ingannevole di *metatag*, è opportuno preliminarmente definire il significato di quest'ultimo: essi corrispondono a codici alfanumerici contenenti parole chiave idonee a fornire informazioni sul contenuto di un determinato sito internet, e sono utilizzati dai motori di ricerca per selezionare immediatamente le pagine *web* corrispondenti alle parole chiave incluse nei *metatag*¹⁷. Ciò premesso, una fattispecie indebita può riscontrarsi nel caso di utilizzo di un proprio marchio da parte di società concorrenti le quali, nei rispettivi siti *web*, omettendo ogni riferimento alle società titolari dei marchi, inseriscono nei *metatag* quello stesso marchio al fine di comparire più agevolmente nei primi risultati dei motori di ricerca.

¹⁴ Trib. Milano, sentenza 9 febbraio 2009; Trib. Parma, sentenza 26 febbraio 2001. Per un approfondimento sul punto, v., *ex multis*, Marinelli S., *La disciplina dei nomi a dominio e i rimedi esperibili in caso di cybersquatting*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2015, 3, 405-420.

¹⁵ AGCM, provvedimento del 9 ottobre 2012, n. 23976.

¹⁶ Aranguena G., *Nome e dominio e tutela del marchio verso la social property: slealtà commerciale e il nuovo enforcement del diritto della concorrenza e dei consumatori*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 6, 848.

¹⁷ Aa.VV., in *Proprietà industriale, intellettuale e IT* (a cura di Trevisan & Cuonzo), *op. cit.*, 249.

Di tale ultima situazione giova in questa sede richiamare due interessanti casi, di cui si sono occupate rispettivamente la giurisprudenza nazionale di merito e la giurisprudenza unionale.

Per quanto riguarda il primo, noto come “*Solatube*”, la Sezione specializzata del Tribunale di Milano, oltre a confermare l’orientamento prevalente incline a riconoscere natura distintiva del nome a dominio, offre ulteriori spunti per ciò che concerne le conseguenze giuridiche illecite di “*meta-tag*”¹⁸. I giudici, difatti, affermano che l’uso da parte di una società concorrente di un “*meta-tag*” riprodotto il marchio di un’altra società costituisce illecito concorrenziale imputabile sotto il profilo dell’art. 2598, n. 3 c.c., in quanto determinante il costante e indebito abbinamento nei risultati della ricerca sui vari motori di ricerca del web idoneo a determinare uno sviamento della clientela in violazione dei principi della correttezza commerciale¹⁹.

La Corte di Giustizia, invece, ha avuto modo di pronunciarsi in merito al servizio di posizionamento a pagamento (c.d. “*AdWords*”) offerto da *Google* sul proprio motore di ricerca²⁰. La vicenda prende inizio dalla selezione da parte della società *Marks & Spencer* – società di diritto inglese, specializzata nella vendita al dettaglio di fiori – nell’ambito del servizio di posizionamento *AdWords* di *Google*, del termine «*Interflora*» e di sue varianti, come «*Interflora Flowers*», «*Interflora Delivery*», «*Interflora.com*», «*Interflora co uk*» ecc., quali parole chiave. Di conseguenza, l’utente di Internet, al momento dell’inserimento della parola “*Interflora*” nel motore di ricerca *Google*, si interfacciava con un messaggio della *Marks & Spencer*. La *High Court of Justice* (England & Wales), su ricorso della società *Interflora*, ha così posto questione pregiudiziale alla Corte di giustizia su diversi aspetti dell’uso non consentito, da parte di un concorrente, nell’ambito di un servizio di posizionamento su Internet, di

¹⁸ Trib. Milano, sentenza 20 febbraio 2009.

¹⁹ Per una lettura a margine della sentenza, cfr. Tosi E., *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico "domain grabbing" all'innovativo "key-word" marketing confusorio*, in *Riv. di dir. ind.*, 2009, 4-5. 375.

²⁰ Corte Giust. UE, C-323/2009, sentenza 22 settembre 2011, *Interflora Inc., Interflora British Unit c. Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Ltd.*

parole chiave identiche ad un marchio. I giudici di Lussemburgo, dunque, basano il proprio ragionamento sul presupposto che *“il titolare di un marchio ha il diritto di vietare ad un concorrente di fare pubblicità – a partire da una parola chiave identica a detto marchio che tale concorrente, senza il consenso del titolare del marchio, ha scelto nell’ambito di un servizio di posizionamento su Internet – a prodotti o servizi identici a quelli per i quali tale marchio è stato registrato, quando il predetto uso è idoneo a violare una delle funzioni del marchio”*. Le funzioni svolte dal marchio sono individuate dalla stessa Corte in quella di indicazione d’origine del marchio, di pubblicità e di investimento. Segnala poi la Corte che *“il titolare di un marchio che gode di notorietà ha il diritto di vietare ad un concorrente di fare pubblicità a partire da una parola chiave corrispondente a tale marchio che il suddetto concorrente, senza il consenso del titolare del marchio, ha scelto nell’ambito di un servizio di posizionamento su Internet, qualora detto concorrente tragga così indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio (parassitismo) oppure qualora tale pubblicità arrechi pregiudizio a detto carattere distintivo (diluizione) o a detta notorietà (corrosione)”*. Un annuncio pubblicitario, a partire da una parola chiave siffatta, arreca pregiudizio al carattere distintivo del marchio che gode di notorietà (diluizione), in particolare, ove contribuisca a trasformare la natura di tale marchio rendendolo un termine generico.

Al contrario, il titolare di un marchio che gode di notorietà non può vietare, in particolare, annunci pubblicitari fatti comparire dai suoi concorrenti a partire da parole chiave che corrispondono a detto marchio e che propongono, senza offrire una semplice imitazione dei prodotti e dei servizi del titolare di tale marchio, senza provocare una diluizione o una corrosione e senza peraltro arrecare pregiudizio alle funzioni di detto marchio che gode di notorietà, un’alternativa rispetto ai prodotti o ai servizi del titolare di detto marchio”.

Anche in Italia, nel 2009, il Tribunale di Milano si è pronunciato su una questione relativa all’utilizzo, come parole chiave destinate al servizio di Adwords, di marchi altrui, ritenendo l’uso del marchio di un terzo come parola-chiave nell’ambito di un servizio di posizionamento su Internet lesivo

del marchio allorché ne comprometta una delle funzioni tipiche del marchio stesso e generi confusione nella clientela²¹.

4. Considerazioni conclusive.

Dalla prospettiva innanzi esaminata ed alla luce della sempre più crescente attenzione normativa loro rivolta, è lecito affermare, conclusivamente, che i nomi a dominio devono necessariamente essere ricompresi all'interno della categoria dei segni distintivi, per cui risulta alquanto obsoleta la tesi di coloro che ne contestano simile natura²². Tale riconoscimento, come visto, appare di estrema importanza onde decidere il tipo di tutela che deve essere accordata: laddove, infatti, esso venga qualificato come segno distintivo autonomo, esso sarà idoneo a fondare il giudizio di confusione con i marchi altrui, e quindi il suo titolare potrà vantare diritti sul *nome* stesso, diventando soggetto passivo di cause di contraffazione, di usurpazione e di concorrenza sleale, oppure restarne immune²³. Si può concludere, quindi, che l'arsenale di azioni esperibili, da parte del titolare del nome a dominio, risulta essere composto tanto da misure specificatamente dedicate ai *domain names*, quanto da altre ammesse in via generale per ogni violazione dei diritti di proprietà industriale, secondo lo schema che segue:

- a. l'azione di revoca della registrazione abusiva di nome a dominio aziendale altrui ovvero l'assegnazione del nome a dominio (da parte dell'autorità di registrazione, ai sensi dell'art. 118, co. 6 c.p.i.;
- b. l'azione di inibitoria, in sede cautelare, dell'uso del nome a dominio aziendale illegittimamente registrato ed anche il suo trasferimento

²¹ Trib. Milano, sentenza 11 marzo 2009.

²² Da ultimo, in questo senso, *cf.* Gargiulo G., *L'ultimo nato tra i segni distintivi: il nome a dominio*, in *Il dir. ind.*, 2015, 3, 300. Isolata, altresì, è la tesi secondo cui la qualifica del *nome a dominio* come *segno distintivo* andasse fatta in concreto, caso per caso, in relazione al contenuto ed alla configurazione del sito (Trib. Modena 29 luglio 2000; Trib. Modena 23 agosto 2000).

²³ Così, Canali F., *La disciplina giuridica dei nomi di dominio*, in *Impresa*, 2004, 7-8.

provvisorio, subordinato eventualmente alla prestazione di idonea cauzione fissata dal giudice, ai sensi dell'art. 133 c.p.i.

- c. la pubblicazione del provvedimento, quale misura di carattere generale esperibile per ogni violazione del diritto di proprietà industriale, ai sensi dell'art. 126 c.p.i.

è sempre salva l'azione di risarcimento del danno subito a seguito della violazione del diritto di proprietà industriale, ai sensi dell'art. 125 c.p.i.

L'AUTONOMIA FINANZIARIA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI SECONDO LA
CORTE DI GIUSTIZIA

Gilberto Nava
Università Europea di Roma

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Normativa europea di riferimento. - 3. Normativa nazionale sulla *spending review*. - 4. Il giudizio dinanzi al Giudice amministrativo. - 5. I possibili impatti della sentenza della Corte di Giustizia sulle Autorità indipendenti. - 6. Osservazioni finali.

1. Premessa

La Corte di Giustizia, Sezione II, con la sentenza del 28 luglio 2016 nella causa C-240/15, avente ad oggetto una domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato con ordinanza del 15 maggio 2015 nell'ambito di un giudizio pendente tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCom") contro l'ISTAT, la Presidenza del Consiglio Italiana e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha respinto i dubbi del Consiglio di Stato e le richieste di AGCom in merito alla presunta inapplicabilità anche alla stessa Autorità, in qualità di Autorità Nazionale di Regolamentazione (ANR) ai sensi della regolamentazione europea di settore¹, delle misure di contenimento della spesa pubblica stabilite a livello nazionale. Secondo la Corte, infatti, tali misure di finanza pubblica aventi lo scopo di contenere e razionalizzare la spesa pubblica non violano le norme della Direttiva

[*] 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 la Direttiva 2002/21/CE art. 3, comma 6, recepito all'art. 7, comma 2, d.lgs. 1 agosto 2003, n 259, "*Codice delle comunicazioni elettroniche*", ("CCE").

2002/21/CE², in materia di imparzialità e indipendenza delle ANR, e della Direttiva 2002/20/CE³ in tema di finanziamento in capo alle imprese, a condizione che non pregiudichino concretamente l'indipendenza delle ANR e l'esercizio delle funzioni ad esse attribuite.

In estrema sintesi, il quesito posto alla Corte di Giustizia chiedeva di verificare in via pregiudiziale se il Parlamento di uno Stato membro⁴ potesse applicare le misure di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica anche alle ANR senza implicare una violazione della loro autonomia finanziaria e, quindi, della loro indipendenza.

Come avremo modo di approfondire, le conclusioni a cui giunge la Corte di Giustizia con la sentenza in esame non risultano, ad avviso di chi scrive, approfondire adeguatamente le problematiche sottese all'inquadramento istituzionale delle ANR negli ordinamenti nazionali ed alla rilevanza dell'indipendenza finanziaria; potrebbe essere funzionale ad un miglior funzionamento del Mercato unico avviare un significativo ripensamento comune a livello europeo sul ruolo, sugli obiettivi e, quindi,

² La direttiva 2002/21/CE, come emendata dalla direttiva 2009/140/CE, disciplina all'art. 3, comma 2 il tema dell'indipendenza della Autorità rispetto agli organismi che reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica, al comma 3 l'obbligo degli Stati membri di fare in modo che le ANR esercitino i poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo e risorse finanziarie ed umane adeguate per svolgere i loro compiti istituzionali. Al comma 3bis viene previsto un regime di indipendenza "rafforzato" e il divieto di influenzare in particolare le ANR che sono responsabili della regolamentazione ex ante del mercato e della risoluzione delle controversie tra imprese. Inoltre l'art. 3bis prevede una garanzia per il responsabile o per i componenti del collegio dell'ANR rispetto alle fattispecie di esonero dall'incarico. Dispone inoltre che le ANR debbano avere bilanci annuali separati e pubblici e, come integrata dal Regolamento n. 1211/2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). L'art. 3, comma 4 prevede, infine, che siano rese pubbliche le funzioni esercitate dalle ANR, soprattutto quando le relative competenze sono affidate a una pluralità di organismi.

³ Direttiva 2002/20/CE, art. 12.

⁴ Nel caso in esame un analogo potere potrebbe essere attribuito anche al Governo nell'ambito e nei limiti di un decreto delegato avente ad oggetto il riordino della Pubblica Amministrazione, incluse le ANR, come previsto dalla Legge n. 124/2015.

sui necessari corollari di indipendenza e imparzialità delle Autorità di concorrenza e delle Autorità di regolazione e vigilanza nei settori a rete.⁵

⁵ La bibliografia in merito alle Autorità indipendenti e alla tematica fondamentale della garanzia della sua indipendenza è copiosa, per un approfondimento sulla questione dell'autonomia finanziaria si rinvia in particolare a: F. Patroni Griffi, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996; G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, Passigli, 1997; R. Titomanlio, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; F. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001; S. Buscema, *L'autonomia contabile delle autorità indipendenti*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, Giuffrè, 2002; M. Clarich, *Autorità Indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. Napolitano, *Il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in A. De Vincenti–A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006; G. Napolitano, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giornale Diritto Amministrativo*, n. 3, pag. 260-266; M. Clarich e G. Corso, V. Zeno Zencovich, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Convegno NEXUS, Roma, 27 febbraio 2006; V. Ricciuto, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. Di Raimo-V. Ricciuto (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006; Merusi - M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008; M. D'Alberti-A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, ed in particolare il contributo di M. De Benedetto, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*; G. Paolo Cirillo - R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, vol. XLI, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2010; ASSONIME, *Il finanziamento delle Autorità indipendenti*, Studi, 2011; F. Crocchio, *L'organizzazione e il finanziamento*, in *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, L. Torchia (a cura di), Astrid 2013; Sia consentito rinviare anche ai contributi: G. Nava e V. Mosca, *Rinvio pregiudiziale del TAR Lazio alla Corte di Giustizia per i contributi ad AGCOM: spunti di riflessione sul sistema di finanziamento alle Autorità indipendenti*, in *Diritto, Mercato e Tecnologia*, 1/2012, pag. 26-45 e G. Nava e V. Mosca, *Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi*, dicembre 2016.

2. Normativa europea di riferimento

La direttiva 2009/140/CE, così come il Regolamento 1211/2009/CE che ha istituito il BEREC e il relativo Ufficio, hanno modificato la direttiva 2002/21/CE, rafforzando le garanzie a tutela dell'indipendenza delle ANR nel settore delle comunicazioni elettroniche. In particolare, il nuovo comma 3 dell'articolo 3 della direttiva prevede espressamente che: «3. [...] *Gli Stati membri assicurano che le autorità nazionali di regolamentazione dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti a loro assegnati.*». La nuova previsione introduce, in capo agli Stati membri, l'obbligo di garantire l'adeguatezza delle risorse delle ANR al fine di assicurare le pre-condizioni per il loro corretto funzionamento⁶. Inoltre, sempre la direttiva 2009/140/CE ha aggiunto, all'articolo 3-bis, comma 3, ultimo capoverso, per le ANR che, come AGCom svolgono le funzioni ritenute più complesse in virtù della necessità di bilanciare gli interessi e di incidere sull'evoluzione regolamentare ed industriale dei mercati, ossia le analisi di mercato e la risoluzione delle controversie,⁷ un ulteriore rafforzamento e garanzia dell'indipendenza che si concretizza anche nella disponibilità di risorse finanziarie per assumere adeguato personale qualificato e comunque della pubblicazione del bilancio⁸ e ha rafforzato

⁶ Confronta il "*considerando*" della direttiva 2002/21/CE n. 11 [...] *Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero essere dotate di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l'assolvimento dei compiti loro assegnati*")

⁷ In merito si rinvia alle sentenze della Corte di Giustizia Arcor, causa C-55/06 del 24 aprile 2008, punti 153-156 e Repubblica Federale di Germania, causa C-424/07 del 3 dicembre 2009 e più diffusamente le Conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro presentate il 23 aprile 2009 nella causa C-424/07, punti 65-66.

⁸ Questa interpretazione si può ricavare confrontando il "*considerando*" n. 13 della Direttiva 2009/140/CE secondo cui "*[è] importante che le autorità nazionali di regolamentazione responsabili della regolamentazione ex ante del mercato dispongano di un bilancio proprio che permetta loro di assumere sufficiente personale qualificato. Per garantire la trasparenza è opportuno che il bilancio sia pubblicato annualmente*" e, presumendo che il legislatore comunitario abbia assunto che le diverse competenze regolamentari possano essere suddivise tra una pluralità di amministrazioni, abbia perciò inteso garantire che

l'obbligo di garantire risorse finanziarie e umane sufficienti anche per la partecipazione attiva al BEREC⁹.

Come noto, l'autonomia di bilancio consiste nella capacità di adottare una propria disciplina delle spese di bilancio (anche divergente dalle norme di contabilità generale dello Stato) e definire in modo autonomo la gestione delle proprie spese¹⁰. Le direttive europee in materia di comunicazioni elettroniche lasciano impregiudicata la provenienza del finanziamento delle ANR che può, dunque, essere a carico delle finanze pubbliche o del mercato di competenza: tuttavia, l'articolo 12 della direttiva n. 2002/20/CE definisce il principio della stretta e necessaria corrispondenza tra, da un lato, i costi sostenuti dall'ANR per l'adempimento alle specifiche attività che il legislatore europeo ha stabilito che possono essere valorizzate ai fini della quantificazione dei diritti amministrativi¹¹ e, dall'altro, il contributo riscosso dagli operatori. La coerenza tra attività che possono essere valorizzate e relativi costi dovrebbe essere garantita dall'obbligo di trasparenza contabile

almeno l'ANR che si occupa di tematiche più "delicate", quale la regolamentazione *ex ante*, abbia adeguate risorse finanziarie e un bilancio trasparentemente pubblicato.

⁹ Il BEREC è l'organismo dei Regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, con sede a Riga (Estonia) istituito dal Regolamento CE 1211/2009, che ha la finalità di facilitare, mediante l'adozione di linee guida condivise dalle ANR, l'attuazione coerente della normativa europea di settore e supportare la Commissione nell'implementazione della normativa europea. Il BEREC è costituito da un comitato di regolatori composto dai rappresentanti delle ANR e da un ufficio di supporto che ha natura di agenzia dell'Unione europea.

¹⁰ In merito si rinvia anche all'autonomia e indipendenza sotto il profilo finanziario previste dall'art.1, comma 1, della legge n. 249/1997, istitutiva di AGCom, e dall'art. 2, comma 5 della Legge 14 novembre 1995, n. 481.

¹¹ Art. 34, comma 1: "[...]possono essere imposti alle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti di uso, diritti amministrativi che coprono complessivamente i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti di uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, ivi compresi i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, ed in particolare di decisioni in materia di accesso e interconnessione.[...].

e dalla pubblicazione di una specifica contabilità¹², distinta dal bilancio annuale di AGCom¹³.

3. La normativa nazionale sulla *spending review*

Il giudizio posto all'esame della Corte di Giustizia ha origine da una complessiva azione di politica legislativa di durata pluriennale che ha imposto una profonda manovra di *spending review* alle amministrazioni pubbliche e che prevede di applicare anche ad AGCom, così come alle altre Autorità indipendenti, le misure di finanza pubblica pianificate per le altre amministrazioni e volte a conseguire un contenimento o un risparmio di spesa, nonché si propone di introdurre ulteriori vincoli che incidono sulla propria dotazione finanziaria.

L'imposizione del programma di contenimento della spesa pubblica è stato attuata, in termini di tecnica legislativa, in una prima fase inserendo AGCom nell'Elenco ISTAT cui veniva fatto rinvio dalle disposizioni di

¹² Secondo il Consiglio di Stato, Sez. III, 5 febbraio 2015, n. 600, “*si tratta di un documento che non coincide con il bilancio dell’Autorità, né lo doppia, giacché esso serve al calcolo, anch’esso soggetto a facile e immediata leggibilità, delle differenze tra l’importo totale dei diritti riscossi ed i costi amministrativi sopportati, al fine pure di apportare le opportune rettifiche, in dare o avere con le imprese contribuenti*”.

¹³ Sul tema si rinvia alla copiosa giurisprudenza in merito ed in particolare alle sentenze della Corte di Giustizia del 18 settembre 2013 nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12, Vodafone e altri, del Consiglio di Stato, sez. III, nn. 600, 810, 1224, 1273, 1274/2015 e, più di recente, *ex multis*, la sentenza TAR Lazio, sez. III n. 2337/2017 che annullato le delibere AGCOM n. 547/13/CONS e 71/14/CONS relative alla misura e modalità di versamento del contributo dovuto ad AGCom per l’anno 2014 e la sentenza TAR Lazio, sez. III, n. 2313/2017 con la quale sono state annullate le delibere AGCom n. 567/14/CONS e 87/15/CONS relative alla misura e alle modalità di versamento del contributo dovuto ad AGCom per l’anno 2015, sentenza con la quale il giudice amministrativo ha negato qualsivoglia natura di norma di interpretazione autentica della disposizione di cui al comma 2-bis dell’art. 34 del Codice delle comunicazioni elettroniche, aggiunto dall’art. 5 della legge 29 luglio 2015, n. 115, con ciò non potendosi ritenere sanare retroattivamente la previgente disciplina regolamentare relativa alla contribuzione. Sul tema si veda, *ex multis*, M. Orofino, *L’impatto delle sentenze del Consiglio di Stato nn. 600, 810, 1224, 1274 e 1712 del 2015 sul sistema di funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2015, 1, pag. 247-264.

finanza pubblica di c.d. *spending review* per definirne l'ambito soggettivo di applicazione e, successivamente, riferendosi direttamente al comparto delle Autorità indipendenti nazionali. AGCom ha perciò impugnato dinanzi al giudice amministrativo l'Elenco del 2012, adottato dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 5, legge n. 311/2004, e, nell'istanza di rinvio pregiudiziale, ha eccepito l'illegittimità comunitaria della disposizione di cui all'art. 1, comma 2, legge n. 196/2009, che annovera l'AGCOM tra le *“amministrazioni pubbliche”* cui si applicano *“le disposizioni in materia di finanza pubblica”*.

Ricapitoliamo di seguito i principali provvedimenti legislativi anteriori al 2010 adottati nella prospettiva di una politica di contenimento dei costi per le pubbliche amministrazioni.

Sotto il profilo dell'autonomia gestionale e della capacità di spesa, ha trovato applicazione l'art. 1, comma 5, Legge n. 311/2004 che ha previsto limiti di spesa per tutte le *“amministrazioni pubbliche”* indicate negli elenchi ISTAT. In particolare, per il triennio 2005 – 2007, la spesa complessiva di tali amministrazioni non ha potuto *“superare il limite del 2 per cento rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno, come risultanti dalla Relazione previsionale e programmatica”*.

Ulteriori restrizioni alla spesa per le *“amministrazioni pubbliche”* inserite negli elenchi ISTAT sono state introdotte con l'art. 22, comma 1, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, secondo cui *“gli stanziamenti per l'anno 2006 relativi a spese per consumi intermedi dei bilanci di enti ed organismi pubblici non territoriali [...], individuati ai sensi dell'articolo 1, commi 5 e 6, della legge 30 dicembre 2003, n. 311 [...] sono ridotti nella misura del 10 per cento, comunque nei limiti delle disponibilità non impegnate alla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

Sono inoltre rilevanti le disposizioni contenute nelle leggi che si sono succedute, in particolare dal 2010, allo scopo di razionalizzare e contenere la spesa pubblica.

Allo scopo di offrire al lettore una efficace panoramica dell'ampiezza e della pervasività degli interventi del legislatore italiano sulla gestione finanziaria delle Autorità indipendenti, elenchiamo di seguito i principali provvedimenti:

- (i) l'art. 6, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, che ha disciplinato la “*Riduzione dei costi degli apparati amministrativi*”, ha imposto la diminuzione del 10 per cento, rispetto agli importi risultanti alla data del 30 aprile 2010, delle indennità, compensi, gettoni, retribuzioni o le altre utilità comunque denominate, percepite dai componenti di organi di indirizzo, direzione e controllo, consigli di amministrazione e organi collegiali comunque denominati e dai titolari di incarichi di qualsiasi tipo presso le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3 della Legge n. 196/2009 (ossia quelle inserite negli elenchi ISTAT) e presso le autorità indipendenti¹⁴. La medesima normativa ha imposto di non “*effettuare spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza, per un ammontare superiore al 20 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2009 per le medesime finalità*”¹⁵, così come per le sponsorizzazioni¹⁶ e per le missioni anche all'estero¹⁷. Le Autorità indipendenti, inoltre, hanno dovuto ridurre la spesa per attività di formazione di oltre il 50 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2009¹⁸, così come le spese per auto blu e buoni taxi¹⁹.
- (ii) Il D.L. 6 luglio 2011, n. 98²⁰ prevede la riduzione delle dotazioni di “*Organismi politico-amministrativi e organi collegiali*” e, in particolare, dispone che “*a decorrere dall'anno 2012 [...] gli stanziamenti [...] delle autorità indipendenti, compresa la Consob,*

¹⁴ Art. 6, comma 3, D.L. n. 78/2010

¹⁵ Art. 6, comma 8, D.L. n. 78/2010

¹⁶ Art. 6, comma 9, D.L. n. 78/2010

¹⁷ Art. 6, comma 12, D.L. n. 78/2010. Queste misure, che appaiono norme di buona amministrazione, in realtà confliggono con alcune peculiarità delle Autorità amministrative indipendenti che, tanto le autorità di concorrenza, quanto le autorità di regolazione nel settore dei trasporti, dell'energia, delle comunicazioni, media dei servizi postali, sono parte integrante di network europei di analoghe autorità e, come parte integrante dei propri doveri istituzionali, cooperano con le competenti direzioni generali della Commissione UE.

¹⁸ art. 6, comma 13, D.L. n. 78/2010.

¹⁹ Art. 6, comma 14, D.L. n. 78/2010.

²⁰ D.L. 98/2011 convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111.

*sono ridotti del 20 per cento rispetto all'anno 2011*²¹, nonché pone limiti all'acquisto o alla locazione di immobili²².

- (iii) Il D.L. 6 luglio 2012, n. 95²³ impone una serie di vincoli ai soggetti inclusi nell'elenco ISTAT che sono tenuti *“ad approvvigionamenti attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A.”*²⁴; *“non possono effettuare spese di ammontare superiore al 50 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2011 per l'acquisto, la manutenzione, il noleggio e l'esercizio di autovetture, nonché per l'acquisto di buoni taxi”*²⁵; devono applicare riduzioni *“pari al 5 per cento nell'anno 2012 e al 10 per cento a decorrere dall'anno 2013 della spesa sostenuta per consumi intermedi nell'anno 2010”* ovvero ad adottare *“interventi di razionalizzazione per la riduzione della spesa per consumi intermedi in modo da assicurare risparmi corrispondenti alle misure indicate nel periodo precedente”*²⁶.
- (iv) Ulteriori misure di contenimento della spesa pubblica sono inoltre previste nella Legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Legge di stabilità 2013), ove all'art. 1 viene imposto il taglio sulle spese per l'acquisto di mobili e arredi (comma 141) e sul conferimento di incarichi di consulenza in materia informatica (comma 146)²⁷.

²¹ Art. 5, comma 2.

²² Art.12, comma 1-*quater*.

²³ D.L. 95/2012 convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

²⁴ Art. 1, comma 7.

²⁵ Art. 5, comma 2.

²⁶ art. 8, comma 3. In particolare la norma prevede che *“[...] Gli enti e gli organismi anche costituiti in forma societaria, dotati di autonomia finanziaria, che non ricevono trasferimenti dal bilancio dello Stato adottano interventi di razionalizzazione per la riduzione della spesa per consumi intermedi in modo da assicurare risparmi corrispondenti alle misure indicate nel periodo precedente; le somme derivanti da tale riduzione sono versate annualmente ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato entro il 30 giugno di ciascun anno.”*

²⁷ In particolare, ai commi 141 e 142 dell'art. 1 della Legge di Stabilità 2013 vengono introdotte delle norme di contenimento delle spese di un tale dettaglio da mettere seriamente in dubbio il permanere dell'autonomia finanziaria e gestionale riconosciuta alle Autorità indipendenti dalla legge 481/1995 e dalle rispettive leggi istitutive (per AGCom la Legge

- (v) Con la Legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014) vengono imposti, all'articolo 1, comma 321, ulteriori tagli di spesa *“che garantiscano ...un risparmio di spesa complessivo annuo maggiorato del 10 per cento rispetto agli obiettivi di risparmio stabiliti a legislazione vigente”*. Di particolare rilievo risulta anche la previsione secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nonché le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità dovevano garantire *“il versamento al bilancio dello Stato di un risparmio di spesa complessivo annuo maggiorato del 10 per cento rispetto agli obiettivi di risparmio stabiliti a legislazione vigente e senza corrispondenti incrementi delle entrate dovute ai contributi del settore di regolazione.”* Come vedremo di seguito, già nel 2013 diverse Autorità, tra cui AGCom, non ricevevano alcuna contribuzione da parte dello Stato, raccogliendo le risorse necessarie per le proprie attività istituzionali dagli operatori presenti nei mercati oggetto di regolazione. La discrepanza logica dell'intervento dello Stato in ottica di *spending review*, anche con riferimento a contribuzioni derivanti interamente dal mercato o, addirittura, l'imposizione di un obbligo di riversare nel bilancio dello Stato i risparmi rispetto alle contribuzioni degli operatori non è stato adeguatamente affrontato dalla sentenza in esame, come vedremo più approfonditamente al successivo § 5.
- (vi) Inoltre le disposizioni contenute nel D.L. 24 giugno 2014, n. 90, recante *“Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”*²⁸, hanno ulteriormente inciso sull'autonomia delle ANR imponendo a tutte le Autorità amministrative indipendenti la gestione unitaria delle procedure concorsuali per il reclutamento del personale²⁹, la riduzione

n. 249/97). Infatti è stato previsto che, ferme restando le misure di contenimento della spesa già disposte dalle vigenti disposizioni, negli anni 2013 e 2014, le Autorità indipendenti non potevano effettuare spese di ammontare superiore al 20 per cento della spesa sostenuta in media negli anni 2010 e 2011 per l'acquisto di mobili e arredi.

²⁸ D.L. 90/2014, convertito dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114.

²⁹ Art. 22, comma 4.

del trattamento economico accessorio del personale³⁰ e l'ulteriore riduzione delle spese per incarichi di consulenza, studio e ricerca e degli oneri economici per gli organi collegiali non previsti dalla legge.³¹

- (vii) Il potere statale di definire i criteri di contenimento della spesa anche in capo alle Autorità indipendenti si pone come presupposto nell'attuazione della delega di cui all'art. 8, comma 1, lett. c), n. 6, Legge n. 124/2015 avente ad oggetto la *“individuazione di criteri omogenei di finanziamento delle medesime autorità, tali da evitare maggiori oneri per la finanza pubblica, mediante la partecipazione, ove non attualmente prevista, delle imprese operanti nei settori e servizi di riferimento, o comunque regolate o vigilate”*³².

³⁰ Art. 22, comma 5.

³¹ Art. 22, comma 6.

³² La Corte Costituzionale, con la sentenza del 25 novembre 2016 n. 251, ha dichiarato parzialmente incostituzionale la legge delega per la riforma della p.a. (legge 7 agosto 2015, n. 124) nella parte in cui aveva previsto solo il “parere”, e non l’“intesa”, con le Regioni per cinque decreti legislativi di attuazione (dirigenza sanitaria, licenziamento disciplinare, società partecipate, dirigenza pubblica, servizi pubblici). Il ricorso era stato presentato dalla Regione Veneto che aveva impugnato la c.d. legge Madia perché ritenuta lesiva delle prerogative regionali e violativa del principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni nelle materie di reciproca competenza. Tra gli articoli oggetto del giudizio di legittimità non figura l'art. 8 in esame. Quindi non è stata impugnata la disposizione dell'art. 8, comma 1, lett. c, n. 6 relativa alla (i) soppressione degli uffici ministeriali che svolgono funzioni sovrapponibili con quelle delle autorità indipendenti, (ii) al trattamento economico dei componenti e del personale delle autorità indipendenti e (iii) ai criteri omogenei di finanziamento delle autorità. L'unica previsione della Legge n. 124/2015 che fa riferimento alle Autorità indipendenti e che è stata impugnata dinanzi alla Corte Costituzionale è l'art. 19, nella parte in cui delega il Governo a operare il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale e a tale scopo fissa una serie di principi e criteri direttivi – tra cui *“individuazione e allocazione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le autorità indipendenti al fine di assicurare la trasparenza nella gestione e nell'erogazione dei servizi, di garantire l'eliminazione degli sprechi, di tendere al continuo contenimento dei costi aumentando nel contempo gli standard qualitativi dei servizi”* (art. 19, comma 1, lettera n) - che andrebbero ben al di là dei limiti entro cui deve attenersi la trasversalità della materia «tutela della concorrenza», incidendo su una pluralità di altri ambiti, rientranti nella sfera di competenza regionale residuale o

Al termine di questo lungo e variegato elenco di misure di *spending review*, ci preme sottolineare che, dalla ampiezza e genericità delle misure individuate dal Legislatore (talvolta con grossolani tagli lineari per categorie di spese), appare complesso distinguere la natura strumentale oppure strategica dei contenimenti e delle razionalizzazioni di spesa imposti e quindi appare difficile valutarne l'impatto effettivo sull'attuazione delle funzioni istituzionali delle Autorità indipendenti, ma in questa sede riteniamo più significativo analizzare i principi affermati dalla Corte di Giustizia e valutare gli impatti in una prospettiva di patologia (degli obiettivi o degli effetti) nella dinamica istituzionale e nel mercato.

Il secondo profilo esaminato dalla Corte di Giustizia nella valutazione, in via pregiudiziale, della compatibilità della normativa nazionale sul contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica è stata la disciplina adottata dal legislatore nazionale in tema di finanziamento (*rectius* autofinanziamento) delle Autorità indipendenti che, per AGCom, rinvia interamente all'art. 12 della direttiva 2002/20/CE. A livello nazionale la disciplina del modello di finanziamento è stata fissata con la legge n. 266 del 2005 (legge finanziaria per il 2006) che, all'articolo 1, commi 65 e 66, ha definito il c.d. sistema di "auto-finanziamento" dell'Autorità che attribuisce al "*mercato di competenza*" l'onere di finanziare le Autorità fissando il tetto massimo dell'aliquota contributiva (nel caso di AGCom, fino al 2 per mille dei ricavi annui maturati dagli operatori). Nel rispetto di questo tetto massimo, ai sensi dell'art. 1, comma 65, Legge n. 266/2005, AGCom determina, di anno in anno, con una prima delibera, adottata di norma negli ultimi mesi dell'anno precedente, l'ammontare e le modalità di

concorrente, in violazione del criterio di proporzionalità. La Corte ha inoltre precisato che le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute nella decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. In particolare, ha affermato la Corte "*Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione*". Si veda anche il parere del Consiglio di Stato n. 83/2017 relativo ad alcune questioni interpretative sull'attuazione di tre decreti legislativi emanati sulla base della Legge 7 agosto 2015, n. 124 e interessati dalla sentenza della Corte Cost.

versamento in capo ai soggetti regolati e, con una seconda delibera assunta nei primi mesi dell'anno di competenza, le istruzioni per il versamento del contributo tramite gli strumenti telematici³³³⁴.

La tabella che segue ci consente di evidenziare come, a partire dal 2010, il contributo statale ai costi di funzionamento di AGCom sia stato del tutto marginale e che dal 2013 l'onere del mantenimento sia passato interamente in capo agli operatori dei mercati oggetto di regolazione e di vigilanza.

L'art. 34 CCE, come novellato dalla Legge 29 luglio 2015, n. 115 (c.d. Legge europea 2014)³⁵ recepisce integralmente il citato articolo 12 della

³³ Per l'anno 2014 ad esempio le delibere n. 547/13/CONS e 71/14/CONS, per il 2015 le delibere 567/14/CONS e 87/15/CONS e per l'anno 2016 le delibere 605/15/CONS e 34/16/CONS.

³⁴ Si richiama inoltre l'art. 2, comma 241, della legge finanziaria 2010, che imponeva all'AGCom, nonché all'ISVAP, all'AEEG e all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici di finanziare per gli anni 2010-2012 altre amministrative indipendenti (AGCM, Garante per la protezione dei dati personali e Commissione di garanzia per l'attuazione delle legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali) trasferendo una quota parte del contributo riscosso dal mercato di competenza. Il Legislatore è intervenuto sul tema anche con le leggi di stabilità 2013 e 2014 parzialmente prorogando il suddetto regime fino al 2016. In merito anche il TAR Lazio con le sentenze 5 marzo 2014, nn. 2530, 2533, 2534, 2538, 2542 e 3504 ha annullato la delibera 599/10/CONS avente ad oggetto le modalità di calcolo e di pagamento della contribuzione ad AGCom per l'anno 2011, che includeva una quota di prelievo destinata in applicazione della citata legge, affermando che “[...] detta legislazione contrasta palesemente con la direttiva autorizzazioni, oltre che in ragione di quanto innanzi già visto, anche avuto riguardo alla specifica (e ulteriore) circostanza che vede (parte del) contributo a carico della ricorrente così destinata a coprire spese di funzionamento di altre autorità indipendenti. Non vi è, per definizione, alcuna corrispondenza con le attività dell'autorità di riferimento, trattandosi di contributi appunto destinati ad altre autorità”.

³⁵ L'art. 5 della Legge Europea 2014 ha modificato l'art. 34 D.Lgs. 259/2003 come segue: “1. Oltre ai contributi di cui all'articolo 35, possono essere imposti alle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti di uso, diritti amministrativi che coprono complessivamente i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti di uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, ivi compresi i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di

direttiva n. 2002/20/CE e quindi assoggetta il sistema di autofinanziamento di AGCom ai vincoli di trasparenza imposti dal legislatore europeo, incluso l'obbligo di pubblicare un rendiconto annuale dei costi amministrativi sostenuti e dei diritti amministrativi riscossi.

Anno di riferimento	Contributo dello Stato		Contributo Operatori
	Erogato	Percentuale del contributo pubblico	
2010	651.000	1,016%	63.408.866,60
2011	145.666	0,190%	76.497.349,26
2012	39.446	0,049%	80.040.769,48
2013	0	0%	73.041.406,20
2014	0	0%	58.742.018,95
2015	0	0%	67.992.908,65
2016	0	0%	82.163.079,97

La natura tributaria degli obblighi contributivi introdotti dal citato art. 1, comma 65 e 66 della Legge n. 266/2005 risulta pacifica ai sensi della giurisprudenza della Corte Costituzionale che li ha qualificati come “*entrate*

altri controlli di mercato, nonché' di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, ed in particolare di decisioni in materia di accesso e interconnessione. I diritti amministrativi sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori. 2. Per la copertura dei costi amministrativi sostenuti per le attività di competenza del Ministero, la misura dei diritti amministrativi di cui al comma 1 è individuata nell'allegato n. 10. 2-bis. Per la copertura dei costi amministrativi complessivamente sostenuti per l'esercizio delle funzioni di regolazione, di vigilanza, di composizione delle controversie e sanzionatorie attribuite dalla legge all'Autorità nelle materie di cui al comma 1, la misura dei diritti amministrativi di cui al medesimo comma 1 è determinata ai sensi dell'articolo 1, commi 65 e 66, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in proporzione ai ricavi maturati dalle imprese nelle attività oggetto dell'autorizzazione generale o della concessione di diritti d'uso. 2-ter. Il Ministero, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, e l'Autorità pubblicano annualmente i costi amministrativi sostenuti per le attività di cui al comma 1 e l'importo complessivo dei diritti riscossi ai sensi, rispettivamente, dei commi 2 e 2-bis. In base alle eventuali differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche”.

tributarie statali” che quindi costituiscono “*legittimo esercizio della competenza statale esclusiva in materia di sistema tributario e contabile dello Stato*” riconducibile alle competenze previste dall’art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione^{36 37}.

Nello stesso senso si è espressa, in modo apodittico, anche la sentenza della Corte di Giustizia in esame che, senza esaminarne le implicazioni fattuali, ha affermato che gli obblighi di contribuzione “*presentano [...] carattere tributario e rientrano nella generale potestà impositiva dello Stato*”.

Anche il modello di determinazione della misura della contribuzione ha passato il vaglio costituzionale poiché il margine di autonomia nel determinare la percentuale della contribuzione viene esercitato nei limiti preventivamente stabiliti dalla legge (e.g. fino al 2 per mille dei ricavi annui degli operatori), quindi nel rispetto della riserva di legge prevista dall’art. 23 Cost.³⁸.

³⁶ Si rinvia in merito alla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2007, n. 256 che ha respinto la questione di costituzionalità sollevata dalla Regione Piemonte e dalla Provincia Autonoma di Bolzano in merito alla contribuzione all’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici che avrebbe violato la competenza regionale in tema di lavori pubblici e di autonomia tributaria. La sentenza è stata commentata da G. Napolitano, *L’autofinanziamento delle autorità indipendenti al vaglio (parziale) della Corte Costituzionale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, 2, pag. 139-142.

³⁷ In senso difforme si è espressa invece la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nell’ordinanza 3 ottobre 2016, n. 19678 con la quale ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di contribuzione ad AGCom a scapito del giudice tributario, affermando, tra l’altro, “*l’impossibilità di identificare il contributo in questione (destinato, come s’è detto, al funzionamento dell’Autorità) come un tributo.*”

³⁸ In questo senso la Corte costituzionale che ha statuito che “*il principio della riserva di legge di cui all’art. 23 Cost. va inteso in senso relativo, in quanto si limita a porre al legislatore l’obbligo di determinare preventivamente sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa*” (ex multis, sentenza Corte Cost. 26 ottobre 2007, n. 350). In dottrina si veda l’analisi relativa al potere deliberativo in tema di contribuzione delle Autorità indipendenti alla luce dell’art. 23 Cost da parte di M. De Benedetto, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D’Alberti - A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, cit., secondo il quale “*la garanzia posta dall’art. 23 Cost. sembra essere assicurata dalle previsioni di legge che disciplinano l’autofinanziamento e circoscrivono il potere deliberativo delle*

4. Il giudizio dinanzi al Giudice amministrativo

AGCom ha impugnato dinanzi al TAR Lazio il Comunicato ISTAT del 2012³⁹ nella parte in cui la includeva tra le *“amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato”* sul presupposto tale elenco rappresenti un costante riferimento per il legislatore nazionale per individuare le amministrazioni pubbliche soggette alle disposizioni di finanza pubblica in materia di contenimento e razionalizzazione della spesa. Il TAR Lazio ha respinto il ricorso con la sentenza n. 5945/2013 del 12 giugno 2013 poiché la qualificazione di AGCOM come *“amministrazione pubblica”* era già stata recepita a livello legislativo. Il TAR Lazio ha rilevato che l’art. 1, comma 2, Legge n. 196/2009, come modificato dall’art. 5, comma 7, D.L. n. 16/2012, ha attribuito *“natura normativa”* all’Elenco ISTAT, aggiornato con cadenza annuale. Ad avviso del TAR, infatti, il legislatore ha preso *“come riferimento l’indagine effettuata dall’ISTAT (come risultante dai predetti elenchi) qualificando in via legislativa tutti gli enti ivi contemplati come “amministrazioni pubbliche”, ai fini dell’applicazione delle misure di finanza pubblica”*. Il TAR non ha ritenuto di disapplicare tale norma per contrasto con la normativa comunitaria (Regolamento UE n. 2223/1996/SEC 95 richiamato da AGCom) né l’ha considerata irragionevole rispetto ai principi costituzionali degli artt. 3 e 97

autorità alla definizione di aspetti puntuali della prestazione”. Sul tema si veda anche la recente sentenza della Corte Costituzionale 7 aprile 2017, n. 69 che a fronte di una questione di legittimità costituzionale rimessa dal TAR Piemonte nei confronti della contribuzione all’Autorità per la regolazione dei trasporti (art. 37, comma 6, lett. b) D.L. n. 201/2011), ai sensi degli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost. ha affermato che *“[...] ad un esame sistematico del contesto normativo di riferimento, il potere impositivo dell’amministrazione trova – nella disposizione censurata e nelle altre norme pertinenti, anche di principio, - limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginare la discrezionalità, anche nella prospettiva dei controlli e, segnatamente, dei controlli giurisdizionali (sentenze n. 215 del 1998 e n. 180 del 1996), la cui incisività in concreto è, a propria volta, essenziale per l’effettività dell’art. 23 Cost.”*

³⁹ Il Comunicato ISTAT è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 28 settembre 2012, n. 227.

Cost., sulla base di quanto già affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 153/2011) e dal Consiglio di Stato (Sez. VI, sentenza 6014/2012).⁴⁰

AGCom ha appellato la citata sentenza TAR chiedendo al Consiglio di Stato di riformare la sentenza di primo grado disapplicando l'art. 1 Legge n. 196/2009 o, in subordine, di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia una richiesta di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE in ordine alla corretta interpretazione e applicazione delle sopracitate disposizioni del diritto dell'Unione europea. AGCom ha lamentato che l'imposizione delle misure in materia di finanza pubblica fossero incompatibili con il principio di autonomia di bilancio delle ANR previsto, come già esaminato al § 2, dalle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE, come integrate dalla direttiva 2009/140/CE.

Il Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 2475 del 15 maggio 2015 ha rilevato che *“laddove emergesse che il diritto europeo osta a una disciplina [...] che comporta il pieno assoggettamento di una ANR di cui all'articolo 3 della direttiva 2002/21/CE alle disposizioni generali in materia di finanza pubblica (e a quelle speciali in tema di contenimento e razionalizzazione delle spese di funzionamento delle amministrazioni pubbliche), la conseguenza sarebbe nel senso di obbligare questo Giudice di ultima istanza a disapplicare tali disposizioni”*. Perciò ha ritenuto meritevoli di attenzione

⁴⁰ La citata sentenza del Consiglio di Stato nel ricorso proposto da ISTAT, Ministero del lavoro e delle politiche sociali e Ministero dell'economia e delle finanze contro una pluralità di casse previdenziali, AEEG e AGCom avverso l'inserimento nel conto consolidato elaborato dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 5, Legge n. 311/2004 e art. 1, comma 3 Legge n. 196/2009, presenta una interessante ricostruzione del ruolo, dei poteri e della collocazione nella pubblica amministrazione delle Autorità indipendenti e stabilisce che (i) AGCom è stata legittimamente inclusa nel corso degli anni nei c.d. elenchi ISTAT trattandosi di una *“amministrazione pubblica in senso stretto”*, cui è demandato l'esercizio di pubblici poteri; (ii) il carattere di autonomia e indipendenza che deve essere riconosciuto ad AGCom non è idoneo a determinare l'esclusione dell'Autorità appellante dalla nozione di *“pubblica amministrazione”* che ne comporta comunque la soggezione alla normativa volta al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica; (iii) che non può tenersi conto, ai fini del decidere, dell'affermato regime di auto-finanziamento in cui opera AGCom, atteso che i contributi imposti ai soggetti sottoposti a vigilanza hanno natura sostanziale di *“tributi”* ai sensi del diritto interno e sono pertanto *latu sensu* riconducibili alla fiscalità generale.

le istanze sollevate da AGCom ai fini della decisione del giudizio ed ha rimesso alla Corte di Giustizia il seguente quesito interpretativo: *“Se i principi di imparzialità ed indipendenza anche sotto il profilo finanziario ed organizzativo che devono essere riconosciuti alle autorità nazionali di regolamentazione di cui all’articolo 13 [recte, articolo 3] della direttiva 2002/21/CE, nonché il principio di sostanziale autofinanziamento di cui all’articolo 12 della direttiva 2002/20/CE ostino a una normativa nazionale (quale quella che rileva nell’ambito del presente giudizio) la quale assoggetta anche tali Autorità in via generale alle disposizioni in materia di finanza pubblica e, in particolare, a specifiche disposizioni in tema di contenimento e razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche”*.⁴¹

5. I possibili impatti della sentenza della Corte di Giustizia sulle Autorità indipendenti

La sentenza in esame ha stabilito, in particolare, che:

⁴¹ L’ordinanza adottata dal Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2475/2015 non si limita a formulare il quesito interpretativo ai fini della remissione alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE, ma articola in modo ampio per quali ragioni ritiene che, *“pur non essendo in grado di individuare con certezza la corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni del diritto dell’UE rilevanti ai fini del decidere”*, comunque *“ritiene maggiormente plausibile la tesi secondo cui l’Ordinamento giuridico dell’UE non osta all’applicazione nei confronti di una ANR ai sensi della direttiva 2002/21/CE di disposizioni nazionali quali quelle descritte sopra”*. L’ordinanza inoltre prospetta una serie di valutazioni fattuali (ad esempio sulla carenza di prove offerte da AGCom in merito all’esistenza di un impedimento effettivo e concreto alla propria capacità di assolvere ai compiti assegnati e sulla natura tributaria del contributo delle imprese ad AGCom) che risultano in punto di diritto piuttosto approssimative, ma che sono state apoditticamente riprese dall’Avvocato generale Campo Sanchez-Bordona nelle conclusioni presentate il 28 aprile 2016 e nella sentenza in esame. A titolo di esempio, l’ordinanza afferma che *“dovrebbe essere riconosciuto ai Giudici Nazionali [...] il potere di valutare se le caratteristiche qualitative e quantitative della singola misura di contenimento e razionalizzazione abbia superato – anche in termini di adeguatezza e proporzionalità – il minimo necessario per conseguire generali obiettivi di finanza pubblica senza ledere il contenuto minimo essenziale delle garanzie richiamate dalla direttiva 2002/21/CE, considerando 11.”* Invero un potere che dovrebbe avere come presupposti delle adeguate competenze contabili, finanziarie e delle effettive esperienze nella gestione di complesse “macchine amministrative” come le Autorità indipendenti.

- (a) dall'art. 3 Direttiva 2002/21/CE non deriva un generale divieto di applicare anche alle ANR la normativa nazionale in materia di finanza pubblica e, in particolare, le previsioni in materia di contenimento e di razionalizzazione della spesa: *“nulla indica, in tali disposizioni [artt. 3, commi 3 e 3-bis, Direttiva 2002/21/CE], che il rispetto di tali condizioni escluda, in linea di principio, che un'ANR sia soggetta a disposizioni nazionali applicabili in materia di finanza pubblica nonché, in particolare, a disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, quali quelle di cui al procedimento principale”* (par. 36);
“è lecito che le ANR siano, secondo l'articolo 3 della direttiva quadro, assoggettate a determinate norme di controllo dei bilanci da parte del parlamento nazionale, compresa l'applicazione ex ante di misure di contenimento della spesa pubblica” (par. 38);
- (b) le misure nazionali di contenimento della spesa possono essere considerate incompatibili con l'art. 3 Direttiva 2002/20/CE solamente qualora siano considerate lesive dell'indipendenza e dell'imparzialità delle ANR, o se ostacolano in modo significativo l'esercizio delle funzioni attribuite alle ANR dal legislatore comunitario: *“Simili misure di contenimento possono pertanto essere considerate lesive dell'indipendenza e dell'imparzialità delle ANR, quali garantite dalla direttiva quadro, e, dunque, incompatibili con l'articolo 3 di tale direttiva, solo se può essere constatato che esse configurano un potenziale ostacolo a che le ANR interessate esercitino in maniera soddisfacente le funzioni loro assegnate da detta direttiva e dalle direttive particolari oppure che le misure in parola sono contrarie alle condizioni che la direttiva quadro impone agli Stati membri di rispettare affinché sia soddisfatto il grado di indipendenza e di imparzialità delle ANR richiesto da tale direttiva”* (par. 39);
- (c) Spetta al giudice nazionale effettuare, in concreto, la verifica sull'eventuale pregiudizio all'indipendenza delle ANR e sugli ostacoli posti alle loro attività istituzionali dalle norme nazionali sulla *spending review*, ma nella specifica fattispecie all'esame del Consiglio di Stato gli elementi fattuali evidenziati da AGCom nel corso del giudizio non

consentivano di provare un concreto pregiudizio derivante dall'impatto delle norme di finanza pubblica richiamate⁴²: *“Il giudice del rinvio rileva a tale proposito che l’Autorità non ha prodotto alcun elemento in tal senso e che si è limitata ad affermare, genericamente, che le disposizioni di cui al procedimento principale pregiudicano la sua autonomia finanziaria e, quindi, la sua indipendenza”* (par. 40)

“le disposizioni particolari sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, di cui al procedimento principale, si limitano, la prima, a contenere l’aumento dell’importo delle spese che può essere deciso dall’Autorità e, la seconda, a disporre la riduzione delle sole «spese per consumi intermedi». Inoltre, come ha rilevato il giudice del rinvio, queste due disposizioni, con il loro carattere generico, conferiscono all’Autorità un ampio margine per la loro attuazione. Si tratta, infine, di disposizioni applicabili a un insieme di enti e organismi pubblici” (par. 41).

- (d) le misure di contenimento della spesa non si pongono in contrasto con l’art. 12 della Direttiva 2002/20/CE dal momento che tale norma non attribuisce alle ANR un diritto “assoluto” di fissare autonomamente la misura annuale della contribuzione e il perimetro applicativo senza tenere conto delle norme nazionali in materia di finanza pubblica, considerata anche la natura tributaria dei contributi annuali ad AGCom: *“Sebbene l’articolo 12 della direttiva autorizzazioni consenta infatti alle ANR di finanziare una parte delle loro attività attraverso la riscossione di diritti amministrativi, non si può tuttavia*

⁴² Sul tema peraltro si era già espressa l’impugnata sentenza del TAR n. 5945/2013 che, nell’analizzare i vincoli di contenimento della spesa pubblica imposti dal D.L. 95/2012, aveva affermato che: *“[...] non potendo ritenersi le stesse capaci di incidere ovvero di limitare il perseguimento di finalità delle Autorità, soprattutto se parametrati agli altrettanti vincoli imposti dall’art. 81 Cost. e all’attuale crisi economica che sta affliggendo la nazione italiana.”* Nello stesso senso si veda anche la sentenza n. 3048/2012 del TAR sez. III quater secondo cui *“anche alla luce del comune buon senso, non può dubitarsi della conformità ai principi costituzionali della norma che, in un periodo di crisi economica che ha colpito il Paese, introduce restrizioni, in particolare a soggetti che beneficiano di contributi e finanziamenti pubblici, id est della collettività”*. Non è la prima volta, nei secoli, che il buon senso può confliggere con il diritto.

ritenere che tale disposizione conferisca all’Autorità un diritto assoluto di fissare l’importo di tali diritti senza tenere conto delle disposizioni nazionali applicabili in materia di finanza pubblica e dirette a contenere e limitare la spesa pubblica. Detti diritti presentano, infatti, come risulta dall’ordinanza di rinvio, carattere tributario e rientrano nella generale potestà impositiva dello Stato italiano” (par. 47).

Invero l’indirizzo applicativo adottato dalla Corte appare censurabile sotto diversi profili e prospetta un’ipotesi interpretativa che appare, da un lato, semplicistica rispetto alle peculiarità istituzionali che le Autorità indipendenti hanno assunto nei diversi Stati membri e, dall’altro, astratta rispetto alla soluzione delle possibili patologie che si possono riscontrare nell’applicazione del principio dell’autonomia finanziaria.

Il quadro legislativo di settore, ed in particolare l’art. 3 della Direttiva 2002/21/CE, come modificato dalla direttiva 2009/140/CE, ha finora affermato l’indipendenza delle ANR rispetto agli operatori di mercato evidenziando la necessità della separazione giuridica e funzionale tra le funzioni di regolamentazione e quelle operative relative alla fornitura di reti o servizi di comunicazioni elettroniche. Il legislatore comunitario ha introdotto anche l’obbligo di garantire l’indipendenza funzionale, ossia un grado di autonomia che non preveda interferenze o potere di indirizzo da parte di altre organismi e l’indipendenza finanziaria che impone di dotare le Autorità di una disponibilità di risorse finanziarie e di strumenti operativi che consentano di svolgere autonomamente la propria missione istituzionale.

Nel contempo la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha anche stabilito quali attività istituzionalmente attribuite nella originaria architettura comunitaria alle ANR possa essere attribuita dal legislatore nazionale ad altri organismi e a quali condizioni, sulla base del principio di autonomia istituzionale di ciascun Stato membro nell’organizzare e configurare le proprie ANR richiamato dall’art. 2, lett. g) della direttiva 2002/21/CE⁴³.

⁴³ Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia l’autonomia istituzionale può operare soltanto “*nel pieno rispetto degli obiettivi e degli obblighi sanciti dalla direttiva in parola*”, sentenze 6 marzo 2008, causa C-82/07, Comision del Mercado de las Telecomunicaciones, punto 24 e Base e altri, C-389/08 punto 26.

La Corte di Giustizia ha stabilito che “*gli artt. 10, n. 1 e 3, nn. 2, 4 e 6 della direttiva quadro devono essere interpretati nel senso che non ostano a che le funzioni di assegnazione delle risorse nazionali di numerazione e quelle di gestione dei piani nazionali di numerazione siano suddivise fra diverse autorità di regolamentazione indipendenti, purché la ripartizione delle funzioni sia resa pubblica, in forma facilmente accessibile, e notificata alla Commissione*”. [...] “*Di conseguenza, qualora dette attribuzioni competano, anche parzialmente, ad autorità ministeriali, spetta ad ogni Stato membro provvedere a che queste ultime non siano, direttamente o indirettamente, coinvolte in funzioni operative ai sensi della direttiva quadro*”.⁴⁴

Inoltre la Corte ha ritenuto che in merito alla definizione del sistema di compensazione del servizio universale e alla sua applicazione agli operatori del settore “[*la direttiva servizio universale*] non osta, in linea di principio, di per sé, a che il legislatore nazionale intervenga in qualità di [ANR] ai sensi della direttiva quadro purché, nell’esercizio di tale funzione, esso soddisfi i requisiti di competenza, d’indipendenza, d’imparzialità e di trasparenza previsti da dette direttive e purché le decisioni che esso adotta nell’ambito di tale funzione possano essere oggetto di ricorsi efficaci presso un organismo indipendente dalla parti coinvolte.”⁴⁵

Unica eccezione rilevante al riconoscimento del potere degli Stati membri di riallocare le funzioni originariamente ipotizzate come parte di un *corpus* unitario ad una pluralità di amministrazioni riguarda alcune funzioni espressamente indicate dalle direttive di settore, quali l’analisi dei mercati rilevanti e la “*ricerca dell’equilibrio tra i suoi diversi obiettivi*” previsti dall’art. 8 nn. 2-4 della Direttiva 2002/21/CE per il quale il legislatore comunitario “*riserva espressamente il perseguimento – e, quindi, il bilanciamento – di tali obiettivi alle ANR, non al legislatore nazionale*”.⁴⁶

⁴⁴ Sentenza della Corte di Giustizia del 6 marzo 2008, causa C-82/07, Comision del Mercado de las Telecomunicaciones, punti 22-27.

⁴⁵ Sentenza della Corte di Giustizia Base e altri, C-389/08 punti 29- 30.

⁴⁶ Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 dicembre 2009, Repubblica Federale di Germania, C-424/07 e conclusioni dell’Avvocato Generale Poirares Madro presentate il 23 aprile 2009, punti 64-66.

Da ultimo, con riferimento alla determinazione di un obbligo tariffario relativo al diritto all'accesso degli operatori di comunicazione elettronica e, specificamente, all'imposizione di un obbligo tariffario per i servizi di transito verso numerazioni non geografiche ai sensi dell'art. 28 della Direttiva 2002/22/CE (Direttiva Servizio Universale), anche in vigore delle citate modifiche apportate al quadro regolamentare dalla direttiva 2009/140/CE, la Corte di Giustizia ha ribadito che *“il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro può prevedere che un obbligo tariffario a titolo dell'art. 28 della direttiva servizio universale [...] sia imposto da un'autorità nazionale diversa dall'ANR di norma incaricata di applicare il NQN, purché detta autorità soddisfi le condizioni di competenza, d'indipendenza, d'imparzialità e di trasparenza previste dalla direttiva quadro e purché le decisioni da essa adottate possano essere oggetto di ricorsi effettivi presso un organo indipendente dalle parti coinvolte, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.”*⁴⁷

La possibilità che un ampio numero di competenze che, nell'architettura originaria si riteneva fossero strutturalmente attribuite alle ANR, possano essere allocate ad amministrazioni nazionali diverse dalle ANR, purché rispettino le citate condizioni di competenza, d'indipendenza, d'imparzialità e di trasparenza, non appare irrilevante anche nella definizione del potere del legislatore di incidere sull'indipendenza finanziaria delle Autorità indipendenti mediante misure di finanza pubblica. Infatti, fintantoché le funzioni derivanti dal quadro comunitario erano svolte (perlopiù) da un unico soggetto al quale fossero riconosciute specifiche competenze tecniche (settoriali o *ratione materiae*) ed il perseguimento di obiettivi di rilevanza pubblica che travalicassero gli interessi politici della maggioranza in vigore per concretizzare un progetto industriale e di mercato di medio/lungo periodo di norma di matrice europea, ad esso potevano essere attribuiti peculiari vantaggi e caratteristiche in termini di indipendenza istituzionale, funzionale, organizzativa e finanziaria. Dal momento in cui i Legislatori ed i Governi degli Stati membri sono stati legittimati ad attribuire ad organismi della pubblica amministrazione diversi

⁴⁷ Sentenza della Corte del 17 settembre 2015, KPN BV, nella causa C-85/14.

dalle ANR competenze appartenenti al plesso regolamentare di settore, a condizione che rispettino le citate condizioni di competenza, d'indipendenza, d'imparzialità e di trasparenza, l'unicità dell'Autorità indipendente come catalizzatore di competenze settoriali o per materia è venuta meno fino al punto in cui la Direttiva 2009/140/CE ha sostanzialmente cristallizzato l'indirizzo della Corte di Giustizia affermando che le attività espressamente riservate dal legislatore alle ANR erano l'analisi dei mercati rilevanti e la composizione delle controversie nelle quali poter attuare "il perseguimento – e quindi il bilanciamento" di una pluralità di interessi concorrenziali ed industriali. Coerentemente il considerando 13 della Direttiva 2009/140/CE richiede espressamente che quantomeno le ANR responsabili della regolamentazione *ex ante* del mercato, ultimo baluardo di un concetto di Autorità indipendente che contemperasse la pluralità di interessi economici, industriali e politici senza essere strutturalmente e gerarchicamente collocato all'interno della pubblica amministrazione, disponesse di un autonomo bilancio e della capacità finanziaria di dotarsi di risorse qualificate, ossia di garantire una autonomia organizzativa e finanziaria.

Sebbene nell'ordinamento italiano finora l'autonomia istituzionale del Legislatore nella gestione delle funzioni regolamentari e di vigilanza nel settore delle comunicazioni elettroniche abbia allocato al Ministero dello Sviluppo Economico un numero limitato, seppure qualitativamente importante, di funzioni quali il rilascio e la vigilanza delle autorizzazioni generali, delle risorse di numerazioni e delle risorse frequenziali, la progressiva politica di inclusione dell'AGCom nei parametri organizzativi e finanziari della pubblica amministrazione, come abbiamo esaminato nei precedenti paragrafi, è stata inevitabile.

E peraltro se tutte le funzioni attualmente allocate ad AGCom (diverse dalle competenze in materia di regolamentazione *ex ante* dei mercati e dalla composizione delle controversie) potrebbero essere attribuite dal Legislatore ad altri organismi della pubblica amministrazione che non devono essere caratterizzati da peculiari caratteristiche istituzionali, non si comprenderebbe perché il Legislatore dovrebbe consentire che attività attualmente svolte da AGCom ma che potrebbero essere nella competenza

di amministrazioni pubbliche differenti e sottoposte alle politiche statali di *spending review*, non siano sottoposte ad analoghe logiche di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica. Alternativamente se l'indipendenza di cui devono essere titolari tutti gli uffici che svolgono attività e sono qualificabili come ANR dovesse sostanziarsi in una estraneità ai vincoli della *spending review*, si dovrebbe ipotizzare che le competenti funzioni del Ministero dello Sviluppo che si occupano di autorizzazioni, risorse di numerazione e risorse frequenziali dovrebbero avere un regime finanziario diverso dai contigui uffici del Ministero che sono competenti su altre tematiche industriali. Si dovrebbe perciò teoricamente realizzare un regime finanziario diversificato sulla base delle funzioni all'interno della medesima amministrazione, arrivando ad ipotizzare un bilancio o un conto economico separato, ipotesi che non appare verosimile.

La soluzione perciò evidentemente dovrà essere diversa e, come proposto nel successivo § 5, passare attraverso una comune politica legislativa a livello europeo che consenta di qualificare la natura delle Autorità indipendenti, anche sotto il profilo finanziario.

Come abbiamo esaminato, la direttiva 2009/140/CE ha introdotto nell'ordinamento europeo l'indipendenza finanziaria prevedendo che le Autorità indipendenti fossero dotate della disponibilità di mezzi economici e materiali per svolgere le proprie attività in modo autonomo. Poiché il quadro istituzionale europeo prevede che - a causa delle sopracitate sentenze della Corte di Giustizia che hanno progressivamente eroso l'unicità e, di conseguenza, la peculiarità delle ANR - le loro competenze possono essere suddivise tra una pluralità di amministrazioni, la natura dell'interazione istituzionale tra Parlamento/Governo e Autorità indipendenti viene profondamente modificato anche sotto il profilo dell'autonomia finanziaria. Risulta evidente che eventuali richieste da parte di una ANR al proprio Parlamento o al Governo affinché vengano garantite adeguate risorse finanziarie per svolgere le attività istituzionalmente previste dal quadro regolamentare europeo, potrebbe comportare una riallocazione delle competenze presso un organismo pubblico che soddisfi le condizioni di competenza, indipendenza, imparzialità e trasparenza, ma, in virtù della propria collocazione gerarchica nella pubblica amministrazione, non

rappresenti un interlocutore istituzionalmente qualificato che, ad esempio, possa efficacemente richiedere ed ottenere delle adeguate risorse finanziarie per dare attuazione ai propri compiti istituzionali. Allo stato non risulta che una simile dinamica istituzionale si sia riscontrata nei confronti di AGCOM, ma rappresenterebbe probabilmente un efficace deterrente all'eventuale richiesta dell'Autorità di ricevere ulteriori contributi economici qualora le risorse provenienti dalla contribuzione ad opera degli operatori ex art. 34 CCE risultassero insufficienti. Ed inoltre l'affermazione astratta della sentenza secondo cui possa essere sufficiente ribadire che nelle Direttive è previsto l'obbligo degli Stati membri di fornire alle ANR la disponibilità di mezzi economici per svolgere le proprie funzioni istituzionali, appare confliggente con il rischio della mancata indipendenza politica della ANR dovuta sia al potere dei Legislatori di imporre che dei Governi di attuare in modo opportunistico le disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese. La possibilità della maggioranza parlamentare di incidere sulle spese di funzionamento delle ANR, e quindi limitare o paralizzare le attività istituzionali, ammessa di fatto dalla sentenza in esame, almeno fino ad un eventuale intervento - inevitabilmente tardivo - come quello del giudice amministrativo ipotizzato dalla Corte di Giustizia, rappresenta infatti un concreto rischio che influirebbe politicamente sull'esercizio indipendente delle funzioni delle ANR. Appare probabile che si creerebbe infatti tra le diverse istituzioni un meccanismo di "obbedienza anticipata" in virtù del quale l'indipendenza politica verrebbe svuotata mediante l'esercizio (concreto o temuto) del potere della maggioranza politica al potere di incidere sull'indipendenza finanziaria. Occorre evidenziare che la somma delle decisioni (parziali) in merito all'indipendenza delle ANR, ed in particolare relative alla loro collocazione istituzionale, possono condurre a situazioni di fatto di "sudditanza politica" derivanti, in particolare, da un potere riconosciuto ai Legislatori, ai Governi e anche all'Alta Amministrazione di legiferare e di gestire la leva finanziaria nei confronti delle Autorità indipendenti che potrebbe condurre a dinamiche istituzionali meno conflittuali e gestibili ma analogamente complesse come quelle già sottoposte al giudizio della Corte di Giustizia in materia di indipendenza

delle Autorità competenti per la vigilanza del trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 28, paragrafo 1, secondo comma della Direttiva 95/46/CE.⁴⁸

La soluzione proposta dalla Corte di Giustizia potrebbe condurre anche ad ulteriori conflitti tra le disposizioni settoriali di matrice europea (ed in particolare l'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE, recepito dall'art. 34 CCE) e le norme nazionali di natura fiscale che volessero incidere sulle spese di funzionamento dell'ANR. Assumiamo infatti che, anche in virtù dei controlli contabili interni ed esterni e delle verifiche in sede giurisdizionale avviate dagli operatori interessati, i diritti amministrativi che gli Stati membri impongono alle imprese regolate ai sensi dell'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE siano effettivamente destinati a coprire soltanto le spese delle ANR relative alle funzioni analiticamente definite nel medesimo articolo⁴⁹ e quindi non siano finalizzati a coprire costi amministrativi della Autorità di qualsivoglia natura⁵⁰, e di conseguenza possano essere logicamente e

⁴⁸ In materia di autonomia politica con riferimento ai poteri statuali di revoca dei componenti dell'Autorità si veda la sentenza della Corte di Giustizia Commissione vs Ungheria, C-288/12 dell'8 aprile 2014.

⁴⁹ Art. 12 direttiva 2002/20/CE 1. I diritti amministrativi imposti alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso:

- a) coprono complessivamente i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione;
- b) sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori.

⁵⁰ In tal senso si rinvia ai § 45 e 46 della sentenza in esame che, in coerenza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ribadisce che: (i) *i diritti amministrativi che gli Stati membri possono imporre, in forza di tale articolo, alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso, al fine di finanziare le attività dell'ANR, devono essere destinati a coprire complessivamente i soli costi amministrativi relativi alle attività menzionate all'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), di tale direttiva. Essi non possono quindi essere destinati a coprire*

contabilmente qualificati come i costi effettivi legati a tali attività svolte e contabilizzate⁵¹ con i criteri di efficienza dell'azione amministrativa. Sulla base di questa assunzione, non appare di conseguenza coerente che, secondo l'indirizzo in esame della Corte di Giustizia, ciascuno Stato membro, sulla base della propria potestà impositiva in materia tributaria, possa ritenere di poter imporre ulteriori vincoli finanziari definendo modalità e percentuali di ulteriore razionalizzazione di queste spese. L'interpretazione adottata dalla Corte di Giustizia nella sentenza in esame appare illogica in termini fattuali poiché entrano in conflitto due fattispecie che sono difficilmente componibili:

- (1) secondo l'ipotesi applicativa adottata dalla Corte, l'ANR non avrebbe adottato i necessari livelli di efficienza e non sarebbero stati efficaci neppure gli strumenti previsti dal legislatore (rendiconto annuale dei costi amministrativi sostenuti e dei diritti amministrativi riscossi) così come non sarebbero stati adeguati e qualificati i controlli contabili, amministrativi e magari anche giudiziari, approntati dalle amministrazioni e dalle parti interessate; oppure
- (2) se le attività fossero state svolte in modo efficiente e il legislatore nazionale decidesse comunque di intervenire per ridurre costi amministrativi, l'ANR dovrebbe necessariamente cessare di svolgere alcune delle attività di regolamentazione previste all'art. 12 della Direttiva Autorizzazioni⁵² poiché non appare coerente con il modello comunitario neppure che la gestione di tale attività sia sussidiata con

spese relative a compiti diversi da quelli elencati da tale disposizione, e segnatamente non i costi amministrativi di qualsivoglia natura sopportati dall'ANR";

(ii) *"i diritti in parola devono coprire i costi amministrativi effettivi risultanti dalle attività citate al paragrafo 1, lettera a), di tale articolo e che vi debba essere equilibrio con tali costi. Il gettito complessivo dei diritti percepito non può quindi eccedere il totale dei costi relativi a tali attività".*

⁵¹ I costi, così come i ricavi derivanti dal contributo, che siano stati puntualmente descritti da AGCom nel rendiconto previsto dalla stessa Direttiva 2002/20/CE all'art. 12 e dall'art. 34 CCE, come emendato dalla Legge Europea 2014.

⁵² Per identificare le attività che sono ritenute meritorie di contribuzione e la cui interruzione risulterebbe *ictu oculi* come un effetto negativo delle politiche di contenimento della spesa pubblica, si veda il citato art. 12, comma 1 lett. a) della Direttiva Autorizzazioni.

risorse provenienti dalla contribuzione derivante da altre attività amministrative (es. provvedimenti relativi ad autorizzazioni o diritti d'uso o gestione di controversie) o, nel modello di ANR integrata prevista dalla L. n. 249/97, dai contributi annuali versati dagli operatori attivi in altri settori regolati (es. media o editoria).

La prima ipotesi presupporrebbe gravi carenze delle ANR e di tutti gli organi di controllo e giurisdizionali tali da ritenere necessario modificare a livello legislativo il modello di contribuzione previsto all'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE ed i relativi modelli di controllo, la seconda ipotesi comporterebbe la necessità per le ANR di non compiere o di attuare parzialmente alcune funzioni che rappresentano dei compiti istituzionali delle ANR previsti a livello comunitario a fronte delle scelte di *spending review* (e quindi di matrice pienamente politica) adottate in ciascuno Stato membro.

Gli effetti di questo conflitto logico e della soluzione prospettata dalla Corte è che ne deriverebbero significative differenze nei diversi Stati membri rispetto alla tempestività e alla profondità dell'attività di regolazione oppure riguardo all'ampiezza e alla intensità della vigilanza sui mercati rilevanti che non sarebbero dipendenti dalla competenza e dall'efficienza delle ANR, ma dalle scelte politiche di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica dei Legislatori e dei Governi i quali potrebbero anche essere, come sovente accade negli ordinamenti europei, titolari di rilevanti partecipazioni nell'azionariato di operatori dominanti. In questo modo l'attenzione del legislatore comunitario nell'imporre la separazione tra le funzioni dello Stato regolatore da quelle dello Stato azionista (art. 3, comma 2 Direttiva 2002/21/CE) avrebbe una attuazione soltanto formale e sarebbe superata attraverso l'utilizzo opportunistico della politica di *spending review*. Infine l'onere degli Stati membri di "*provvedere affinché le rispettive autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo*" [...] "*tempestivo*" non sarebbe adempiuto a causa degli inevitabili impatti delle scelte di *spending review* sull'efficienza dell'AGCom.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, laddove vi sia una previsione europea che attribuisca compiti e funzioni e per i quali il legislatore comunitario ha definito gli strumenti di controllo che ritiene adeguati (la rendicontazione

separata) il legislatore nazionale, anche nel perimetro di competenze quali quelle tributarie che gli sono riconosciute, deve astenersi da intervenire poiché, in concreto, depotenzia il ruolo dell'organismo nazionale incaricato di dare attuazione alle previsioni della regolamentazione europea del settore. Tuttalpiù lo Stato membro potrà attivarsi affinché in sede legislativa europea vengano previsti degli strumenti di controllo più efficaci che incentivino modelli di efficientamento dell'azione amministrativa. La scelta interpretativa della Corte di Giustizia che, partendo dalla specifica questione pregiudiziale ha stabilito dei principi generali di ampia applicazione, rischia di aprire un periodo di grande vulnerabilità per l'indipendenza delle ANR europee esponendole al costante esercizio del potere tributario da parte dei Parlamenti e dei Governi nazionali.

Infine la composizione di questo dilemma, innanzitutto per la stessa ANR, tra l'attuazione delle disposizioni europee settoriali e il rispetto delle norme tributarie nazionali, non può essere efficacemente attribuita, come propone la Corte di Giustizia nella sentenza in esame, al giudice per una serie di motivazioni:

- (i) la previsione che occorra “*constatare che [le misure di contenimento] configurino un potenziale ostacolo a che le ANR interessate esercitino in maniera soddisfacente le funzioni loro assegnate*” necessita di fatto che l'ANR verifichi che una misura di *spending review* già in vigore abbia avuto o stia per avere un effetto negativo sulla propria capacità di regolare, vigilare o sanzionare i comportamenti nei mercati di riferimento. Inevitabilmente l'impatto della misura di contenimento della spesa, anche considerando la tempistica e gli strumenti del diritto processuale amministrativo, avrebbe una influenza negativa sulla capacità di intervento dell'ANR e quindi danneggerebbe il mercato, rappresentato ad esempio dai concorrenti di un operatore dominante oppure dai consumatori, con effetti chiaramente insanabili e non risarcibili.
- (ii) La prova che viene chiesta dalla Corte di Giustizia alla ANR è pressoché una *probatio diabólica* poiché si tratta di dimostrare come delle limitazioni economiche e/o operative siano effettivamente (in un rapporto causa-effetto) in grado di impedire che si realizzino le

condizioni che gli Stati membri devono rispettare per soddisfare “*il grado di indipendenza e imparzialità delle ANR richiesto da tale direttiva*”. Innanzitutto, poiché il grado di indipendenza e imparzialità non è misurato in termini quantitativi ma sotto il profilo degli effetti qualitativi, appare difficile identificare delle “prove” e, comunque, poiché viene rilevato dalla Corte che le misure di contenimento e razionalizzazione vengono imposte dando comunque “*all’Autorità un ampio margine per la loro attuazione*”, ricade di conseguenza sempre in capo all’ANR la necessità di provare che un diverso utilizzo delle risorse finanziarie non avrebbe comunque consentito di “*soddisfare il grado di indipendenza e di imparzialità richiesto dalle direttive*”.

- (iii) Perciò ciascun soggetto titolare di un interesse, e perciò anche gli operatori potenzialmente lesi da un ridotta capacità di intervento dell’AGCom, potrebbe ritenere più efficace attivare in parallelo ad un giudizio amministrativo anche il processo di segnalazione presso la Commissione europea affinché valuti se le norme nazionali non inficino l’attuazione delle norme europee ed, in particolare, se il combinato disposto del mancato finanziamento da parte dello Stato e delle limitazioni finanziarie imposte al funzionamento di AGCom anche per le risorse raccolte in autofinanziamento ai sensi dell’art. 34 CCE non configuri una violazione dell’art. 3, comma 3 della direttiva 2002/21/CE che impone agli Stati membri di fare in modo che le ANR operino in modo “tempestivo” e dispongano delle risorse finanziarie e umane necessarie per svolgere i compiti assegnati dalla normativa europea di settore.

Infine il richiamo della Corte di Giustizia nella sentenza in esame (§47) alla qualificazione dei diritti amministrativi dell’art. 12 della direttiva 2002/20/CE come previsioni di carattere tributario che “*rientrano nella generale potestà impositiva dello Stato italiano*”, congiuntamente alla recente ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 3 ottobre 2016 n. 19678 che ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie in materia di contributi ad AGCom, ci consente di affrontare una ulteriore tematica.

Come abbiamo esaminato al precedente § 3, la previsione di un obbligo per le Autorità indipendenti di versare nel bilancio dello Stato i risparmi ottenuti applicando le disposizioni in materia di *spending review*⁵³, in particolare quando la contribuzione è interamente basata su autofinanziamento dal mercato, desta perplessità. La tematica era già stata affrontata dal Consiglio di Stato in due pareri richiesti da AGCom⁵⁴ e da Consob⁵⁵ nei quali si è affermato, in sintesi, che *“l’obbligo di versamento non può eccedere lo stanziamento a carico del bilancio dello Stato, altrimenti risolvendosi il dovere contributivo degli operatori del mercato in una “vera e propria imposta”, non rapportata ai costi di funzionamento da sostenere e, peraltro, in assenza di una chiara volontà del legislatore”*. La fattispecie esaminata nei due pareri prevedeva che almeno una percentuale della contribuzione per il mantenimento delle ANR provenisse dallo Stato, ma, ad avviso di chi scrive, rimane intangibile il principio secondo il quale il dovere di contribuire al risanamento della finanza pubblica, riversando i risparmi della gestione corrente nel bilancio dello Stato, debba essere

⁵³ Si richiama, ad esempio l’art. 1, comma 321 della Legge di Stabilità 2014.

⁵⁴ Consiglio di Stato, Parere n. 385 del 26 gennaio 2012: *“Il problema che si pone è, dunque, in che termini possa disegnarsi una compartecipazione dell’Autorità ai doveri di solidarietà finanziaria verso lo Stato, senza che ciò implichi uno storno di risorse vincolate al perseguimento della missione istituzionale. Ad avviso della Commissione il punto di equilibrio sotteso all’applicazione dell’art. 6, comma 21 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 all’Autorità è da ravvisarsi nel sostegno finanziario che la stessa riceve dallo Stato, il quale costituisce al tempo stesso fondamento e limite del suo dovere di contribuire al risanamento della finanza pubblica, mediante versamento allo Stato, attraverso le risorse derivanti da risparmi della spesa corrente. Ciò comporta che le somme ricavate da economie di gestione dall’Autorità possano essere destinate al bilancio statale solo relativamente alla parte imputabile ai contributi ricevuti dallo Stato, ossia nella misura corrispondente al valore percentuale di tali contributi sul complesso delle entrate finanziarie dell’Autorità”*.

⁵⁵ Consiglio di Stato, Parere n. 3044 del 17 aprile 2013: *Appare conforme alla ratio del sistema di finanziamento della CONSOB un’interpretazione dell’art. 8, comma 3, tale per cui l’obbligo di versamento non può eccedere lo stanziamento a carico del bilancio dello Stato, altrimenti risolvendosi il dovere contributivo degli operatori del mercato in una “vera e propria imposta”, non rapportata ai costi di funzionamento da sostenere e, peraltro, in assenza di una chiara volontà del legislatore”*.

limitato ad una percentuale della contribuzione pubblica. Sebbene l'applicazione di questo principio comporti, di fatto, che gran parte delle Autorità indipendenti, fondando il proprio sostentamento sull'autofinanziamento, non potranno contribuire al risanamento della finanza pubblica.

Qualora invece il legislatore italiano, basandosi anche sul citato *obiter dictum* della Corte di Giustizia nella sentenza in esame, dovesse pretendere che anche le Autorità indipendenti autofinanziate contribuiscano con i propri risparmi sulla gestione corrente a risanare le finanze pubbliche, violerebbe una pluralità di principi applicabili alla disciplina in esame:

- (i) innanzitutto il principio di proporzionalità nell'imposizione dei contributi in capo alle imprese che vedrebbero le risorse che sono state raccolte in virtù di un dovere contributivo - quali imprese operanti nel mercato rilevante - distratte verso finalità diverse dal finanziamento dell'Autorità competente. In particolare il mercato delle comunicazioni elettroniche è ulteriormente presidiato da una specifica previsione comunitaria (art. 12, comma 1, lett.b) della Direttiva 2002/20/CE) che impone di applicare i principi di trasparenza e di proporzionalità alla raccolta dei diritti amministrativi. Principi che evidentemente non sarebbero rispettati qualora una parte dei diritti fosse riversata nel bilancio dello Stato per le generiche finalità di risanamento della finanza pubblica;
- (ii) le stesse Autorità indipendenti autofinanziate si vedrebbero costrette a tutelare la propria autonomia finanziaria e a disapplicare una eventuale previsione nazionale che prevedesse il riversamento nel bilancio dello Stato al fine di evitare la palese violazione della normativa europea di settore;
- (iii) ciascun operatore che ha contribuito a finanziare AGCom sarebbe probabilmente titolato ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo il bilancio dell'Autorità e/o la rendicontazione prevista dall'art. 34 CCE ed ogni altro atto che certifichi un eventuale riversamento di contributi nel bilancio dello Stato e a chiedere la disapplicazione della norma tributaria nazionale in quanto soggetto direttamente leso nei propri interessi patrimoniali. Infatti ogni eventuale risparmio nella

gestione ordinaria, anche in conseguenza dell'applicazione di norme nazionali di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, dovrebbe essere rendicontato e restituito agli operatori finanziatori oppure allocato (se contabilmente è ammesso) tra le risorse dell'anno successivo, al fine di diminuire il successivo ammontare di autofinanziamento complessivo che AGCom dovrebbe chiedere al mercato.

6. Osservazioni finali

La breve disamina delle possibili implicazioni della sentenza del 28 luglio 2016 della Corte di Giustizia, che si stratifica sulle proprie precedenti decisioni in materia di indipendenza e di competenza delle Autorità indipendenti, ed in particolare relative alle Autorità nazionali di regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, ci induce a due riflessioni:

- (i) la sentenza in esame, anziché dirimere (o indirizzare) una pluralità di temi aperti (come ad esempio il potere degli Stati membri di chiedere il riversamento dei risparmi della gestione corrente alle Autorità indipendenti autofinanziate) si è limitata ad affermare una serie di principi senza approfondire le molteplici implicazioni connesse e quindi è probabile che darà luogo sia ad interpretazioni “patologiche” da parte di Parlamenti (e Governi) interessati a “controllare” le Autorità indipendenti grazie alla leva finanziaria, sia a proliferazione di contenziosi finalizzati a definire quale tipologia e quale rilevanza economica debba avere una misura di *spending review* per considerarsi lesiva dell'indipendenza e dell'imparzialità delle ANR nonché un potenziale ostacolo all'esercizio da parte delle ANR delle funzioni assegnate dalle normative comunitarie. E' facile immaginare come possa essere destabilizzante, in entrambe le fattispecie, l'attività corrente di una amministrazione che non possa avere - per tutta la durata del contenzioso - un chiaro indirizzo in merito a quali siano le risorse su cui può fare affidamento per espletare i propri compiti istituzionali.

La stratificazione di sentenze della Corte di Giustizia che dirimono contenziosi sulle competenze delle Autorità indipendenti e sulle modalità di garantire la loro indipendenza (organizzativa, finanziaria, gestionale e, da ultimo, politica) porta a ritenere che sia opportuno (anche se sicuramente politicamente complesso) che, a livello di attori istituzionali europei, si condivida che possa essere più efficace rinunciare (parzialmente) al principio dell'autonomia istituzionale nel configurare le ANR per definire congiuntamente delle regole minime comuni in merito ai criteri di nomina, alla durata, all'autonomia finanziaria (con l'adozione di obiettivi e vincoli di scopo in materia di *spending review*), organizzativa e politica delle amministrazioni ad alta specializzazione tecnica denominate Autorità indipendenti, un "minimo comune denominatore" rispetto al quale sia poi possibile caratterizzare la singola istituzione secondo le peculiarità giuridiche e tecniche specifiche di ogni settore di attività e di ogni ordinamento costituzionale. L'identificazione di una serie di regole comuni per qualificare le amministrazioni come Autorità indipendenti consentirebbe di rafforzare uno strumento istituzionale dotato riconosciuta competenza specialistica che supporterebbe, anche grazie alla stretta collaborazione con la Commissione e con le altre Autorità analoghe "*ratione materiae*" degli altri Stati membri, uno sviluppo più completo ed omogeneo del Mercato unico.

LA PIATTAFORMA EUROPEA PER LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE
ONLINE

Alessandra Sardu

Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo istitutivo della Piattaforma Europea. - 2. La Piattaforma ODR. - 3. Le fasi della procedura. - 3.1. L’instaurazione della procedura tramite la Piattaforma. - 3.2. Lo svolgimento della procedura innanzi agli organismi ADR. - 3.2.1 Gli organismi di conciliazione paritetica. - 3.2.2. Le Camere di Commercio. - 4. *Assessment* dell’effettiva attuazione degli obiettivi del Regolamento.

1. Il quadro normativo istitutivo della Piattaforma Europea

La piattaforma ODR è stata istituita dal Regolamento UE n.524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (di seguito “Regolamento”), che modifica il regolamento CE n.2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE.

Il Regolamento va letto in combinato disposto con la direttiva 2013/11/UE che stabilisce che gli Stati membri devono garantire che tutte le controversie tra consumatori residenti e professionisti stabiliti nell’Unione, derivanti dalla vendita di beni o alla fornitura di servizi possono essere presentate a un organismo ADR. La direttiva è stata attuata in Italia attraverso il decreto legislativo 6 agosto 2015, n.130, che ha introdotto alcune modifiche al codice del consumo.

La Commissione considera le procedure ODR come una delle dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel mercato unico.¹ Le ODR sono delle forme di ADR in cui l’uso della tecnologia ha un ruolo

¹ Comunicazione della Commissione del 13 aprile 2011, “*Atto per il mercato unico – Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia – Insieme per una nuova crescita*”

fondamentale,² considerando che queste procedure si svolgono interamente online e con l’ausilio di sistemi informatici quali chat room, webcam e e-mail.³

Il Regolamento, attraverso la creazione della Piattaforma Europea ODR per risolvere le controversie online tra consumatori e professionisti (di seguito “Piattaforma”), intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno mediante il raggiungimento di un “elevato” livello di protezione dei consumatori.⁴ Le ODR sono messe a servizio dei consumatori che sono i soggetti principali del mercato interno, e pertanto ne costituiscono la priorità principale.

Il Regolamento si riferisce alla “dimensione digitale” del mercato interno, cioè a quel volume di acquisti e vendite effettuati online. La Piattaforma dovrebbe, nell’ottica del Regolamento, contribuire ad aumentare la fiducia dei consumatori nella dimensione digitale del mercato

² M. Wahab, *The Global Information Society and Online Dispute Resolution: A New Dawn for Dispute Resolution*, in *J Intl’ Arb*, 2004, 145.

³ Per una visione di insieme sul tema delle ODR si vedano Rabinovich-Katsh, *Technology and the Future of Dispute Systems Design*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 2012, 151; E.Katsh, *Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2007; E. Katsh, *E-commerce, E-Disputes and E-Dispute Resolution in the Shadow of “eBay Law”*, in *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 2000, 705; M.C.Tyler, *Online Dispute Resolution*, in *Encyclopedia of Digital Government*, 2007; E. Katsh, *The New Frontier: Online ADR Becoming a Global Priority*, in *Dispute Resolution Magazine*, 2000; G.Rosaeur, *La risoluzione alternativa delle controversie. Conciliazione personale e telematica: evoluzione e prospettive*, Bari, 2007; C. Camardi, *Metodi “alternativi” di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell’ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Europa dir. priv.* 2002, 549; Cominelli, *L’Online Dispute Resolution nel mondo: modelli a confronto*, in Maggipinto (a cura di), *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell’Informazione*, Milano, 2006, 67; Pierani, *On Line Dispute Resolution*, in Cassano-Cimino (a cura di), *Diritto dell’internet e delle nuove tecnologie*, Padova 2009, 436.

⁴ L’articolo 1 del Reg. UE 524/2013 stabilisce che “L’obiettivo del presente Regolamento è di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare alla sua dimensione digitale, mettendo a disposizione una piattaforma ODR europea (“piattaforma ODR”) che agevoli la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie online tra consumatori e professionisti”

interno, nella misura in cui offre agli stessi la possibilità di avere accesso a mezzi di risoluzione delle controversie efficaci, rapidi e a basso costo.

Il Regolamento ha un ambito di applicazione ristretto dato che concerne solo le controversie che riguardano “obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi online tra un consumatore residente nell’Unione e un professionista stabilito nell’Unione”.⁵ Il Regolamento dunque definisce il proprio scopo di applicazione *ratione personae* e *materiae*. Nello specifico, il Regolamento si applica alle controversie B2C, instaurate dai consumatori nei confronti dei professionisti e solo in alcuni casi dai professionisti nei confronti dei consumatori (qualora la legislazione dello Stato membro, in cui il consumatore risiede, autorizza abitualmente la risoluzione di tali controversie attraverso l’intervento di un organismo ADR),⁶ ma in nessun caso alle controversie B2B, cioè tra professionisti. Per quanto riguarda la materia, il Regolamento si applica solo ai contratti di vendita o di servizi “online”, cioè solo a quelle ipotesi in cui il professionista offre beni o servizi mediante un sito web o altri mezzi elettronici e il consumatore ordina tali beni e servizi su tale sito web o mediante altri mezzi elettronici. Restano invece esclusi i contratti di vendita o di servizi conclusi offline.

Il Parlamento e il Consiglio hanno ritenuto che le ODR fossero particolarmente adatte per risolvere questo tipo di controversie scaturenti da contratti di vendita o di servizi online. Per comprendere le ragioni di questa scelta, bisogna considerare le caratteristiche tipiche delle controversie scaturenti da questa categoria di contratti online. Si tratta di controversie che hanno generalmente degli elementi comuni, quali la “relationshipless”⁷, dato che le parti coinvolte sono distanti e anonime, e vengono generalmente in contatto per la prima volta e solo per un singolo rapporto giuridico definito “one-shot transaction”⁸; l’ammontare di queste controversie è generalmente

⁵ Art.2 Reg. UE 524/2013

⁶ Art. 2, co. 2° Reg. UE 524/2013

⁷ Katsh, E-Commerce, sopra nota 3, 714. Quest’autore con il termine “relationshipless” intende riferirsi alla mancanza di contatti tra le parti precedentemente alla transazione da cui è sorta la lite.

⁸ *Ibidem*

ridotto rispetto alle spese che una parte dovrebbe affrontare nel caso in cui intendesse adire la giustizia ordinaria. Difatti, mentre il valore di queste controversie è generalmente esiguo, i costi derivanti da un'azione giudiziaria ordinaria possono essere al contrario molto elevati, dovendo gli stessi in taluni casi includere costi di trasporto, spese per i legali, costi per traduzioni e interpreti. Queste controversie transfrontaliere possono inoltre rivelarsi complesse dal punto di vista del diritto internazionale privato, dato che pongono problemi in merito all'individuazione della giurisdizione competente e del diritto applicabile.⁹ Pertanto il ricorso al giudice ordinario non si è rilevato come la miglior opzione per risolvere questo tipo di controversie, e per questa ragione si sono esplorate strade alternative. Una di queste è rappresentata dalle ODR, che sembrano presentare delle caratteristiche che le rendono particolarmente adatte alle controversie nascenti da contratti di vendita e servizi online. Esse si adattano bene alla natura transfrontaliera di queste controversie, dato che come è stato osservato in dottrina, le stesse permettono “di cancellare le barriere del tempo e dello spazio”.¹⁰ Difatti le ODR possono svolgersi interamente in “luoghi virtuali”, in tempi ridotti, e sono in grado di eludere, almeno parzialmente, i problemi di diritto internazionale privato sopra menzionati legati sostanzialmente alla localizzazione del foro¹¹ e alla scelta del diritto applicabile. In dottrina si descrive questo fenomeno rilevando che le ADR avvengono “*in the shadow of the law*”.¹²

2. La Piattaforma ODR

⁹ T. Schultz, *Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2008, 153.

¹⁰ C. Menichino, *Art. 19, d. lg. 70/2003 (composizione delle controversie)*, in *Diritto dell'informatica*, a cura di G. Finocchiaro e F. Delfini, Torino, 2014, 457

¹¹ R. Sali, *Risolvionline della Camera Arbitrale di Milano: il modello e la procedura*, disponibile su www.camera.arbitrale.it, 22

¹² Mnookin-Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, YALE L.J., 1979, 968.

La Piattaforma è un sito web interattivo che offre un unico punto di accesso elettronico e gratuito per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online.

La Piattaforma è stata sviluppata dalla Commissione, che è responsabile del suo funzionamento.¹³ Essa costituisce il tramite tra gli utenti e l'organismo ADR designato, che disciplina poi la procedura ODR vera e propria.

Difatti la Piattaforma si basa sugli organismi ADR esistenti negli Stati membri e che sono stati selezionati dalle autorità nazionali competenti sulla base dei criteri indicati all'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11/UE.

Essa è accessibile dal sito dedicato www.webgate.ec.europa.eu, e si rivela, come auspicato nel Regolamento,¹⁴ di facile impiego. Il linguaggio utilizzato è scevro da tecnicismi, di modo che chiunque, se anche non in possesso di conoscenze tecniche, può autonomamente gestire la procedura senza ricorrere ad un legale.

3. Le fasi della procedura

La procedura che si attiva accedendo alla Piattaforma si articola in due fasi distinte, o se vogliamo si svolge in due “luoghi virtuali” distinti. La prima fase che è preliminare all'instaurazione della procedura vera e propria, viene gestita dalla Piattaforma stessa (§3.1). La seconda fase, che è eventuale e dipende dall'esito della prima, viene gestita dagli organismi ADR designati dalle parti di comune accordo (§3.2).

Tutta la procedura, dal momento dell'instaurazione fino alla sua conclusione, può essere scomposta nella seguente sequenza temporale: (i) presentazione e invio del reclamo, (ii) designazione dell'organismo di

¹³ Art. 5 Reg. UE 524/2013

¹⁴ Art. 5, co. 1° Reg. UE 524/2013

risoluzione della controversia, (iii) trattazione della controversia da parte dell'organismo.

Le prime due fasi sono gestite dalla Piattaforma, mentre la restante è gestita dall'organismo ADR eventualmente designato.

3.1. L'instaurazione della procedura tramite la Piattaforma

La Piattaforma gestisce la fase preliminare all'introduzione della procedura ODR vera e propria, che viene eventualmente condotta dagli organismi ADR .

L'atto introduttivo della procedura è la presentazione del reclamo da parte del consumatore.¹⁵ Il reclamo si presenta attraverso la compilazione di un modulo online, accessibile collegandosi alla Piattaforma. Il modulo, oltre a contenere una sezione sulle informazioni personali dell'istante, si compone di altre due sezioni: indicazione dei dati della controparte e sua identificazione, e descrizione dell'oggetto della controversia. Alle parti è data anche facoltà di allegare eventuali documenti probatori.

Una volta ricevuto il reclamo, la piattaforma lo invia alla controparte. La fase di attrazione della parte alla conciliazione è quella più delicata,¹⁶ e da essa dipende la prosecuzione dell'intera procedura. Questo è dovuto al fatto che le ODR sono dei procedimenti consensuali, e quindi per poter instaurare la procedura è necessario il consenso di entrambe le parti. La parte invitata è chiamata a decidere, nel termine di 30 giorni, se accettare di partecipare al procedimento. In caso affermativo, designa di comune accordo con il consumatore un organismo ADR presente nell'elenco della Piattaforma. In alcuni casi gli utenti sono obbligati a ricorrere a un organismo specifico, e ciò accade principalmente se la controversia deve essere instaurata innanzi ad organismi paritetici. Se decorsi i 30 giorni la parte rifiuta di partecipare, esprimendo tale diniego o non rispondendo all'invito, il reclamo non può essere più trattato.¹⁷ In questo caso, al consumatore è preclusa la strada delle ODR tramite l'utilizzo della

¹⁵ Art. 8 Reg. UE 524/2013

¹⁶ Sali, *sopra* nota 11,14

¹⁷ Art. 8, co. 8° Reg.524/2013

Piattaforma. Questo elemento svela il punto di criticità maggiore delle ODR: la loro natura consensuale.

Nel caso in cui le parti raggiungono un accordo, la Piattaforma trasmette i dettagli della controversia all'organismo ADR prescelto.¹⁸ L'organismo ha a disposizione tre settimane per decidere se ha la competenza per trattare il reclamo. Bisogna tenere in conto che alcuni organismi per potersi dichiarare competenti a gestire le controversie, devono soddisfare dei requisiti *ratione materiae*, dato che possono trattare solo specifici tipi di controversie, relativi a determinati settori, e dei requisiti *ratione personae*, dato che possono trattare controversie insorte soltanto tra determinati soggetti. Se entrambi i requisiti *ratione materiae* e *personae* sono soddisfatti, l'organismo ADR si dichiara competente a gestire la procedura.

3.2. Lo svolgimento della procedura innanzi agli organismi ADR

L'organismo ADR scelto dalle parti, e che si è dichiarato competente a dirimere la controversia esplicita nel reclamo, diventa gestore della procedura.

Gli organismi ADR presenti sulla piattaforma sono inseriti in un elenco. E' possibile filtrare la ricerca degli stessi utilizzando il parametro del paese dove è operativo l'organismo.

Per l'Italia sono indicati al momento circa venti organismi, tra cui gli organismi di mediazione delle camere di commercio, di enti privati, ma anche una serie di organismi di conciliazione paritetici di alcune multinazionali.

Per ciascun organismo ADR sono indicati le informazioni generali, i contatti, e una serie d'informazioni specifiche che riguardano (i) i settori di competenza, ad esempio l'organismo paritetico di Trenitalia ha competenza per il settore dei trasporti ferroviari; (ii) i soggetti che possono avviare la controversia, dato che alcuni organismi specificano che le controversie possono essere instaurate solo dai clienti delle aziende; (iii) specificazione

¹⁸ Art. 8, co.6° Reg. 524/2013

del paese in cui deve essere stabilito il professionista, e (iv) informazioni sulla procedura, in merito ad una serie di aspetti quali la lingua, le tariffe, la durata media, i possibili esiti ed eventuali motivi di rifiuto.

Ciascun organismo ha un proprio regolamento, e offre determinati tipi di ODR. Il Regolamento ha inteso preservare questa diversità sulla base del principio del rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri.¹⁹ Tuttavia, questo principio è temperato dal fatto che il Regolamento intende allo stesso tempo stabilire alcune regole comuni poste a salvaguardia dell'efficacia delle procedure. Tra queste norme comuni, il Regolamento prevede in capo dell'organismo ADR degli obblighi di trasmissione delle informazioni alla Piattaforma,²⁰ e alcuni obblighi in merito alle modalità di conduzione delle procedure, tra cui la regola per cui non deve essere richiesta la presenza fisica delle parti.²¹

La procedura ODR differisce quindi secondo l'organismo ADR innanzi al quale è instaurata. Di seguito analizzeremo la procedura degli organismi paritetici (§3.2.1), e quella offerta dagli organismi di mediazione delle Camere di Commercio (§3.2.2).

3.2.1. Gli organismi di conciliazione paritetici.

Sono varie le aziende che hanno costituito dei propri organismi di risoluzione delle controversie. Si tratta sostanzialmente di multinazionali che devono gestire reclami provenienti da un vasto numero di utenti. Sulla Piattaforma ODR sono presenti, tra gli altri, quelli di Trenitalia,²² di ENI²³ e di varie compagnie telefoniche.²⁴

¹⁹ Considerando 22 del Reg. 524/2013

²⁰ Art. 10, lett. c Reg. 524/2013

²¹ Art.10, lett. b Reg. 524/2013

²² Accessibile dal sito <http://www.trenitalia.com>

²³ Accessibile dal sito <http://www.eni.com>

²⁴ Tra queste la Tim (<http://www.tim.it>), la Vodafone (<http://www.vodafone.it>) e la Wind (<http://www.wind.it>)

La conciliazione paritetica ha delle caratteristiche diverse rispetto a quella degli altri organismi, dato che l'azienda che detiene e gestisce l'organismo di mediazione è contemporaneamente anche parte della procedura. Generalmente è parte convenuta.

Per correggere questo disequilibrio strutturale, nella conciliazione paritetica si prevede che la procedura sia gestita collegialmente da più conciliatori, in genere due, designati in numero pari dall'azienda e dall'associazione in rappresentanza del consumatore. Le Associazioni dei Consumatori che possono rappresentare i consumatori fanno in genere parte del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, e devono stipulare un protocollo con l'azienda che gestisce l'organismo.²⁵

Il reclamo del consumatore viene in genere fatto pervenire tramite una delle associazioni aderenti ai protocolli. Se il reclamo non è inoltrato dal consumatore tramite queste Associazioni, i regolamenti di alcune aziende quali ENI,²⁶ prevedono il coinvolgimento nella procedura di una delle Associazioni aderenti individuata con modalità turnarie.

Questi organismi sono generalmente competenti ad amministrare solo quelle controversie che sorgono in merito a rapporti contrattuali instaurati tra l'azienda a cui appartengono, e i clienti della stessa che possono rientrare nella categoria dei consumatori.²⁷

Nella maggior parte dei casi queste procedure sono gratuite e si svolgono interamente online secondo un criterio di valutazione equitativo. Le procedure sono generalmente svolte senza formalità, si avvalgono di strumenti di comunicazione telematica e si concludono con una proposta che il consumatore è libero di accettare o meno. Al consumatore è inoltre data facoltà, anche durante lo svolgimento della procedura, di interromperla e di rinunciarvi.

²⁵ Si veda ad esempio il Protocollo di Conciliazione Paritetica stipulato tra Vodafone e le Associazioni dei Consumatori, che può essere consultato sul sito Vodafone.

²⁶ Il Regolamento è disponibile sul sito della Eni all'indirizzo <http://www.eni.com>

²⁷ Per reperire queste informazioni è necessario consultare i singoli regolamenti delle istituzioni considerate.

Ciascun'azienda ha un collegamento sul proprio sito cui accedere per reperire tutte le informazioni necessarie ai propri clienti al fine di instaurare la procedura.

3.2.2. Le Camere di Commercio.

Oltre agli organismi di conciliazione paritetica, si rinvengono anche quelli di alcune camere di commercio, tra cui Napoli, Molise, Cosenza e Milano.

Le Camere di Commercio gestiscono le procedure di mediazione online attraverso un sistema che prende il nome di ConciliaCamera, e che consiste in una procedura unica a livello nazionale per tutte le camere di commercio che si avvalgono di questo servizio. Si avvale dello stesso ad esempio la Camera di Commercio di Napoli. L'organismo ADR dell'ente napoletano ha adottato un "Regolamento per la conciliazione secondo modalità telematiche",²⁸ che integra il Regolamento di Conciliazione normalmente in uso presso l'organismo. Questa conciliazione secondo modalità telematiche è caratterizzata dall'utilizzo degli strumenti messi a disposizione dalle tecnologie informatiche. L'incontro di conciliazione si svolge in un'area virtuale riservata, anche detta stanza virtuale, cui gli utenti accedono tramite username e password personali, e si svolge tramite l'utilizzo di una serie di strumenti informatici quali web conference, chat e posta elettronica.

Tra le Camere di Commercio quella che presenta l'offerta dotata di un maggiore grado di originalità e specificità è la Camera Arbitrale di Milano, che amministra il servizio RisolviOnline.²⁹

La procedura viene amministrata sulla base delle Regole di RisolviOnline, che sono in vigore dal 1 maggio 2015. Queste regole sono estremamente sintetiche e semplici, così come la procedura da seguire che viene spiegata all'utente attraverso schede esemplificative e tutorial. RisolviOnline offre agli utenti due tipi distinti di ODR: la facilitazione e la

²⁸ Il regolamento della CCIAA di Napoli è accessibile sul sito www.na.camcom.it

²⁹ Il servizio RisolviOnline è accessibile dal sito www.risolvionline.com

valutazione. Queste corrispondono a due distinte forme di mediazione, per l'appunto facilitativa e valutativa, e hanno caratteristiche parzialmente diverse, soprattutto in merito al ruolo svolto dal mediatore. Nel caso della facilitazione, il facilitatore cerca di aiutare le parti a raggiungere un accordo senza entrare nel merito della controversia.³⁰ Nella valutazione invece, il valutatore si limita a formulare una o più proposte sulla base della documentazione fornita dalle parti. Le proposte di soluzione vengono poi sottoposte alle parti.³¹

4. Assessment dell'effettiva attuazione degli obiettivi del Regolamento.

L'obiettivo primario del Regolamento è di fornire un "elevato grado di protezione" dei consumatori, aumentando la fiducia degli stessi nel mercato interno digitale. Per realizzare pienamente quest'obiettivo, il Regolamento ha previsto che le parti dovessero avere accesso a "mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo"³². In questo paragrafo cercheremo di valutare, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, se l'istituzione della Piattaforma sia davvero in grado di fornire tale elevato standard di protezione e di offrire ai consumatori, tramite l'utilizzo delle ODR, dei mezzi di risoluzione delle controversie che abbiano le caratteristiche sopra descritte.

La creazione della Piattaforma contribuisce indubbiamente ad aumentare la fiducia dei consumatori nel mercato digitale, nella misura in cui offre a questa categoria la possibilità di tentare una strada alternativa ai procedimenti giurisdizionali, qualora sorgano delle controversie con i professionisti. Questa possibilità, anche se solo eventuale e subordinata all'esistenza del consenso di entrambe le parti, può effettivamente essere percepita come un valore aggiunto da un consumatore che si appresta ad effettuare un acquisto transfrontaliero online e che sicuramente si pone la domanda su quali scenari gli si possono prospettare in caso di controversie.

³⁰ Art. 3, Regole di Risolvionline, consultabili su www.risolvionline.com

³¹ *Ibidem*

³² Considerando 2 del Reg. UE 524/2013

Per consentire alla Piattaforma di esplicare pienamente i suoi effetti, è necessario sensibilizzare i consumatori all'esistenza della stessa. A tal fine, il Regolamento pone un vero e proprio obbligo d'informazione in capo ai professionisti stabiliti nell'Unione e operanti con contratti di vendita o di servizi online, stabilendo che questi ultimi debbano fornire sui propri siti web un link elettronico alla piattaforma ODR, e un indirizzo di posta elettronica che possa essere utilizzato dai consumatori come primo punto di contatto a lite insorta.³³ Tuttavia, è agevole constatare che la maggior parte dei professionisti che rientrano nella categoria sopra indicata e che operano online, non si è uniformata al disposto del Regolamento, e pertanto la Piattaforma resta al momento sconosciuta ai più. L'obiettivo della sensibilizzazione del consumatore non si raggiungere soltanto informandolo sull'esistenza della Piattaforma, ma deve attuarsi anche tramite la diffusione di una vera e propria cultura delle ADR,³⁴ di una comprensione delle stesse, che come rilevato dalla direttiva ADR è al momento assente.³⁵

Le ODR che sono state scelte dal legislatore europeo per perseguire i fini del Regolamento, si adattano bene per la grande flessibilità, la rapidità, la riservatezza,³⁶ e per la mancanza di formalità processuali, a essere utilizzate per risolvere eventuali controversie transfrontaliere legate all'e-commerce.

Tuttavia, il grado di protezione che le ODR sono in concreto in grado di assicurare alle parti può essere considerevolmente ridotto per alcune caratteristiche strutturali di queste procedure.

Il primo fattore che può considerevolmente diminuire l'efficacia delle ODR è legato alla natura contrattuale di queste procedure. Come abbiamo evidenziato sopra, per instaurare queste procedure è necessario che entrambe le parti vi consentano. La manifestazione del consenso è necessaria, nel meccanismo della Piattaforma, non solo per l'instaurazione della procedura,

³³ Art. 14, Reg. UE 524/2013

³⁴ Sul tema della diffusione della cultura delle ADR si veda F. Danovi, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 13 ss.

³⁵ La mancanza della cultura della mediazione viene denunciata nella direttiva ADR 2013/11/UE, che al considerando 5 giudica questo fattore come "deplorable".

³⁶ Menichino, Art.19, sopra nota 10 .

ma anche in seguito ad esempio per l'individuazione dell'organismo ADR competente a gestire la procedura. E' agevole comprendere che a lite insorta, il raggiungimento del consenso tra le parti può diventare un'impresa ardua, perché i rapporti si sono già compromessi. Il rifiuto della parte di partecipare alla procedura costituisce una barriera insormontabile per la parte che adisce l'organismo ADR.

Il secondo fattore che può avere un impatto sull'efficacia, è legato all'esito di queste procedure, che possono concludersi con atti non vincolanti, o con atti che hanno valore di un contratto.³⁷La loro esecuzione può quindi essere rimessa alla volontà delle parti.

La piattaforma non affronta adeguatamente nessuna delle due questioni appena menzionate. Sia per quanto riguarda l'attrazione della parte nella procedura che l'esecuzione della proposta transattiva, la Piattaforma non prevede dei meccanismi che possano incentivare il professionista a ricorrere alle stesse o ad adempiere. Al fine di incentivare l'uso delle ODR, non basta prevedere in "astratto" la possibilità di ricorrere a queste procedure, ma bisogna anche prevedere dei meccanismi che possano favorirne l'uso in concreto. Le ODR possono essere davvero efficienti soltanto se il consumatore ha fondati motivi per ritenere che in caso di controversia avrà una possibilità concreta di tentare una risoluzione della controversia con il professionista. La volontarietà della procedura è un elemento importante nelle ODR, ma è intuitivo comprendere che senza adeguati incentivi l'utilità di questi mezzi di risoluzione delle controversie può essere vanificata del tutto, e con essa anche l'obiettivo fondamentale della protezione del consumatore nel mercato digitale. Queste questioni sono state affrontate con soluzioni interessanti in altre "piattaforme virtuali", in cui si sono predisposti dei meccanismi che potessero incentivare le parti a partecipare alle procedure e a dare esecuzione a un'eventuale proposta transattiva. Questi incentivi fanno leva su un elemento fondamentale per i professionisti che operano nel web: la preservazione della "propria

³⁷ Il Reg. UE 524/2013 prevede all'art.9, co. 5, lett. e, che le parti siano preventivamente informate circa la natura vincolante o non vincolante dell'esito della procedura. Sul tema si veda Azzali – Regazzoni, *Composizione extragiudiziale delle controversie e strumenti di ADR*, in Rosello-Finocchiaro-Tosi (a cura di), *Commercio elettronico*, 252.

reputazione” in rete, e quindi la fiducia dei consumatori verso il professionista. In alcuni “mercati online” sono infatti stati creati dei veri e propri sistemi di “feedback” e “trustmark”, che hanno la funzione di rendere noti a tutti gli utenti l’eventuale affidabilità di un professionista e la sua condotta sul web. I primi, anche definiti “reputation management systems”, operano attraverso i “feedback rating systems” che sono dei software che ricostruiscono la reputazione di un dato professionista sulla base dei feedback rilasciati dagli utenti, e che sono resi pubblici e facilmente accessibili al consumatore che si appresta ad acquistare dal professionista. Nel sistema di E-Bay ad esempio, se una parte si rifiuta di partecipare a una ODR, oppure di dare esecuzione alla proposta transattiva, può ricevere un feedback negativo dalla parte che l’ha invitata a partecipare alla procedura, che viene pubblicamente esposto sul suo profilo online. Per rimuovere questo feedback negativo, che è visibile a tutti gli utenti, la parte ha a disposizione due strade: iniziare con la controparte una procedura per la rimozione del feedback negativo, che sarà decisa da una “corte online” composta da 21 utenti E-Bay³⁸; oppure accettare di partecipare alla mediazione che aveva rifiutato in precedenza. Questa sorta di “sanzioni private” hanno dato prova di essere particolarmente efficaci in questi mercati globali gestiti dalle grandi multinazionali, dato che riescono a screditare la reputazione di un professionista, a cui i consumatori preferiranno professionisti che non hanno ricevuto feedback negativi e che dimostrano quindi di avere una buona condotta sul web. Prova della loro efficacia può essere rinvenuta nel fatto che i professionisti sono disposti a intentare i cosiddetti “reputational claims” al fine di rimuovere il feedback negativo. I trustmark sono invece degli strumenti che consentano ai consumatori di individuare i professionisti affidabili³⁹. Si tratta di sigilli che sono rilasciati da enti privati o pubblici ai professionisti che soddisfano determinati standard. I sigilli attestano, tra le altre, che il professionista si impegna effettivamente a ricorrere alle ODR. Questi meccanismi sono esposti sul sito internet del professionista, e consentono ai consumatori di individuare

³⁸ Rabinovich-Katsh, Technology, sopra nota 3, 174

³⁹ Si veda O. Rabinovich-Einy, *Technology’s Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 *Harv. Negot. L. Rev.* 253 (2009)

facilmente i professionisti non affidabili e a preferirgli quelli che invece lo sono.

L'efficienza delle ODR può essere inoltre diminuita anche a causa di alcune caratteristiche della procedura regolata dalla Piattaforma. In particolare, ad avviso di chi scrive, la Piattaforma avrebbe potuto meglio assicurare gli obiettivi della rapidità, del basso costo e della riservatezza della procedura. Il primo luogo, si può rilevare che la Piattaforma prevede che l'intervento degli organismi ADR è obbligatorio in ogni caso, e che quindi la funzione della Piattaforma sia soltanto quella di limitarsi a favorire il contatto delle parti con questi organismi. Ciò può avere un impatto negativo su due variabili della procedura: la durata e i costi. Per designare l'organismo ADR, le parti hanno a disposizione un termine di trenta giorni dalla presentazione del reclamo online sulla piattaforma (cui poi va aggiunta la durata della procedura ODR, che può arrivare ad un massimo di 90 giorni). Questo lasso temporale di trenta giorni, non breve, poteva essere utilizzato in maniera differente. Si poteva ad esempio consentire alle parti di tentare una negoziazione tra loro, anziché ricorrere direttamente alla mediazione effettuata tramite un organismo ADR. La negoziazione delle parti si sarebbe potuta svolgere tramite il ricorso a ODR totalmente automatizzate, quali ad esempio un "solution set database" sul modello di SquareTrade's Direct Negotiation, che è stato utilizzato da E-bay e ha prodotto ottimi risultati. Un solution set database è un "expert system", che si basa su una forma di intelligenza artificiale, che si aggiorna costantemente sulla base dei casi che gli sono sottoposti. Questo software sottopone alle parti dei casi tipo, che possono corrispondere alla loro situazione, e in seguito raccomanda degli accordi transattivi che sulla base di statistiche risultano adeguati a risolvere il caso individuato. I contratti di vendita e di acquisto online hanno delle dinamiche facilmente prevedibili, e pertanto questo tipo di ODR può funzionare adeguatamente. La Piattaforma avrebbe potuto mettere a disposizione delle parti un software simile consentendone l'utilizzo gratuito, e nel caso in cui le stesse fossero state in grado di risolvere le proprie controversie, non sarebbe stato necessario l'intervento dell'organismo ADR e quindi il pagamento degli ulteriori costi di gestione della procedura e del mediatore. Le tariffe degli organismi ADR sono in genere stabilite in base a

scaglionati che corrispondono al valore della lite. Comparando i vari tariffari degli organismi ADR, si può evincere che se la controversia è d'importo esiguo, queste procedure ODR si rivelano poco convenienti per il consumatore. Spesso si pone l'accento sull'"economicità" delle ODR. In realtà tale economicità vale soltanto se i costi delle procedure ODR sono paragonati a quelli dei giudizi ordinari relativi a controversie transfrontaliere, dato che le stesse riescono ad abbattere alcune voci di costo importanti come sopra indicate. Il Regolamento ODR e la direttiva ADR pongono l'accento sulla necessità che queste procedure abbiano un basso costo,⁴⁰ che non risultino, in altri termini, troppo onerose per il consumatore al punto da dissuaderlo a cercare una risoluzione della controversia. Al contrario, le ODR restano onerose per il consumatore qualora il contenzioso sia di valore esiguo, elemento che caratterizza una larga fascia delle controversie legate all'e-commerce, al punto da dissuaderlo dal tentare una risoluzione delle stesse. La predisposizione di una prima fase di negoziazione condotta tramite sistemi automatizzati avanzati avrebbe potuto assicurare meglio l'obiettivo dell'economicità. La Piattaforma si limita invece a esercitare un ruolo passivo, di mero tramite tra le parti e l'organismo ADR, mentre forse sarebbe stato auspicabile un ruolo attivo anche a livello di sperimentazione dell'utilizzo delle nuove tecnologie nelle ODR.

Altra osservazione può essere fatta in merito al ventaglio di ODR offerto dagli ODR providers selezionati per l'Italia. Da uno sguardo sulle opzioni disponibili, si può riscontrare una mancanza di varietà dell'offerta e un basso livello di sperimentazione. Gli organismi selezionati offrono delle procedure ODR piuttosto basilari, che consistono quasi unicamente in "technology-assisted ODR mechanism", e non in "technology-based ODR mechanisms". In altri termini, la tecnologia è utilizzata in questi tipi di ODR soltanto per facilitare lo svolgimento della procedura, fornendo dei mezzi di comunicazione più rapidi, quali chat ed e-mail. Ma non si riscontrano innovazioni o sperimentazioni significative che mettano al centro delle ODR la tecnologia con tutte le sue potenzialità innovative, dato che la stessa viene considerata ancillare allo svolgimento del procedimento e mai come artefice

⁴⁰ Considerando 8, Reg. UE 524/2013

dello stesso. L'ODR viene ancora concepita come una categoria di ADR migliorata dall'utilizzo di tecniche informatiche, e non viene considerata come una categoria nuova, capace di modificare gli strumenti tradizionali e il modo di concepire la risoluzione delle controversie.⁴¹ Si poteva ad esempio trarre ispirazione da contesti in cui sono state già fatte sperimentazioni significative, e in cui si sono sviluppate interessanti forme di ODR, quali le "automated negotiation or blind bidding"⁴², i "multi-variable resolution optimization programs"⁴³, e i "solution set databases"⁴⁴. Tuttavia, nulla di tutto ciò può essere rinvenuto nel ventaglio di ODR offerte, che al contrario consistono quasi unicamente in conciliazioni condotte con l'ausilio dei mezzi informatici ma che replicano in tutto e per tutto lo schema della conciliazione non virtuale.

L'utilizzo isolato delle ODR non può essere in grado di assicurare un elevato grado di protezione dei consumatori nel mercato digitale. Le ODR sono dei rimedi di ultima ratio, cui si ricorre a lite insorta. La protezione dei consumatori nel mercato digitale deve essere garantita preventivamente, proprio per evitare che sorgano eventuali controversie. A tal fine, possono svolgere un ruolo fondamentale i sistemi di ODP guarantees (ossia "Online Dispute Prevention Guarantees")⁴⁵, quali ad esempio i meccanismi di "credit card charge back". Queste garanzie sono capaci di assicurare un maggiore livello di protezione dei consumatori rispetto a quanto possano fare le ODR, e per questa ragione dovrebbero essere sviluppati parallelamente alla Piattaforma.

L'istituzione della Piattaforma costituisce un primo passo importante nella giusta direzione, e contribuirà senza dubbio alla diffusione della cultura delle ODR. Tuttavia il mondo delle ODR è molto complesso, eterogeneo, in continua evoluzione, e le sue potenzialità per aumentare la fiducia dei

⁴¹ Sali, op. cit., sopra nota 11,6

⁴² Tra gli ODR providers che offrono questi servizi si vedano Cybersettle (www.cybersettle.com) e SmartSettle (www.smartsettle.com).

⁴³ Un esempio di questo sistema è SmartSettle program, offerto da SmartSettle

⁴⁴ Un esempio di solution set database era costituito da SquareTrade's Direct Negotiation, elaborato per risolvere le controversie scaturenti da E-Bay.

⁴⁵ Wahab, supra note, at 150

consumatori nel mercato digitale dovrebbero essere esplorate attraverso una maggiore sperimentazione.

CONTRATTI ON LINE E TUTELA DEL CONSUMATORE. IL CASO AIRBNB.

Patrizia Docimo

Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cd. *Sharing economy*. Alcuni dati. – 2.1. *Sharing economy* e intermediazione *on line*. Problematiche giuridiche. – 3. Cos'è Airbnb. – 4. Airbnb e tutela del consumatore. – 5. Possibili profili di responsabilità della piattaforma. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Stiamo assistendo da anni a una crescita progressiva dell'*e-commerce* nei rapporti di consumo, fenomeno che si connota con l'acquisto tramite internet di prodotti e servizi *online*¹. Le enormi potenzialità del web hanno consentito lo sviluppo di una modalità di acquisto più comoda per il consumatore ed in molti casi anche più conveniente. In quest'ambito un grosso sviluppo ha avuto il turismo *on line*.² Tra le varie forme di acquisto *on line* in questo settore, un sito che ormai ha assunto dimensioni e numeri particolarmente significativi, è Airbnb, portale *on line* che funge da punto di contatto tra chi ha una casa da affittare e chi invece la cerca per un breve periodo³.

Le opinioni contenute nel presente contributo costituiscono opinione dell'autore e non rappresentano in alcun modo la posizione di Telecom Italia sugli argomenti trattati.

¹ Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici* in *Giur. merito*, 2013, p. 2658; Santoro, *Il commercio elettronico*, Milano, 2002, p. 29.

² Indice della particolare rilevanza, da un punto di vista quantitativo, ma anche relativo alla peculiarità delle problematiche giuridiche, è rappresentato dalla scelta di creare un autonomo testo normativo (codice del turismo, d.lgs. 23 maggio 2011 n.79) rispetto al codice del consumo.

³ “Le vacanze online sembrano attirare i consumatori, che non vogliono però sconti su trasparenza e sicurezza”. Massimiliano Dona, segretario generale dell'Unione Nazionale

In Italia, così come in altri paesi, il fenomeno Airbnb ha trovato ampio spazio e le abitudini dei consumatori stanno evolvendo verso un nuovo modo di fare vacanza sfruttando le potenzialità del web e le nuove forme di condivisione che sono ormai una realtà economica in prepotente ascesa⁴.

A fronte di vantaggi per gli utenti di tali servizi *lato sensu* turistici, gli stessi presentano una serie di criticità di carattere giuridico relative all'applicazione delle leggi nazionali nonché alla tutela del consumatore, come si vedrà innanzi.

2. La cd. sharing economy. Alcuni dati

I servizi connessi ad Airbnb rientrano nel più ampio scenario della cd. *sharing economy*, fenomeno in progressivo crescente sviluppo negli ultimi anni⁵.

Consumatori, tira le fila a conclusione del sondaggio “Turismo: come scegli la tua vacanza on-line?” realizzato in collaborazione con Airbnb. Su 700 risposte avute, il 75% ha dichiarato di acquistare vacanze online e di esserne soddisfatto; un terzo predilige la prenotazione di appartamenti privati (34%) e di bed and breakfast (30%)”. Cfr. <http://www.dimt.it/2015/07/08/vacanze-e-acquisti-online-il-sondaggio-unc-airbnb-il-75-dei-consumatori-si-affida-al-web-ma-niente-sconti-su-sicurezza-e-trasparenza/>

⁴ «Il problema è che il servizio di Airbnb agisce spesso al confine fra ciò che è legale e ciò non lo è – specialmente nei casi di subaffitto, sul quale le norme sono spesso poco chiare o contorte. Senza contare che spesso chi affitta la propria stanza attraverso Airbnb poi non paga le tasse su quanto incassa: il sito del servizio spiega che chi ospita potrebbe essere soggetto a imposte locali e nazionali nel tuo paese e aggiunge: ci aspettiamo che tutti gli host rispettino le proprie normative locali, i contratti, le autorità fiscali e qualsiasi altra legge applicabile al loro caso. Sei responsabile della gestione delle tue tasse e degli eventuali obblighi fiscali. Chi affitta sistematicamente una stanza o una casa di fatto svolge lo stesso servizio di hotel, ostelli e bed and breakfast, ma senza essere ufficialmente registrato come tale e a volte senza dichiarare al fisco quanto guadagna. Inoltre, mentre gli hotel sono tenuti a rispettare precise norme sanitarie e relative alla sicurezza delle strutture, chi affitta o subaffitta *informalmente* non ha alcun dovere in questo senso.», cfr. <http://www.ilpost.it/2013/05/30/airbnb/>

⁵ Si veda la recentissima proposta di legge n.3564 del 2016 intitolata “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione”, disponibile al link http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf

L'idea della *sharing economy* è la condivisione delle risorse in modo da trarne profitto. Esso può interessare una pluralità di beni e/o servizi: condivisione della propria autovettura, del proprio appartamento, simultaneamente ad altri soggetti, ovvero da parte di questi ultimi in periodi di inutilizzo da parte del proprietario/possessore. Questa tipologia di tecnica di godimento di un bene o di fruizione di un servizio ha il vantaggio di ridurre i costi per i soggetti utilizzatori e/o di trarre profitto per colui che mette in condivisione il bene o servizio. I valori in gioco sono molti alti. I più recenti studi stimano che la *sharing economy* valga 110 miliardi di dollari, pur apparendo queste valutazioni alquanto prudenti⁶.

Per comprendere l'estensione di questa nuova economia dei servizi, oltre ai noti Airbnb, Uber, Bla bla car, si pensi alle nuove forme che progressivamente si stanno affermando: RenttheRunway sito di condivisione di abiti firmati; Flex, un servizio di Amazon per il quale ognuno può diventare fattorino e ricevere un compenso se consegna, in un arco di tempo limitato, un pacco all'acquirente. Tanto per citarne alcuni.

Come già anticipato, già da un po' di tempo questo fenomeno sociale, dalle notevoli ripercussioni economiche, agita vivaci dibattiti tra sostenitori degli innegabili vantaggi di questa nuova economia e coloro che, in maniera più cauta, vedono gli impatti negativi sul quadro complessivo attuale e manifestano la loro ostilità. Basti pensare alle battaglie legali in corso a livello nazionale ed internazionale relative al servizio Uber che secondo molti aggirerebbe le norme vigenti per fare una sorta di concorrenza sleale alle compagnie di Radiotaxi ed al servizio di NCC.

⁶ A conferma della rilevanza del fenomeno si consideri, ad esempio, come, Uber, la piattaforma *online* di condivisione di taxi, faciliti oltre 2 milioni di corse al giorno; allo stesso tempo, un'altra piattaforma di crescente utilizzo come Airbnb, si è riportato avere avuto più di 40 milioni di «ospiti». Tali numeri fanno presagire uno sviluppo esponenziale dei servizi di Internet e dell'occupazione ad essi connessa. Allora hanno ragione i cervelloni del McKinsey Global Institute quando predicano che questa nuova era di Internet potrebbe creare 72 milioni di nuovi posti di lavoro e aggiungere più del 2 per cento al Pil mondiale nei prossimi dieci anni (fonte Telecom Italia) Potremmo forse considerare più attendibili le stime della società di consulenza PricewaterhouseCoopers (PwC), che ritiene che il giro di fatturato della *sharing economy* è destinato a crescere fino 335 miliardi di dollari nei prossimi 10 anni.

2.1. Sharing economy e intermediazione on line. Problematiche giuridiche

Il fenomeno della *sharing economy* nelle sue diverse declinazioni e ambiti di sviluppo ha di recente interessato la riflessione economico-giuridica, con riguardo all'impatto di queste nuove forme di intermediazione nella repentina crescita dei vari segmenti di mercato, all'incrementale aumento dell'informazione degli utenti, ai problemi di concorrenza con i tradizionali attori del mercato, alla disciplina applicabile *ratione loci* nei distinti ambiti territoriali in cui le forme di "economia condivisa", disciplinata in via uniforme, operano⁷.

Ma le nuove questioni giuridiche poste dalla *sharing economy* riguardano, altresì, i rapporti tra i diversi soggetti delle relazioni che s'instaurano per effetto dell'utilizzo delle piattaforme *online*.

Le svariate manifestazioni della *sharing economy*, che realizzano tutte attività di intermediazione *online*, hanno determinato il moltiplicarsi delle prestazioni svolte.

Gli intermediari *on line* forniscono le seguenti prestazioni:

1. l'infrastruttura;
2. raccolgono ed organizzano le informazioni;
3. consentono gli scambi di informazioni tra le parti;
4. garantiscono una certa affidabilità tra le parti del contratto.

In poche parole, mettono in contatto coloro i quali forniscono un servizio rispetto a coloro i quali vogliono goderne e per questa operazione economica incassano il prezzo per il servizio prestato⁸.

⁷ Si veda, per la letteratura straniera, koopman, Mitchell, Thierer, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, in *Jour. Business, Enter. & Law*, 2015, p. 530 ss.; Busch, Schulte-Nölke, Wiewiórowska-Domagalska, Zoll, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?* in (2016) *Journal of European Consumer and Market Law* 3, 2016; rauch, schleicher, *Like Uber, But for Local Governmental Policy: The Future of Local Regulation of the 'Sharing Economy'* in *George Mason Law & Economics Research Paper No. 15-01*

⁸ Colangelo-Zeno-Zencovich *La intermediazione online*, cit., p. 45

Non c'è dubbio che con questa attività gli intermediari digitali sostituiscono i vecchi operatori fisici che, specialmente prima, ma ancora oggi, permettono a coloro i quali cercano una cosa e coloro i quali la offrono di trovare un punto di incontro tra domanda ed offerta.

Sicuramente la differenza di attività tra operatori fisici ed operatori virtuali è data dallo strumento che utilizzano per fare incontrare domanda ed offerta ma il prezzo dell'attività svolta viene pagato allo stesso modo, operatore fisico o virtuale⁹.

Di talché, per poter determinare quali siano esattamente le responsabilità degli operatori economici, è necessario determinare le prestazioni da questi svolte all'interno dell'operazione economica. E' chiaro che, in tutti i modelli che si leggono nella rete, le clausole contrattuali sono finalizzate ad esentare da ogni responsabilità gli intermediari che d'altronde sono gli stessi che predispongono i contratti. Ma se si ritiene legittimo il principio per il quale, a fronte di un vantaggio economico, deve esserci una responsabilità contrattuale da parte del soggetto che in un rapporto patrimoniale ottiene un beneficio economico, si deve individuare il tipo di contratto che lega le parti all'intermediario.

3. Cos'è Airbnb?

I servizi di sharing economy operano, di regola, tramite l'operatività di una "Piattaforma"¹⁰.

Ai sensi delle condizioni contrattuali *"Airbnb fornisce una piattaforma online che mette in contatto proprietari di abitazioni in possesso di alloggi da affittare e ospiti che desiderano affittare tali alloggi"*. I

⁹ Alcuni dati significativi sulla crescita delle OTA sono contenuti nel Report redatto per la Commissione europea (DG Move) da Steer Davies Gleave, Mid-term evaluation of Regulation 80/2009 on a code of conduct for computerised reservation systems and repealing Council Regulation 2299/89, 2012, 28-30.

¹⁰ Per un ampio studio sulla intermediazione *online* vedi Colangelo-Zeno-Zencovich *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago* in *Dir.Inf. ed Inform.*, 2015, p. 43, Smorto, *I contratti della sharing economy*, in *Il foro It.*, 2015, V, c. 221.

Proprietari (come definiti di seguito) possono creare annunci (come definiti di seguito) relativi ad alloggi (come definiti di seguito) e gli ospiti (come definiti di seguito) possono informarsi e prenotare tali alloggi direttamente con i proprietari”. Tra le condizioni contrattuali è espressamente previsto che l’utente deve essere a conoscenza che Airbnb non è parte di alcun contratto stipulato tra proprietari e ospiti, e Airbnb non è proprietario immobiliare, agente o assicuratore. Airbnb non ha alcun controllo sulla condotta di proprietari, ospiti ed altri utenti del sito, dell’applicazione o dei servizi né su alcun alloggio ed esclude ogni responsabilità in tal senso nei limiti massimi consentiti dalla legge.

Sembra, quindi, evidente che, almeno nelle condizioni generali di contratto predisposte dalla società, il suo ruolo consista nel far incontrare domanda ed offerta di immobili senza alcuna assunzione di obblighi di vigilanza sulla condotta degli utenti (Proprietari e Ospiti) né altra responsabilità di sorta.

Si instaurano due distinti ma collegati rapporti contrattuali airbnb-proprietario e airbnb-ospite.

Il primo è un rapporto propriamente di mandato con il quale il proprietario-mandante incarica il mandatario di concludere uno o più atti giuridici di locazione per conto del mandante.

Il secondo invece è un contratto che potrebbe definirsi di mediazione in forza del quale il mediatore crea il contatto sociale tra due parti per l’individuazione del bene immobile.

4. Airbnb e tutela del consumatore

Se allora si ritiene di aver dimostrato che l’attività svolta dall’intermediario è un’attività professionale per i contratti che conclude, rispetto alle due parti del contratto, allora può trovare applicazione la normativa consumeristica con le relative tutele delle parti deboli che si trovano nella posizione di consumatore. Viene anzitutto in rilievo l’art. 45, lett. g), del d.lgs. n. 206/2005, recante il Codice del consumo (di seguito anche “cod. cons.”), in forza del quale si intende per *“contratto a distanza” qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel*

quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso. È evidente che nel caso di specie ricorre l'impiego di "tecniche di comunicazione a distanza" in modo esclusivo in quanto l'elemento spaziale è considerato dal legislatore, fattore di estremo svantaggio per il consumatore, contraente debole che necessita pertanto di una disciplina di tutela *ad hoc*. Infatti l'utente che affitta l'immobile vede accentuata la propria posizione di debolezza trovandosi nell'impossibilità di visionare il bene o il servizio offerto e rivalutarne, pertanto, le caratteristiche e le qualità. In questi casi, quindi, l'utente-consumatore appare limitato nella possibilità di maturare un consenso pieno e consapevole, perché privo di un adeguato supporto informativo e, generalmente, anche della padronanza del mezzo tecnico utilizzato. Ragione per la quale la tutela predisposta, in questi casi, per il consumatore si impronta anzitutto su una serie di obblighi informativi (che come vedremo sono stati oggetto di una notevole modifica nella novellata disciplina) e di una precisa disciplina del diritto di recesso di ripensamento.

In questo caso il mediatore potrebbe essere ritenuto responsabile in quanto veicolando le informazioni e ponendosi, in tal senso, nella posizione di professionista, da un lato deve garantire la tutela da un possibile atteggiamento ingannevole del venditore che deliberatamente occulti taluni aspetti della contrattazione, aspetti che la controparte potrebbe non ritenere rilevanti, sia in quanto non riveste a sua volta la stessa qualifica di professionista e pertanto non è avvezzo alla contrattazione, sia in quanto è impossibilitato, a causa della distanza, a verificare la corrispondenza tra la descrizione fattane dall'altra parte e l'essenza reale dell'oggetto del contratto; dall'altro, per converso, impone allo stesso consumatore di venire a conoscenza ed approfondire aspetti che magari, data la scarsa attitudine con la materia contrattualistica, o per l'eccessivo desiderio di acquistare il bene ritenuto corrispondente alla sola idea che si è fatto dello stesso, potrebbe tralasciare o non voler prendere in considerazione. Così vincolandosi ad una pattuizione che, in realtà, può essere estremamente pregiudizievole ed

onerosa arrivando al punto di ritenere che se i consumatori avessero prestato attenzione maggiore alle singole clausole, non avrebbero prestato il consenso¹¹.

Anche sotto questo profilo la stessa novellazione del codice del consumo plasma un ambito assai diverso da quello che si leggeva nella precedente versione visto che, dando seguito alla formulazione dell'art. 2, n. 8 della direttiva, per aversi un contratto negoziato fuori dei locali commerciali¹² non occorre più che la stipula, alla presenza fisica e simultanea del professionista, sia avvenuta al domicilio o sul luogo di lavoro del consumatore (art. 45, comma 1, vecchio testo), essendo ora sufficiente che la determinazione volitiva di costui sia stata espressa in un luogo qualsiasi purché diverso dal locale commerciale del professionista. E, se si tiene conto del fatto che la successiva lett. 1 definisce come commerciale qualsiasi locale, immobile o mobile, adibito alla vendita al dettaglio nel quale l'attività venga svolta rispettivamente in modo permanente od abituale, si ha nitida la sensazione di un ampliarsi *ex lege* della modalità nozionale di questa tecnica di conclusione.

¹¹ Secondo la definizione ex art. 45, lettera h) cod. cons., si intende per “contratto negoziato fuori dai locali commerciali” qualsiasi contratto tra il professionista e il consumatore che sia

1) concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista;

2) per cui è stata fatta un'offerta da parte del consumatore, nelle stesse circostanze di cui al numero 1;

3) concluso nei locali del professionista o mediante qualsiasi mezzo di comunicazione a distanza immediatamente dopo che il consumatore è stato avvicinato personalmente e singolarmente in un luogo diverso dai locali del professionista, alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore; oppure;

4) concluso durante un viaggio promozionale organizzato dal professionista e avente lo scopo o l'effetto di promuovere e vendere beni o servizi al consumatore; ed, inoltre si intende per "locali commerciali":

1) qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente; oppure;

2) qualsiasi locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale.

¹² Fraternali, I contratti a distanza, Milano, 2002, 22-23.

Le tecniche di negoziazione fuori dai locali commerciali, incalzando il consumatore, infatti, lo prendono di sorpresa e lo isolano. Più specificamente è stato sostenuto che la sollecitazione all'acquisto in questo tipo di negozi determina un duplice effetto sorpresa: anzitutto il consumatore si trova impreparato a condurre in maniera idonea le trattative ed, in secondo luogo, la sollecitazione impedisce al consumatore di confrontare la qualità ed il prezzo del bene o servizio negoziato attraverso l'analisi delle altre offerte presenti sul mercato. La ratio di tale disciplina è, quindi, la salvaguardia della libera determinazione del consumatore di addivenire alla stipula del contratto senza intaccare le esigenze proprie della contrattazione standardizzata tra le quali spiccano celerità e sicurezza dello scambio.

Molto rilevante in tal senso appare la tutela attraverso le norme dedicate agli obblighi di informazione a carico del professionista.

Anzitutto vi è da evidenziare che già prima della recente riforma del codice del consumo la scelta del legislatore, al fine equiparare l'asimmetria informativa che caratterizza la principale causa di debolezza della posizione del consumatore, nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali è stata quella di predisporre una serie di obblighi informativi a carico del professionista. Con la regolamentazione della suddetta disciplina di tutela, il legislatore, infatti, ha voluto supplire al rischio di un occultamento da parte del professionista di una serie di informazioni essenziali per il consumatore, stabilendo un esplicito obbligo in capo allo stesso professionista di rendere edotto l'utente consumatore su aspetti basilari del contratto, come le spese di consegna, le caratteristiche essenziali del bene o del servizio, le modalità di pagamento dello stesso, attuando così quel principio generale di cui all'art. 2, per cui il diritto all'informazione costituisce un diritto fondamentale per il consumatore in materia contrattuale.

La riforma in oggetto è mossa essenzialmente in due direzioni rispetto ai doveri informativi *de qua*.

Anzitutto ha ampliato i doveri informativi già per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali ed a distanza ed ha previsto anche per i contratti tra consumatore e professionista diversi dai contratti negoziati fuori dai

locali commerciali ed a distanza, altrettanti doveri informativi, seppur, come vedremo derogabili.

In secondo luogo, in tema di obblighi di informazione in entrambe le categorie di contratti, ha innovato la materia con l'introduzione di obblighi di natura precontrattuale, in quanto entrambe le disposizioni si riferiscono al dovere informativo a carico del professionista *“prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da una corrispondente offerta il professionista fornisce al consumatore le informazioni in maniera chiara e comprensibile”*. La norma introduce una sensibile novità in quanto la dizione del codice precedente alla riforma faceva riferimento all'informativa obbligatoria da rendersi *“in tempo utile prima della conclusione del contratto”*. Si trattava, anzitutto, di una norma *ad hoc* solo per i contratti a distanza che stabiliva un dovere informativo ancillare non al tempo del contratto ma a quello successivo di un esercizio consapevole del diritto di recesso. La normativa novellata, invece, introduce un chiaro e preciso dovere informativo *prima della conclusione del contratto* che, quindi, per la prima volta enuclea una fattispecie di informativa precontrattuale.

Da un'analisi specifica dei menzionati doveri informativi emerge una disciplina diversa sia per il contenuto del dovere di informazione sia in caso di responsabilità per violazione di tali doveri informativi a seconda che si tratti di un contratto negoziato o meno fuori dai locali commerciali.

In relazione al contenuto del dovere informativo, l'art. 49 in tema di doveri informativi per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali ricalca i medesimi doveri informativi di cui all'art. 48 con due importanti distinzioni. Innanzitutto i menzionati doveri informativi precontrattuali non ammettono deroghe, diversamente dall'art. 48, nel caso in cui le medesime informazioni si evincano dal contesto. La motivazione è facilmente desumibile in quanto si tratta di contratti comunque negoziati fuori dai locali commerciali, quindi lontano da quei luoghi e contesti dove normalmente e facilmente tali informazioni commerciali sui beni o servizi oggetto di vendita sarebbero indicate o sarebbero, comunque, desumibili.

In secondo luogo, la norma in commento oltre ai menzionati doveri informativi aggiunge un dovere informativo più pregnante in relazione alle *informazioni relative al prezzo totale dei beni o dei servizi* che deve essere

comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo ed inoltre qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, con l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore¹³.

Non si può che evidenziare che la norma come formulata riproduce fedelmente l'idea di una trasparenza servente ad una responsabilizzazione informativa del professionista finalisticamente orientata, ad un consumo efficiente. Una trasparenza in senso forte perciò, trascendente il dato lessicale, perché, come la sta declinando la Corte di giustizia¹⁴ deve farsi conoscere al consumatore, ai fini di una scelta comparativa di convenienza, la giustificazione economica di tutti i costi globalmente considerati.

In tale e più pregnante dovere informativo, è prevista anche l'ulteriore informazione del costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza utilizzato per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base.

L'ulteriore tutela predisposta dalla norma in esame prevede anche, differentemente dall'analizzato art. 48, è prevista ai sensi dell'art. 49, comma 6. Secondo tale norma se il professionista non informa sulle spese aggiuntive e sugli altri costi di cui alla lettera E), ovvero sui costi per la restituzione dei beni di cui alla 1.1), il consumatore nulla dovrà per l'una e l'altra voce. Il che certifica quanto sia plurimo -e non a canone fisso- lo statuto governante l'inadempimento all'obbligo informativo, riflesso principalmente della natura poliedrica del suo oggetto e della tipologia di operazione economica alla quale variabilmente inerisce. Trattasi di una

¹³ Inoltre, vi è l'ulteriore obbligo informativo nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, avente ad oggetto *il prezzo totale includente i costi totali per periodo di fatturazione*; inoltre quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale deve indicare anche *i costi mensili totali*; e se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo.

¹⁴ Vedi da ultimo, *Kàsler Arpad*, C-26/13, §§ 49, 54 e 72.

decadenza che ha le movenze tipiche di una tutela in forma specifica, con una curvatura sanzionatoria che però non sporge in una pura deterrenza¹⁵.

Anche in relazione all'inadempimento dei doveri di informativa precontrattuale si prevedono conseguenze e rimedi. L'art. 49, comporta, invece, conseguenze diverse in caso di violazione di tali doveri informativi posti a carico del professionista. Come, come si diceva, in questi contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali l'informativa rappresenta parte formale e sostanziale del contratto. La norma, infatti, al comma 5, prevede che le menzionate informazioni *"formano parte integrante del contratto ... e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti"*. Ciò comporta che, in questi tipi di contratti, in caso di difformità tra le informazioni contenute nel documento precontrattuale e quelle, invece, oggetto del contratto vi sarebbe un'integrazione automatica dell'informativa precontrattuale sia in caso di assenza di tali informazioni che in caso di difformità tra le stesse e quelle contenute, poi, nel contratto, salvo il caso di espresso accordo in deroga tra le parti. Quasi come se, in questo caso, fosse operante la disciplina di cui all'art. 1339 c.c. che prevede l'inserzione automatica di clausole nel contratto anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti. Si pensi ad un prezzo più elevato ovvero a delle caratteristiche principali del bene diverse da quelle pubblicizzate oppure ancora a delle modalità di esecuzione altre rispetto a quelle risultanti dal documento che accompagna il contratto in questi casi salvo espresso consenso in deroga tra le parti si avrebbe un'integrazione del contratto con l'informativa contenuta nel documento precontrattuale.

Per quanto concerne la forma dell'informativa precontrattuale e del contratto in caso di contratto negoziato fuori dai locali commerciali (art. 50) e di contratto a distanza (art. 51). Requisiti formali per i contratti sono differenti per le due tipologie contrattuali, a distanza e fuori dei locali commerciali, ma le previsioni hanno come comune denominatore la semplicità, chiarezza, leggibilità e comprensibilità di tutto ciò che viene comunicato o fornito al consumatore.

¹⁵ Infine, questa informativa per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali prevede, altresì, l'informativa sul diritto di recesso che, post riforma, è contenuta dagli artt. 52 a 59 del codice del consumo.

L'art. 50 prevede che per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, sub comma 1, il catalogo delle informazioni precontrattuali obbligatorie di cui all'art. 49 è fornito su di un supporto cartaceo o su di un altro mezzo durevole. La documentalità è per altro sempre abbinata alla leggibilità dell'informazione; sub comma 2, che v'è un diritto del consumatore a ricevere una copia del contratto ovvero la conferma dello stesso, scritta o su di un altro mezzo durevole. In via interpretativa, perché il comma 2 tace al riguardo, è da supporre che il suddetto obbligo sia esigibile, come prescrive l'art. 51, comma 7, entro un termine ragionevole dopo la stipula del contratto ed al più tardi al momento della tradizione del bene ovvero prima che abbia inizio l'esecuzione del servizio; sub comma 4, che il canovaccio tipico delle due forme modulo vale anche in quella particolare fattispecie contrattuale, nella quale siano stati chiesti al professionista lavori di riparazione o manutenzione, ove l'importo dovuto dal consumatore non superi i 200 euro.

Dalla forma dell'informazione come enucleata dalla normativa che precede si possono trarre una serie di spunti di rilievo:

- atteso che la legge prescrive una documentalità dell'informazione e non anche quella del contratto *in itinere*, questo potrà essere, a sua volta, scritto ovvero privo di forma. Nessuna nuova forma del contratto, perciò, né *ad substantiam* né, per quanto l'idea di una copia da consegnare possa istillare un qualche dubbio, *ad probationem*. Allo stato un contratto negoziato fuori dei locali commerciali rimane stipulabile oralmente purché poi si abbia la consegna di una copia firmata ovvero la sua conferma);
- l'art. 50, comma 2, sulla consegna al consumatore di una copia (del contratto) o della sua conferma, codifica una nuova ipotesi di realtà documentale, a tutela del consenso prestato ed in vista di un eventuale recesso, imperfetta tuttavia perché non corredata da una sanzione ove si materializzi il caso di un'omessa *traditio*. Deve supporre però, stante la circostanza che il disposto dell'art. 1418, comma 3 c.c. impedisce la configurabilità di una nullità virtuale di protezione mentre nessun dato normativo autorizza a qualificare la suddetta realtà come un requisito di perfezionamento della fattispecie, che la risoluzione per

inadempimento *ex art. 1453 c.c.* si imponga come il solo rimedio utile: come si fa notare trattasi pur sempre di una consegna rilevante alla stregua di un obbligo postcontrattuale, il quale se omesso integra l'ipotesi di un inadempimento grave *ex art. 1455 c.c.*,

- infine si può aggiungere che non c'è un qualche modo per adattare alla fattispecie de qua il rimedio che si legge nell'art. 125-ter TUB, dove la mancata consegna sospende la decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso.

L'art. 51, per quanto concerne i contratti a distanza, prevede:

- *sub* commi 1 e 7, disposizioni comuni a tutti i contratti a distanza, l'obbligo del professionista di fornire le informazioni precontrattuali di cui all'art. 49 in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza adottato e successivamente la conferma del contratto già concluso su un mezzo durevole. L'ossatura binaria del procedimento informativo è inframezzata dalla stipula di un contratto a distanza per il quale la documentalità di nuovo non è prescritta;
- *sub* comma 4, norma anch'essa riferibile a qualsiasi contratto a distanza, adatta i due obblighi del professionista al caso del mezzo di comunicazione a distanza caratterizzato da uno spazio o da un tempo limitato per visualizzare le informazioni (spot televisivi o schermi dei cellulari);
- *sub* comma 2, norma ad hoc per i contratti a distanza conclusi per via telematica, fa la sua comparsa un formalismo (solenne) *verbis* giacché, quando l'inoltro dell'ordine, costitutivo dell'obbligo di pagare, richiede un clic, il pulsante da attivare dovrà riportare la sola dizione "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente inequivocabile. Certo, la disposizione è scritta in modo sciatto perché statuire che l'inadempimento del professionista al suddetto obbligo, quando l'inoltro dell'ordine importi automaticamente il pagamento, produce l'effetto di un consumatore che "non è vincolato dal contratto o dall'ordine", è di una vaghezza troppo interlocutoria.

Se ci spingiamo ad una lettura più critica delle condizioni contrattuali presenti sul sito, saltano all'occhio alcuni aspetti che in qualche maniera

fanno dubitare del fatto che Airbnb sia davvero così terza rispetto al contratto.

Pensiamo ai “Danni agli alloggi”. Qui Airbnb sembra rispondere in qualche misura, quindi non sembra meramente terzo. È gestore delle liti fino al punto di trattenere le somme dalla carta di credito dell’ospite. Ma a che titolo?

In caso di “permanenza oltre il termine pattuito”, Airbnb entra nel rapporto ospite-proprietario disciplinando nelle condizioni cosa accade e prevedendo anche in questo caso il prelievo diretto dalla carta di credito dell’ospite.

Ed ancora, la previsione contrattuale sui cd. “Feedback” dimostra un ruolo attivo di Airbnb che diventa proprietaria degli stessi, potendo decidere di non procedere alla relativa pubblicazione, cosa che in effetti accade nella realtà.

5. Possibili profili di responsabilità della piattaforma.

La questione in merito alla posizione di Airbnb rispetto alla condotta degli utenti responsabilità è complessa. Merita di essere sottoposta ad esame approfondito l’effettivo ruolo che la piattaforma svolge nell’ottica della tutela dell’utente che vi si rivolge e del suo affidamento. Può iniziare ad indicarsi come esempio problematico l’ipotesi in cui l’ospite non trovi l’immobile nelle condizioni indicate e mostrate sul sito¹⁶. Ma si pensi, altresì, ai casi -tutti poi espressamente oggetto di gestione del contenzioso da parte di Airbnb- di eventuali contrasti che dovessero sorgere tra Ospite e Proprietario, quali l’intimazione del Proprietario all’Ospite a liberare l’immobile, in violazione della *lex loci*, ma in conformità alle condizioni contrattuali stipulate con la piattaforma, l’inesistenza dell’immobile indicato, la richiesta di somme ulteriori rispetto a quelle concordate inizialmente e già corrisposte (e addebitate da Airbnb in qualità di intermediario nei pagamenti), i possibili conflitti insorgenti tra Proprietario

¹⁶ Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell’ordinamento italiano*, cit. p. 2658.

e Ospite quando le rispettive condotte siano contrarie agli obblighi assunti da ciascuna nei confronti di Airbnb.

Il primo problema che si pone riguarda il tipo di contratto che si stipula in quanto, trattandosi di contratto con un soggetto non qualificabile come professionista, si apre il campo alle norme a tutela dei consumatori ed in particolare dei contratti a distanza (ai sensi dell'art. 68 del codice del consumo), nonché a quelle relative al commercio elettronico (d. lgs. 70/2003, art. 11 ss.¹⁷).

La figura di Airbnb è qualificabile come *provider*¹⁸ che mette in contatto le due parti del contratto (Proprietario e Ospite).

A dispetto delle definizioni contenute nelle condizioni generali di contratto, si pone il problema l'individuazione della figura di Airbnb rispetto alla conclusione del contratto. *Prima facie*, stando alla contrattualistica disponibile sul sito, è espressamente esclusa ogni pretesa nei confronti di Airbnb, in virtù della sua qualificazione come piattaforma, dell'esclusione da ogni ruolo come parte del contratto o intermediario e dell'esclusione di ogni forma di responsabilità.

L'attività svolta potrebbe ricondursi alla mediazione *ex art.* 1754 c.c. in forza del quale il mediatore mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza¹⁹ e seppur sarebbe facile osservare che il mediatore, per essere tale, deve essere iscritto in un apposito albo, l'attività svolta è comunque riconducibile a quella di un soggetto che

¹⁷ Sul punto si ricorda che l'art.11 del d.lgs.70\2003 prevede espressamente l'applicabilità della normativa ai contratti di locazione come nel caso in esame, e sancisce espressamente l'inapplicabilità della normativa ai contratti diversi dalla locazione.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 2 c) del d. lgs. 70\2003 si intende per prestatore stabilito colui il quale esercita effettivamente un'attività economica mediante una stabile organizzazione per un tempo indeterminato.

¹⁹ Cass. 8.5.2012, n. 6926 ("Il mediatore immobiliare è responsabile nei confronti del cliente se, conoscendo o potendo conoscere con l'ordinaria diligenza l'esistenza di vizi che diminuiscono il valore della cosa venduta, non ne informi l'acquirente; tale responsabilità si affianca a quella del venditore e può essere fatta valere dall'acquirente sia chiedendo al mediatore il risarcimento del danno, sia rifiutando il pagamento della provvigione"); e similmente Cass. 16.7.2010 n. 16623.

mette in contatto due parti per la conclusione di un affare e quindi la responsabilità può essere ritenuta quella da contatto sociale.

Come insegna la giurisprudenza, l'art. 1754 c.c. non afferma che il mediatore deve essere incaricato da entrambe le parti, ma che tale è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. Il rapporto di mediazione, inteso come interposizione neutrale tra due o più persone per agevolare la conclusione di un determinato affare, non postula necessariamente un preventivo accordo delle parti sulla persona del mediatore, ma è configurabile pure in relazione ad una materiale attività intermediatrice che i contraenti accettano anche soltanto tacitamente, utilizzandone i risultati ai fini della stipula del contratto. Ed ove il rapporto di mediazione sia sorto per incarico di una delle parti, ma abbia avuto poi l'acquiescenza dell'altra, quest'ultima resta del pari vincolata verso il mediatore, onde un eventuale successivo suo rifiuto non sarebbe idoneo a rompere il nesso di causalità tra la conclusione dell'affare, effettuata in seguito direttamente tra le parti e l'opera mediatrice precedentemente esplicata. In altri termini, la mediazione tipica è soltanto quella svolta dal mediatore in modo autonomo, senza essere legato alle parti da alcun vincolo di mandato o di altro tipo e non costituisce un negozio giuridico, ma un'attività materiale dalla quale la legge fa scaturire il diritto alla provvigione. Tuttavia, in virtù del "contatto sociale" che si crea tra il mediatore professionale e le parti, nella controversia tra essi pendente trovano applicazione le norme sui contratti, con la conseguenza che il mediatore per andare esente da responsabilità, deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile nell'adempimento degli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, c.c., e di non aver agito in posizione di mandatario²⁰.

Quindi nel solco di questa giurisprudenza si potrebbe sostenere che l'attività svolta da Airbnb è un'attività di mediazione "tipica" di cui all'art.1754 c.c. in forza della quale il mediatore senza vincoli ed in posizione di imparzialità ponga in essere un'attività giuridica in senso stretto

²⁰ Cass. 22/10/2010, n. 21737, Giur. It., 2011, p. 1787

di messa in relazione tra due o più parti idonea a favorire la conclusione dell'affare con la relativa responsabilità da "contatto sociale"²¹.

E' pur vero che il regime di responsabilità dell'intermediario che gestisce la piattaforma è direttamente legato al controllo che egli ha della transazione economica in quanto l'attività limitata al mettere in contatto le due parti senza alcuna verifica delle informazioni scambiate determina l'attenuarsi delle relative responsabilità.

Inoltre non si può sottacere che questa attività non è svolta da un mediatore regolarmente iscritto ad un albo dei mediatori come previsto dalla normativa italiana.

Si determina, quindi, uno scenario indubbiamente variegato nel quale l'atipicità contrattuale sembra allargare il proprio campo di operatività rispetto alla tipicità contrattuale da un lato per la mancanza del ruolo di mediatore quale soggetto regolarmente iscritto all'albo e dall'altro per il mezzo impiegato rappresentato dalla piattaforma digitale.

Anzitutto si deve definire il ruolo dell'intermediario. Si tratta di un'attività di *hosting* ai sensi dell'art.16 del d. lgs. 70/2003 in forza del quale il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;

b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Ebbene l'*hosting* svolge questa attività di ospitare gli annunci inviati da parte dei destinatari dei servizi cioè dei clienti, ma al contempo incassa un prezzo non per mera messa a disposizione dello spazio *host* a favore dei clienti, ma solo in caso di conclusione dell'affare e cioè della conclusione del contratto.

²¹ Sul punto vedi da ultimo anche Venosta, Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi", in Europa e Diritto Privato, fasc.1, 2014, pag. 109.

Quindi si tratta di un servizio a pagamento in caso di buon esito finale, mentre nulla viene pagato in caso di mancata conclusione del contratto. Questa modalità di pagamento rende sicuramente più appetibile il servizio perché il cliente paga solo in caso di conclusione del contratto. Ed allora non può parlarsi di mero hosting perché in realtà c'è un controllo delle informazioni inteso come verifica della conclusione dell'affare.

Quindi l'attività dell'hosting è attiva e non passiva.

Inoltre possono sussistere ulteriori responsabilità in caso di immobile non conforme a quanto dichiarato nell'annuncio non solo nella prima ipotesi ma anche in ipotesi in cui questo sia segnalato ad Airbnb.

Infatti nell'ipotesi in cui, a seguito di segnalazione da parte del cliente, l'annuncio non conforme alla realtà non sia rimosso allora si rientra nella previsione dell'art.16 in quanto il prestatore è effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, è al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione. Inoltre non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

6. Conclusioni.

Per trarre le fila del ragionamento, alla luce delle argomentazioni svolte, riesce difficile dire che Airbnb mantenga un ruolo di assoluta estraneità. Ma che forma di responsabilità si può allora individuare? Una responsabilità da "contatto sociale"? Che cosa in realtà deve garantire, a fronte dei suoi guadagni? Volendo spingersi oltre l'affermazione ormai ricorrente per la quale è arrivato il momento di disciplinare le nuove forme economiche della *sharing economy*, ci si potrebbe orientare verso una responsabilità da "contatto sociale", al fine di dare una connotazione ad una attività svolta a fini di lucro che ormai costituisce il presente e connoterà sempre più il futuro.

Vedremo in futuro che strade intraprenderà il legislatore in un settore in cui emerge netta l'esigenza di regole, posto che le cifre in gioco sono ormai diventate davvero considerevoli.

INTERNET OF THINGS: PRIVACY VS CONCORRENZA?

Davide De Filippis
Università Roma Tre

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. La nozione di *privacy*: dal “diritto ad essere lasciato solo” all’autodeterminazione informativa. - 3. Il “diritto all’oblio” nel Regolamento europeo generale sulla protezione dei dati. - 4. Obblighi informativi e il problema della legge applicabile al titolare del trattamento. - 5. La tutela dell’immagine del terzo nell’*Internet of Things*. - 6. Possibili accorgimenti a tutela della *privacy*: *privacy by design* e *privacy by default*. - 7. A mo’ di (provvisorie) conclusioni: la concorrenza nel mercato dei dispositivi dell’IoT.

1. Considerazioni introduttive

L’uso della dizione “Internet delle Cose”, focalizzando l’attenzione sull’oggetto, sembrerebbe pretermettere l’utente che tali dispositivi utilizza.

Probabilmente, questa impressione potrebbe, pure, trovare conferma nelle stime che indicano che il numero di oggetti connessi (esclusi PC, *smartphone* e *tablet*) passerà da 4,9 miliardi nel 2015 a 25 miliardi nel 2020¹; nello stesso arco temporale, la popolazione mondiale si stima passerà dagli attuali 7,1 miliardi a 7,7 miliardi². È evidente, allora, che, nel giro di pochi anni, potremo trovarci in un mondo dominato da “Cose” tra di loro interconnesse.

¹ Secondo quanto riportato sul sito www.corrierecomunicazioni.it, questa sarebbe la stima effettuata dalla società - nota nel campo della consulenza nell’*Information Technology* - Gartner.

² Fonte: U.S. Census Bureau. Lo studio è reperibile sul sito www.census.gov/population/international.

Tale riflessione viene, tuttavia, immediatamente smentita dalla constatazione che i *devices* dell'*Internet of Things* intanto esistono - o, comunque, vengono utilizzati - perché vi sono fruitori che hanno interesse ad un loro sfruttamento in termini di maggiori facilitazioni nella vita quotidiana³.

Il problema che si cercherà di affrontare concerne il flusso di informazioni che tali dispositivi sono in grado di generare (*big data*) e la tutela delle persone i cui dati sono trattati, ponendo - nelle pagine successive - l'accento proprio sul possibile diverso atteggiarsi delle più recenti problematiche emerse in punto di trattamento di dati personali in considerazione delle peculiarità del fenomeno oggetto di esame.

In via di prima approssimazione, è possibile notare come, nonostante le nuove tecnologie garantiscano una semplificazione delle attività quotidiane, sia necessario, di contro, scongiurare il pericolo che un uso spregiudicato dei dati personali alimenti un "mercato" digitale, basato sullo sfruttamento commerciale delle informazioni individuali⁴.

In questa prospettiva si registra l'attenzione che all'argomento è stata rivolta a diversi livelli. Innanzitutto, il Gruppo di lavoro per la tutela dei dati personali *ex art. 29* della direttiva 95/46/CE ha elaborato un dettagliato parere⁵ che mette in risalto, accanto al motivo di preoccupazione ora

³ Più nel dettaglio, gli ambiti di utilizzo spaziano dal monitoraggio sui propri parametri vitali (si pensi ai dispositivi *quantified self*, vale a dire quelli che consentono una quantificazione del sé: dispositivi per misurare la pressione arteriosa, il battito cardiaco, i grassi presenti nel sangue ...) al *lifelogging* o *life caching* (si tratta della tendenza a raccogliere attraverso dispositivi indossabili e memorizzare in *database* o in *cloud* tracce di tutti gli eventi considerati significativi della propria vita per poi eventualmente condividerli con altri) fino a giungere alle innovazioni offerte dalla domotica che permettono, tra le altre cose, risparmi di energia (attraverso, per esempio, le prese *wi-fi* che consentono l'accensione e lo spegnimento degli elettrodomestici a distanza) o un consumo di cibi più responsabile (il riferimento è al frigorifero che comunica la data di scadenza degli alimenti o elabora la lista della spesa).

⁴ Così E. Germani, L. Ferola, *Il wearable computing e gli orizzonti futuri della privacy*, in *Dir. Informaz.*, 2014, pp. 75 ss., spec. p. 79.

⁵ Si tratta dell'*Opinion 8/2014 on the Recent Developments on the Internet of Things*, adottata il 16 settembre 2014, disponibile al link: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp223_en.pdf

segnalato, alcuni aspetti - sui quali si tornerà nel corso dell'indagine - di spiccato interesse ai nostri fini. Non solo, la molteplicità di categorie di dati che un dispositivo dell'IoT è in grado di raccogliere, ma soprattutto il rischio di una sistematica sorveglianza delle abitudini degli individui (solo per citarne alcuni) appaiono ineludibili premesse nell'approccio alla presente tematica.

A distanza di poco tempo, nel corso della 36ma Conferenza internazionale delle Autorità di protezione dei dati personali, è stata adottata una Dichiarazione⁶ nella quale si perviene ad una serie di conclusioni le quali, oltre ad ispirare i futuri orientamenti delle Autorità competenti sul tema, forniscono interessanti spunti di riflessione sul piano operativo. In particolare, colpisce come le stesse Autorità competenti in materia di *privacy* si sforzino di ricercare un (difficile) punto di equilibrio tra istanze di diverso segno alle quali si accennerà nel corso della trattazione.

In assenza di un quadro normativo che consenta di delineare chiaramente compiti e responsabilità dei produttori, i soggetti istituzionali coinvolti paiono, difatti, devolvere la tutela relativa ai profili informativi al buon senso delle imprese produttrici le quali, al contrario, sembrano maggiormente interessate ai "profitti" derivanti non solo dalla produzione dei dispositivi, ma, per l'appunto, ai dati generati da questi ultimi e ai servizi ad essi connessi.

A livello nazionale, appare, certamente, meno ambiziosa la consultazione pubblica su Internet delle Cose avviata dall'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali⁷ che consente a tutti i soggetti interessati di far pervenire osservazioni, commenti, informazioni e proposte ritenute utili. Il coinvolgimento finanche degli utenti - si può osservare - non potrà che giovare ad una regolazione, per dir così, *bottom-up*, ma esprimere un

⁶ Cfr. *Mauritius Declaration on the Internet of Things*, disponibile al link: <http://www.privacyconference2014.org/media/16421/Mauritius-Declaration.pdf>.

⁷ Il riferimento è alla decisione adottata dal Garante per la protezione dei dati personali il 26 marzo 2015 e pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 101 del 4 maggio 2015. Va osservato che - anche con riferimento a quanto si dirà *infra* nel testo - è ormai spirato il termine di 180 giorni dalla predetta pubblicazione sulla GU.

giudizio complessivo sull'efficacia di simili iniziative⁸ - essendo, a quanto consta, ancora ignoti i risultati di tale consultazione - potrebbe rivelarsi a dir poco prematuro.

Infine, va segnalata la posizione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni la quale nel *Rapporto finale dell'Indagine conoscitiva concernente i servizi di comunicazione Machine to Machine*⁹ ha fornito un importante contributo in merito al problema oggetto di riflessione. Si tratta - nell'ottica di una auspicabile "connessione" tra le Autorità amministrative indipendenti¹⁰ - di un importante documento nel quale vengono a delinearsi i profili regolatori relativi ai servizi *Machine to Machine* i quali, pur non

⁸ Più di recente (11 aprile 2016), ha preso l'avvio, altresì, il "*Privacy Sweep 2016*", ovvero un'indagine a carattere internazionale volta a verificare, per l'appunto, il rispetto della *privacy* nell'Internet delle Cose. Segnatamente, il Garante italiano concentrerà la sua azione sulla domotica per verificare il grado di trasparenza nell'uso delle informazioni personali dei consumatori e il rispetto delle norme sulla protezione di dati da parte delle imprese, anche multinazionali, operanti nel settore. In generale, le ventinove Autorità garanti della *privacy* coinvolte valuteranno anche possibili interventi nei confronti delle imprese i cui dispositivi o servizi risulteranno in violazione delle norme sulla protezione dei dati.

⁹ Agcom, *Indagine conoscitiva concernente i servizi di comunicazione Machine to machine (M2M)*, Rapporto finale all. A, Delibera n. 120/15/CONS del 11 marzo 2015, disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

¹⁰ Come sottolineato nell'introduzione del Garante *privacy* in Atti del Convegno "*Il pianeta connesso. La nuova dimensione della privacy*", Roma, 28 gennaio 2015, pp. 3 ss. Sulla necessità di un "dialogo" tra le Autorità amministrative indipendenti resta quanto mai attuale l'auspicio di M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, il quale osserva (pp. 41 ss.) che «un miglior coordinamento nell'esercizio dei poteri richiederebbe interventi legislativi volti ad allineare le competenze e a eliminare alcune incongruenze. Richiederebbe altresì un maggior impegno delle autorità a evitare invasioni di campo o duplicazioni di attività, per esempio attraverso accordi o protocolli d'intesa ... Ma, se si crede nella bontà del modello delle autorità indipendenti, il coordinamento deve mantenere una dimensione orizzontale tendenzialmente paritaria, sia pure entro una cornice di regole che definiscano, distribuiscano e creino i raccordi (sotto forma di pareri, intese, proposte, ecc.) tra le varie competenze. Sarebbe invece incoerente imporre un "direttore d'orchestra", magari con una connotazione prettamente politica, dotato di poteri di indirizzo».

coincidendo *in toto* con l'*Internet of Things*, possono essere ricondotti, ove utilizzino una connessione Internet, in quest'ultimo ambito¹¹.

Tale ultimo contributo, assieme a tematiche di indubbia rilevanza, solleva (ma non fornisce una risposta) un interrogativo di non poco momento che "aleggia", sovente, nella materia che occupa: a chi appartengono le informazioni desumibili dai dispositivi acquistati dagli utenti? Non è possibile indugiare su simili questioni che, per la portata, esulano dai limiti della presente ricerca. Allo stesso tempo, d'altro canto, potrebbe constatarsi - anche alla luce di quanto si dirà più innanzi - che mentre un controllo di tipo proprietario è possibile sui dati immessi "consapevolmente" dall'utente, difficilmente una simile conclusione potrà valere per la pluralità di altre informazioni (dati grezzi e aggregati) che un dispositivo dell'IoT è in grado di generare¹².

Dagli indirizzi - ora brevemente riassunti - dei soggetti istituzionali coinvolti emerge la complessità del fenomeno che ci si accinge ad esaminare; tale difficoltà di inquadramento riviene, probabilmente, dalla eterogeneità della sua fenomenologia (non solo dispositivi indossabili, ma anche città intelligenti, *smart grid*, ecc...) che oggi più che mai impone di ripensare alla stessa posizione dell'individuo il quale non pare più geloso del proprio isolamento, anzi aperto alla complessità, per l'appunto, del reale e pronto a cimentarsi con l'uso delle nuove tecnologie.

Al diritto nazionale (*i.e.*, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 recante il *Codice in materia di protezione dei dati personali*) e sovranazionale¹³,

¹¹ Sul punto, si rinvia all'approfondito studio di F. Graziadei, *L'Internet delle Cose: una prima ricognizione delle problematiche regolatorie*, in G. Olivieri e V. Falce (a cura di), *Smart cities e diritto dell'innovazione*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2016, pp. 155 ss.

¹² In argomento cfr. R. Romano, *Big Data, Smart Cities e proprietà intellettuale: quale il giusto equilibrio?*, in G. Olivieri e V. Falce (a cura di), *Smart cities e diritto dell'innovazione*, *cit.*, pp. 263 ss., spec. pp. 266 ss.

¹³ La presente indagine, infatti, non può prescindere dall'esame del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (Regolamento generale sulla protezione dei dati), che abroga la direttiva 95/46/CE. Si conclude così il lungo e tortuoso *iter* di riforma della materia della

nonché ai regolatori nazionali l'arduo compito di predisporre le opportune cautele.

2. La nozione di *privacy*: dal “diritto ad essere lasciato solo” all'autodeterminazione informativa

Utilizzando uno *smartwatch* oppure anche solo guardando una *Smart TV*, il fruitore genera, spesso ed anche inconsapevolmente, una enorme quantità di dati relativi alle sue prestazioni fisiche o abitudini televisive.

Si considerino, poi, i dispositivi *quantified self*: i dati prodotti, concernenti nella maggior parte dei casi le condizioni di salute, non sono soltanto quelli che vengono visualizzati sul dispositivo (si pensi, per esempio, ad un accelerometro in grado di misurare il livello di stress dell'interessato: il dato che viene visualizzato è solo quest'ultimo), ma anche quelli grezzi e quelli aggregati (per restare al nostro esempio il dato grezzo consiste nel misurare le mosse dell'addome mentre quelli aggregati sono il prodotto dell'estrazione delle informazioni sul ritmo respiratorio).

In sostanza, s'intende dire che potrebbe esservi, in primo luogo, il rischio che attraverso forme di profilazione degli individui s'imponga un forte condizionamento della libertà di scelta dei singoli attraverso

protezione dei dati personali avviato con la presentazione da parte della Commissione del “pacchetto protezione dati” nel gennaio 2012. Infatti, accanto a tale sopravvenienza normativa, sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 4 maggio 2016, altresì, la Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, e la Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi. Per una disamina degli elementi di continuità e di quelli innovativi del regolamento sulla protezione dei dati rispetto alla direttiva 95/46/CE cfr. F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016 e M. G. Stanzone, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 1249 ss.

meccanismi che selezionano, all'insaputa degli interessati e sulla base di catalogazioni comportamentali predefinite da chi gestisce gli strumenti di comunicazione telematica, le offerte emergenti dal mondo non solo dei consumi, ma anche, più in generale, delle relazioni sociali¹⁴. A questo si aggiunge che, per effetto dell'eterogeneità dei dati raccolti, alcuni di essi potrebbero non essere adeguatamente rivedibili dalla persona interessata prima della pubblicazione, generando, per tale via, il rischio di una mancanza di controllo ed un'eccessiva auto-esposizione per l'utente.

Quest'ultimo, come già si rilevava, quando utilizza dispositivi tra di loro interconnessi, opta per l'ingresso nella Rete, la quale diviene vieppiù evanescente in quanto comincia ad essere incorporata in tutto ciò con cui noi

¹⁴ Com'è noto, la profilazione consiste, secondo la definizione rinvenibile nel *considerando* 71 del Regolamento recentemente approvato (definizione analoga si ritrova nell'art. 4, n. 4, quanto alla disciplina del fenomeno cfr. l'art. 22), in una «*forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato*». Si tratta - anche con riferimento alla profilazione come, del resto, si dirà per la materia che occupa - di garantire all'utente la formazione di un completo ed esatto convincimento circa il consenso da dare o negare alla richiesta di trattamento profilatorio. Ciò è possibile - oltre che per il tramite del rispetto di regole di trasparenza analoghe a quelle che osserveremo nel testo - attraverso la dichiarazione di illiceità di quei trattamenti che siano ottenuti mediante manifestazioni di consenso non pienamente libere da parte degli interessati perché condizionate rispetto al raggiungimento dei vantaggi o delle prestazioni offerte dal professionista al momento della raccolta (si pensi, p.e., ad un professionista che subordini i servizi da fornirsi al cliente rispetto al rilascio del consenso come se quest'ultimo possa essere una controprestazione necessaria alla conclusione del contratto). Infine, anche con riguardo a siffatta tecnica, è necessario che sussista un rapporto di proporzionalità tra informazioni raccolte e finalità perseguite con il trattamento. A simili conclusioni è pervenuta l'Autorità garante per la protezione dei dati personali in svariati provvedimenti: per una rassegna dei medesimi e per una complessiva analisi della problematica si rinvia a R. De Meo, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. Informaz.*, 2013, pp. 587 ss.

interagiamo¹⁵, abbandonando così il suo stato di isolamento e il correlativo diritto di essere lasciato solo nell'intimità della propria vita privata.

Sarebbe, pertanto, auspicabile - ma del resto tracce di tale tendenza potrebbero riscontrarsi già nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, più recentemente, nell'art. 6 della Dichiarazione dei Diritti in Internet¹⁶- un definitivo superamento della nozione di *privacy* in termini di *right to be let alone*¹⁷.

Per converso, occorrerebbe interpretare la tutela apprestata ai dati personali nell'ottica della disponibilità dei dati che riguardano il singolo e di conoscenza di chi e come li sta utilizzando¹⁸: volendo sintetizzare si dovrebbe discorrere di *autodeterminazione informativa*.

Nel moderno assetto socio-tecnologico, in altri termini, dovrebbe essere garantito all'utente il diritto-potere di «*mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata*»¹⁹.

Alla luce di quanto fin qui detto, in considerazione dei rischi connessi all'utilizzo dei dispositivi dell'Internet delle Cose, occorrerebbe, dunque, ripensare alle modalità con le quali avviene l'espressione del consenso da parte dell'utente.

Si tratta di fornire a quest'ultimo tutte le informazioni relative alla tipologia dei dati raccolti, agli scopi che s'intendono perseguire e alla durata

¹⁵ Così A. Spadaro, in Atti del Convegno «*Il pianeta connesso. La nuova dimensione della privacy*», cit., p. 22.

¹⁶ Si tratta della Carta, elaborata anche all'esito di una consultazione pubblica, approvata dalla Commissione di studio sui diritti e doveri relativi ad Internet e pubblicata il 28 luglio 2015.

¹⁷ Come formulata da Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, p. 193.

¹⁸ Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma - Bari, 2012, p. 320.

¹⁹ In questi termini S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 122. Osserva lo stesso S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 320, che «*l'originaria definizione della privacy come "diritto di essere lasciato solo" non è stata cancellata ma fa parte di un contesto via via arricchito da diversi punti di vista*» (virgolettato dell'A.) quali il «*controllare l'uso che gli altri fanno delle informazioni che mi riguardano*», la «*tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale*».

di conservazione dei dati stessi in modo da ridurre sensibilmente le asimmetrie informative che esistono tra il produttore e l'utente.

In particolare, il fruitore del dispositivo deve essere edotto sin da subito sulla circostanza che - accanto alle informazioni che potremmo definire principali, ovvero quelle che, nell'esempio fatto in precedenza, sono visualizzabili sul dispositivo - vi sono quelle informazioni, apparentemente, secondarie (come detto: dati grezzi e aggregati) che potrebbero essere utilizzate per scopi totalmente diversi, necessitando, dunque, di un'informativa che renda nota al fruitore tale evenienza.

Inoltre, un'attenzione particolare deve essere riservata ai rischi relativi alla qualità dei dati che potrebbero derivare dalla loro natura sensibile, specie considerati gli usi in campo medico - sanitario.

Per consentire alle persone interessate un pervasivo controllo sulle informazioni ad esse relative deve essere, dunque, garantita la possibilità di revocare qualsiasi preventivo consenso ad un trattamento specifico e di opporsi al trattamento dei dati che le riguardano. Ferme le ulteriori considerazioni svolte più innanzi, è possibile, sin d'ora, rilevare la necessità che l'esercizio di tali diritti sia reso possibile senza vincoli o impedimenti tecnici o organizzativi e gli strumenti forniti per registrare il ritiro del consenso devono essere accessibili, visibili ed efficienti²⁰.

A tal proposito, non vanno sottovalutati, benché il punto in questa sede possa essere solo accennato, i rischi connessi alla rapida diffusione della propria immagine per effetto di un dispositivo dell'Internet delle Cose direttamente collegato ad un *social network* o ad un motore di ricerca (si pensi alle immagini scattate da un dispositivo indossabile e poi condivise nei *social networks*).

Infatti, se, da un lato, le persone interessate dall'Internet delle Cose sono ancora più propense a fare uso delle cose collegate quando possono condividere tali dati con altri utenti o con il pubblico (per esempio, gli utenti dei dispositivi *quantified self* tendono a condividere i dati con altri utenti sui *social network* per promuovere una sorta di concorrenza positiva all'interno

²⁰ Così *Opinion 8/2014 on the Recent Developments on the Internet of Things*, cit., p. 20.

del gruppo), dall'altro la diffusione della propria immagine potrebbe avere degli effetti pregiudizievoli della propria reputazione (o di quella dei propri cari), sulla attività professionale ovvero per le aziende o istituzioni presso le quali si è incardinati.

Si pensi al caso detto del “pirata ubriaco”²¹ in cui una giovane aspirante insegnante aveva immesso la fotografia che la ritraeva con un cappello da pirata mentre beveva da un bicchiere di plastica, sulla sua pagina di *MySpace* (noto *social network*), inserendo anche la dicitura “il pirata ubriaco”; successivamente, la foto era stata notata dall'amministrazione della scuola in cui l'aspirante insegnante svolgeva il tirocinio. Nonostante la rimozione, la foto della donna si era, tuttavia, diffusa nella rete ed era stata indicizzata dai motori di ricerca, provocando, in definitiva, la mancata assunzione dell'insegnante da parte della scuola.

Dunque, a fronte della scarsità di tutela rispetto alla riproduzione dei dati personali - tra i quali, come si specificherà meglio oltre, deve essere annoverata l'immagine - contenuti nei profili-utente, che possono essere reperiti tramite motori di ricerca, copiati su altri siti e riprodotti infinite volte nel tempo, con loro conseguente decontestualizzazione o permanenza presso i fornitori del servizio, occorrerebbe interrogarsi se, all'uopo, debba riconoscersi all'utente e del dispositivo e del *social network* il *diritto alla cancellazione* (“*diritto all'oblio*”)²².

3. Il “diritto all'oblio” nel Regolamento europeo generale sulla protezione dei dati

²¹ Tratto da V. Mayer-Schonberger, *Delete: The virtue of forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2011, p. 1, tradotto in italiano per i tipi di Egea: *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Milano, 2010.

²² Così è rubricato l'art. 17 del Regolamento (UE) 2016/679.

Nei più recenti approdi giurisprudenziali nazionali²³ ed europei²⁴ in materia, la richiesta di procedere alla cancellazione di un'informazione è

²³ Il riferimento è, tra le altre, a Cass., sez. III, sent., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Dir. Informaz.*, 2012, pp. 910 ss. con nota di T.E. Frosini, *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*; in *Guida al diritto*, n. 5 (Monografia), 2013, pp. 42 ss.; in *Foro it.*, c. 305, con nota di E. Tucci. La vicenda concerne la notizia, riportata da alcuni quotidiani dell'epoca (1993), di un personaggio politico imputato di corruzione e poi assolto; la notizia dell'imputazione e non dell'assoluzione rimane memorizzata nell'archivio storico di un quotidiano nella versione *on-line*, donde il ricorso per vedere riconosciuto il diritto all'oblio. La Corte di legittimità non ha ritenuto, in tal caso, fondata una simile pretesa, ma piuttosto salvaguarda il pur meritevole - come, del resto, si avrà modo di dire nel testo (ma cfr., anche, *infra* nota 28) - diritto del soggetto al riconoscimento e godimento della propria attuale identità personale o morale sulla base del convincimento che «*la notizia, originariamente completa e vera diviene non aggiornata, risultando quindi parziale e non esatta, e pertanto sostanzialmente non vera*» (corsivi nel testo).

La Suprema Corte, sez. I, ha, recentemente, avuto occasione di ritornare sul tema allorquando con l'ordinanza 17 luglio 2015, n. 15096, in *Diritto e Giustizia*, 2015, 29, p. 19, con nota di F. Valerio, *Esiste un tempo massimo di permanenza dei dati nel registro delle imprese? La parola alla Corte di Giustizia*, ha sollevato ben due questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, di cui una (probabilmente quella di maggior interesse) così recita: «*se il principio di conservazione dei dati personali in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati, previsto dall'articolo 6, lettera e), della direttiva 4 6/95/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, attuata Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, debba prevalere e, quindi, osti al sistema di pubblicità attuato con il registro delle imprese, previsto dalla Prima direttiva 68/151/CE del Consiglio del 9 marzo 1968 nonché dal diritto nazionale all'articolo 2188 c.c., e Legge 29 dicembre 1993, n. 580, articolo 8, laddove esso esige che chiunque, senza limiti di tempo, possa conoscere i dati relativi alle persone fisiche ivi risultanti*». Pur essendo differenti le angolazioni (p.e., nella dottrina giuscommercialistica, G. Carraro, *Pubblicità commerciale e «diritto all'oblio» nella prospettiva dei diritti dell'uomo*, in *Relazione al VII Convegno Orizzonti del Diritto commerciale*, 2016, opta per l'analisi del sistema della pubblicità commerciale in rapporto agli effetti dell'art. 8 CEDU) dalle quali muovere per analizzare le possibili implicazioni non solo dell'ordinanza in commento ma soprattutto di una eventuale pronuncia di accoglimento dei giudici lussemburghesi, è possibile osservare - senza alcuna pretesa predittiva circa le conclusioni alle quali la Corte di Giustizia perverrà - quanto segue. Il portato (se non lo si è mal inteso) della recente pronuncia *Google Spain*, di cui si dirà alla nota successiva, impone, infatti, di considerare il diritto alla riservatezza come inidoneo a

prevalere su altri diritti di pari rango; quest'ultimo dovendosi, al contrario, contemperare con situazioni giuridiche soggettive paritetiche o, come nell'ipotesi del registro delle imprese, con l'interesse di una pluralità di soggetti di disporre con facilità di «informazioni veritiere e non contestabili» (così G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, (a cura di) M. Campobasso, Torino, 2014, p. 114) su fatti e situazioni delle imprese con cui entrano in contatto.

Tra le pronunce di merito si segnala, quale prima applicazione della sentenza *Google Spain* (della quale tiene in considerazione, pure, le linee guida per l'implementazione dei principi genericamente affermati in quella sentenza, elaborate dal Gruppo di lavoro per la tutela dei dati personali *ex art. 29 cit.* e pubblicate in data 26 novembre 2014: per una breve disamina delle medesime si rinvia a L. Bugiolacchi, *Quale responsabilità per il motore di ricerca in caso di mancata deindicizzazione su legittima richiesta dell'interessato?*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 571 ss., spec. pp. 575-577), Trib. Roma, sez. I, sent., 3 dicembre 2015, n. 23771, in *Danno e resp.*, 2016, pp. 299 ss. con nota di F. Russo, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: la prima pronuncia dei Tribunali italiani dopo il caso Google Spain*. Tra i commenti relativi a tale pronuncia cfr., anche, G. Citarella, «Diritto all'oblio» e rilevanza del tempo, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 583 ss., e M. Rizzuti, *Il diritto e l'oblio*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 1077 ss.

²⁴ Si tratta, in particolare, di Corte Giust. UE, grande sez., 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, *ex multis* in *NGCC*, 2014, pp. 1054 ss. con nota di G. Giannone Codiglione, *Motori di ricerca, trattamento di dati personali ed obbligo di rimozione: diritto all'oblio o all'autodeterminazione informativa?*. Per un commento della pronuncia si rinvia, inoltre, al volume monotematico di G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015; cui *adde*: O. Pollicino, *Diritto all'oblio e conservazione dei dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2949 ss.; L. Bugiolacchi, *Mancata rimozione della indicizzazione di spazi web a richiesta dell'interessato: la nuova frontiera della r. c. dei motori di ricerca*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 1530 ss., e R. Petti, *La protezione dei dati personali e il caso Google Spain*, in *questa Rivista*, 1/2015, pp. 77 ss. (ai quali si rinvia, altresì, per ampi riferimenti al tema della responsabilità del provider); F. Melis, *Il diritto all'oblio e i motori di ricerca nel diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, pp. 171 ss.; C. Flick, *Il diritto all'oblio nella sentenza «Google Spain» e la sua applicazione pratica*, in *www.astrid-online.it*; L. Pelliccioli, *La sentenza «Google Spain» e l'interpretazione del diritto: alcune considerazioni*, in *Cyberspazio e diritto*, 2015, pp. 87 ss.; A. Viglianisi Ferraro, *La sentenza Google Spain ed il diritto all'oblio nello spazio giuridico europeo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, pp. 159 ss.

In tale occasione - fermo quanto si dirà *infra* nel testo - i giudici lussemburghesi hanno avuto modo di ribadire, in alcuni (a parere di chi scrive) significativi passaggi (parr. 80-81), non solo la capacità del motore di ricerca di costruire, attraverso la sintesi di informazioni

stata, com'è noto, rivolta non tanto al sito *web* dal quale i dati erano stati inizialmente raccolti e, poi, conservati ma al gestore del motore di ricerca. La circostanza non è passata inosservata tanto è vero che la dottrina, che ha avuto occasione di analizzare i predetti arresti, ha obiettato che non di diritto all'oblio debba discorrersi ma di diritto alla cancellazione, al blocco, al congelamento delle informazioni relative all'individuo²⁵.

Sul punto, si è rilevato²⁶ che la notizia - pure ove venga "deindicizzata" a cura del gestore del motore di ricerca - comunque non sarà definitivamente

provenienti da diversi siti, il profilo, *rectius* l'identità, di un determinato soggetto con potenziale pregiudizio per la sua vita privata (volendo utilizzare le parole della Corte: «*un trattamento di dati personali ... effettuato dal gestore di un motore di ricerca ... consente a qualsiasi utente di Internet di ottenere, mediante l'elenco di risultati, una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che toccano potenzialmente una moltitudine di aspetti della sua vita privata e che, senza il suddetto motore di ricerca, non avrebbero potuto – o solo difficilmente avrebbero potuto – essere connesse tra loro, e consente dunque di stabilire un profilo più o meno dettagliato di tale persona*»), ma soprattutto, come già rilevato, l'opportunità di effettuare, a fronte della richiesta di cancellazione di determinate informazioni, un bilanciamento con altre posizioni giuridiche soggettive di pari rango (riprendendo sempre le parole della pronuncia in commento: «*poiché la soppressione di link dall'elenco di risultati potrebbe, a seconda dell'informazione in questione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso a quest'ultima, occorre ricercare, in situazioni quali quelle oggetto del procedimento principale, un giusto equilibrio segnatamente tra tale interesse e i diritti fondamentali della persona di cui trattasi derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta*»).

²⁵ Possono darsi, secondo G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., pp. 30 ss., almeno tre accezioni del "diritto all'oblio": una, tradizionale, che fa riferimento al diritto di un soggetto a non vedere pubblicate alcune notizie relative a vicende (in specie, fatti di cronaca), già legittimamente pubblicate, rispetto all'accadimento delle quali è trascorso un notevole lasso di tempo; una seconda che mette in risalto non tanto l'esigenza di cancellare, ma piuttosto quella, affermatasi con lo sviluppo di internet e delle Reti telematiche, di «*attribuire un peso all'informazione nell'ambito di uno scenario complessivo che vede l'identità come protagonista*» ed infine quella cui si accenna nel testo ove, evidentemente, l'oblio pare essere una «*finalità*» che «*si può raggiungere con la cancellazione, ma anche con il blocco*».

²⁶ Il punto è ben sottolineato, tra gli altri, da F. Pizzetti, *Le Autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della Corte di giustizia sul caso Google Spain: è tempo di*

espunta dalla rete, essendo, anzi, disponibile a chiunque acceda al sito fonte²⁷; così facendo, secondo quanto affermato in via pretoria, potrebbe trovare tutela il paritetico diritto all'accesso al dato in ragione della trasparenza e del controllo democratico delle attività alle quali i dati si riferiscono. Segnatamente, l'esigenza di contemperare la conservazione della notizia nel patrimonio informativo dei giornali in rete con la pretesa della persona coinvolta alla salvaguardia dell'identità personale emerge in un recente arresto della Corte EDU²⁸. In tale occasione, i giudici di Strasburgo, nel tentativo di individuare il predetto punto di equilibrio, hanno

far cadere il “Velo di Maya”, in *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., pp. 255 ss., spec. pp. 268 ss.

²⁷ Anzi, come evidenziato da F. Di Ciommo, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e resp.*, 2014, pp. 1101 ss., spec. p. 1113, rischia di verificarsi, addirittura, un singolare e paradossale effetto *boomerang* a danno di coloro i quali siano riusciti ad ottenere da Google la deindicizzazione: a seguito della sentenza *Google Spain* cit. è nato, difatti, in Rete un servizio - denominato *Hidden from Google* - che cataloga i risultati deindicizzati, aggiornando la lista man mano che Google accoglie le richieste degli utenti di esercitare il proprio “diritto all'oblio”.

²⁸ Si tratta della sentenza della CEDU, sez. IV, 16 luglio 2013, ricorso n. 33846/2007, *Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 1211. Per un commento della pronuncia cfr. L. Nannipieri, *La sopravvivenza online di articoli giornalistici dal contenuto diffamatorio: la pretesa alla conservazione dell'identità e la prigione della memoria nel cyberspazio*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 1 ss., e C. Melzi d'Eril, *Con l'aggiunta di una postilla si può spiegare che il contenuto del pezzo è stato “condannato”*, in *Guida al diritto*, n. 40, 2013, pp. 103 ss.; la stessa è oggetto di breve annotazione in: A. Viglianisi Ferraro, *La sentenza Google Spain ed il diritto all'oblio nello spazio giuridico europeo*, cit., pp. 179-182, e A. L. Valvo, *Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione “digitale”*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 347 ss., spec. pp. 348-350. Di recente, tale arresto è stato ripreso, altresì, dai giudici nazionali: v., segnatamente, App. Milano, sez. II, sentenza 17 maggio 2016, n. 1890, *inedita*.

Più nel dettaglio, la vicenda trae origine da un articolo riguardante due avvocati polacchi - apparso su un quotidiano a stampa - ritenuto diffamatorio dal Tribunale e, tuttavia, rinvenibile sul sito del giornale. I due avvocati ne chiedevano la rimozione dagli archivi Internet sulla base del duplice presupposto che: a) l'articolo diffamatorio era presente nel motore di ricerca di *Google* e che in base ai meccanismi automatici di indicizzazione chiunque digitasse il loro nome veniva a conoscenza dei fatti di cui all'articolo in questione; b) la versione *online* del detto articolo amplificava il danno in ragione del potenziale maggior numero di lettori.

negato la rimozione (definitiva) dagli archivi internet di una notizia, nella specie, diffamatoria, imponendo, al contempo, la pubblicazione di un'aggiunta contenente la specificazione che l'articolo era stato qualificato come tale dall'Autorità giudiziaria²⁹.

Diversamente, nella maggior parte dei casi, i dati veicolati per il tramite dell'*Internet of things* non paiono concernere informazioni rispetto alle quali sia configurabile la necessità di operare un bilanciamento con siffatti diritti (segnatamente, quello di cronaca o all'informazione) che, eventualmente, possono venire in considerazione.

Ciò nondimeno, si tratta, in ogni caso, di prestare tutela al più generale interesse dell'individuo alla contestualizzazione o corretta ricostruzione della propria identità personale: il pregiudizio potrebbe venir arrecato proprio dal probabile "incrocio" tra le informazioni relative alle proprie abitudini di vita o finanche delle condizioni di salute generate da un dispositivo dell'IoT e quelle già presenti o immesse successivamente su un *social network*. Non è inverosimile, quindi, il rischio che ne derivi un'immagine di quell'utente, al quale i dati sono riferibili, travisata o, qualora quelle informazioni restino memorizzate per lungo tempo, non più attuale.

Un possibile rimedio a simili inconvenienti pare rinvenirsi nella recente sopravvenienza normativa³⁰ la quale pone, espressamente, a carico

²⁹ Va osservato (cfr., in tal senso, L. Nannipieri, *La sopravvivenza online di articoli giornalistici dal contenuto diffamatorio: la pretesa alla conservazione dell'identità e la prigionia della memoria nel cyberspazio*, cit., p. 15) che la sentenza in commento non "scomoda" propriamente il diritto all'oblio, andando ad incidere «su un piano ancora più intimo di tutela delle prerogative individuali, quello della pretesa all'eliminazione dei tratti identitari falsi e potenzialmente pregiudizievoli, immessi illegittimamente nell'ambiente digitale ad opera di soggetti terzi rispetto all'interessato». In ogni caso, la Corte EDU parrebbe palesare «un certo favor nei confronti della libertà di stampa, il cui peso risulta sostanzialmente prevalente rispetto al diritto alla riservatezza anche in una delle sue massime espressioni, qual è la pretesa alla conservazione della propria identità di fronte ad un esercizio illegittimo del diritto di cronaca».

³⁰ Il riferimento è, specialmente, all'art. 17 cit., paragrafo 2, Regolamento cit. (ma in senso analogo v., pure, il *considerando* 66) il quale, secondo G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, cit., p. 34, non costituisce una novità atteso che una simile previsione era già contenuta all'interno della legge italiana.

del «titolare del trattamento», obbligato a cancellare i dati personali, l'adozione di «*misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali*»³¹.

Pur rinviando alle pagine che seguono l'indagine in ordine alla corretta identificazione del titolare del trattamento, è ragionevole ritenere che gli utenti di un dispositivo dell'Internet delle Cose possano avvalersi del diritto all'oblio, *rectius* alla cancellazione, al fine di tutelarsi anche da dati e notizie da loro stessi immessi in rete e successivamente “indicizzati” dai motori di ricerca³².

Non meno problematico appare, inoltre, il profilo relativo alla c.d. portabilità dei dati. I produttori di dispositivi dell'*Internet of Things* potrebbero essere fortemente indotti - in un settore ove gli interessi economici in gioco sono in costante aumento³³ - a consolidare la propria posizione monopolistica rendendo difficoltoso, come testimonia proprio l'esperienza delle piattaforme *social*³⁴, il trasferimento dei propri dati da un *device* ad un altro e precludendo, per tal via, l'ingresso nel mercato di nuovi *players*.

³¹ Dovrebbe interpretarsi - essendo, diversamente, ridimensionata notevolmente la portata applicativa della previsione in commento (*contra* cfr. Miniussi D., *Il “diritto all'oblio”: i paradossi del caso Google*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, pp. 209 ss., il quale pare ritenere che il gestore del motore di ricerca «*almeno in prima battuta, non sembra acquisire la qualifica di responsabile del trattamento per il solo fatto di catalogare, indicizzare e rendere disponibili ai terzi i dati*»; appare critico, pure, L. Bugiolacchi, *Mancata rimozione della indicizzazione di spazi web a richiesta dell'interessato: la nuova frontiera della r. c. dei motori di ricerca*, *cit.*, pp. 1535 ss.) - come «titolare del trattamento» o «responsabile del trattamento» anche il gestore del motore di ricerca.

³² A simili conclusioni perviene, altresì, L. Ferola, *Dal diritto all'oblio al diritto alla memoria sul web. L'esperienza applicativa italiana*, in *Dir. Informaz.*, 2012, pp. 1001 ss.

³³ Secondo le stime dell'Osservatorio *Internet of Things* della *School of Management* del Politecnico di Milano solo nel 2014 il giro d'affari complessivo in Italia è stato di 1,55 miliardi di euro.

³⁴ Cfr. G. Giannone Codiglione, S. Sica, *Social network sites e il “labirinto” delle responsabilità*, in *Giur. mer.*, 2012, pp. 2714B ss.

È necessario, dunque, adottare misure che consentano, in modo efficace, agli utenti di scegliere un altro servizio che potrebbe non essere proposto dal produttore del dispositivo. In tal caso, all'utente deve essere riconosciuto il diritto, ormai consacrato nell'art. 20 del Regolamento (UE) 2016/679, «*di trasmettere i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti*»³⁵.

4. Obblighi informativi e il problema della legge applicabile al titolare del trattamento

Il costante monitoraggio sulle abitudini dell'utente, l'indicazione della posizione in cui lo stesso si trova in uno qualsiasi dei momenti della sua giornata nonché la diffusione, spesso distorta, della sua immagine potrebbe, dunque, dar vita ad una sorta di *panopticon* sociale generalizzato in cui ognuno controlla gli altri e tutti sono controllati costantemente.

A fronte di un siffatto rischio - inquietante, eppure non così lontano dal vero - occorre, a questo punto, interrogarsi se, alla luce del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 recante il “*Codice in materia di protezione dei dati personali*”, le istanze di tutela in punto di trattamento dei dati personali, che sono state sopra segnalate, possano dirsi sufficientemente protette.

Innanzitutto, si rileva che nella *Opinion 8/2014 on the Recent Developments on the Internet of Things*, citata in precedenza, si fa menzione del c.d. principio di “*minimizzazione dei dati*”: i dati raccolti devono essere

³⁵ La norma - da leggersi in combinato con il *considerando* 68 del medesimo Regolamento - circoscrive, in particolare, l'esercizio di tale diritto alle sole ipotesi in cui l'interessato abbia fornito i dati personali sulla base del proprio consenso o se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un contratto e il «*trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati*». Non solo, il paragrafo 2 introduce l'ulteriore condizione della «*fattibilità tecnica*» della trasmissione diretta dei dati personali da un titolare del trattamento all'altro. Ad una prima lettura, sembrerebbe che la versione definitiva della norma risulti meno tuzioristica della precedente formulazione, contenuta nell'art. 18 della Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione al Parlamento, ove un simile diritto veniva configurato senza particolari riserve.

strettamente necessari per il fine specifico precedentemente prefissato dal titolare del trattamento³⁶.

Del pari, nell'art. 3 del *Codice* richiamato tale principio si esplica nel "principio di necessità nel trattamento dei dati" per cui i sistemi informativi e i programmi informatici devono essere configurati, già in origine, in modo da ridurre al minimo l'uso di informazioni relative ai soggetti identificabili, privilegiando l'utilizzo di dati anonimi. Inoltre, in virtù del principio di proporzionalità, i dati personali e le varie modalità del trattamento devono essere pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità perseguite (art. 11, co. 1, lett. *d*), d. lgs. n. 196/2003).

Si accennava, in precedenza, alla necessità che il consenso al trattamento dei dati personali nell'ambito dell'Internet delle Cose sia particolarmente "informato".

Alla stregua del diritto nazionale, prima della raccolta dei dati e dell'attivazione del *device*, dovrebbe essere fornita al fruitore un'informazione chiara e completa, recante tutti gli elementi richiesti dall'art. 13 del d. lgs. n. 196/2003 al fine di consentirgli un'adesione consapevole alle iniziative proposte; occorrerebbe, altresì, acquisire il relativo consenso specifico, informato e distinto nell'ipotesi in cui sia prevista la profilazione (art. 23, d.lgs. n. 196/2003).

Il consenso dovrebbe essere quantomeno documentato per iscritto a cura del titolare del trattamento, ovvero reso necessariamente dall'interessato nel caso di dati sensibili (art. 26, d.lgs. n. 196/2003).

Ai fini dell'applicazione degli obblighi informativi ora evidenziati e degli ulteriori obblighi previsti dal d.lgs. n. 196/2003 (tra gli altri: quelli riguardanti l'esercizio dei diritti degli interessati e il relativo tempestivo riscontro *ex* artt. 7-10, l'adozione delle misure anche minime di sicurezza *ex* artt. 31-35, la notificazione al Garante in caso di eventuale profilazione *ex* artt. 37, co. 1, lett. *d*), e 163) diviene necessaria l'individuazione del titolare del trattamento³⁷.

³⁶ Cfr., pure, l'art. 5, par. 1, lett. *c*), Reg. cit.

³⁷ V'è da segnalare che il Regolamento (UE) 2016/679 introduce una serie di novità, in primo luogo nominalistiche, quanto ai soggetti deputati al trattamento e alla protezione dei dati personali sui quali conviene brevemente soffermarsi. Innanzi tutto, compare (rispetto a

Ciò, con buona probabilità, non è agevole nell'Internet delle Cose stante la convergenza di molteplici attori: produttori dei dispositivi, piattaforme *social*, applicazioni di terze parti. A questo devono, giocoforza, aggiungersi le difficoltà legate all'applicazione della normativa sul trattamento dei dati personali quando il titolare o il responsabile sia stabilito in un altro Stato membro o in un paese terzo.

Se si ritiene, alla stregua di quanto si ricava da uno dei documenti prima citati³⁸, che debbano qualificarsi titolari del trattamento proprio i produttori dei dispositivi, avendo questi ultimi sviluppato o modificato il sistema operativo o il *software* della Cosa che rende possibile la raccolta dei dati, ne determina la frequenza e le finalità, non si può, d'altro canto, pretermettere il rischio che proprio l'intervento combinato di una pluralità di soggetti comporti, come è facile immaginare, l'effetto pregiudizievole di un discarico di responsabilità tra i medesimi.

quanto accadeva nella precedente direttiva 95/46/CE ma analogamente alla scelta operata dal legislatore nazionale nel vigente Codice della *privacy*) la figura del titolare del trattamento ovvero «*la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali*», mentre il responsabile del trattamento diviene - allineandosi, anche in tal caso, alla definizione contenuta nella legislazione nazionale - «*la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento*». Scompare, invece, dal Regolamento cit. (permanendo, fino al prossimo adeguamento, nella legislazione interna) l'"incaricato del trattamento". Assolutamente innovativa la figura del "responsabile per la protezione dei dati personali" (*Data protection officer*) il quale viene designato dal titolare del trattamento e dal responsabile del trattamento ogniqualvolta: a) il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni; b) le attività consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala; oppure c) le attività principali consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali (art. 9) o di dati relativi a condanne penali e a reati (art. 10). Tra i compiti si possono annoverare quelli di informazione, formazione, consulenza e sorveglianza interne all'organizzazione del titolare/responsabile del trattamento sull'adempimento della disciplina in materia di dati personali, svolgendo, all'uopo, pure una funzione di interlocuzione con l'autorità di controllo.

³⁸ Cfr. *Opinion 8/2014 on the Recent Developments on the Internet of Things, cit.*, p. 11.

Questo dipende, tra l'altro, da un corretto inquadramento della portata della nozione di stabilimento e, correlativamente, della latitudine del campo di applicazione non solo della normativa domestica, ma soprattutto del recente Regolamento che, in merito, contiene, secondo quanto ora si dirà, interessanti profili di novità.

Com'è noto, la moderna organizzazione dell'attività d'impresa implica – in molti casi e, in special modo, nel settore che occupa – il ricorso ad un'aggregazione di imprese societarie *formalmente* autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria esercitata da una capogruppo. Questa organizzazione di gruppo è ben visibile, soprattutto, nel caso dei motori di ricerca (p.e., Google): solitamente, viene riservata alla capogruppo, di norma con sede negli Stati Uniti, la specifica attività di funzionamento del motore di ricerca, demandando, invece, alle controllate (o, comunque, soggette all'attività di direzione e coordinamento), collocate nei singoli Paesi in cui il servizio è offerto o in alcuni di essi ritenuti strategici, l'organizzazione e il funzionamento di importanti servizi collaterali (quali la gestione mail, la raccolta pubblicità, il redirezionamento), nonché delle funzioni essenziali per garantire la personalizzazione dell'attività rispetto alla nazionalità e alle preferenze dell'utente (si pensi alla prestazione del servizio di posizionamento)³⁹.

Sotto il profilo del trattamento dei dati personali, i problemi che possono venire in considerazione - e che, non a caso, hanno interessato, di recente, la Corte di Giustizia dell'Unione europea - possono concernere, per esempio, come nel già citato caso *Google Spain e Google*, la possibilità di estendere l'applicazione della direttiva 95/46/CE anche ad una filiale che svolga attività di comunicazione pubblicitaria in uno Stato membro ma la

³⁹ In termini analoghi cfr. G. Meruzzi, *Internet service providers, impresa di gruppo e responsabilità delle controllate*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2014, pp. 349 ss. al quale si rinvia, altresì, per l'esame del profilo relativo all'estensione alla controllata della responsabilità per gli illeciti commessi dalla controllante.

cui società madre sia stabilita in uno Stato terzo⁴⁰; oppure, come accaduto nel caso *Weltimmo*⁴¹, la determinazione di quale tra due legislazioni di Stati membri sia applicabile in base allo Stato in cui il trattamento è avvenuto.

Pur non potendosi prescindere dagli elementi precisi caratterizzanti le singole fattispecie, è possibile, in ogni caso, enucleare un “nocciolo duro” nella posizione dei giudici lussemburghesi: si tende ad accogliere, infatti, un’interpretazione flessibile della nozione di stabilimento tale per cui per determinare se una società, responsabile del trattamento dei dati, disponga di uno stabilimento in uno Stato membro diverso dallo Stato membro o dal paese terzo in cui è registrata, occorre valutare sia il grado di stabilità dell’organizzazione sia l’esercizio effettivo delle attività in tale altro Stato membro, considerando, a tal uopo, la natura specifica delle attività economiche e delle prestazioni di servizi in questione⁴². Occorrerà – al fine di individuare la legge applicabile – stabilire, poi, se il trattamento dei dati personali abbia avuto luogo nel «contesto delle attività» dello stabilimento⁴³.

Non è difficile intravedere nelle conclusioni alle quali è pervenuta la Corte un certo spirito anticipatore delle previsioni contenute nel

⁴⁰ Per l’analisi di questo specifico aspetto della sentenza *Google Spain* cfr. G. Caggiano, *L’interpretazione del “contesto delle attività di stabilimento” del responsabile del trattamento dei dati personali*, in *Dir. Informaz.*, 2014, pp. 605 ss.

⁴¹ Si tratta della sentenza 1 ottobre 2015 della Corte di giustizia dell’Unione europea, *Weltimmo s.r.o. contro Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, causa C-230/14, in *questa Rivista*; cfr. pure, per un commento al profilo che, partitamente, rileva in questa sede, G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Dir. Informaz.*, 2015, pp. 779 ss.

⁴² Così il punto 29 della sentenza *Weltimmo* cit.

⁴³ Si rileva, chiaramente, al punto 52 della sentenza *Google Spain* (replicato al punto 35 della sentenza *Weltimmo*) che «l’articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 non esige che il trattamento di dati personali in questione venga effettuato “dallo” stesso stabilimento interessato, bensì soltanto che venga effettuato “nel contesto delle attività” di quest’ultimo» (virgolettato nella sentenza). In tal senso cfr. già Gruppo art. 29, Parere n. 8/2010 sul diritto applicabile, adottato il 16 dicembre 2010, 0836-02/10/IT, WP 179, ove si legge (p. 16) che «la nozione di “contesto di attività” non implica che la legge applicabile sia quella dello Stato membro in cui è stabilito il responsabile del trattamento, ma quella del paese in cui uno stabilimento del responsabile del trattamento svolge attività correlate al trattamento di dati» (virgolettato e corsivi nel parere).

Regolamento appena emanato. Infatti, dopo aver illustrato in tre *considerando* l'impostazione del nuovo strumento normativo⁴⁴, l'art. 3 prevede, per l'appunto, l'applicazione rispetto al trattamento dei dati personali «*effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento*» indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione.

Viene, inoltre, estesa la possibilità di veder assoggettati alle medesime norme anche il titolare o il responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione quando le attività di trattamento riguardano: «*a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi agli interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato; oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione*».

Insomma, una notevole eterogeneità di criteri di collegamento che certifica, si potrebbe dire, la potenziale sovrapposizione di soggetti - e quindi di regole applicabili - come innanzi si rilevava. A tal proposito, è possibile osservare che se, per un verso, con il prossimo allineamento (per il quale è previsto come termine il 25 maggio 2018 che non appare, poi, così vicino

⁴⁴ Il riferimento è, in particolare, al *considerando* 22 che recepisce l'orientamento della Corte nella sentenza *Google Spain* secondo cui qualsiasi trattamento effettuato nell'ambito delle «*attività di stabilimento*» deve essere conforme al Regolamento indipendentemente dal luogo ove si svolge il trattamento di dati personali (all'interno dell'Unione o al di fuori). Nel *considerando* 23 viene, invece, affermata l'applicabilità della recente sopravvenienza normativa al «*trattamento dei dati personali di residenti nell'Unione effettuato da un responsabile del trattamento non stabilito nell'Unione quando le attività di trattamento sono legate all'offerta di beni o servizi a detti interessati indipendentemente dal fatto che vi sia un pagamento correlato*». Viene, più nel dettaglio, precisato che l'offerta di beni o servizi e l'intenzione di concludere affari con residenti nell'Unione non sarà ricostruibile sulla base di semplici elementi indiziari (p.e., semplice accessibilità ad un sito Internet), mentre potrebbero assumere rilevanza fattori quali l'utilizzo di una lingua o di una moneta abitualmente utilizzata in uno o più Stati membri nel caso in cui venga offerta la «*possibilità di ordinare beni e servizi in tale altra lingua o la menzione di clienti o utenti che si trovano nell'Unione*». Infine, con il *considerando* 24 si estende, in maniera innovativa, l'applicabilità del Regolamento anche all'ipotesi del trattamento dei dati personali riferito al monitoraggio del comportamento degli interessati «*nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione*».

soprattutto se si considerano le evoluzioni tecnologiche che, nel frattempo, potrebbero realizzarsi) delle normative nazionali con il Regolamento simili problemi potrebbero venir elisi o quantomeno attenuati notevolmente. Per altro verso, ad oggi non paiono inverosimili prospettive (negative) di un'interferenza di normative applicabili a tutto detrimento, evidentemente, dell'utente di un dispositivo dell'IoT⁴⁵.

5. La tutela dell'immagine del terzo nell'*Internet of Things*.

Un profilo particolarmente problematico si può cogliere nel possibile diverso atteggiarsi della tutela della riservatezza quando vengano in considerazione le istanze di protezione dei terzi.

S'intende dire, in altri termini, che l'utilizzo di dispositivi, per esempio, dotati di *facial recognition* (i.e., tecniche biometriche che utilizzano strumenti informatici per identificare o verificare l'identità di una persona a partire da una o più immagini che la ritraggono) oltretutto spesso associabili a sistemi di *tagging* automatico, potrebbe provocare il riconoscimento di un individuo (terzo rispetto a colui che utilizza il dispositivo) mentre viene fotografato o ripreso in video e la sua immagine essere successivamente *taggata* e inserita nei *social networks*, a cui magari si aggiungono dati relativi alla sua geolocalizzazione.

⁴⁵ Basti pensare ad una fattispecie di questo tipo: il produttore del dispositivo, che, in virtù di quanto detto nel testo, dovrebbe configurarsi quale titolare o responsabile del trattamento dei dati raccolti per il tramite del dispositivo, ha la sede centrale al di fuori dell'Ue; a ciò si aggiunga che il dispositivo medesimo, essendo collegato alla Rete, usufruisce, altresì, del collegamento ad un *social network* e consenta di effettuare ricerche mediante un motore di ricerca che ne indicizzi i risultati. S'immagini che sia il *social network* sia il motore di ricerca abbiano, anch'essi, la propria sede al di fuori dell'Ue. Occorrerà, in una simile ipotesi (ma la realtà dei dispositivi dell'Internet delle Cose potrebbe esserne foriera di altre ben più complesse), verificare se sia applicabile la legge di uno Stato membro in forza di uno stabilimento nel territorio dello Stato stesso purché tale stabilimento svolga attività correlate al trattamento; analogamente, sarà necessario valutare - alla stregua dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia - se, pure, il *social network* e il motore di ricerca constino di una succursale in uno Stato membro. Evidentemente, una siffatta situazione, seppur alquanto remota, potrebbe rivelare un grave *deficit* di tutela dei dati dell'utente medesimo.

Tali operazioni potrebbero essere effettuate dal dispositivo (si pensi, per esempio, a quelli indossabili) in modo del tutto automatico, cioè senza che il soggetto ripreso e spesso lo stesso fruitore del dispositivo medesimo ne siano consapevoli, se non eventualmente a posteriori, quando l'informazione è già diffusa in rete, quindi non è più controllabile⁴⁶.

Al riguardo, sebbene il tema sia suscettibile di ampio approfondimento che la presente sede non consente, si devono considerare due profili che, pur tra loro in continuità, meritano di essere analizzati partitamente.

Infatti, occorre chiarire se nella fattispecie ora descritta venga in considerazione la tutela della riservatezza nell'ampia accezione che nelle pagine che precedono è stata accolta o si tratti soltanto di consentire al terzo inconsapevolmente fotografato o ripreso di tutelare la propria immagine.

L'art. 96 della legge 22 aprile 1941, n. 633 recante disposizioni in materia di "*Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*" consente, infatti, la riproduzione e l'eventuale pubblicazione dell'immagine⁴⁷, previo consenso della persona interessata.

Ora, se non ricorrono, come probabilmente accade sovente, le "esimenti" di cui all'art. 97 della legge in discorso (notorietà o ufficio pubblico coperto dall'effigiato, pubblicazione dell'immagine per necessità di giustizia o polizia oppure a scopi scientifici, didattici o culturali, riproduzione collegata a fatti, avvenimenti o cerimonie di interesse pubblico o svoltesi in pubblico), occorre che la persona, che pur abbia prestato il consenso alla riproduzione, sia richiesta anche del consenso a che la propria immagine sia pubblicata in un *social network* e in quanto tale potenzialmente idonea a consentire la visione della fotografia ad un pubblico indifferenziato di utenti⁴⁸.

⁴⁶ Un problema analogo, ma con riferimento ai soli dispositivi indossabili, è posto da Germani E., Ferola L., *Il wearable computing e gli orizzonti futuri della privacy*, cit., p. 86.

⁴⁷ Invero, la norma utilizza l'espressione «ritratto» ma, secondo S. Pagliantini, I. Gonnelli, *sub art. 10 c.c.*, in A. Barba, S. Pagliantini (a cura di), *Commentario del Codice civile - Delle persone*, vol. I, Padova, 2012, pp. 661 ss., spec. p. 663, il legislatore, che utilizza il termine "immagine" nell'art. 10 c.c., considera, in questo settore, i due termini come sinonimi.

⁴⁸ A conclusioni analoghe è pervenuto il Trib. Napoli, ord., 31 luglio 2014, *inedita*, che ha ordinato, in un giudizio di separazione, alla moglie di rimuovere le fotografie del marito dal

In termini maggiormente problematici si pone l'altro profilo, cui dianzi si accennava, relativo alla possibilità di configurare l'immagine quale "dato personale". Si tratta di un interrogativo al quale, soprattutto, la giurisprudenza⁴⁹ ha fornito, recentemente, risposte di diverso segno.

Secondo un primo orientamento⁵⁰, «*l'immagine come tale, pur possedendo capacità identificativa del soggetto, quando viene trattata non*

proprio profilo *Facebook* in quanto tale pubblicazione era avvenuta senza il consenso del coniuge; v'è da segnalare che, all'uopo, l'organo giudicante ha ritenuto «*facilmente aggirabili dai navigatori più esperti*» le misure previste dalla stessa piattaforma e adottate dalla donna per restringerne la visione solo "ad amici".

⁴⁹ In dottrina, cfr. S. Ruscica, *I diritti della personalità*, Padova, 2007, p. 556, per l'opinione che considera la definizione di "dato personale" - come contenuta nell'art. 4, co. 1, lett. b), del d. lgs. n. 196/2003 - talmente ampia da riuscire ad includere senz'altro l'immagine. *Amplius* cfr. M. Proto, *Il diritto e l'immagine. Tutela giuridica del riserbo e dell'icona personale*, Milano, 2012, pp. 51 ss. il quale ritiene che «*recando informazioni relative all'individuo rappresentato, anche i segni evocativi dell'immagine personale sono soggetti alle norme*» del Codice in materia di protezione dei dati personali sicché «*tanto "la raccolta" e "la consultazione", quanto la "comunicazione" e la "diffusione" di ritratti e fotografie esigono, da parte del soggetto raffigurato, un consenso qualificato*». In particolare, l'A. da ultimo citato sofferma l'attenzione sulle differenze della disciplina prevista dal d. lgs. n. 196/2003 rispetto a quella disegnata dagli artt. 96 ss. della legge sul diritto d'autore. Effettivamente, se per un verso con la esposizione, la riproduzione e la messa in commercio del ritratto possono trovare attuazione la "comunicazione" e la "diffusione", il "blocco" e la "distruzione" dei dati personali sarebbero, invece, qualificate, al pari di quelle appena citate, quali "operazioni" di "trattamento". Inoltre, fermo quanto si dirà nel testo a proposito dell'art. 5, co. 3, Codice della *privacy*, si può osservare che l'uso dell'immagine senza il preventivo consenso dell'effigiato sarebbe "scriminato" in ipotesi ulteriori rispetto a quelle contemplate dal citato art. 97 l. dir. aut.: basti porre mente al trattamento di dati «*necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato*» (art. 24, co. 1, lett. b, Cod. *privacy*) o al trattamento di dati effettuato da un soggetto pubblico ex art. 19, co. 2 e 3, Cod. *privacy*.

⁵⁰ Il riferimento è, segnatamente, a Cass., sez. III, sent., 5 giugno 2009, n. 12997 in *Giustizia Civile, Massimario*, 2009, p. 871. Nel caso di specie, una donna, affetta da alcune patologie, si recava presso un mago che le era stato riferito possedere poteri curativi; la stessa, però, veniva ripresa, senza il suo consenso e senza che la sua immagine fosse oscurata, mentre tentava di deambulare da un'emittente televisiva che successivamente trasmetteva la sequenza durante un programma televisivo.

è automaticamente dato personale, ma lo è soltanto se chi esegue il trattamento la correli espressamente ad una persona o fornisca altra informazione atta a consentire di risalire alla persona». A tale conclusione si perviene facendo leva sull'argomento letterale di cui all'art. 4, co. 1, lett. b), del *Codice* citato: la nozione di dato personale sarebbe incentrata sul concetto di informazione la quale sottenderebbe *«un riferimento alla idoneità identificativa diretta della informazione o alla idoneità identificativa indiretta, cioè per il tramite di altra informazione, del dato».*

In altri termini, volendo esemplificare l'itinerario argomentativo seguito dalla Corte di legittimità, l'immagine ben potrebbe costituire un'informazione, cioè una notizia relativa alla persona effigiata. Tuttavia, affinché quest'ultima costituisca un "dato personale", occorrerebbe una didascalia o altra modalità che permettano di identificare la persona⁵¹.

Tale posizione parrebbe, per certi versi, superata da un filone giurisprudenziale⁵² più recente che, nel diverso ambito della

⁵¹ Prosegue, con riferimento al caso concreto di cui alla nota precedente, la Corte: *«se viene trasmessa l'immagine di una persona per televisione senza che si dica nei modi indicati chi è, senza cioè che la si identifichi direttamente, l'informazione così offerta, rappresentata dalla stessa immagine, non identifica di per sé quella persona. L'identificazione potrà farsi da parte di chi percepisce l'immagine e conosce la persona, nel senso che è capace di ricollegare l'immagine trasmessa ad essa. Questa identificazione, però, non è nel dominio di chi esegue il trattamento dell'immagine, cioè di chi la trasmette, mentre l'articolo 4, lettera b) esige che essa o sia fatta direttamente dal titolare attraverso una indicazione che raccordi l'informazione ad un soggetto, o sia fatta indirettamente, cioè attraverso altra informazione, sempre fornita dal titolare, che permetta di risalire al soggetto».*

⁵² Tale orientamento è stato inaugurato da Cass., sez. I, sent., 9 agosto 2012, n. 14346, in *Guida al diritto*, n. 38, 2012, p. 38; successivamente si veda, pure, Cass., sez. II, sent., 2 settembre 2015, n. 17440, in *Diritto e Giustizia*, 2015, 31, p. 36, con nota di M. Alovio, *Videosorveglianza, cartelli e informativa privacy in azienda*. In passato, benché in un contesto normativo (legge n. 675/1996) e fattuale (trattasi di pubblicazione su un quotidiano di una fotografia che ritraeva l'effigiato mentre si sottoponeva all'esame etilometrico sotto il controllo della polizia), cfr. Trib. Biella, sent., 29 marzo 2003, in *Dir. Informaz.*, 2003, pp. 538 ss., nella quale si legge che *«è del tutto irrilevante che il quotidiano non abbia riportato altre informazioni relative all'attore (nome, indirizzo, ecc...) in quanto la foto rappresenta un "dato personale" a sé stante mentre le altre informazioni, se sussistenti, avrebbero semmai potuto integrare ulteriori "dati personali" rispetto alla fotografia».*

videosorveglianza, ha avuto occasione di affermare – invero in maniera alquanto apodittica - che *«non può dubitarsi, nonostante in dottrina sia stato sollevato qualche dubbio al riguardo, che anche l'immagine di una persona, in sé considerata, quando in qualche modo venga visualizzata o impressa, possa costituire "dato personale" ai sensi dell'art. 4, lett. b), del d.lgs. n. 196 del 2003»*.

Si tratta, come ognuno vede, di una questione la cui portata valica i confini del presente contributo per cui, in questa sede, è possibile limitarsi a sommarie considerazioni. Principiando dalla stessa nozione di "dato personale", questa pare destinata a subire un ampliamento o, comunque, una specificazione per effetto del citato Regolamento appena emanato. Ivi (art. 4, n. 1), infatti, si considera *«identificabile»* la persona fisica che può essere *«identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale»*.

Il riferimento ad *«elementi caratteristici»* della *«identità fisica»* sembrerebbe idoneo a ricomprendere proprio la rappresentazione delle sembianze visive della persona, cioè la riproduzione grafica delle sue fattezze, in sostanza l'immagine senza necessità che la medesima rechi con sé ulteriori "contrassegni".

Ciò, del resto, non costituisce un'assoluta novità dacché una dottrina⁵³ ormai risalente già interpretava l'immagine quale una manifestazione

⁵³ Cfr. G. Bavetta, voce *Immagine (diritto alla)*, in Enc. dir., vol. XX, Milano, 1970, pp. 144 ss. (spec. par. 3), ma *amplius* cfr. già A. De Cupis, *I diritti della personalità*, vol. IV, t. I, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, pp. 256 ss., il quale, nel precisare la dimensione entro cui è tutelata l'immagine, rileva (p. 266) come *«la violazione del diritto all'immagine non si verifica soltanto quando si pone in evidenza, mediante l'aggiunta di indicazioni identificatrici, il nesso tra l'immagine e l'individuo. Certo, allora si allarga la conoscenza del determinato individuo, considerato nel suo aspetto fisico, al di là della cerchia di coloro che tale conoscenza già posseggono; mentre, quando quella precisazione non si compie, agli ignari l'immagine riprodotta appare semplicemente come un individuato emblema. Si verifica, comunque, pur in questa seconda ipotesi, se non un allargamento della conoscenza, un rinnovamento di certo, un*

positiva del diritto alla riservatezza; tale affermazione va, oggi, riletta alla luce del mutato contesto tecnologico nel quale è necessario, come detto, ripensare alla riservatezza ed interpretarla come autodeterminazione informativa specie ove si considerino le peculiarità dell'ipotesi qui esaminata, ovvero i rischi che potrebbero occorrere al terzo nel caso ignori di essere stato immortalato. In tal caso, appare innegabile la continuità tra immagine e riservatezza che divengono così singoli aspetti della persona che, considerata nella sua unitarietà, trova tutela e rilevanza a livello costituzionale⁵⁴.

Sulla scorta di queste brevi premesse è possibile ora tornare alla fattispecie prima ipotizzata, constatando che, in tal caso, l'immagine non solo sarebbe oggetto di pubblicazione, ma vi sarebbe l'aggiunta di un *tag*⁵⁵, oltre che della geolocalizzazione⁵⁶.

perfezionamento di essa» (corsivi dell'A.). Del resto, F. Ligi, *La tutela dell'immagine nel diritto comparato. I. Stati Uniti d'America*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 67 ss., ricorda come già Warren e Brandeis, nel contributo citato *sub* nota 17, ritenevano la forma più semplice del «*right of privacy*» la tutela, per l'appunto, della propria immagine.

⁵⁴ Nel testo si aderisce alla posizione pressoché dominante della giurisprudenza (cfr. Cass., sez. III, sent., 10 maggio 2001, n. 6507, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, pp. 529 ss., con nota di A. Zaccaria, *La lesione della reputazione personale e il problema dell'onere della prova*, ed ivi si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali) la quale accede ad una concezione "monistica" dei diritti della personalità, ancorando il correlativo fondamento giuridico all'art. 2 Cost. «*inteso quale precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, "aperta" all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela "del pieno sviluppo della persona umana", di cui al successivo art. 3 cpv.*».

⁵⁵ Nel vademecum *Social privacy. Come tutelarsi nella società dei social media*, pubblicato dal Garante *privacy* nel maggio 2014, si specifica che «*sei stato taggato quando qualcuno ha attribuito il tuo nome/cognome a un volto presente in una foto messa on-line; di conseguenza, se qualcuno cerca il tuo nome, appare la foto indicata*».

⁵⁶ In argomento, di particolare interesse risulta la recente Cass., sez. II, sent., 26 gennaio 2016, n. 1422, in *Giustizia civile, Massimario*, 2016, relativa all'omessa comunicazione da parte del gestore di un impianto sciistico della presenza di etichette RFID (nel caso di specie rivelatrici, per l'appunto, della posizione geografica) e della possibilità di raccogliere dati personali ogniqualvolta lo sciatore si avvicinasse al tornello, munito di tesserino, per ottenerne l'apertura. La Corte, più nel dettaglio, ha escluso che «*la mancata formale*

Orbene, a fronte dell'inequivoca capacità identificativa della etichetta con la quale viene riconosciuta la persona "immortalata", si è portati a concludere che colui che indossa il dispositivo debba necessariamente richiedere il consenso espresso di quest'ultima. In definitiva, quando si tratti dell'immagine/dato personale non è più dato di desumere la prova e la sfera di autorizzazione dal comportamento (cioè dall'atto di disposizione implicito) del titolare del diritto, come può accadere, invece, per il consenso richiesto ai fini della normativa sul diritto d'autore⁵⁷.

Certamente, come pure è stato evidenziato⁵⁸, la soluzione ora prospettata non sarebbe immune da rilievi critici: basti soltanto pensare ai tempi necessari all'informativa ex art. 13 d. lgs. n. 196/2003 che rischierebbe di pregiudicare quell'immediatezza caratteristica del momento in cui avviene la "cattura" del ritratto. Tale obiezione, d'altro canto, considerati i rischi che sono stati poc'anzi evidenziati e, quindi, la necessità che il terzo si autodetermini nella scelta se permanere o allontanarsi dal luogo oggetto di ripresa non appare del tutto persuasiva.

La regola ora enunciata, tuttavia, conoscerebbe un'eccezione. Infatti, ai sensi dell'art. 5, co. 3, d. lgs. n. 196/2003 «*il trattamento di dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali è soggetto all'applicazione del codice solo se i dati sono destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione*». Donde è agevole desumere che se l'invio occasionale di un'immagine ad amici o familiari soddisfa esigenze di carattere strettamente personale (per esempio, culturali o di

informativa in materia di dati personali» sia sanzionabile «*quando l'utente fruisce di un meccanismo, azionabile a sua iniziativa, che consente determinate prestazioni programmate, dovendosi escludere, a motivo di tale automatismo e del consenso dell'interessato, una preventiva informazione che è in se stessa*».

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. I, sent., 16 maggio 2006, n. 11491, in *Giustizia civile*, *Massimario*, 2006, la quale ha, infatti, statuito che il consenso alla pubblicazione della propria immagine può essere prestato senza necessità di forme particolari e conferito anche implicitamente.

⁵⁸ Cfr. le posizioni sostanzialmente conformi, ma riferenti esclusivamente alla immagine non dotata di *tag* o altro elemento che consenta la riconoscibilità, di B. Tassone, *Diritto all'immagine: fra uso non autorizzato del ritratto e lesione della privacy*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 881 ss., spec. p. 885, e G. Grasselli, *La fotografia tra tutela dell'immagine e privacy*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, pp. 977 ss., spec. p. 984.

svago) e la relativa comunicazione resta confinata in una sfera circoscritta di conoscibilità non sarebbe necessario il consenso ai sensi della disciplina sulla riservatezza. A conferma di tale conclusione, è possibile richiamare una decisione del Garante *privacy*⁵⁹ nella quale è stata negata la cancellazione dell'etichetta (*tag*) che collegava il proprio profilo *Facebook* ad una foto pubblicata sul profilo di un'altra persona, relativa ad una campagna di sensibilizzazione sull'Aids e omosessualità (dati personali, per giunta, idonei a rivelare “*la vita sessuale*”) perché la pagina *web* nella quale era stata “*taggata*” la ricorrente non risultava essere oggetto di diffusione, essendo stata inserita in un profilo “chiuso”.

Sul piano dei possibili accorgimenti a tutela della *privacy*, infine, si deve segnalare l'adozione da parte del *social media* citato di un'opzione (“controllo dei *tag*”) che consente di approvare o rifiutare i *tag* che gli utenti aggiungono ai *post* e solo in caso di approvazione il *tag* sarà visibile; la facoltatività nell'attivazione dell'opzione sembrerebbe confermare proprio la congruità della soluzione che è stata accolta perché, tra l'altro, in mancanza di tale accorgimento l'utente rimarrebbe, comunque, sprovvisto di un'adeguata tutela della propria riservatezza.

6. Possibili accorgimenti a tutela della *privacy*: *privacy by design* e *privacy by default*

Le violazioni della *privacy* in senso orizzontale, tra gli utenti, sembrano palesare uno dei profili maggiormente problematici posti dall'Internet delle Cose e che la disciplina nazionale, ma probabilmente anche quella europea, sulla riservatezza appare scarsamente idonea a tutelare.

Tale incertezza viene indubbiamente alimentata dalla non sempre chiara ripartizione nell'ambito specifico, per esempio, dei *social networks* delle responsabilità in caso di violazione dei diritti dei terzi a causa degli

⁵⁹ *Decisione su ricorso, Richiesta di cancellazione online della c.d. etichetta (tag) in un profilo Facebook*, 18 febbraio 2010, in www.garanteprivacy.it, doc. web n. 1712776.

*user generated contents*⁶⁰. Tralasciando in questa sede tale ultimo profilo solo parzialmente inerente al tema oggetto della presente trattazione, non si può, ai nostri fini, sottacere l'importanza dell'adozione di un approccio *user - experience design*.

In generale, se già nel *web 2.0* risultava, in molti casi, sempre meno indistinta la posizione di chi crea contenuti e di chi ne usufruisce e, soprattutto, la posizione di chi acquisisce e gestisce i dati e di chi ne è titolare (l'utente, detto altrimenti, viene a rivestire accanto a quello di mero utilizzatore dei dispositivi sovente anche un ruolo attivo), appare indispensabile nel *web 3.0*, per intenderci quello dell'Internet delle Cose, una corretta e sostanziale informazione che renda l'utente, quando utilizza un dispositivo, consapevole non solo dei rischi relativi alla propria riservatezza, ma anche abile nell'uso dello stesso.

Ciò è possibile se si comincia ad occuparsi del modo in cui gli utenti interagiscono con i sistemi informatici, per l'appunto, già nella fase dello sviluppo dei dispositivi.

L'inserimento di strumenti di protezione della *privacy* nel *design* dei prodotti informatici costituisce, difatti, un approccio regolatorio particolarmente utile riuscendo nel conciliare la promozione dell'innovazione tecnologica e dello sviluppo di nuovi beni e servizi informatici con la tutela dei dati e delle informazioni personali che a questa innovazione danno slancio e che da questi prodotti o servizi spesso sono utilizzati⁶¹.

La tutela della *privacy* attraverso il *design* dei sistemi informatici implica, dunque, che chi sviluppa il sistema deve, sin dall'inizio, valutare quali possibili rischi alla riservatezza dei dati e all'autodeterminazione

⁶⁰ Per una ricostruzione complessiva del fenomeno si veda S. Scalzini, *I servizi online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, in *Giur. merito*, 2012, 2569 ss.; in tema una generale rassegna dei recenti orientamenti giurisprudenziali è proposta da E. Falletti (a cura di), *I social network: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 992 ss.

⁶¹ Article 29 Working Party, *The Future of Privacy: joint contribution to the Consultation of the European Commission on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data*, consultabile al sito ec.europa.eu, p. 12.

informativa del soggetto derivino da ciò che si sta realizzando e quali siano i possibili rimedi. Si tratta, in altri termini, di intervenire a protezione della *privacy* dell'utente non più o non solo in una logica *ex post* quando all'utente, sia che l'aggressione provenga in modo verticale, dal produttore, sia in modo orizzontale, da un altro utente, non resta che attivare i tradizionali rimedi (risarcitori), ma è necessario agire quando vi è un maggior numero di soluzioni possibili, cioè proprio nella fase della progettazione.

La necessità di privilegiare da parte dei produttori dei dispositivi dell'Internet delle Cose e, più in generale, degli strumenti informatici un siffatto approccio proattivo rappresenta oramai parte integrante anche della regolamentazione europea appena adottata⁶².

L'art. 25 del Regolamento fa, infatti, menzione della «*protezione dei dati fin dalla progettazione*» la quale impone - ma sulla portata precettiva di tale norma sia consentito esprimere qualche perplessità⁶³ - che «*al momento di determinare i mezzi del trattamento*» il titolare del trattamento medesimo ponga «*in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di*

⁶² Per la verità, già nella direttiva 95/46/CE cit. si richiedeva che i responsabili del trattamento di dati prendessero misure idonee a livello tecnico e organizzativo già al tempo del *design* e poi al momento del trattamento allo scopo di impedire trattamenti non autorizzati.

⁶³ L'inciso («*tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento*») con cui si apre la norma pare, infatti, rivelare tutta la tensione (già evidenziata) tra i contrapposti interessi in gioco: da un lato, gli oneri finanziari che l'adozione di un simile approccio reca con sé soprattutto in ragione della dotazione patrimoniale, talora esigua, che caratterizza le imprese (sovente *start up*) operanti in questo settore, dall'altro l'ormai nota rilevanza dei *diritti* e delle *libertà* degli interessati. Sulle possibili problematiche applicative della disposizione in esame cfr., seppur con riferimento all'art. 23 della Proposta di Regolamento cit., Koops B.J. e Leenes R., *Privacy regulation cannot be hardcoded. A critical comment on the "privacy by design" provision in data-protection law*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2014, pp. 159 ss.

protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del regolamento e tutelare i diritti degli interessati».

Analoghe considerazioni è possibile svolgere per un approccio, parallelo a quello della *privacy by design*, che segnala come, sempre nella fase di progettazione di sistemi informatici funzionale alla tutela della *privacy*, determinate informazioni o determinati principi debbano essere protetti in maniera rafforzata: la *privacy by default settings*. Essa implica l'utilizzo di determinate impostazioni in automatico, con una scelta predisposta da parte di chi costruisce il sistema informatico, salva la possibilità di cambiamento da parte dell'utente dell'opzione prescelta⁶⁴.

Infatti, accade, non di rado, che l'utente, ove un'impostazione sia già preselezionata, tenda, a causa di un'inerzia riconducibile a svariati fattori (mancata conoscenza di altre opzioni, preferenza per lo *status quo* esistente, l'essere impostata di *default* legittimerebbe l'opzione agli occhi dell'utente), a restare sugli stessi *default settings*, pur avendo la possibilità di cambiarli.

Occorre, dunque, scongiurare tale rischio attraverso un approccio che tenga conto di *default* di una soluzione favorevole alla parte debole. Non a caso, al paragrafo 2 del citato art. 25 il Regolamento prevede, in omaggio al sopra richiamato principio di minimizzazione dei dati, che, per impostazione predefinita, vengano raccolti «*solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento*»⁶⁵ e che sempre di *default* detti meccanismi debbano garantire che i dati personali «*non siano resi accessibili a un numero indefinito di persone*».

Accanto a tali obblighi, che rappresentano, comunque, un importante approdo nella riflessione in punto di protezione dei dati personali, si potrebbero citare alcuni accorgimenti, nell'esame dei quali, per ovvi motivi, non ci si addentrerà.

⁶⁴ Sul tema cfr. A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, pp. 197 ss., spec. p. 202.

⁶⁵ Un siffatto obbligo - viene, opportunamente, precisato - opera «*per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità*».

Per esempio, le impostazioni predefinite delle applicazioni *social* dei dispositivi dell'Internet delle Cose dovrebbero chiedere agli utenti di rivedere, modificare e decidere le informazioni generate dal loro dispositivo prima della pubblicazione su piattaforme sociali; i produttori dei dispositivi potrebbero, *by default*, consentire di disabilitare le interfacce *wireless* quando non sono impiegate o utilizzare identificatori casuali per evitare che un identificatore permanente sia adoperato per il rilevamento della posizione oppure, ancora, i dispositivi dell'Internet delle Cose, segnatamente quelli indossabili e *quantified self*, potrebbero offrire - analogamente a quanto accade per gli *smartphone* - un'opzione di "non raccogliere" per disabilitare rapidamente i sensori di raccolta dei dati. Si tratta, evidentemente, di proposte che si rivolgono agli *stakeholders* e che, attualmente, non sono vincolanti per i medesimi⁶⁶.

7. A mo' di (provvisorie) conclusioni: la concorrenza nel mercato dei dispositivi dell'IoT

Riprendendo le considerazioni svolte in sede di premessa, è possibile confermare - grazie al quadro delle tutele che si è cercato sin qui di tracciare - l'impressione che la disciplina sulla riservatezza rincorra un inarrestabile processo tecnologico e che la tutela della medesima rimanga, in molti casi, affidata all'iniziativa dei produttori dei dispositivi. Questi ultimi, d'altro canto, ricavano ingenti benefici economici dal trattamento dei dati cui non è facile rinunciare spontaneamente ove a ciò non corrispondano adeguati vantaggi in termini competitivi.

L'Internet delle Cose e, più in generale, tutti i fenomeni collegati alla (e per mezzo della) Rete (*smart cities*, *smart grid* e così via) paiono, d'altro canto, lanciare una sfida senza precedenti alle stesse imprese operanti nel neonato mercato: la "ricchezza" di queste ultime non è più (o non solo) rappresentata, in senso atecnico, dal valore della produzione, ma dalla messe di dati che dai dispositivi da esse prodotti è possibile estrarre ed elaborare.

⁶⁶ Molte delle proposte si trovano, infatti, elaborate nell' *Opinion 8/2014 on the Recent Developments on the Internet of Things*, cit.

In apertura del presente scritto, del resto, si segnalava pure come, nonostante l'apparente e preoccupante "invasione" dei dispositivi finora esaminati, in realtà l'esistenza, *rectius* il destino, di questi ultimi appaia strettamente legato all'utente che tali dispositivi utilizza in quanto sono i dati personali a costituire la linfa delle più recenti tecnologie. Allo stesso tempo, però, non è ben chiaro - né ciò emerge dai documenti elaborati dai soggetti istituzionali che, più da vicino, si sono occupati della tematica - quanto lo stesso fruitore sia consapevole che i suoi dati⁶⁷ costituiscano, per dir così, un *thesaurus* per le imprese operanti nel mercato dell'*Internet of Things*.

Da tale consapevolezza discenderebbe, volendo enucleare una possibile conseguenza, che l'utente possa - nel momento in cui acquista un dispositivo e opta per quello che consente, *by design* e *by default*, di tutelarlo più adeguatamente - determinare l'insuccesso, e la conseguente fuoriuscita dal mercato, di quelle imprese che offrano, a livello di trattamento dei dati personali, inferiori garanzie di sicurezza.

Tale affermazione necessita, immediatamente, di essere precisata: il protagonismo dell'utente non comporta, certamente, una rivoluzione copernicana della nozione di concorrenza come elaborata da autorevole dottrina⁶⁸; al contrario, pure nel mercato dei dispositivi dell'IoT, occorrerebbe che i pubblici poteri intervengano promuovendo e tutelando il

⁶⁷ Sulla titolarità dei dati da parte dell'interessato v. *supra*, par. 1.

⁶⁸ Il riferimento è, com'è noto, a M. Libertini, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, pp. 191 ss. (ma analoghe considerazioni sono svolte in Id., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 2 ss.), il quale elabora una nozione di concorrenza - in passato ritenuta autoevidente - c.d. dei moderni. Secondo l'A., mentre nella concezione originaria "tutela della concorrenza" e "tutela della libertà (individuale) di iniziativa economica" coincidevano e la concorrenza, come bene meritevole di tutela giuridica, veniva concepita come una condizione di naturale equilibrio dei mercati; nell'ultimo mezzo secolo, sulla scorta dell'elaborazione dell'ordoliberalismo tedesco, si affermano almeno tre mutamenti paradigmatici: «*la concorrenza non è più vista come un ordine "naturale", bensì come un ordine "costruito" dal potere pubblico in base a propri giudizi di valore*»; «*la concorrenza da tutelare non è vista come uno stato di equilibrio ideale (come tale, in effetti, irraggiungibile, e perfino non auspicabile, perché corrisponderebbe ad una situazione di economia perfettamente statica), bensì come un processo dinamico*»; «*la concorrenza da tutelare non è più vista come un libero gioco di scelte e volontà individuali, bensì una libera competizione fra imprese*».

processo dinamico del “gioco della concorrenza” tra le imprese. Volendo essere maggiormente perspicui, la tutela della concorrenza, benché orientata al benessere collettivo⁶⁹, si riferisce, tuttavia, alla competizione fra imprese.

Pur nella consapevolezza di una più compiuta valorizzazione del ruolo attivo dell'utente⁷⁰, anche nel settore che occupa perenne, dunque, la primaria funzione - soprattutto nella fase applicativa della recente sopravvenienza normativa - delle Autorità di regolazione. L'obiettivo pro concorrenziale si raggiunge, in particolare, non solo consentendo, come più volte ribadito, al fruitore di accedere, quantomeno, a tutte le informazioni utili e necessarie per effettuare l'acquisto di un dispositivo o avvalersi di un servizio, ma anche aprendo il mercato all'ingresso di nuovi *players*.

Sul punto, un possibile terreno di intervento regolatorio potrebbe riguardare, ad esempio, l'offerta di connettività su rete mobile per i già richiamati servizi *Machine to Machine* e l'accesso al mercato di fornitori di tali servizi di connettività atteso che questo mercato sembra «*allo stato*,

⁶⁹ Infatti, il consolidarsi del confronto competitivo tra le imprese dovrebbe essere funzionale alla realizzazione di obiettivi, *lato sensu*, solidaristici; ciò è imposto non solo dalle norme presenti già all'interno della nostra Costituzione (si pensi all'art. 2 e all'*utilità sociale* e ai *fini sociali* di cui, rispettivamente, al co. 2 e 3 dell'art. 41 Cost.), ma, più in generale, dall'affermarsi del modello, recepito dall'art. 2, paragrafo 2, TUE, di un'*economia sociale di mercato altamente competitiva*.

In argomento, cfr. M. Libertini, A “*highly competitive social market economy*” as a *founding element of the european economic constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, pp. 491 ss.; Id., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 51 e P. De Pasquale, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, pp. 265 ss. In termini più generali, si veda il recente contributo di A. Toffoletto, *Note minime a margine di Laudato si'*, in *Le Società*, 2015, pp. 1203 ss.

⁷⁰ A livello generale, occorre, in ogni caso, dare atto di una tendenza alla frantumazione della unità della qualificazione di consumatore di talché quest'ultima non pare essere più adeguatamente ricompresa nella tradizionale definizione di cui all'art. 3, co. 1, lett. a), Cod. cons.: basti pensare all'emersione nella *Sharing Economy* della figura del *prosumer* rispetto alla quale pare difficile individuare un *discrimen* tra produttore e consumatore. Su tale problematica cfr. M. Rabitti, *Smart cities e tutela dei consumatori*, in G. Olivieri e V. Falce (a cura di), *Smart cities e diritto dell'innovazione*, cit., pp. 321 ss. e M. Maugeri, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei «prosumer» ai «consumatori» e ai «clienti finali»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 406 ss.

sviluppato da pochi grandi operatori che, aggregando le diverse infrastrutture nazionali attraverso gli accordi di roaming (talvolta specializzati per il M2M), offrono servizi di connettività globale. Si manifestano, pertanto, rischi di market preemption, technology lock-in, nonché di restrizioni della concorrenza attraverso l'applicazione di sconti esclusivi e/o la commercializzazione di prodotti/servizi specializzati tra gli operatori aderenti all'alleanza. Tale circostanza pone diverse difficoltà di entrata nel mercato per gli operatori nazionali (più piccoli nella competizione globale)»⁷¹.

L'opera del regolatore potrebbe, in definitiva, venire agevolata dalla natura degli interessi coinvolti i quali, a ben guardare, non paiono, poi, così distanti tra loro.

La concorrenza tra gli operatori del mercato dei dispositivi dell'*Internet of Things* potrebbe, infatti, facilmente esplicarsi anche sul piano della capacità di innovare, offrendo così dispositivi più efficienti con l'acquisizione di un minor numero di informazioni o predisponendo sistemi di tutela più efficaci o comprensibili agli utenti⁷². A questi ultimi, investiti di un nuovo protagonismo, resterebbe, invece, affidato il compito non solo e non tanto di utilizzare (informandosi) consapevolmente simili dispositivi ma, soprattutto, divenire parte attiva nella selezione dei produttori che si riveleranno più sensibili a siffatte istanze.

⁷¹ Cfr. Agcom, *Indagine conoscitiva concernente i servizi di comunicazione Machine to machine (M2M)*, cit., p. 64.

⁷² Ciò potrebbe essere correato dall'adozione di strumenti di certificazione anche, eventualmente, a livello sovranazionale ovvero meccanismi di mutuo riconoscimento: così GPDP, *Avvio della consultazione pubblica su Internet delle Cose*, cit.

MEXICAN TELECOMMUNICATIONS REFORM: MEXICO'S SUPREME COURT
DECLARED ZERO-INTERCONNECTION RATES UNCONSTITUTIONAL

Stefano De Luca
Cullen International

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. What is amparo? - 3. The importance of interconnection. - 4. Telecommunications Regulatory Authority and Interconnection in Mexico. - 4.1. Interconnection in Mexico. - 4.2. Implementation process of the new Federal Institute of Telecommunications (IFT) - 4.3. IFT regulatory authority - 4.4. IFT v. COFETEL comparison. - 5. How did the writ of amparo formerly affect interconnection and the public interest? - 6. The End of the Regulatory Authority's Decisions Suspension During the Pendency of a Claim of Amparo: From COFETEL to IFT. - 6.1. COFETEL: The Mexican telecommunications regulatory body during the implementation process of IFT. - 6.2. The 2011 Plenary Mexican Supreme Court constitutional reading of the FTL in accordance with the public interest concern. - 6.3. Plenary Chamber of Mexico's Supreme Court decision reports on interconnection issues: Amparo en revision 318/2011 and Amparos en revision 426/2010 y 318/2011 03/07/2013. - 6.3.1. Plenary Chamber of Mexico's Supreme Court decision reports on interconnection issues: Amparo en revision 318/2011 and Amparos en revision 426/2010 y 318/2011 03/07/2013. - 6.3.2. Report of the Mexican Supreme Court decision of March 7, 2013 on the amparos en revision 426/2010 and 318/2011. - 7. New Federal Telecommunications and Broadcasting Law. - 7.1. IFT's Powers. - 7.2. Access and Interconnection. - 7.3. Preponderant Economic Agent's Obligations and Asymmetric Regulation: Art.131 TBL declared unconstitutional by the Mexico's Supreme Court. - 8. Conclusion.

1. Introduction

Mexico's new Federal Institute of Telecommunications—"IFT", the present Mexican telecommunications regulator, has defined the terms on which "preponderant economic operators" Telmex, Telnor and Telcel must make available interconnection for completion of calls originating from competitors' customers based on a 2013 constitutional amendment. In addition, the recently enacted Federal Telecommunications and Broadcasting Law has set a zero-interconnection rate in favor of non-preponderant economic telecom operators completing calls in the preponderant economic operators' network, raising the possibility of argument that the law unconstitutionally limits the IFT's autonomous constitutional power to determine interconnection rates on preponderant economic operators as stated in the Mexico's Constitution. This argument has been adopted by the Mexico's Supreme Court which unanimously decided that the prohibition on preponderant economic agent to charge for interconnection rates, as mandated by the Federal Telecommunications and Broadcasting Law is unconstitutional. IFT's establishment of interconnection rates, indeed, benefits from the recently amended constitutional provisions that recast the writ of *amparo* so as to prevent suspension of IFT's definition of interconnection rates and other terms during the pendency of *amparo* proceedings. The authority of IFT's definition of the terms of interconnection with preponderant economic operators, its determination that Telmex, Telnor and Telcel are preponderant economic operators, and the constitutional recasting of the writ of *amparo* are all built on prior regulatory and judicial actions.

The centrality of IFT's role with respect to compelling interconnection on terms that can allow a competitive telecommunications market not only has legal foundations, but also derives its legitimacy from the public policy objectives that IFT pursues. The legal foundations for IFT's current role are: 1) the Constitution, 2) the New Federal Telecommunications and Broadcasting Law (hereinafter TBL) as long with, before the TBL entered into effect, the repealed Federal Telecommunications Law as amended (hereinafter FTL), and 3) prior Supreme Court judgments that addressed

IFT's immediate predecessor, COFETEL. Indeed, the new Mexican telecommunications and antitrust constitutional framework for law, as well as Mexico's recently enacted TBL, and recent judgments of the plenary chamber of Mexico's Supreme Court are all sources that support the authoritative role of IFT's decisions on interconnection matters involving telecom operators holding substantial power in the market. With the benefits of these foundations, IFT's decisions on interconnection have potential to serve as tools to further both social interest and public order in the telecommunications sector. By virtue of these developments, IFT as a regulator has the independence and autonomy necessary to carry out its responsibilities, namely, to ensure that the telecommunications market is competitive and that it achieves public policy objectives of making available affordable services to all parts of society.

A fundamental innovation of the development referenced above is that IFT's decisions on interconnection may be challenged only through the procedure of *indirect amparo*, with the consequence that their effectiveness will not be the object of suspension during the pendency of any challenge.

2. What is *amparo*?

“Amparo encompasses a set of federal judicial procedures by which any private person (individual or enterprise) may contest the action of a government agency or official, either at state or federal level, on the ground that the action is unconstitutional. Under the Amparo Law the federal courts are empowered to issue what amounts to an order (*fallo de nullidad*) preventing the governmental defendant from carrying out the contested action.”¹ Hence, *amparo* is a judicial procedure in the Mexican legal system aiming to protect individuals against governmental abuses of authority.

¹ *Ley de Amparo* [LA] [Legal Protection Law], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], el 2 de Abril de 2013 (Mex.). See Stephen Zamora, José Ramón Cossío, Leonel Pereznieta, José Roldán-Xopa & David Lopez, Mexican Law 213 (2004).

Mexican courts and legal experts identify two broad categories of *amparo*, according to the number of procedural levels (*instancias*) or courts involved in the process: “indirect” and “direct” *amparo*.²

Mexican law has long understood the pendency of a writ of *amparo* to suspend the effects of acts of governmental authorities alleged as unconstitutional until the merits of the challenge are addressed. As a consequence, indiscriminate use of the writ of *amparo* has been available to impede government in its exercise of regulatory power to implement public policies.

On one hand, the writ of *amparo* protects citizens’ or corporations’ constitutional rights against the State’s improper use of power by allowing the judicial system to suspend governmental acts until the challenge is completed. On the other hand, and at the same time, *amparo* deprives the State of the authority to set public policies and regulations by delaying the effectiveness of the government actions and allocating to the judicial system the power to make decisions on regulatory policies. Indeed, one feature of practice with the Mexican writ of *amparo* is that any action of an authority of one of the Mexican states, including a Mexican state court, can be stayed and challenged by initiating action in a Mexican federal court.³ This aspect of practice in association with the writ of *amparo* served to maintain central power in Mexico.

² For further definitions of “direct” and “indirect” *amparo*, see Zamora *et al.*, *supra* note 1 at 266-268: “Indirect amparo...encompasses all two-stage procedures that begin at the District Court level and move up either to the Circuit Court, or in some instances, all the way up to the Supreme Court... By means of indirect *amparo*, challenges can be lodged against the constitutionality of legal provisions that apply to the general population (*amparo contra leyes*), against most administrative decisions resulting from proceedings other than a trial (*amparo administrative* and some types of agrarian *amparo*), and against arbitrary detention (*amparo habeas corpus*) Direct amparo...encompasses all processes that must be heard in a single stage before panels of Circuit Court judges. This type of *amparo* is the process designed for individuals to assert their right to judicial protection against a decision of any Mexican court at any level of government, local, state, or federal, in either criminal, civil, administrative, or labour matters, and is also known as “judicial *amparo*” (*amparo judicial*).”

³ Zamora *et al.*, *supra* note 1 at 213.

3. The importance of interconnection

Considering that one of the goals of launching a cellular telecommunications company in Mexico is to enable its customers to interconnect across networks and to communicate with subscribers of different operators, providing interconnection is crucial for the new company to be able to deliver its services and avoid failure. According to 47 C.F.R 51.5, a regulation implementing the US Federal Communications Act,⁴ interconnection is “the linking of two networks for the mutual exchange of traffic.” This concept can be further subdivided into the two terms: network interconnection and access interconnection. The former takes place between operators possessing networks, and the latter between an operator with a network and an operator without one. From the perspective of a new operator entering the market, and given the high cost of developing an owned network infrastructure, reaching an agreement to use the existing facilities of another operator for providing services is likely the best solution. “It is generally recognized that a satisfactory interconnection and access regime is indispensable to the development of a competitive telecommunications sector.”⁵ Therefore, typically the national regulatory authority imposes interconnection requirements including an obligation to interconnect and the prices for interconnection.

In sum, an essential stage for a new mobile telephone company to enter the market is to reach an interconnection agreement with other telecom operators so that its customers can communicate without barriers.

4. Telecommunications Regulatory Authority and Interconnection in Mexico

4.1. Interconnection in Mexico

⁴ 47 C.F.R. § 51.5 (2013).

⁵ OECD (2012), OECD Review of Telecommunication Policy and Regulation in Mexico 65, OECD Publishing, *available at* <http://dx.doi.org/10.1787/9789264060111-en>

Although private enterprises reappeared in the Mexican telecommunications sector in the mid 1990s with the privatization of Telmex through a group led by Mr. Carlos Slim,⁶ one company dominates the field, and it is almost impossible for new entrants to avoid seeking interconnection with this entity. Indeed, Telmex and Telcel held respectively 80% of the fixed line market and 70% of the mobile phone market in terms of subscribers. The América Móvil Group, related to Mr. Slim, owns both companies. Telmex and Telcel are the incumbents in the Mexican telecommunications sector, and reaching an interconnection agreement with them is essential for new entrants seeking to provide efficient services to end users.

4.2. Implementation process of the new Federal Institute of Telecommunications (IFT)

The new Mexican 2013 constitutional amendment concerning telecommunications⁷ has created the present telecom regulatory authority, IFT, which is characterized by actual independence and much more regulatory power in executing its responsibilities than the former telecom regulatory authority, COFETEL. The following elements establish IFT's authority regarding interconnection: 1) promulgation of the Constitutional Decree on Telecommunications,⁸ 2) promulgation of the new Federal Telecommunications and Broadcasting Law⁹ (hereinafter TBL), 3)

⁶ For history leading to the creation in Mexico of the State monopoly in the telecommunications sector, see Patrick Del Duca, *The rule of law: Mexico's approach to expropriation disputes in the face of investment globalization*, 51 UCLA L.R. 65 (2003)

⁷ *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones* [Decree to reform and add various provisions to the Political Constitution of the Mexican United States in the areas of telecommunications], Diario Oficial de la Federación [DO], 11 de Junio de 2013 (Mex.).

⁸ *Id.*

⁹ Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión [LFTR] [Telecommunications and Broadcasting Law], *as amended*, Diario Oficial de la Federación [DO], 14 de Julio de 2014 (Mex.).

ratification of IFT's President and governing body by Mexico's Senate,¹⁰ 4) legislative adoption of the organic statute of IFT,¹¹ and 5) IFT's issuance of decisions that identified Mexican dominant operators and set interconnection rates.¹²

The Constitutional Decree on Telecommunications (June 11, 2013) amended Art. 28 of the Mexico's Constitution, providing that a new telecommunications regulatory body (the Federal Institute of Telecommunications, known as IFT) would replace the former one (COFETEL). According to the constitutional amendment, IFT is an independent agency with constitutional status that has the power to coordinate the entire telecom sector including to address legal issues such as antitrust, universal coverage, quality of the telecom service and access. Most importantly, the constitutional amendment grants to the actions of IFT, including its interconnection decisions, the status of being subjected only to the process of *indirect amparo*, and excludes the possibility that IFT's actions would be the object of suspension during the pendency of any challenge reinforcing the immediate effectiveness of IFT's regulatory powers.

The provisions of the Constitutional Decree on Telecommunications have been incorporated in the recently enacted Federal Telecommunications

¹⁰ Comunicado de Prensa No. 13/2014 [Press Release No. 13/2014], Instituto Federal de Telecomunicaciones, *El Pleno del IFT determina las tarifas asimétricas por los servicios de interconexión que cobrará el agente económico preponderante* (Mar. 31, 2014), available at <http://www.ift.org.mx/iftweb/2014/03/el-pleno-del-instituto-federal-de-telecomunicaciones-determina-las-tarifas-asimetricas-por-los-servicios-de-interconexion-que-cobrara-el-agente-economico-preponderante/>.

¹¹ Estatuto Organico del instituto Federal de Telecomunicaciones [EOIFT] [Organic Statute], Diario Oficial de la Federación [DO], 23 de Septiembre de 2013 (Mex.).

¹² Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Acuerdo Mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determinas las tarifas Asimétricas por los servicios de Interconexión que cobrará el agente económico preponderante* [Agreement by which the Plenary of IFETEL Committee determined the Asymmetric Interconnection Rates to Apply to the Preponderant Economic Agent], 4 (Mar. 26, 2014), available at http://www.ift.org.mx/iftweb/wp-content/uploads/2014/03/P_IFT_260314_17.pdf.

and Broadcasting Law.¹³ The recently adopted TBL adds a statutory recognition to the new constituted independent regulatory authority (IFT), building on the constitutional one already accorded IFT through Art. 28 of the Mexico's Constitution as amended by the Constitutional Decree on Telecommunications. The TBL, effective August 13, 2014, has repealed both the FTL¹⁴ and the Federal Radio and Television Law.¹⁵

In addition, on September 10, 2013 the Senate of Mexico's ratified IFT's President and governing body, which had been previously appointed by the Federal Government (the President and all the State Ministers), formally constituting IFT (see transitory Art. 6 of the Telecommunications Constitutional Decree.)¹⁶ "What we have to do is to resolve before March 9 who are the preponderant economic actors and the regulation that we should impose on them," IFT President Gabriel Contreras said last December, 4, 2013 at an event in Mexico City after IFT's establishment. "Those processes have indeed started."¹⁷

Following the Mexican Senate's ratification, IFT plenary committee approved its organic statute, which was published in the official gazette on September 23, 2013 contemplated by the constitutional amendment provisions.¹⁸

Finally, as IFT President Gabriel Contreras had promised, in March 2014 the new regulatory authority issued two decisions, which determined the preponderant economic operators in the Mexican telecommunications

¹³ Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión [LFTR] [Telecommunications and Broadcasting Law], *as amended*, Diario Oficial de la Federación [DO], 14 de julio de 2014 (Mex.).

¹⁴ Ley Federal de Telecomunicaciones [LFT] [Telecommunications Law], *as amended*, Diario Oficial de la Federación [DO], 16 de Enero de 2013 (Mex.) (repealed 2014).

¹⁵ Ley Federal de Radio y Televisión [LFRT] [Radio and Television Law], *as amended*, Diario Oficial de la Federación [DO], 9 de abril de 2012 (Mex.) (repealed 2014).

¹⁶ *Decreto, supra* note 7, at transitory Art. 6.

¹⁷ Patricia Laya, *América Móvil, Televisa Deemed Dominant in Initial Finding*, Dec. 5, 2013, available at <http://www.bloomberg.com/news/2013-12-04/mexico-regulator-said-to-find-america-movil-televisa-dominant.html>

¹⁸ Estatuto Organico del instituto Federal de Telecomunicaciones [EOIFT] [Organic Statute], Diario Oficial de la Federación [DO], 23 de Septiembre de 2013 (Mex.).

market and the asymmetric interconnection rates to apply to them. On March 6, 2014 IFT adopted a decision, which identified Telmex, Telnor and Telcel as preponderant economic operators in the Mexican telecommunications market.¹⁹ As a result of their dominant position, on March 26, 2014 the IFT plenary committee determined the asymmetric interconnection rates to apply to the preponderant economic operators based on a long-run average incremental cost model²⁰ (hereafter, the “LRIC model”). As stated in IFT’s determination of preponderant economic agents in the telecom sector “Agreements (ACUERDOS) Art. 3 (TERCERO) par. 3,”²¹ the asymmetric interconnection rates set in the former agreement will be effective from the commencement of the measures imposed on the preponderant economic agent in the telecom sector (April 6, 2014)²² until December 31, 2014. The actions reported above, namely the determination of preponderant economic operators in the Mexican telecommunications market and the setting of asymmetric interconnection rates related to preponderant economic operators, have been taken in reliance on the transitory Art. 8 of the Telecommunications Constitutional Decree.²³ Pursuant to that article, IFT has the authority, within 180 calendar days from the appointment of all its commissioners, to:²⁴

¹⁹ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *De la Sesión del Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones en su V Sesión Extraordinaria del 2014, Celebrada el 6 de Marzo de 2014* [Plenary session of IFT Committee at its V Extraordinary Session] (Mar. 6, 2014), available

at http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_EXT_060314_76_Version_Publica_Hoja.pdf.

²⁰ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Acuerdo Mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determina las tarifas Asimétricas por los servicios de Interconexión que cobrará el agente económico preponderante* [Agreement by which the Plenary of IFT Committee determined the Asymmetric Interconnection Rates to Apply to the Preponderant Economic Agent], (Mar. 26, 2014), http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_260314_17.pdf

²¹ *Id.*

²² Press Release, América Móvil, América Móvil Informa (March 31, 2014), http://www.americamovil.com/mailling/AMX_about_IFETEL.pdf

²³ *Decreto, supra* note 7, at transitory Art. 8.

²⁴ *Id.*

- Identify in the telecommunications, broadcasting, and radio industries if there are preponderant economic agents that exceed 50 percent of the national market share in a direct or indirect way, calculated by users, subscribers, audience, installed capacity, or usage, of such a network.
- Issue norms to establish accounting, structural, and functional segregation; asymmetric regulations of tariffs; and essential asset dispositions or sales, in order to avoid harm to competition and consumer abuse.
- Implement local loop unbundling obligations and obligations of provision of access to the local loop of the preponderant economic agents in telephony, pay TV, and fixed internet.

The actions concerning the preponderant economic operators and the asymmetric interconnection rate determinations were issued within the 180 calendar days framework set by the Telecommunications Constitutional Decree. Indeed, both the decision that determined Telmex, Telnor and Telcel as preponderant economic operators (March 6, 2014)²⁵ and the decision to apply asymmetric interconnection rates to them (March 26, 2014)²⁶ had been made within this 180 day period running from the appointment of all IFT's commissioners, which occurred on September 10, 2013, thus triggering the operativity of IFT's regulatory powers.

4.3. IFT regulatory authority

²⁵ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *De la Sesión del Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones en su V Sesión Extraordinaria del 2014, Celebrada el 6 de Marzo de 2014* [Plenary session of IFT Committee at its V Extraordinary Session] (Mar. 6, 2014), http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_EXT_060314_76_Version_Publica_Hoja.pdf

²⁶ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Acuerdo Mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determina las tarifas Asimétricas por los servicios de Interconexión que cobrará el agente económico preponderante*, [Agreement by which the Plenary of IFETEL Committee determined the Asymmetric Interconnection Rates to Apply to the Preponderant Economic Agent] 172 (Mar. 26, 2014), http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_260314_17.pdf

The recently amended Federal Telecommunications Law (repealed by the new TBL on August 13, 2014), and IFT's regulatory powers to impose asymmetric interconnection obligations, as well as the constitutional protection accorded by Art. 28 of the Mexican Constitution against an immediate suspension of IFT's interconnection decisions under the shadow of the writ of *amparo*, have collectively offered certainty and stability to the Mexican telecommunications sector, thus setting a potentially positive time to conduct telecommunications negotiations involving Mexico. Indeed, the new legal tools mentioned above helped to set out reasonable conditions for infrastructure sharing and removed the main bottlenecks, such as lack or expensive interconnection access, which prevented competition.

The recently amended Federal Telecommunications Law²⁷ (repealed by the new TBL on August 13, 2014) defines objectively the interconnection legal framework and IFT's authority to solve disputes on interconnection rates. According to its Art. 42 (at present, Art. 129 TBL):

“Holders of licenses to public telecommunication networks shall interconnect their networks, and to this end shall reach an agreement within 60 calendar days from when any may request it. If said term has elapsed and the parties have not executed an agreement, or before so requested by both parties, the Ministry shall reach a decision within 60 calendar days concerning the conditions upon which no agreement has been made.”

Taking into consideration a constitutional reading of the FTL (repealed by the new TBL on August 13, 2014), as it was amended by the Telecommunications Constitutional Decree, in the event of a failure to reach an agreement between the parties, prices are to be fixed by IFT within 60 days.

Indeed, the transitory Art. 8 of the Telecommunications Constitutional Decree,²⁸ as transposed in Art. 28 of the Mexican Constitution, states that IFT has the regulatory powers to determine the existence of preponderant economic operators in the fields of broadcasting and telecommunications, and to impose the necessary measures to develop a competitive market

²⁷ Ley Federal de Telecomunicaciones [LFT] [Telecommunications Law], *as amended*, Diario Oficial de la Federación [DO], 16 de Enero de 2013 (Mex.) (repealed 2014).

²⁸ *Decreto, supra* note 7, at transitory Art. 8.

including asymmetric interconnection rates. As shown by the “Agreement by which the Plenary of IFT Committee determined the Asymmetric Interconnection Rates to Apply to Preponderant Economic Operators,”²⁹ the interconnection rates IFT applies in the case of a missing interconnection agreement with a preponderant economic operator (at present, Telmex-Telnor-Telcel) have been already set by IFT in its decision of March 26, 2014. The interconnection rates set by IFT on March 26, 2014 are effective from April 6 to December 31, 2014.³⁰ Below are reported the specific interconnection rates which were determined by IFT for both the fixed and mobile market:³¹

Service	Interconnection fee (Usd)
Fixed Market (Telmex)	
a) Interconnection rate per minute within the same regional node	\$0.00154
b) Interconnection rate per minute among regional nodes that depend on a domestic node	\$0.00173
c) Interconnection rate per minute among regional nodes that depend on different domestic nodes	\$0.01790
d) Transit rate per minute within the same regional node	\$0.00864

²⁹ Instituto Federal de Telecomunicaciones, Acuerdo Mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determinas las tarifas Asimétricas por los servicios de Interconexión que cobrará el agente económico preponderante, [Agreement by which the Plenary of IFT Committee determined the Asymmetric Interconnection Rates to Apply to the Preponderant Economic Agent] (Mar. 26, 2014), available at http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_260314_17.pdf

³⁰ Press Release, América Móvil, América Móvil Informs (March 31, 2014), http://www.americamovil.com/mailling/AMX_about_IFETEL.pdf

³¹ *Instituto Federal de Telecomunicaciones, Acuerdo Mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determinas las tarifas Asimétricas por los servicios de Interconexión que cobrará el agente económico preponderante*, [Agreement by which the Plenary of IFT Committee determined the Asymmetric Interconnection Rates to Apply to the Preponderant Economic Operators] (Mar. 26, 2014), available at http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_260314_17.pdf

e) Transit rate per minute among regional nodes that depend on a domestic node	\$0.00066
f) Transit rate per minute among regional nodes that depend on different domestic nodes	\$0.00091

Mobile market (Telcel)

a) Switched termination rates of mobile users under the “calling party pays” system or “domestic calling party pays” system	\$0.0156 per minute
b) Termination rate for the short message services (SMS) of mobile users	\$0.00299 per message

Last but not least, the Mexican Constitution (last amended by decree published in the Official Gazette of December 20, 2013)³² incorporated the provisions of the Telecommunications Constitutional Decree providing only a right to indirect amparo and a status of non-suspension against the decisions of the new regulatory authority (IFT). As stated in Art. 28 sec. VII of the Mexican Constitution,³³ “The general norms, acts or omissions of...the Federal Institute of Telecommunications may be impugned uniquely through the process [juicio] of indirect amparo and will not be the object of suspension” during the pendency of any challenge.

4.4. IFT v. COFETEL comparison

The independent nature of IFT, the exclusion of the “double window” procedure from IFT’s operation, and the constitutional protection of IFT decisions against *amparo* suspension place the new regulatory authority, IFT, in a better position than its predecessor, COFETEL.

The establishment of IFT as an autonomous agency with the power to coordinate the entire telecom industry avoids the flaws in COFETEL’s operation that derived from COFETEL’s subordinate status to the Ministry

³² *Decreto, supra* note 7.

³³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], Art. 28, 7 de Julio de 2014 (Mex.).

of Communications and Transports (hereinafter SCT). COFETEL's subordinate status that gave rise to the so-called "double window" procedure requiring the cumulative approval of each of COFETEL and the Ministry in order to adopt regulatory decisions in the telecom sector. According to Art. 28 of the Mexican Constitution, IFT is "an autonomous body, with legal personality and its own patrimony, that has the objective of the efficient development of broadcasting and telecommunications, according to that provided in this Constitution and in the terms established by the laws."³⁴

Further, IFT has full constitutional powers to (i) establish the national and regional frequencies for telecommunications, broadcastings, and radio that could be used through concessions; (ii) issue regulations and grant concessions for the telecommunications, broadcasting, and radio industries; (iii) approve any transfers of concessions; (iv) review the monopolistic issues in the industry with authority to order disinvestments; and (v) to be the authority in the matter of economic competition of the sectors of broadcasting and telecommunications, exercising in an exclusive form the powers contemplated for the Federal Commission of Economic Competition with the objective of eliminating the barriers to competition.³⁵ Concerning interconnection matters, IFT is empowered to issue decisions based on a prior opinion of the Minister of Finance. The Minister of Finance's opinion is not binding, thus avoiding a potential *amparo* claim asserting that although IFT's decisions are protected against suspension during the pendency of a claim of *amparo*, the Minister of Finance's decisions are not. The Minister of Finance's non-binding opinion "...must be issued in a time period not greater than thirty days; such period [having] lapsed without issuing the opinions, IFT will continue the corresponding proceedings."³⁶

The disappearance of the subordinate dependence on the SCT and of the associated inefficient "double window" process grants IFT full regulatory powers in the telecommunications sector, avoiding political pressure and delays in its regulatory policy activity.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

First, the constitutionally independent character enjoyed by IFT has superseded the subordinate nature and the political dependence of COFETEL on the Ministry of Communications and Transports. Indeed, COFETEL's legal status was that of a "de-concentrated body" directly related to the Ministry of Communications and Transportations (hereinafter SCT), which approved its budget and its actions, leaving COFETEL with at best limited autonomy.

Second, the inefficient regulatory decision process, known as "double window", where a) COFETEL gave an opinion, b) SCT reached a decision and c) COFETEL was responsible for its implementation had a detrimental effect, which included: delaying decision-making processes, raising conflict of interest between policy formulation and regulatory functions, and in particular exposed every single step of the regulatory decisions (e.g. interconnection rates) to be challenged by *amparo* claims.³⁷ Indeed, this lack of division between policy formulation and regulatory functions (double window) weakened COFETEL's decision on interconnection matters, by multiplying the likelihood of appeals against any of the numerous steps in the procedure by a potential challenger. For instance, in setting interconnection rates there was both an administrative procedure of COFETEL and a separate administrative procedure of SCT that could each separately be appealed and immediately suspended by a potential challenger under the writ of *amparo*.

5. How did the writ of *amparo* formerly affect interconnection and the public interest?

As opposed to COFETEL, the new telecommunications regulatory authority is now safeguarded from many legal challenges. Indeed, the recourse against actions taken by IFT, including interconnection and public interest ones, can only be made through a constitutional writ of indirect

³⁷ OECD, *supra* note 5 at 46.

amparo, as no administrative recourse is possible. In addition, constitutional writs of amparo cannot be used to apply for injunctions to halt IFT actions.³⁸

In practice, access delayed is often access denied. Although the effect of a COFETEL and SCT interconnection action suspended by an *amparo* claim could have been resuscitated by a favorable court decision on the legitimacy of the regulatory action, “a suspension ensured that the incumbent obtained several years of higher revenue until the court took a decision.”³⁹

“In 2009 COFETEL issued a Technical Plan for Interconnection and Interoperability with the intention of giving operators greater certainty over the availability and pricing of interconnection and access services.”⁴⁰ However, the leading operators in the market –

Telmex, Telcel and Telefonica – appealed the plan through a judicial injunction preventing its application to the companies. In this case, the Federal Court of Tax and Administrative Justice granted amparo against COFETEL’s interconnection decisions, disregarding the public interest argument put forward by COFETEL and harming drastically the new entrants’ commercial interest in having a predictable interconnection framework.⁴¹

This past context drastically harmed new entrants into the telecommunications market that had to pay interconnection rates well above costs to complete calls and final consumers who had to pay higher telephone rate plans due to the lack of competition between telecom operators. Indeed, suspending COFETEL’s interconnection decisions, rather than ensuring that the regulator’s decisions remained in force until the appeal process has run its course, was harmful for both 1) the protection of the market’s competitiveness and 2) the public interest in the telecommunications sector.

In the Mexican telecommunications market, the writ of *amparo* was used to suspend COFETEL’s decisions on interconnection access and rates

³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], Art. 28, 7 de Julio de 2014 (Mex.).

³⁹ OECD, *supra* note 5 at 55.

⁴⁰ OECD, *supra* note 5 at 66.

⁴¹ OECD, *supra* note 5 at 67.

until the merits of the case were litigated. This outcome affected the Mexican economy by establishing barriers to entry of new competitors and damaging the welfare of its population through exceptional monopoly rents. Thus, to weaken the powers of the telecom authority by suspending its regulatory mandates on interconnection matters meant a support for the lack of competition that resulted in low infrastructure development and high prices for final consumers due to the impossibility of new entrants to compete with the incumbent in the absence of fair interconnection conditions. Indeed, the aftermath related to the delay in assuring access to interconnection or fair interconnection rates due to the suspension of COFETEL's decisions was that new entrants could not develop their network and offer low fees to their final consumers.

Suspending the decisions of the regulator related to cost-based interconnection prices or to interconnection access was against the public interest because final users had to pay high prices and enjoy a less developed telecommunication infrastructure. For instance, "in 2009 COFETEL established regulations for a framework on interconnection, which would have applied to all market players,"⁴² but the incumbent managed to achieve suspension of the framework to prevent it from being subjected to its conditions, thus achieving its goal of delaying the implementation of the plan because the plan was suspended during the several years of pendency of the *amparo* proceedings. As expected, the higher costs of interconnection applied to new entrants were reflected in telephone rate plans available to the final consumers. This situation, together with the lack of interconnection access that led to the loss of new entrants' capacity to provide services, constituted weaknesses of a non-competitive market.

In sum, excessive recourse to *amparo* together with the grant of suspension of the challenged decision during the pendency of the *amparo* action harmed both the commercial interest of new entrants to receive interconnection as well as the interest of consumers to pay low rates. Hence, this abusive use of *amparo* negatively impacted the public interest to

⁴² OECD, *supra* note 5 at 56.

develop an efficient telecom infrastructure and provide the best telecommunication service for the society.

6. The End of the Regulatory Authority's Decisions Suspension During the Pendency of a Claim of *Amparo*: From COFETEL to IFT

The fundamental innovation from the Mexican Telecommunications and Antitrust Constitutional Legal Framework in this regard, is that IFT's decisions on interconnection may be challenged only through the procedure of indirect amparo, and their effectiveness will not be the object of suspension during the pendency of any challenge.⁴³ This legal achievement was built on prior regulatory and judicial actions such as: COFETEL enjoyment of IFT powers during the implementation process, a majority interpretation of the Plenum of Mexico's Supreme Court related to the FTL (repealed by the new TBL on August 13, 2014) in accordance with the public interest concern, and the Plenary Chamber of Mexico's Supreme Court rulings that set the main characteristics of the regulatory authority interconnection decisions which would later be incorporated in the Telecommunications Constitutional Decree.

IFT is the phoenix rising from COFETEL's ashes. Indeed, IFT takes up an innovation of Mexican law achieved through significant struggles in the final period of COFETEL, its predecessor agency. Only in its last years of COFETEL's existence were its interconnection decisions not subjected to suspension by amparo recourses.

6.1. COFETEL: The Mexican telecommunications regulatory body during the implementation process of IFT

COFETEL was responsible for solving disputes between operators concerning interconnection matters until the new regulatory authority, IFT, was fully constituted. During the transition to IFT, COFETEL enjoyed the

⁴³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], Art. 28, 7 de Julio de 2014 (Mex.).

IFT's interconnection decisions' status of not being object to suspension under amparo recourses during the pendency of any challenge. Indeed, the transitory Art. 7 of the Telecommunications Constitutional Decree⁴⁴ established that COFETEL had the duty to exercise all the powers stated in the Decree until full implementation of the new Federal Institute of Telecommunications.

The legal bases supporting this result were the Telecommunication Constitutional Decree, the transitory Article 7 of the same Decree, and Art. 28 of the Mexican Constitution:

- Pursuant to the Telecommunication Constitutional Decree of June 11, 2013,⁴⁵ a new telecommunication regulatory body (the Federal Institute of Telecommunications, known as IFT) replaced the old one (COFETEL) with much powerful regulatory powers.

- In addition, transitory Article 7 of the Telecommunications Constitutional decree granted COFETEL the duty to exercise all the powers stated in the decree until IFT would have been implemented. In those powers, there was a provision of no suspension for decisions related to interconnection. Consequently, COFETEL enjoyed the same protection on its interconnection decisions as IFT.

- Also, the Mexican Constitution, restated to reflect the provisions of the Telecommunications Constitutional Decree, recognized the constitutional protection of not being subjected to suspension by *amparo* recourses during the pendency of any challenge to COFETEL's interconnection decisions. If as stated in Art. 28 sec. VII of the Mexican Constitution,⁴⁶

“The general norms, acts or omissions of...the Federal Institute of Telecommunications (IFT) may be impugned uniquely through the process [juicio] of indirect *amparo* and will not be the object of suspension”, the result of a comprehensive reading of the Telecommunications Constitutional Decree in agreement with the Mexican Constitution supported the

⁴⁴ *Decreto, supra* note 7, at Art. 7th transitory.

⁴⁵ *Decreto, supra* note 7.

⁴⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicano [C.P.], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], 7 de Julio de 2014 (Mex.).

interpretation of the impossibility of a COFETEL’s interconnection decision suspension by “*amparo*” until the appeal ran its course. Likewise, if as is stated in transitory Article 7 of the Telecommunications Constitutional Decree, COFETEL had the authority to exercise all the powers assigned to IFT (e.g. including no suspension of interconnection decisions) until IFT would have become operative; it was a logical consequence that suspending COFETEL’s decisions on interconnection matters was unconstitutional because it contradicted Art. 28 of the Mexican Constitution. Indeed, COFETEL had been exercising IFT’s powers assigned by decree as a default rule until IFT became operational, and during that period any suspension of COFETEL’s interconnection decisions was the same as the suspension of IFT’s interconnection decisions.

6.2. The 2011 Plenary Mexican Supreme Court constitutional reading of the FTL in accordance with the public interest concern

Article 28 of the Mexican Constitution, as amended effective 2013, prevents the application of stays (*amparos*) to interconnection rate decisions issued by IFT. This provision gives definitive stability to the majority view of the Plenary Chamber of Mexico’s Supreme Court that in May 2011 granted protection to COFETEL’s interconnection decisions from the possibility to be subject to suspension during the pendency of an *amparo* claim on the ground that such a suspension would have been against the public interest.⁴⁷

In Mexico, as in the US, the judicial power is distributed between independent but interrelated systems of federal and state courts. The Mexico’s Supreme Court, the top of the three-tier federal court system structure, works as a constitutional court.

⁴⁷ Maestro Saúl García Corona, *No Procede la Suspensión de los Efectos de las Resoluciones que Fijan Aspectos No Acordados por las Partes Sobre las Condiciones de Interconexión, Obligación de Interconectar y Fijación de Tarifas*, *crónicas del pleno y de las salas*, available at <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr-030511-LMAM-interconexion.pdf>, (Mex.) (last visited Aug. 21, 2014).

“The Mexico’s Supreme Court (hereafter SCJN) is composed of a Chief Justice (*Presidente de la Suprema Corte*) and ten associate justices (*ministros*) who are organized in into two chambers (*salas*) of five justices each. Each chamber of the court adjudicates cases according to subject matter. ... All other cases within the Court’s jurisdiction, including special constitutional disputes and suits challenging the constitutionality of certain governmental actions, are handled by the full Court sitting in plenary session (*sesionado en pleno*). Decisions by the Court when sitting *en banc* and by each chamber are by majority vote, unless otherwise specified by law.”⁴⁸

The Mexican legal system has unique procedures to defend the supremacy of the Constitution over conflicting laws and governmental acts.⁴⁹ One of these is the *juicios de amparo* procedure leading to the Plenary SCJN’s decision on May 2011. The *writ of amparo* “... offers federal judicial protection from improper action under color of governmental authority to the plaintiffs who seek it.”⁵⁰ Federal *amparo* jurisdiction derives from articles 103 and 107 of the Mexican Constitution.⁵¹ Art. 107, together with other federal laws, establish the jurisdiction of the SCJN, circuit courts, and district courts over different types of *amparo* actions. In the Plenary SCJN’s decision on May 2011, the Plenary was acting as a constitutional court under a “contradiction of thesis jurisdiction” (*jurisprudencia por contradicción de tesis*)⁵² on reference of a question submitted by the Federal Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito⁵³ acting on an indirect *amparo* claim on revision.⁵⁴ Indeed,

⁴⁸ Zamora *et al.*, *supra* note 1 at 189.

⁴⁹ For the discussion of the procedures defending the supremacy of the Mexican Constitution – *juicios de amparos*, *controversias constitucionales*, and *acciones de inconstitucionalidad* – see see Zamora *et al.*, *supra* note 1 at 257-286.

⁵⁰ Patrick Del Duca, *The rule of law: Mexico’s approach to expropriation disputes in the face of investment globalization*, 51 UCLA L.R. 98-99 [Mexico’ Federal Judiciary] (2003)

⁵¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], Art. 103-107, 7 de Julio de 2014 (Mex.).

⁵² *Ley de Amparo*, *supra* note 1, at art. 225-227.

⁵³ Zamora *et al.*, *supra* note 1 at 269.

⁵⁴ Maestro Saúl García Corona, “No Procede la Suspensión de los Efectos de las Resoluciones que Fijan Aspectos No Acordados por las Partes Sobre las Condiciones de

according to Art. 107 of the Mexican Constitution sec. XIII, “when...the Collegiate Tribunals of one same circuit with different specialization sustain contradictory opinions, (the Collegiate Tribunals) may denounce the contradiction before the Supreme Court of Justice, with the objective that ... (the Supreme Court of Justice) decides on the opinion that must prevail.”⁵⁵ This procedure is intended to promote uniformity in the constitutional interpretation of laws and regulations.

In the Plenary SCJN decision on May 2011, a contradiction of thesis related to an indirect *amparo* claim on review related to interconnection rates - between two collegiate tribunals⁵⁶ belonging to the same first circuit with different specializations - led to a denouncement of the contradiction before the Plenary of the SCJN. Indeed, the Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito denounced the contradiction of thesis before the SCJN, leaving to the Supreme Court the duty to decide whether the suspension of COFETEL’s interconnection rates subject to an indirect *amparo* claim was against the social interest or the public order.

In line with the view expressed by six of the eleven Justices of the Plenum of Mexico’s Supreme Court in the decision on interconnection prices issued on May 2011,⁵⁷ COFETEL’s interconnection decisions were not subject to suspension during the pendency of *amparo* proceedings because any such suspension would have been against the public interest as

Interconexión, Obligación de Interconectar y Fijación de Tarifas”, crónicas del pleno y de las salas”, 1-3, available at <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr-030511-LMAM-interconexion.pdf>, (Mex.) (last visited Aug. 21, 2014).

⁵⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], Art. 107, 7 de Julio de 2014 (Mex.).

⁵⁶ Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito and Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

⁵⁷ Maestro Saúl García Corona, “No Procede la Suspensión de los Efectos de las Resoluciones que Fijan Aspectos No Acordados por las Partes Sobre las Condiciones de Interconexión, Obligación de Interconectar y Fijación de Tarifas”, crónicas del pleno y de las salas”, available at <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr-030511-LMAM-interconexion.pdf>, (Mex.) (last visited Aug. 21, 2014).

described in Art. 1 and Art. 42 of the Federal Telecommunications Law (repealed by the TBL on August 13, 2014).⁵⁸ Consequently, the suspension of the legal injunction on COFETEL's interconnection decisions could not have been provided because it would have been in contrast with the requirements set by Art. 128 sec. 2 of the *Ley de Amparo*⁵⁹ as amended as of April 2, 2013, which are set up to avoid prejudice to the public interest. In compliance with the provisions established in the FTL (repealed by the TBL on August 13, 2014), the Mexican State had the authority to regulate the interconnection rates by means of COFETEL to pursue the public interest. Hence, any delay in the effectiveness of COFETEL's decisions regarding interconnection rates through the claim of *amparo* would harm the public interest goals that the Mexican State wanted to pursue.

From Justice Sergio A. Valls Hernández point of view, suspension of COFETEL's interconnection rate decisions undermined the authority of the Mexican State in the telecom sector to foster fair competition and to promote adequate coverage against the public interest objectives established in the provisions of the FTL (repealed by the TBL on August 13, 2014). In addition, Justice Jorge Mario Pardo Rebolledo argued that Art. 1 of the FTL accorded a public interest character to the Federal Telecommunication Law Act's provisions and that COFETEL's interconnection price decisions enjoyed this character. As stated in Art. 42 and Art. 9-A of the FTL, ⁶⁰“licensees shall reach an agreement on interconnection within 60 days on any request, and if agreement is not reached COFETEL (at present, IFT) shall reach a decision within 60 days.”⁶¹ Hence, COFETEL's decisions on interconnection prices taken on behalf of the Ministry of Communication and Transports had a public interest character that protected them from suspension related to “amparo” claims.

⁵⁸ Ley Federal de Telecomunicaciones [LFT] [Telecommunications Law], *as amended*, Diario Oficial de la Federación [DO], Art. 1 and Art. 42, 16 de Enero de 2013 (Mex.).

⁵⁹ *Ley de Amparo*, *supra* note 1.

⁶⁰ Ley Federal de Telecomunicaciones [LFT] [Telecommunications Law], *as amended*, Diario Oficial de la Federación [DO], 16 de Enero de 2013 (Mex.).

⁶¹ OECD, *supra* note 5 at 42.

As ruled by the Court, if Art. 42 and Art. 9-A of the FTL assigned to COFETEL (at present, IFT) the power to solve issues related to interconnection prices between competitors on behalf of the Ministry of Telecommunications and Transports and, at the same time, article 1 of the FTL states that the Federal Telecommunications Law provisions are of public interest, then the COFETEL's decisions on interconnection rates (at present, IFT's decisions on interconnection rates) were also of public interest.

Consequently, COFETEL's decisions on interconnection could have not been suspended under "*amparo*" in agreement with the Art. 128 sec. 2 of the *Ley de Amparo*, which did not allow to suspend an action during the pendency of an *amparo* proceeding when such suspension would have been against either the public interest or the public order.

In conclusion, the amended Art. 28 of Mexico's Constitution restated the path adopted by the majority of the Plenary Chamber of Mexico's Supreme Court acting under a "*jurisprudencia por contradicción*" procedure on whether a suspension of COFETEL's interconnection decision was constitutional in relation to the prejudice against the public interest. Moreover, the constitutional amendment adds constitutional value to the result achieved by the ruling of the Plenary of the Supreme Court. It should be noted that, although the Plenary of the SCJN was clear in its conclusion that any stay during the pendency of an *amparo* proceeding challenging the telecom regulator's decision would be contrary to the public interest character of such decision, the Plenary of the SCJN's ruling enjoyed only the limited precedential character typical of a court in a civil law jurisdiction. Indeed, there is no general rule of *stare decisis* in Mexico. Although the lack of *stare decisis*, Mexico's SCJN does have a concept of precedent⁶² binding for lower state and federal courts, known as *jurisprudencia*, only when either 1) five consecutive judgments of the SCJN apply the same rule by a vote of at least eight of eleven ministers for cases decided in plenary session or four of five ministers in cases decided by *salas* (judgment known as

⁶² Patrick Del Duca, *The rule of law: Mexico's approach to expropriation disputes in the face of investment globalization*, 51 UCLA L.R. 101 [Mexico' Federal Judiciary] (2003)

jurisprudencia obligatoria),⁶³ or 2) judgments of the SCJN resolve conflicts arising between chambers of the SCJN, the Circuit Plenaries, and the Collegiate Tribunals (*jurisprudencia por contradicción*).⁶⁴ Hence, unless five consecutive and consistent SCJN's judgments about the same legal issue are issued by the Court with the majority cited above or a conflict of thesis arises, SCJN's rulings may be persuasive, but do not achieve the status of having to be followed by lower state and federal judges in deciding subsequent cases. In our case, the Plenary of the SCJN's decision was binding only for lower courts because it was a conflict of thesis resolution (*jurisprudencia por contradicción*). Hence, the future Plenary of the SCJN's decisions on similar legal disputes did not have to follow the May 2011 decision as a binding precedent because the Plenary of the SCJN does not bind itself. Indeed, the Plenary of the SCJN might have overturned the May 2011 decision simply by changing its mind through a subsequent decision on a similar dispute. Furthermore, unlike the declaration of the constitutionality of a law by a US court, a Mexican judge's determination whether to grant *amparo* against alleged unconstitutional acts benefits only the parties in the *amparo* action because it does not invalidate the relevant law or other acts with general effects.⁶⁵ Consequently, the incorporation of the Court's holding in a clause of the Constitution values the substance of the holding as clearly binding on all Mexican authorities whether legislative, executive, or judicial.

6.3. Plenary Chamber of Mexico's Supreme Court decision reports on interconnection issues: Amparo en revision 318/2011 and Amparos en revision 426/2010 y 318/2011 03/07/2013

Recent rulings of the Plenum of Mexico's Supreme Court accorded judicial deference to COFETEL's interconnection decisions, granting them the status of not being suspended until the end of the dispute. Legal principles expressed in those decisions clarified the legal evolution that led

⁶³ *Ley de Amparo, supra* note 1, at art. 222-223.

⁶⁴ *Ley de Amparo, supra* note 1, at art. 225.

⁶⁵ *Zamora et al., supra* note 1 at 272.

to the draft of the Mexican Constitution amendment that prevents suspension of IFT' regulatory decisions during the pendency of *amparo* proceedings.

6.3.1. Report of the Mexican Supreme Court decision on the Amparo en revision 318/2011

In May 2011, Mexico's Supreme Court (hereafter SCJN) issued a significant decision, which stated that in the context of decisions by COFETEL on interconnection prices, these decisions could remain in effect until an appeal in Court led to the decision being rescinded.⁶⁶ The general overview regarding the Plenary's SCJN May 2011 decision, showed in sec. *ii.* above, is stressed here to better focus on the policy reasons leading the Plenary of the SCJN to recognize to COFETEL's interconnection decisions the status of not being suspended during the pendency of an *amparo* claim.

The outcome of the SCJN's decision 318/2011 was the solution of the contradicting judicial conflict on the suspension of COFETEL's interconnection decisions arisen between the Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito related to the review of *amparo* R.A. 38/2010-204 and the Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito related to the review of R.I. 458/2008 and R.I. 474/2006. Indeed, the SCJN resolved the contradiction (*jurisprudencia por contradicción*) of the former collegiate circuit courts thesis related to whether the suspension of the decisions made by COFETEL on interconnection obligations or interconnection rates should be seen as contradicting the public interest and the public order, and therefore, whether to suspend these COFETEL interconnection mandates.

On the one hand, the Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito overruled the *amparo* granted against a COFETEL administrative decision which set interconnection conditions that were not agreed between private operators in the judgment 1107/2009. From the Court's point of view, COFETEL's interconnection conditions decisions were legal because they were in compliance with the Art. 87 sec. III of the

⁶⁶ OECD, *supra* note 5 at 58.

Administrative Procedure Law.⁶⁷ According to the former legal framework, the Court foresaw in the suspension of the regulatory decision a possible harm for social interest and the public order.

On the other hand, the Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito did not consider an eventual suspension of COFETEL's decisions on interconnection rates as a prejudice for the social interest and the public order. Consequently, when deciding the appeal RI 458/2008, this court granted *amparo* and suspended COFETEL's decision on interconnection rates applying the old Art. 124 sec. II of the Law of Amparo (at present, Art. 128 *Ley de Amparo*).⁶⁸ According to the old Art. 124 sec. II of the Law of Amparo, the suspension of the administrative act will be granted every time that a prejudice to the social interest or the public order does not exist.

By a majority of six out of eleven votes, the Plenum of the SCJN decided that, whenever private telecommunications operators did not reach an agreement related to interconnection access or interconnection rates, COFETEL's subsequent decisions on interconnection obligations and interconnection rates were administrative acts that enjoyed a presumption of validity and legality and were not subject to suspension.

According to the Plenary of the SCJN, COFETEL's decisions were expression of the Constitutional power of the Mexican State to regulate the telecommunications sector. Hence, COFETEL's interconnection decisions

⁶⁷ *Ley Federal de Procedimientos Administrativos [LFPA]* [Administrative Procedures Law], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], 4 de Agosto de 1994 (Mex.): “*La interposición del recurso suspenderá la ejecución del acto impugnado, siempre y cuando: ... II. No se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden public;*”

⁶⁸ *Ley de Amparo*, supra note 1, at Art. 128: “*Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias, siempre que concurran los requisitos siguientes:*

I. Que la solicite el quejoso; y

II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.

La suspensión se tramitará en incidente por separado y por duplicado.”

tended to perform the goals set by the Federal Telecommunications Law such as supporting the presence of new operators and services in the telecommunications market, promoting fair competition between telecom operators, providing adequate social coverage and assuring top conditions in the viability of the telecommunication services for the benefit of the society.

For the reasons explained above, the SCJN issued that granting *amparo* would have been against the social interest and the public order. In fact, suspending COFETEL's interconnection decisions would affect competition in the market between telecommunications operators and may be considered harmful for final consumers that were going to bear the lack of a competitive telecommunication market paying high fees.

To conclude, as shown by the two decisions discussed above, whether or not to grant *amparo* against COFETEL's interconnection decisions depended on the urgency of avoiding a delay in their effectiveness simply because it may have affected the social interest and the public order. As a matter of fact, the only way to save COFETEL's decisions on interconnection from granting *amparo* was to find a social interest or a public order prejudice reaching out from that suspension in compliance with the Art. 87 of the *Ley Federal de Procedimiento Administrativo* and the old Art.124 of the *Ley de Amparo*.

For this reason, the main legal issues in the Mexico's Supreme Court decision 318/2011 were: 1) whether suspending COFETEL's decisions on mandatory interconnection obligations was prejudicial to the social interest and the public order; and 2) whether suspending COFETEL's decision on interconnection rates was prejudicial to the social interest and the public order.

First, the SCJN ruled that it was not possible to make a distinction between mandatory interconnection obligations and interconnection rates for analyzing the effect of suspension. This was because both the access to interconnection and the rate of the interconnection were essential to not affect the social interest of the final consumer (i.e. mobile telephone owner). For instance, a mobile-telephone owner was not only interested in having interconnection with other mobile-telephone owners who were customers of different mobile operators (guarantee interconnection access), but, most

important, a customer is also interested in having a strong competition between mobile operators in order to choose the lowest mobile rate plan. One of the ways to promote fair competition and low mobile rate plans was to assure low interconnection rates from the incumbent to new entrants and Other Licensed Operators (hereinafter OLOs) in the telecommunication sector. Indeed, a suspension of a COFETEL's interconnection decision that tried to impose lower rates meant that new entrants and OLOs had to pay interconnection rates well above costs to complete calls. This undermined considerably their ability to expand in the market and to offer competitive mobile rate plans with harm for the social interest of the final consumer (i.e. mobile-telephone owner). In addition, a strict interpretation of Art. 42 of the Federal Telecommunication Law (repealed by the TBL on August 13, 3014) showed that when private parties did not reach an agreement on interconnection conditions, COFETEL had the duty to solve the issue regardless of whether it was interconnection access or interconnection rates. In conclusion, the court accepted the lack of distinction between mandatory interconnection obligations and interconnection rates with a majority of six votes out of eleven. Consequently, the problem of granting *amparo* on COFETEL's interconnection decisions was treated as a unique legal issue.

Secondly, according to Justice Luis María Aguilar Morales, both COFETEL's decisions related to mandatory interconnection obligations and interconnection rates were affecting the final consumer, so suspending COFETEL's decisions on those matters would have been against the public interest in contrast with the provision of the old Art. 124 of the *Ley de Amparo* (at present, Art. 128 of the *Ley de Amparo*). Following the Justice's reasoning, it was not possible to make a distinction between suspending a mandatory interconnection obligation decision and suspending a decision fixing rates of interconnection as the former was affecting a social interest and the latter was just a commercial agreement between telecommunication operators without indirect effects on the final consumers. Indeed, returning to the example of the mobile-telephone owner, interconnection access and interconnection rates were intrinsically related to the final goal of assuring the best public service for consumers. Consequently, it was not possible to grant *amparo* against COFETEL's interconnection decisions because they

aimed to pursue the social interest and the public order requirements set by the old Art. 124 sec. 2 of the *Ley de Amparo* (at present, Art. 128 of the *Ley de Amparo*).

Next, the SCJN's reasoning moved to analyze the Mexican State power on the telecommunications sector from a constitutional and statutory perspective, finding that the Mexican State sovereignty in this field allowed the government to make interconnection decisions to pursue public interest by means of COFETEL's mandates and that a suspension of those decisions would have been in contrast with the old Art. 124 sec. 2 of the *Ley de Amparo* (at present, Art. 128 of the *Ley de Amparo*).

According to Justice José Ramón Cossío Díaz, the Mexican Federal Constitution provides that the concession and exploitation of a state ownership as the frequency spectrum by licensees shall always respect the conditions of public interest, in which interconnection access and rates are included. Furthermore, an interpretation of Art. 42 (at present, art. 129 TBL) of the Federal Telecommunications Act (repealed by the TBL on August 13, 2014) shows that the Mexican State has regulatory power to fix the interconnection rates whenever the licensees do not reach an agreement within 60 days.

According to the prior Art. 42 FTL (at present, art. 129 TBL),⁶⁹ the Ministry of Communications and Transportation reached its decision on interconnection issues by means of COFETEL as provided by Art. 9-A FTL,⁷⁰ which assigned to the old telecommunications regulatory authority,

⁶⁹ Artículo 42, *Ley Federal de Telecomunicaciones* [LFT] [Telecommunications Law], as amended, Diario Oficial de la Federación [DO], 16 de Enero de 2013 (Mex.) (repealed 2014): "Holders of licenses to public telecommunication networks shall interconnect their networks, and to this end shall reach an agreement within 60 calendar days from when any may request it. If said term has elapsed and the parties have not executed an agreement, or before so requested by both parties, the Ministry shall reach a decision within 60 calendar days concerning the conditions upon which no agreement has been made."

⁷⁰ *Id.*, Artículo 9-A: "*La Comisión Federal de Telecomunicaciones es el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría, con autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México, y tendrá*

COFETEL, the power to fix the interconnection conditions that had not been agreed between the licensees of the public telecommunications networks.

Because Art. 1 of the FTL⁷¹ defines the Federal Telecommunications Law and its dispositions of public interest, it could have been implied that also COFETEL's interconnection decisions, which were in compliance with the FTL articles, had a public interest nature too. Therefore, suspending COFETEL's interconnection decisions, as provided by Art. 1 of the FTL, would have affected the public order and it would not have satisfied the requirement provided by the old Art. 124 of the *Ley de Amparo* (at present, Art. 128 of the *Ley de Amparo*).

Finally, the Court discussed the regulation of the telecommunications sector provided in the Mexican Constitution as assuring the public interest by fostering fair competition and defending fundamental rights and it explained how a suspension of COFETEL's interconnection decisions might have affected both. Firstly, Justice Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, asserted that one of the main goals of the FTL (repealed by the TBL on August 13, 2014) is developing a fair competition in the telecommunications market in compliance with the Art. 28 of the Mexican Constitution, and that COFETEL's interconnection decisions were the main tool to assure fair and non-discriminatory interconnection rates that lead to competitiveness in the telecommunication market. Secondly, Chief Justice Juan N. Silva Meza argued that in Art. 28 of the Mexican Constitution is written that one of the duties of telecommunications is defending fundamental rights such as access to information, freedom of speech, education, democratic participation and integration of indigenous communities. For these reasons, COFETEL's interconnection decisions on access and rates were important to develop the

autonomía plena para dictar sus resoluciones. Para el logro de estos objetivos, corresponde a la citada Comisión el ejercicio de las siguientes atribuciones:

X. Promover y vigilar la eficiente interconexión de los equipos y redes públicas de telecomunicaciones, incluyendo la que se realice con redes extranjeras, y determinar las condiciones que, en materia de interconexión, no hayan podido convenirse entre los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones;"

⁷¹ *Id.*, Art. 1: "This law is of public interest, and its purpose thereof is to regulate the usage, utilization and exploitation of the frequency spectrum, telecommunications networks and satellite communications."

fundamental rights shown above and, as an expression of the public interest, those decisions should prevail over the private interest of the frequency spectrum licensees that did not want to reach an interconnection agreement with others.

The constitutional role of the State in the telecommunications sector, as expressed by COFETEL's interconnection decisions, was cardinal to the defense of fundamental rights and to the develop of competition and, therefore, it could not be subjected to suspension. In fact, suspending COFETEL's interconnection decisions meant undermining the competitiveness and the fundamental rights in the telecommunications market against Mexican constitutional provisions.

In conclusion, the Mexican State's constitutional power to regulate the telecommunications sector for public interest reasons such as defending fundamental rights, protecting final consumers, and promoting fair competition led the Plenary of the SCJN to rule against granting *amparo* related to COFETEL's interconnection mandates. Indeed, a suspension of COFETEL's interconnection rates decisions during the pendency of an *amparo* claim would delay and frustrate the effectiveness of regulatory measures taken to promote the public interest in the telecommunication sector until a final decision on the *amparo* claim is made. For instance, starting in 1998 the Mexican telecommunications incumbent Telmex succeeded in delaying the effectiveness of a regulatory authority decision affirming that Telmex had substantial power in the telephony market for 10 years, through filing a series of *amparos* and appeals, until a final judicial decision on the case.⁷² Because COFETEL's interconnection mandates were expressions of the former constitutional regulatory authority, the Plenary of the SCJN saved COFETEL's interconnection rate decisions from being subject to a long period of suspension related to the amount of time required by a claim of *amparo* to reach its final judicial outcome.

6.3.2. Report of the Mexican Supreme Court decision of March 7, 2013 on the amparos en revision 426/2010 and 318/2011

⁷² OECD, *supra* note 5 at 56.

The SCJN decision on March 2013 established several legal criteria that led to the recognition of the constitutionality of the FTL (repealed by the TBL on August 13, 2014) and the legality of COFETEL's interconnection decisions, granting them judicial deference against suspension and strengthening the role of COFETEL as the regulatory authority in the Mexican telecommunications.⁷³

The outcome of the main legal issues addressed by the SCJN in this decision was:

- The Constitutionality of Art. 9-A, sec. X of the FTL (repealed by the TBL on August 13, 2014) that gave power to the regulatory authority to determine the interconnection conditions when parties cannot find an agreement.
- COFETEL had the power to fix the interconnection rates and other economic conditions when the licensees could not reach an agreement.
- The discretionary power of COFETEL in its regulatory decisions was subjected to the legal principles established by law.
- COFETEL's discretionary decisions that were gradually reducing the interconnection rates as well as the possibility to reduce call traffic in compliance with the principles of the FTL (at present, TBL) were legal.

In sum, the rulings of the Plenum of Mexico's Supreme Court restated the legality of COFETEL's interconnection decisions and reinforced COFETEL role as the undisputed regulator in the Mexican telecommunications sector. These rulings have functioned as a trailblazer for the telecommunications constitutional reform that recognizes powerful and effective regulatory tools to the new Mexican telecommunications regulatory authority, IFT.

⁷³ *Comision Federal de Telecomunicaciones, Resoluciones de la SCJN Fortalecen la Actuacion de la Cofetel en Materia de Interconexion* (Mar. 7, 2013), available at <http://www.cft.gob.mx:8080/portal/wp-content/uploads/2013/03/Comunicado-10-Resoluciones-de-la-SCJN-fortalecen-la-actuación-de-la-Cofetel-en-materia-de-interconexión-Mar-07-2013.pdf> (Mex.).

7. New Federal Telecommunications and Broadcasting Law

The last step of the deep transformation of the telecommunications and broadcasting industries that has taken place in Mexico starting from the 2013 Constitutional amendment⁷⁴ has been achieved with the adoption of the New Federal Telecommunications and Broadcasting Law, published July 14, 2014.⁷⁵ The new Federal Telecommunications and Broadcasting Law (hereafter TBL) has repealed both the FTL and the Federal Radio and Television Law starting from August 13, 2014. The TBL implemented and expanded the Constitutional amendment concerning the telecommunications and antitrust legal framework adopted in June 2013. The TBL, among other things, 1) states IFT's powers, 2) establishes access and interconnection procedures, and 3) defines a preponderant economic agent's obligations along with its asymmetric regulation.

7.1. IFT's Powers

Following the legal framework already set in Art. 28 of the Mexico's Constitution by the 2013 Constitutional amendment, Art. 7 of the TBL restated Mexico's Constitutional provisions such as IFT's autonomy through its juridical personality and own patrimony, and IFT's promotion and regulation role with the objective of the efficient development of all broadcasting and telecommunications matters, including IFT's exclusive exercise of authority in antitrust matters affecting both markets. In particular, IFT will exercise its exclusive authority affecting antitrust matters under its jurisdiction with respect to the provisions of Art. 28 of the Mexico's Constitution, the TBL, the Federal Competition Law, and other applicable regulations.

7.2 Access and Interconnection

⁷⁴ *Decreto, supra* note 7.

⁷⁵ Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión [LFTR] [Telecommunications and Broadcasting Law], *as amended*, Diario Oficial de la Federación [DO], 14 de Julio de 2014 (Mex.).

The TBL states in Art. 129 the rules to achieve network access and set interconnection rates between telecom operators following a two step procedure: 1) like in Art. 42 of the repealed FTL, holders of licenses to public telecommunication networks shall interconnect their networks, and to this end shall reach an agreement within 60 calendar days from when any may request it; and 2) if said term has elapsed and the parties have not executed an agreement, the interested party shall request IFT to rule on the interconnection rates, conditions, and terms not agreed with the other party.

The proceeding before IFT related to interconnection matters can be terminated by either **a)** IFT's decision on interconnection matters issued no later than 30 working days from the parties' deadline to make allegations (Art. 129 sec. VI), or **b)** the parties' agreement ratified before the IFT before IFT issues a decision on the dispute. According to Art. 129 par. 2 sec. IX, IFT's decision on interconnection rates will be effective no later than 30 days starting from the day after either **i.** notification of IFT's decision or **ii.** the parties' ratification of an agreement before the IFT. Moreover, IFT enjoys the power to apply sanctions against telecom operators that do not comply with either IFT's interconnection rate decisions or parties' agreements ratified before IFT.

Finally, as explained throughout the paper, IFT's interconnection decisions can be appealed only with a claim of "indirect *amparo*" that does not suspend the regulatory decision during the pendency of the *amparo* proceeding before the court.

7.3. Preponderant Economic Agent's Obligations and Asymmetric Regulation: Art. 131 TBL declared unconstitutional by the Mexico's Supreme Court

The TBL confirmed IFT's ability to impose asymmetric obligations on any operator found to be preponderant in each of the telecommunications or broadcasting sectors. Article 262 of the TBL qualifies as preponderant economic operators those who hold a national participation in the

telecommunications or broadcasting sectors that exceeds 50% of users, subscribers, audience, traffic on its networks or used capacity thereof.⁷⁶

Among the most important obligations IFT can impose on preponderant telecom operators are the following:⁷⁷ a) obligations to provide interconnection on a non-discriminatory basis, b) unbundling local loop services, c) infrastructure sharing, d) obligation to obtain IFT's prior approval for all service pricing to consumers.

As already shown in IFT's decisions on March 2014, IFT has the power to determine preponderant economic operators in the telecom and broadcasting sectors and impose on them asymmetric interconnection rates pre-fixed by IFT. First, in the decision of March 6, 2014, IFT determined Telmex, Telnor, and Telcel as preponderant economic operators in the telecom sector.⁷⁸ Second, in the decision of March 26, 2014, the plenary of IFT set the asymmetric interconnection rates applying to telecom preponderant economic operators⁷⁹ that are in effect from April 6 until December 31, 2014.⁸⁰ However, the new Federal Telecommunications and

⁷⁶ For the mathematic formula to apply in order to determine a *preponderant economic agent* see: Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión [LFTR] [Telecommunications and Broadcasting Law], *as amended*, transitory Art. 9, Diario Oficial de la Federación [DO], 14 de Julio de 2014 (Mex.).

⁷⁷ Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión [LFTR] [Telecommunications and Broadcasting Law], *as amended*, Art. 267, Diario Oficial de la Federación [DO], 14 de Julio de 2014 (Mex.).

⁷⁸ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *De la Sesión del Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones en su V Sesión Extraordinaria del 2014, Celebrada el 6 de Marzo de 2014* [Plenary session of IFT Committee at its V Extraordinary Session] (Mar. 6, 2014), *available* at http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_EXT_060314_76_Version_Publica_Hoja.pdf

⁷⁹ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Acuerdo Mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determinas las tarifas Asimétricas por los servicios de Interconexión que cobrará el agente económico preponderante* [Agreement by which the Plenary of IFT Committee determined the Asymmetric Interconnection Rates to Apply to the Preponderant Economic Agent], (Mar. 26, 2014), *available* at http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_260314_17.pdf

⁸⁰ Press Release, América Móvil, América Móvil Informs (March 31, 2014), *available* at http://www.americamovil.com/mailling/AMX_about_IFETEL.pdf.

Broadcasting Law goes further than IFT's March 2013 asymmetric interconnection decision by stating in Art. 131 sec. a) that a preponderant economic operator does not have the right to charge anything for termination of traffic in its own network. Therefore, calls of all the Mexican non-preponderant operators completing in the preponderant operators' network (Telmex, Telcel, and Telnor) are not subject to interconnection charges at all.

Although the purpose of Art. 131 of the TBL is to unravel the highly concentrated Mexican telecom market and to foster competition by imposing a zero-interconnection rate for calls completing in the preponderant operators' network, the provision of Art. 131 of the TBL has been subject to constitutional challenge. Indeed, even though Art. 131 of the TBL seems to follow OECD best practice that recognizes innovation and greater flexibility in business models where the termination rates are set low or at zero,⁸¹ it subtracts from IFT the constitutional power of imposing measures on preponderant economic operators to avoid results affecting competition – including asymmetric interconnection rates – assigned to the new regulatory authority by Mexico's Constitution. Therefore on August 16, 2017, Mexico's Supreme Court unanimously decided that Art. 131 of the TBL is unconstitutional because it violates IFT's autonomous constitutional power to set asymmetric interconnection rates on preponderant economic operators.⁸² The Supreme Court did not establish whether imposing a zero-interconnection rate would be illegitimate per se, but it just established that it is the sector regulator IFT, and not the Mexican Congress, the authority responsible for regulating telecommunications tariffs. IFT's constitutional power, indeed, has already been exercised by the new regulatory authority through setting the asymmetric interconnection rates applying to

⁸¹ OECD (2013), OECD Communications Outlook 2013 52, OECD Publishing, *available at* <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/9313021e.pdf?expires=1408584910&id=id&accname=ocid194760&checksum=535C03FA9DCCEFB85EE14014DE234296>.

⁸² Suprema Corte de Justicia de la Nación, press release (Aug. 16, 2017) *available at* <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=4582>

preponderant economic operators in the decision of March 6 and 26, 2014.⁸³

84

In order to understand more fully the application of Art. 131 of the TBL,⁸⁵ the difference between a “*preponderant economic agent*” and an “*agent with substantial power*” in the telecom market should be appreciated. The former (*preponderant economic agent*) is determined by Art. 131 par. 2 of the TBL to be those who hold a national participation in the telecommunications or broadcasting sectors that exceeds 50% of users, subscribers, audience, traffic on its networks or used capacity thereof, and is subject to a mandatory statutory application of a zero interconnection rates for calls originating from competitors’ customers and completing in the preponderant economic operator’s network. The latter (*agent with substantial power*), falling below the quantity requirements set in Art. 131 par. 2 of the TBL but still handling a substantial power in the telecom sector, is subject to IFT’s assessment of either 1) continuing to apply the original zero interconnection rate for calls originating from competitors’ customers and completing in the preponderant economic operator’s network (as in Art. 131 sec. **a**) of the TBL), or 2) fixing a new asymmetric interconnection rate according to Art. 131 par. 2-3-4 sec. **b**) of the TBL. Hence, while the procedure of letting IFT free to decide either whether imposing a zero-interconnection rate or fixing asymmetric interconnection rates on *agent*

⁸³Instituto Federal de Telecomunicaciones, *De la Sesión del Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones en su V Sesión Extraordinaria del 2014, Celebrada el 6 de Marzo de 2014* [Plenary session of IFT Committee at its V Extraordinary Session] (Mar. 6, 2014), available [at http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_EXT_060314_76_Version_Publica_Hoja.pdf](http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_EXT_060314_76_Version_Publica_Hoja.pdf)

⁸⁴ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Acuerdo Mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determinas las tarifas Asimétricas por los servicios de Interconexión que cobrará el agente económico preponderante* [Agreement by which the Plenary of IFT Committee determined the Asymmetric Interconnection Rates to Apply to the Predominant Economic Agent], (Mar. 26, 2014), available [at http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_260314_17.pdf](http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_260314_17.pdf)

⁸⁵ See Art. 131, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión [LFTR] [Telecommunications and Broadcasting Law], *as amended*, Art. 267, Diario Oficial de la Federación [DO], 14 de Julio de 2014 (Mex.).

with substantial power respects IFT's constitutional powers to encourage competition by imposing fair or cost-based asymmetric interconnection rates, the same may not be asserted for the mandatory statutory zero interconnection rate applied on *preponderant economic agent* through Art. 131 sec. a) of the TBL. Indeed, the latter has been declared unconstitutional by the Mexico's Supreme Court potentially because the TBL approved by the Mexican Congress imposes a political influence that it is not necessarily related to market consideration of efficiency.

As a result of the new, strong regulatory powers enjoyed by IFT to set access obligations against dominant operators in the telecom sector as well as the new TBL provision setting zero-interconnection rates for calls completing in the network of dominant operators, the América Móvil Group – who owns both the Mexican dominant operators Telmex and Telcel – has declared its intention to divest subscribers and assets to reduce its market share below 50% in order to avoid the stringent dominant operators asymmetric regulation set by the new Federal Telecommunications and Broadcasting Law. Indeed, the América Móvil's board of directors advised through a press release on July 8, 2014 that it “resolved to authorize measures to reduce its national market share in the Mexican telecommunications market under fifty percent in order to cease being a *“preponderant economic agent,”* under the terms of the Constitution of the United Mexican States and its implementing legislation.”⁸⁶ América Móvil has also stated that the zero-interconnection rate imposed on the group *“is confiscatory, is not objectively reasonable, and constitutes a disproportionate restriction on freedom of trade”*.⁸⁷

8. Conclusion

“We are living a historic new phase in the Mexican telecommunications sector, which began with the last year's constitutional

⁸⁶ Press Release, América Móvil, América Móvil Informs (July 8, 2014), available at http://www.americamovil.com/mailling/AMX_Strategic_Committee.pdf

⁸⁷ América Móvil, press release (Aug. 16, 2017), available at http://www.americamovil.com/sites/default/files/2017-08/AMX-SCJN-en_2.pdf

reforms,” said former telecom regulator Mony de Swaan. “We are seeing the beginning of the end of a period of almost complete dominance of Mr. Slim.”⁸⁸ The new TBL seems to be the cure for the highly concentrated Mexican telecom market because, along with the Telecom Constitutional reform, it is capable of attracting new telecom operator entrants, and fostering competition to the benefit of Mexican consumers.

⁸⁸ Anthony Harrup & Juan Montes, *América Móvil to Sell Assets to Cut Mexico Market Share Below 50%*, Wall St. J. (Jul. 8, 2014, 8:48 PM), available at <http://online.wsj.com/articles/america-movil-to-sell-assets-to-cut-mexico-market-share-below-50-1404859497>

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” offre aggiornamenti e riflessioni agli studiosi e agli operatori nel nuovo scenario socio-economico originato dal legame tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. Approfondisce, con studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti, in particolare, alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

