LO SPECIALE

DI

NUOVE FRONTIERE

DEL

DIRITTO

CONCORRENZA E MERCATO

DIRETTO E COORDINATO DA FEDERICA FEDERICI

Rivista mensile telematica a carattere giuridico-scientifico

Anno 2012 – Mese di novembre

Nuove frontiere del diritto
Rivista mensile telematica di diritto
ISSN 2240 - 726X

Direttore responsabile: Giovanna Moresco

Fondatore: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Direttore scientifico: Davide Nalin (davide.nalin@nuovefrontierediritto.it)

Coordinatore: Samantha Mendicino (samantha.mendicino@nuovefrontierediritto.it)

Comitato scientifico in materia giuridica: Alberto Mingarelli - Emanuela Loria - Davide Nalin - Massimo Marasca - Federica Federici - Barbara Carrara - Samantha Mendicino – Prof. Avv. Carlo Pilia - Domenico Salvatore Alastra - Donatella Rocco - Luigi Caffaro - Luca Marzullo - Claudia Ardita - Barbara Carfagna

Specialisti in materie scientifiche: Paolo Nalin (medico chirurgo) - Paolo Capri (psicologo giuridico e criminologo) - Sergio Nucci (medico chirurgo) - Lanfranco Belloni (fisico) - Fabio Delicato (criminologo)

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Realizzazione e computer-graphic: Bruno Iapino

Hanno collaborato alla rivista del mese: Federica Federici, Domenico Di Leo, Pietro Algieri, Filomena Agnese Chionna, Alessia Canaccini, Giuseppe Benfatto, Federica Vianello

Nuove frontiere del diritto **è una rivista *on line* fruibile su** www.nuovefrontierediritto.it
ISSN 2240 - 726X
Copyright 2012 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

Nuove frontiere del diritto **ha un *Gruppo Facebook,* una pagina *Facebook*** ed **una pagina Twitter (**@RedazioneNfd)

La redazione: redazione@nuovefrontierediritto.it
Le *e-mails*: info@nuovefrontierediritto.it
friends@nuovefrontierediritto.it
Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. Sono consentite la riproduzione, stampa e copia per uso personale. Tutte le altre forme di riproduzioni *on line* ed analogico-digitali potranno avvenire solo col consenso scritto della redazione (redazione@nuovefrontierediritto.it) e con obbligo di citazione della fonte. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

S O M M A R I O

- **Il diritto dei consumatori (P. Algieri)**
- **La concorrenza sleale (P. Algieri)**
- **Le pratiche commerciali scorrette tra potere sanzionatorio dell'Autorità Garante e potere repressivo del giudice civile (F. Federici)**
- **La pubblicità ingannevole e comparativa (P. Algieri)**
- **Il diritto Antitrust (P. Algieri)**
- **Il diritto d'autore: una breve introduzione (D. Di Leo)**
- **Il caso Samsung contro Apple (D. Di Leo)**
- **Il Made in Italy e la Moda: *breve excursus* della normativa e della giurisprudenza nazionale e comunitaria che hanno reso il marchio italiano il nostro cavallo di battaglia nel mondo (F. Vianello)**
- **L'AGCM – scheda a cura di F. A. Chionna**
- **La pubblicità degli Avvocati tra decoro e asimmetria informativa (A. Canaccini)**
- **DIRITTO D'AUTORE - LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA SULLA PROTEZIONE DEL SOFTWARE - CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA GRANDE SEZIONE, SENTENZA 3 LUGLIO 2012 (G. Benfatto)**
- **CONCORRENZA E MERCATO NELLA PROFESSIONE FORENSE (F. A. Chionna)**

Nuove frontiere del diritto
Rivista mensile telematica di diritto
ISSN 2240 - 726X

Il perché degli "Speciali"

di Nuove Frontiere del Diritto

A meno di un anno dalla nascita della rivista, grazie alla crescita del numero dei collaboratori e della nuova collocazione su un proprio sito, abbiamo sentito il bisogno di focalizzare parte delle nostre e vostre energie indirizzandole verso aree tematiche di interesse settoriale o specifico. Al fine di non appesantire il numero mensile della rivista, ma al contempo di facilitare gli approfondimenti da parte di lettori, studiosi, operatori e professionisti, abbiamo avviato questo ambizioso progetto, che ha cadenza mensile (prima settimana del mese lo troverete on line) e che raccoglie - in via preliminare - osservazioni ed esigenze pervenute alla redazione-.

Non solo, lo schema ed i contenuti vengono condivisi con magistrati e professionisti del settore trattato, allo scopo di non duplicare materiale già esistente o noto, ma di fare il punto attuale della questione, corredandola con la normativa e la giurisprudenza più significativa, ma anche più recente.

E' evidente che la rivista è, resta e vuole restare un laboratorio, per cui anche questa nuova iniziativa sarà oggetto di evoluzione nel tempo, per questo ogni vostra segnalazione, richiesta, osservazione in merito agli speciali che pubblicheremo o che vorreste veder pubblicati sarà doverosa e gradita.

Un sentito ringraziamento va a tutti i collaboratori che hanno aderito con entusiasmo e professionalità - non senza qualche iniziale difficoltà ad affrontare non solo tematiche settoriali, ma anche a misurarsi con un diverso approccio ad esse.

Buona lettura.

La Redazione di N.F.D.

Nuove frontiere del diritto
Rivista mensile telematica di diritto
ISSN 2240 - 726X

Il perché di uno Speciale su Concorrenza e mercato

In questo speciale, il secondo della Rivista, l'analisi economica del diritto diventa aspetto chiave della trattazione. Al contempo non siamo riusciti a trattare la materia in modo esaustivo sia per la dinamicità dello scenario che per la vastità degli argomenti da affrontare.

Lo speciale tenta di offire una panoramica sia normativa che giursprudenziale del diritto alla concorrenza - antitrust, il diritto d'autore, le pratiche commerciali e il diritto dei consumatori, poteri e limiti dell'Authority, per poi aprire a spunti speculativi e casi specifici recenti su cui poter ragionare insieme.

Restano fuori dallo speciale alcuni istituti come i segni distintivi e il design e le invenzioni. E - chissà - altri importanti filoni tematici, non è detto che la Rivista non pubblichi in futuro un'appendice di questo Speciale.

Un primo problema in questo ambito è che manca una definizione chiara ed espressa del termine "concorrenza" nel nostro ordinamento: il bene giuridico tutelato è la libertà di concorrenza, abbiamo davanti a noi molte norme, ma non una espressa definizione. Peraltro la stessa accezione del termine si è evoluta nel tempo: dal libero mercato alla liberta di contrarre, dal monopolio alle alterazioni del mercao, dalla matrice corporativistica al diritto alla concorrenza. Non è neanche pacifico che il concetto ad oggi sia del tutto unitario: liberalizzazione dei mercati e semplificazione delle procedure amministrative per consentire l'ingresso nel mercato da parte degli operatori; regolazione del mercato; comportamenti, accordi, pratiche "moral hazard" e abusi; scelte pubbliche e politiche; tutela dei consumatori e soggetti deboli.

Un secondo problema è che in questo ambito interesse generale ed interessi particolari si intrecciano ed interferiscono l'uno con l'altro spostando l'asse del livello di protezione da parte dell'ordinamento fino a creare scelte potenzialmente "capricciose" se non addirittura concessioni politiche.

ISSN 2240 - 726X

Il recepimento all'interno del Codice al Comsumo (d. lgs. 2005/206) della Direttiva in tema di pratiche commerciali scorrette (Dir. 2005/29/CE) è tra le novità più significative che hanno interessato negli ultimi anni la materia.

Oggi si discute anche di una possibile class action ex art. 140bis del Codice al Comsumo.

In buona sostanza questo speciale non pretende di fare il punto di una materia complessa e con molteplici ricadute a più livelli giuridici, politici ed economici, quanto di sezionarla, analizzarla e segnalare le questioni e gli spunti più interessanti ad oggi sul tavolo degli operatori del diritto.

Si tratta di seguire tutti gli sviluppi di una evidente quanto somplessa"osmosi", che il lettore potrà percepire in ogni contributo di questo speciale .

Buona lettura,

Federica Federici

ISSN 2240 - 726X

Il diritto dei consumatori

a cura del Dott. Pietro Algieri

1-Premessa.-2-L'evoluzione storica del diritto del consumatore.3-La normativa in materia di consumatori.-4.La normativa sui consumatori.-5.Il codice del consumo. Il D.lgs n. 206/2005.-6.L'ambito soggettivo di applicazione del codice del consumo. Il consumatore e il professionista.-7. I contratti del consumatore.

1. Premessa.

Inevitabile punto di partenza di un percorso che riguarda il «*consumatore*» e i suoi diritti, è quello di prendere atto dell'avvenuto passaggio da una società caratterizzata da un ruolo preponderante dell'apparato produttivo, ad una in cui la fase distributiva assume una sua decisa connotazione come autonomo «decisore» dei fenomeni di mercato (e non più *mero* anello di distribuzione), fino ad arrivare – ed è storia attuale – ad una società consumista, anzi, post-consumista.

Il consumo che scandisce i tempi del nostro vivere «*moderno»,* da fenomeno necessario ad «*assorbire*» l'offerta è divenuto, sempre più, una realtà che non può più essere messa in una relazione di subordinazione necessitata, ma ha sviluppato un proprio ruolo. Il consumo, quando, viene assunto come consumo «finale», implica la presenza di un «consumatore».

«*Consumo*» *e* «*consumatori*» sono due termini tra loro legati da una relazione non biunivoca, nel senso che se è certamente vero che laddove c'è un consumatore lì c'è un atto di consumo, non è sempre vero il contrario: il consumo non implica necessariamente la presenza di un consumatore.

Le ragioni che hanno portato al consolidamento di questo *corpus* di norme sono essenzialmente storico-politiche. Il diritto dei consumatori, infatti, è un diritto di genesi comunitaria: non stupisce perciò che la tutela dei consumatori sia uno dei pilastri del trattato di Maastricht.

D'altra parte, se vi è un mercato unico, vi deve essere anche una regolamentazione sostanzialmente omogenea negli Stati dell'Unione delle norme a protezione dei consumatori, senza la quale diverrebbe troppo complesso ed oneroso per le imprese, districarsi tra le varie discipline nazionali, e ci sarebbe un problema di eguaglianza tra i cittadini dell'Unione.

ISSN 2240 - 726X

Le varie Direttive, emanate dal 1985 al 2000, si sono progressivamente occupate di pressoché tutti gli aspetti del contratto del consumatore e si sono stratificate, formando un vero e proprio corpus normativo: mentre infatti alcune si sono occupate del contratto del consumatore in generale; altre hanno disciplinato singoli specifici contratti dei consumatori che presentassero caratteristiche peculiari. Il nostro ordinamento ha recepito le varie Direttive, via via che venivano emanate, con leggi speciali, ed il moltiplicarsi dei testi di legge ha determinato crescenti difficoltà di coordinamento e pronto reperimento della disciplina normativa da applicare. Per riorganizzare la materia, dunque, il Legislatore, nel 2005, ha emanato il c.d. Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206).

2. L'evoluzione storica del diritto del consumatore.

La nascita del consumo moderno e, di conseguenza, del nostro consumatore, è figlia della Rivoluzione industriale[i], fenomeno che ha segnato irrevocabilmente un allargamento globale della diffusione dei prodotti, implicando che spetta ora al produttore (e al distributore) escogitare le giuste metodiche per far preferire i propri prodotti a quelli dei concorrenti. La produzione di massa ha infatti generalizzato i prodotti stessi rendendoli largamente sostituibili destinati, come sono, all'assolvimento di bisogni non particolarmente strutturati.

Sul versante economico, almeno leggendo le analisi degli economisti classici, si attribuisce al consumo una funzione utilitaristica, cioè come mezzo al fine del soddisfacimento di un bisogno. Per detto soddisfacimento, il consumatore – inteso quale singolo individuo – agisce sulla base di un calcolo razionale, che tiene conto del reddito disponibile (o atteso) e delle variazioni dei prezzi. In secondo piano, sono poste, le connotazioni «irrazionali», quali il «gusto», lo *status symbol,* le aspirazioni, ossia, in altre parole, quello che viene «attribuito» al prodotto che non è semplicisticamente ricondotto ad un mero rapporto tra domanda e offerta o tra reddito/propensione all'acquisto e prezzo. Si diceva che il consumatore è analizzato come «*singolo*» con ciò eliminando alcune «*interferenze*» significative: si perdono, infatti, le relazioni tra le decisioni di acquisto del singolo e quelli del «*gruppo di riferimento*», ovvero del gruppo al quale questi vorrebbe fare riferimento.

Alla riflessione economica si è presto aggiunta quella sociologica (e antropologica) in cui il consumatore è posto in relazione all'«*ambiente*» e di cui si approfondiscono le dinamiche comportamentali. Coeva a questa nuova attenzione la nascita della disciplina del marketing[ii], che, proprio nella crescente attenzione al consumatore, ha sviluppato alcuni degli

indirizzi di questi ultimi anni: si pensi alla produzione *just in time, al CRM, al commercio elettronico*, etc[iii].

Secondo una classificazione ricorrente, sono note tre scuole di pensiero sullo studio del comportamento del consumatore[iv].

La prima scuola è quella che segue l'approccio della psicologia cognitiva.

Oggetto di indagine sono le modalità secondo le quali vengono acquisite le informazioni dall'ambiente circostante e come vengono utilizzate anche in relazione ad ulteriori stimoli ad esse connesse. Con riferimento al consumatore, l'analisi si riferisce all'attività decisionale che è preceduta da una identificazione dei fini perseguiti e dall'acquisizione delle informazioni necessarie. In questa disamina vengono individuati due versanti: il primo è quello degli elementi «razionali» della psicologia individuale (regole decisionali, apprendimento, etc.); il secondo, quello della dimensione «*affettiva*» (le emozioni, le espressioni, la simbologia, etc.).

La seconda corrente di pensiero (detta dei behaviouristi) attribuisce la causa dei comportamenti individuali alle «*interferenze*» ambientali, escludendo il valore incidentale delle cognizioni dell'attore. Il comportamento, per i fautori di questa scuola, è determinato da fattori esterni.

Infine, il terzo orientamento, punta l'attenzione sul dato di esperienza nell'acquisto, piuttosto che nell'acquisto in sé. In sostanza, invece di capire cosa, perché e come il consumatore acquista, si concentra il *focus sul «rapporto»* che si crea con il prodotto una volta che questo entra a far parte del suo quotidiano. In altre parole, di come il consumatore «*vive*» il prodotto che acquista (si pensi, per es., alle connotazioni simboliche).

In questa dimensione, si distingue poi a seconda che l'analisi attenga alle esperienze del singolo consumatore, ovvero alle interazioni di questi con il sociale. Quest'ultima appare, allo stato, la prospettiva più significativa, allorquando – anche secondo l'esperienza quotidiana – l'atto di acquisto non è scisso dalle correlazioni tra l'individualità (e l'individualismo) e la relazione (e l'integrazione) sociale. Si consuma, insomma, non solo per sé ma anche per ciò che questo rappresenta rispetto agli altri[v].

Il consumatore postmoderno, invece, non si caratterizza solo per il maggiore spazio riservato alla parte irrazionale del consumo ma anche per il valore che l'acquistare significa rispetto all'affermazione della propria identità ed all'«emozione» connessa allo *shopping*[vi].

Il modello di questo nuovo «*attore*» è, al contempo, esigente, selettivo, mutevole e poco incline alla fedeltà alla marca. A prima vista parrebbe un soggetto «*inaffidabile»,* troppo legato come appare alla soddisfazione del momento; si tratterebbe però di una lettura errata. La ricerca di emozioni nell'acquisto non va confusa con la «leggerezza»: su questo versante, anzi, il consumatore è più informato e consapevole degli effetti delle sue scelte. Non è un caso che emergono quelle tipologie di commercio (per es. quello «equo e solidale»), il cui valore sociale è maggiore dell'attenzione al livello dei prezzi[vii]

3. La normativa in materia di consumatori.

E' facile notare come nella nostra Carta Costituzionale non vi è alcuna menzione dei consumatori. La ragione di ciò è facile: tale esclusione è stata il frutto della *sintesi* tra le istanze sociali e le «pressioni» della borghesia industriale. Del resto, anche il codice civile, risentiva di questa impostazione: il mercato, fino all'emanazione della legge italiana antitrust (legge n. 287/1990), non era autonomo oggetto di tutela.

In effetti, anche l'intera disciplina dei contratti è organizzata sulla base di una nozione unitaria del soggetto di diritto, fatti salvi i meccanismi per garantire, almeno a livello formale, un principio di «*parità*» (v., l'art. 1341 e 1342 cod. civ., nonché l'art. 2597). I consumatori, così come gli utenti nei confronti della pubblica amministrazione, erano soggetti ad una tutela «*di secondo livello*», quale conseguenza della soluzione delle frizioni nelle relazioni tra le imprese (per la p.a. del rispetto dei canoni di «buon andamento», di cui all'art. 97 cost. e, poi, di «trasparenza» frutto della legge n. 241/1990).

Il fenomeno del *consumerism*, di evidente derivazione d'oltreoceano quale portato della più veloce individuazione dei problemi dell'assetto economico di un mercato maturo, comincia a diventare un problema particolarmente avvertito sul finire degli anni '60 anche in alcuni paesi europei (per es. Francia, Olanda, Belgio).

Nei primi anni '70, infatti, il Parlamento europeo apre un dibattito sull'esigenza di una politica di efficace protezione dei consumatori anche se il «riconoscimento» da parte degli organi comunitari della necessità di «*una politica integrale nei confronti dei consumatori*» (Doc. CES 93/79, 4) è stato segnato dal passaggio attraverso varie fasi.

Originariamente era controverso se il Trattato di Roma comprendesse tra le sue finalità principali anche quella della protezione e dell'elevazione del consumatore oppure se tale interesse fosse considerato solo in via

indiretta. Avendo il Trattato di Roma uno scopo prevalentemente economico (almeno nelle prime intenzioni) si è ritenuto che il «*motore principale*» fosse costituito dal mantenimento e dalla previsione di un sistema efficiente di concorrenza dal quale dovessero *naturalmente* discendere benefici anche per il pubblico dei consumatori e, più in generale, dei cittadini indipendentemente dalla loro appartenenza a categorie economiche o sociali.

Menzione espressa della categoria del consumatori, infatti, è contenuta nell'art. 39.

Importanti indicazioni sono poi contenute negli artt. 85 e 86, dedicati alla concorrenza, la quale non può svolgersi limitando «*la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori*» (art. 86, par. 2, lett. b) e le cui uniche deroghe possono essere concesse solamente a condizione che si riservi «*agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne derivi*» (art. 85, par. 3) (ora art. 81 e 82).

È nell'interpretazione di queste due disposizioni che si è innestata la questione, alla quale abbiamo fatto cenno, riguardante il regime di protezione dal Trattato riservata ai consumatori. Da una parte si è collocata l'opinione di chi ritiene scopo essenziale della struttura concorrenziale cui mirerebbe il Trattato, la funzione di preservare il mercato e cioè principalmente le imprese. Altri, al contrario, hanno ritenuto che la tutela della concorrenza fosse in ultima analisi finalizzata alla protezione dei consumatori e non solo delle imprese operanti sul mercato[viii]. Non mancano poi opinioni che hanno ricercato un concetto più complesso di concorrenza fondata su una «*certa dimensione*» delle energie imprenditoriali capaci non solo di una migliore e più razionale allocazione delle risorse ma anche di una migliore partecipazione della collettività ai risultati del processo produttivo.

Al di là delle finalità economiche, espresse dalla dottrina, che si vogliono ricavare da queste disposizioni e dall'orientamento, non sempre cristallino ed esente da incertezze, assunto dalle istituzioni comunitarie (in specie le sentenze della Corte di giustizia), non vi è dubbio che l'obiettivo complessivo del Trattato è chiaramente orientato verso un'integrazione non soltanto economica (cui la concorrenza deve ritenersi soltanto un mezzo) ma anche politica e sociale, al fine di conseguire, secondo quanto indica l'art. 2, *«uno sviluppo armonioso delle attività economiche (...) un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita*.

Nonostante le scarne e non sufficientemente puntuali disposizioni contenute nel Trattato, a partire dagli anni '70, come si diceva, la politica di protezione dei consumatori ad opera delle istituzioni comunitarie ha conosciuto un notevole sviluppo fino a diventare un costante punto di riferimento per l'azione comunitaria.

A tale scopo si assiste con una certa frequenza alla previsione di regole che contemperino sia le esigenze della costante crescita del benessere economico sia, correlativamente, quelle destinate a migliorare le condizioni di vita e la sicurezza della collettività.

Il primo passo in questa direzione, oltre alla costituzione nel 1973 del Comitato consultivo dei consumatori, è stata, due anni più tardi, l'iniziativa del Consiglio di indicare *un «Programma preliminare della CEE per una politica di protezione e di informazione del consumatore»*[ix]*; in esso il consumatore viene considerato, a prescindere dall'essere «controparte (anche indiretta) dell'impresa*», quale fruitore dei benefici derivanti dalla concorrenza e dal mercato, in un'ottica più ampia che non lo vede più solo nella sua veste usuale di *«compratore e utilizzatore di beni e di servizi per il proprio uso personale, familiare o collettivo»,* ma anche «*come individuo interessato ai vari aspetti della vita sociale che possono direttamente o indirettamente danneggiarlo come consumatore*». In tale sede sono state poi individuate cinque categorie di diritti fondamentali del consumatore in quanto tale:

a) il diritto alla protezione della salute e della sicurezza;

b) alla tutela degli interessi economici;

c) al risarcimento dei danni;

d) all'informazione e all'educazione;

e) alla rappresentanza.

Seppur tenendo conto dei rilievi sopra esposti, la politica di protezione del consumatore è comunque considerata fra i punti basilari per conseguire l'obiettivo della totale integrazione comunitaria, tanto da avere la sua "*consacrazione"* con il Trattato di Maastricht sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (entrato in vigore il 1 novembre 1993) e l'introduzione di un apposito Titolo dedicato alla protezione dei consumatori (art. 129 A).

Questa disposizione prevede che la Comunità realizzi :

a) misure di protezione nell'ambito della realizzazione del mercato interno;

b) azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica dei vari Stati membri rivolte alla tutela della salute, della sicurezza e degli interessi economici dei consumatori, garantendo loro una informazione adeguata.

In questo senso la politica dei consumatori è stata "*costituzionalizzata"* a livello europeo, divenendo uno degli obiettivi generali della Comunità, come risulta dalla modifica dell'art. 3 del Trattato (v., la lett. s).

Infine, il Trattato di Amsterdam del 1997, non fa che generalizzare una situazione di attenzione ai diritti dell'uomo, alle posizioni di debolezza e alla qualità della vita, connotati che si riflettono necessariamente sul consumatore quale *alter ego* dell'uomo in un momento – l'acquisto – connaturato alla sua normale vita di relazione.

In quest'ordine di idee, il «*consumatore*» entra nel nostro codice civile con la legge n. 52/1996 con la quale, nel dare attuazione alla direttiva sulle clausole vessatorie nei contratti (n. 93/13/CEE), è stato inserito, dopo l'art. 1469, un capo XIV-bis, recante una disciplina dei «*contratti del consumatore*»[x]; due anni dopo, la legge n. 281/1998, ha definitivamente consacrato questa cittadinanza, estesa anche alle loro associazioni.

Accanto al riconoscimento cresce, parallelamente, l'interesse ad individuare gli strumenti di tutela.

Anzitutto, la sicurezza e la responsabilità del produttore, affinché i prodotti immessi sul mercato non siano difettosi, «*pericolosi*» o non sicuri. In questo contesto, il «*consumatore*» – ma non solo lui, posto che vengono prese in considerazione anche le altre «*persone*» che vengono in contatto con i prodotti – viene tutelato rispetto ai possibili rischi del ciclo di produzione di massa che tende a «*scaricare a valle*» – mediante distributori che acquistano per rivendere – il rischio sul prodotto ed a «*distanziarsi*» *dalle vicende del consumo*. Questa distanza viene invece oltremodo ridotta con l'obbligo di garantire la *conformità* del bene di consumo al contratto di cui è l'oggetto. Il «*difetto di conformità*» e le sue connotazioni di rappresentazione soggettiva dell'acquirente rispetto alle «*enunciazioni*» del venditore, supera la tradizionale distinzione – oggettiva – tra vizi occulti, difetti di qualità ed *aliud pro alio*.

A seguire, l'esigenza di attribuire un adeguato livello informativo sull'operazione economica da compiere. Si tratta delle note implicazioni

della fisiologica asimmetria informativa che separa il produttore e/o venditore dal consumatore. In quest'ottica, la disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa e tutti gli obblighi di *disclosure* previsti nella vendita fuori dei locali commerciali e a distanza. Il «consumatore» si «*disarticola*» in «acquirente», «*utente*», «*risparmiatore*», a seconda della vicenda: si pensi ai viaggi tutto compreso, alla mutiproprietà, ai contratti assicurativi, ai servizi di investimento, etc.

Ristabilire una posizione di «*parità*» sostanziale e non solo, come si è detto più sopra, formale, tra le controparti del rapporto in cui vi sia un consumatore contrapposto da un «professionista» è un altro dei passaggi tutelari «notevoli». La vessatorietà delle clausole ne è un esempio nei diversi livelli cui è articolata: divieto assoluto di alcune clausole e «obbligo» di negoziazione. La trasparenza e l'equilibrio giuridico del contratto (o, meglio, delle controprestazioni) ne sono i capisaldi[xi].

La tutela viene poi resa effettiva con meccanismi «di *ripensamento»,* sotto forma del diritto di recesso, quando il consumatore – si presume – non abbia potuto maturare una decisione di acquisto consapevole (vendita fuori dei locali commerciali), ovvero qualora, come nella vendita a distanza, non possa, a cagione del mezzo, materialmente «toccare» il bene. Si può recedere anche dagli acquisti di immobili in multiproprietà, soprattutto in carenza di informazioni sul bene.[xii]

Sempre per restare in tema di tutela, un significativo spostamento della sua effettività passa attraverso la possibilità di azioni collettive da parte delle associazioni dei consumatori o, comunque, dell'estensione a queste associazioni (ma anche, per es., alle Camere di commercio) di poteri di «denuncia» e di attivazione di procedure di soluzione delle controversie, *a latere* degli ordinari strumenti giurisdizionali, troppo farraginosi e costosi rispetto all'entità del contendere (ovviamente, intesa con riferimento al singolo consumatore).

Quanto detto è il frutto della sovrapposizione di discipline nel corso del tempo di cui si possono trarre solo in retrospettiva le linee di tendenza. Molto spesso, infatti, la tecnica legislativa appare approssimativa sia a livello sovranazionale che nazionale. Si pensi che, paradossalmente, la stessa definizione di «consumatore» non è un elemento «stabile». In un torno di tempo relativamente breve abbiamo varie «versioni», come l'art. 1469-bis cod. civ.; l'art. 2, del D.Lgs. n. 50/1992 sulla vendita fuori dei locali commerciali; l'art. 5, del D.Lgs. n. 111/1995 sui viaggi "tutto compreso"; l'art. 2, della legge n. 281/1998 sulla disciplina dei consumatori; l'art. 1, del D.Lgs. n. 185/1999 sulla vendita a distanza;

l'art. 1, del D.Lgs. n. 84/2000, in materia di indicazione dei prezzi ai consumatori; l'art. 2, del D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico. Ancora: l'art. 1, del D.Lgs. n. 427/1998, sulla multiproprietà, in cui il "consumatore" è sovrapposto all'"acquirente", nonché l'art. 4, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 114/1998 sulla riforma della disciplina del commercio, laddove, senza definirlo, si parla di "consumatore finale".

Ovvio l'interrogativo se sia possibile individuare un nucleo unitario di diritti (*ex* legge n. 281/1998) e di tutele ascritti alla definizione di "*consumatore",* donde il "*consumatore*" è uno ed uno soltanto, ovvero debba invece ragionarsi del consumatore come "*qualificazione"* soggettiva di una delle parti, espressamente circoscritta dal legislatore in occasione della disciplina concernente l'ambito in cui questi si trova incluso.

4. *Il codice del consumo. Il D.lgs n. 206/2005*.

Nell'ambito di un generale disegno di semplificazione e di riassetto normativo, con l'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, il Governo è stato demandato all'emanazione di un decreto legislativo contenente una *«sistemazione»* delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori.

La delega contenuta nell'art. 7 della legge n. 229/2003 dettava quattro principi per il suo esercizio:

a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie ed agli accordi internazionali e articolazione della stessa allo scopo di armonizzarla e coordinarla, nonché di renderla strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale;

b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto;

c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste dall'art. 15 del D.Lgs. n. 185/1999, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite;

d) coordinamento, delle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni per i consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della Commissione delle Comunità europee.

Sulla base del primo criterio, il Governo ha ritenuto di poter operare non solo ad una mera «*compilazione*» di testi previgenti (ovviamente, con le opportune coordinazioni) ma anche con maggiore libertà innovativa.

Il secondo criterio ha inteso fare in modo che sia eliminata la differenza nei termini del diritto di recesso tra il D.Lgs. n. 50/1992 (sette giorni) e il D.Lgs. n. 185/1999 (dieci giorni), soprattutto perché nella coordinazione tra i due decreti ha finito per prevalere, per esempio nella contrattazione su Internet – com'era doveroso – l'indicazione di maggior favore del consumatore, contenuta nel secondo decreto menzionato.

Il terzo criterio, più che indicare il termine delle disposizioni transitorie di cui al citato art. 15, comma 2, del D.Lgs. n. 185/1999, effetto del tutto «automatico» dal nuovo Codice, ha avuto l'effetto di indicare – quale fronte di lavoro – la tutela rispetto al fenomeno delle televendite.

Infine, il quarto criterio, opera nella direzione di rendere uniforme l'impiego di soluzioni extragiudiziali delle controversie, come già sviluppate dalle associazioni dei consumatori. Al riguardo, vale la pena di ricordare il ruolo che da tempo svolgono le Camere di commercio, sulla conciliazione e l'arbitrato, ai sensi dell'art. 2, comma 2, della legge n. 580/1993.

Il Ministero delle attività produttive, nel novembre 2003, ha predisposto una bozza del decreto, più volte rimaneggiata che è stata approvata, in via preliminare, dal Consiglio dei ministri, nel mese di ottobre 2004.

La bozza di detto decreto ha ricevuto il parere sostanzialmente favorevole della Conferenza unificata, di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 281/1997, nella riunione del 16 dicembre 2004. Pareri in parte piuttosto critici sono stati invece espressi dal Consiglio di Stato[xiii] e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato[xiv].

In particolare, il Consiglio di Stato ha soffermato l'attenzione sull'assenza nel «*Codice*» delle disposizioni in materia di clausole abusive e di quelle in tema di garanzie nella vendita di beni mobili. Tale assenza è stata considerata incongrua con la motivazione a suo tempo addotta dal Governo per l'inserimento di dette disposizioni (frutto del recepimento, rispettivamente, delle direttive 93/13/CEE e 99/44/CE) nel tessuto del codice civile. Allora, infatti, si sostenne che la scelta di operare sul codice civile era necessaria data l'assenza di una appropriata *sedes materiae*. L'omissione è parsa – dunque – immotivata soprattutto perché «*ad avviso della sezione – priva il codice in esame di alcune disposizioni fondamentali in tema di tutela del consumatore, incidendo sull'organicità della disciplina*

e impedendo un'accurata opera di raccordo tra dette norme e quelle collocate al di fuori del codice civile (si pensi all'indispensabile coordinamento tra le norme in materia di azioni delle associazioni dei consumatori, che permangono nell'art. 1469 sexies c.c. e quelle trasferite nel codice del consumatore».

A seguito di queste osservazioni, la bozza è stata corretta e modificata per inserirvi la disciplina delle clausole abusive e le garanzie nella vendita dei beni di consumo. Ne è seguita l'approvazione definitiva nella riunione del Consiglio dei Ministri del 14 luglio 2005 e la pubblicazione come D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante *«Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori - Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229»*.

Tale Codice, dopo una parte I, dedicata alle "*Disposizione generali"* nelle quali sono presentate le nozioni base della legge n. 281/1998 si dipana in ulteriori cinque parti a loro volta suddivise per comprendere 146 articoli.

La parte II (dedicata alla "*Educazione, informazione e pubblicità*"), contiene i seguenti previgenti testi normativi: la legge n. 126/91 (sull'informazione del consumatore, ed il regolamento attuativo di cui al D.M. n. 101/97; il D.Lgs. n. 84/2000 (sull'indicazione dei prezzo dei prodotti); il D.Lgs. n. 74/1992 (sulla pubblicità ingannevole e comparativa); la L. 39/2002 (sulle televendite).

La Parte III, titolata "*Il rapporto di consumo*", comprende, anzitutto, la disciplina «*Dei contratti del consumatore in generale»*, ossia gli ex artt. da 1469-bis a 1469-sexies cod. civ., sulle clausole abusive. A seguire, dopo una disposizione «*di principio»* sulle regole di svolgimento delle attività commerciali, sono riunite: la disciplina del credito al consumo (D.Lgs. 63/2000), dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (D.Lgs. n. 50/1992), dei contratti a distanza (D.Lgs. n. 185/1999). Le indicazioni sul diritto di recesso, le sanzioni ed il foro competente sono state uniformate.

La Parte III, comprende inoltre – dopo un rinvio al D.Lgs. n. 70/2003 al commercio elettronico– un Titolo (IV) contenente «*Disposizioni relative ai singoli contratti*»: la multiproprietà (D.Lgs. 427/1998), i "pacchetti turistici" (D.Lgs. 111/1995). La Parte III si chiude con un articolo di rinvio alla tutela dei consumatori nell'erogazione di servizi pubblici.

La Parte IV riguarda la materia "*Sicurezza e qualità*" e comprende le regole sulla sicurezza dei prodotti (D.Lgs. n. 172/2004 che ha sostituito il D.Lgs. n. 115/1995), sulla responsabilità del produttore (D.P.R. n. 224/1988).[xv] In detta Parte è stato inserito un Titolo (III) sulla «Garanzia

legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo» (ex artt. 1519 bis ss. cod. civ.).

La Parte V concerne le associazioni dei consumatori e l'accesso alla giustizia.

Quanto alle prime viene ribadito il meccanismo dell'elenco nazionale delle associazioni e della loro rappresentatività in seno al CNCU (Consiglio Nazionale Consumatori ed Utenti presso il Ministero delle Attività produttive). Quanto all'accesso alla giustizia, le associazioni dei consumatori presenti nell'elenco nazionale possono agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, non solo nelle discipline di cui al Codice del consumo ma anche con riferimento alle disposizioni legislative in materia:

a) di esercizio di attività televisive (legge n. 223/1990 e legge n. 122/1998);

b) di pubblicità di medicinali per uso umano (D.Lgs. n. 541/1992 e legge n. 362/1999).

Sulla composizione stragiudiziale delle controversie, il Codice, all'art. 141, prevede che il consumatore ed il professionista possano avviare «procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica». Fermo restando che il consumatore non può essere privato del diritto di adire il giudice (anche dopo aver svolto una procedura extragiudiziale), l'inserimento nei contratti di clausole che rinviano ad organi di composizione stragiudiziale non sono considerate vessatorie. Tali organi – ad esclusione di quelli attivati dalle Camere di commercio che si considerano «per definizione» idonei – sono quelli contenuti in un elenco tenuto dal Ministero delle attività produttive.

Il Codice si chiude con le «*Disposizioni finali*» (Parte VI), in cui, oltre alla irrinunciabilità dei diritti, ed alle competenze delle Regioni e delle Province autonome, sono indicate le disposizioni abrogate.

L'art. 144 generalizza (in parte, come vedremo) le previsioni in precedenza contenute nell'art. 11 del D.Lgs. n. 185/1999, stabilendo che i diritti garantiti al consumatore sono irrinunciabili ed è nulla ogni pattuizione in contrasto con quanto previsto dal Codice del consumo. Ribadire la previsione è opportuno per evitare che – mediante negoziazione tra le parti, per es. facendo leva sul prezzo o su altre condizioni contrattuali – la tutela possa essere compromessa.

L'articolo 144, al comma 2, prevede che qualora le parti abbiano convenuto di regolamentare il contratto sulla base di una legge diversa da quella italiana, *«al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni minime di tutela previste dal presente Codice».*

Su questa seconda previsione è opportuno constatare che non si è voluto riprendere esattamente la frase dell'art. 11, comma 2, del citato D.Lgs. n. 185/1999 che recitava: «*al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni di tutela previste dal presente decreto legislativo*». Come può constatare non si fa riferimento ad alcuna «condizione minima di tutela», differenza che porrà qualche legittimo interrogativo, su quali siano le condizioni «minime» che devono essere garantite al consumatore nel caso di rinvio ad una disciplina legislativa di altro Stato (in specie extracomunitari).

5. *L'ambito soggettivo di applicazione del codice del consumo. Il consumatore e il professionista.*

L'art. 3 del Codice del consumo definisce "*consumatore"* : *la persona fisica che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta".*

Un'importanza fondamentale nella definizione poc'anzi fornita è attribuita al fine per il quale il soggetto compie l'atto (ad esempio l'atto di compravendita con il quale si procura un bene). La giurisprudenza italiana, infatti, ha valorizzato al massimo la legge, stabilendo che ai fini dell'assunzione della veste di consumatore, ciò che rileva è l'estraneità o meno allo scopo avuto di mira rispetto all'attività imprenditoriale o professionale dell' agente al momento in cui questi ha concluso il contratto; deve, pertanto, escludersi che possa qualificarsi come consumatore, la persona che in forza di un'attività produttiva acquisti gli strumenti imprescindibili per l'esercizio della stessa.

Dubbi di compatibilità costituzionale sono stati sollevati nei confronti della nozione di consumatore con riferimento all'esclusione del piccolo imprenditore all'interno di tale categoria. La Corte Costituzionale, tuttavia, ha ritenuto legittima tale esclusione sul presupposto che nonostante il piccolo imprenditore possa avere caratteri comuni al consumatore, la disciplina italiana così come quella comunitaria, si riferisce solo al consumatore in quanto tale.

La seconda parte soggettivamente qualificata prevista dal codice del consumo, è il professionista. Questo è un soggetto che vende beni o

servizi sul mercato nell'esercizio di una attività professionale di cui non rilevano le dimensioni: caso classico l'imprenditore.[xvi]

La giurisprudenza, tuttavia, ha interpretato in vario modo la nozione di consumatore passando dapprima ad una concezione restrittiva, per poi arrivare ad un'interpretazione che tendeva sempre di più ad un allargamento della disciplina. Infatti la Corte di Giustizia Europea, ha sostenuto che: *La nozione di consumatore deve essere interpretata restrittivamente, avendo riguardo al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo. Soltanto i contratti conclusi al fine di soddisfare esigenze di consumo privato di un individuo rientrano nelle disposizioni di tutela del consumatore in quanto parte considerata economicamente più debole.*
È quindi conforme sia alla lettera, sia allo spirito nonché alla finalità delle disposizioni considerate la conclusione che il particolare regime di tutela da esse istituito riguarda unicamente i contratti conclusi al di fuori ed indipendentemente da qualsiasi attività o finalità professionale, attuale o futura.[xvii]

La Corte di Cassazione, seguendo l'impostazione comunitaria, sostiene anch'essa un'interpretazione restrittiva della nozione di consumatore adottando il parametro oggettivo dello scopo dell'atto, secondo quanto precedentemente chiarito. Per escludere la qualifica di consumatore, la Suprema Corte ritiene sufficiente la mera sussistenza di un collegamento funzionale tra il contratto e la professione eventualmente svolta dalla controparte del professionista. Tale orientamento trova fondamento nell'interpretazione letterale del dettato normativo con riferimento all'espressione "scopi estranei", da intendersi come finalità non connessa, neanche in senso strumentale, ad un'attività professionale.

Deve essere considerato consumatore la persona fisica che, anche se svolge attività professionale o imprenditoriale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di tale attività, mentre deve essere considerato professionista tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale. […] Perché ricorra la figura del professionista non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale.[xviii]

Questo orientamento viene ribadito anche in più recenti pronunce: *La giurisprudenza consolidata di questa Corte è attestata su una identificazione della qualità di consumatore come soggetto che negozia con il professionista al di fuori di una qualsiasi attività di impresa. Irrilevante a tal fine accertare se l'acquisizione del bene o del servizio avvenga o meno per l'utilizzazione diretta da parte dell'acquirente una volta che risulti accertato, o pacifico che l'acquisizione è finalizzata allo svolgimento di un'attività d'impresa.*[xix]

Secondo l'orientamento giurisprudenziale italiano prevalente, pertanto, deve essere considerato*:" consumatore e beneficia della disciplina di cui all'articolo 1469 bis c.c. e segg. (attualmente Decreto Legislativo n. 2006 del 2005, articoli 3 e 33 e segg.) la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; mentre deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che invece utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale e professionale, ricomprendendosi in tale nozione anche gli atti posti in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'impresa.*[xx]

6. I contratti del consumatore.

L'analisi dei singoli contratti previsti dal codice del consumo deve essere preceduta dalla riflessione su un problema di ordine generale ossia il coordinamento tra i contratti previsti dal codice civile e quelli disciplinati dal Codice del Consumo. La dottrina ha tuttavia ormai chiarito che la corretta risposta a questo interrogativo è che il contratto del consumatore deve considerarsi solo una peculiare tipologia di negozio a cui si applica, pertanto, oltre alla disciplina generale del contratto, quella speciale prevista dal Codice dl consumo per i contratti conclusi dai consumatori.

Non deve trascurarsi di osservare, tuttavia, che il coordinamento non è sempre facile, perchè la logica sottesa alle disposizioni del Codice Civile e quella che sta dietro al Codice del consumo sono antitetiche: per il Codice Civile, infatti, il contratto è un accordo tra soggetti che sono pari tra loro; le Direttive europee ed il Codice del consumo che le ha recepite partono invece da una concezione di disequilibrio nel rapporto contrattuale tra professionista (l'imprenditore) e consumatore (il cliente), in cui la posizione debole di quest'ultimo giustifica la protezione che la legge gli accorda. Questo può creare delle discrasie e dei conflitti tra i rimedi del Codice del consumo e quelli del Codice Civile, che sono oggetto di

riflessione in dottrina e costituiscono materia di lavoro per la giurisprudenza.

Chiarito ciò, le tecniche commerciali si sono affinate divenendo più aggressive: oggi vengono stipulati contratti invadendo con la proposta commerciale la sfera privata del consumatore, o sorprendendolo mentre è per strada o è occupato in altre faccende.

Per offrire una tutela compiuta al consumatore da contratti indesiderati, dovuti all'espressione di un consenso non sufficientemente ponderato, il nostro ordinamento si era dotato di due provvedimenti normativi:
- il Dlgs. 15.1.1992 n. 50 che ha disciplinato i c.d. contratti conclusi fuori dai locali commerciali;
- il Dlgs. 22.5.1999 n. 185 sui contratti a distanza.

I principi contenuti in questi due testi sono poi confluiti (con alcune non trascurabili modifiche) nel Codice del consumo.

Rientrano nella categoria dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali quelli stipulati:

- durante la visita al domicilio del consumatore (o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura);

- durante una escursione organizzata al di fuori dei propri locali commerciali;

- in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine, a prescindere dalla denominazione di quest'ultima;

- per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista.

Rientrano invece nella categoria dei contratti a distanza quelli che hanno ad oggetto beni o servizi e che sono stati stipulati nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso (ad esempio quelli conclusi con gli operatori telefonici di call center oppure i contratti conclusi via internet).

Affinché operino le garanzie previste dal Codice del Consumo, tuttavia, è sempre necessario che si tratti di contratti conclusi tra un professionista e un consumatore.

Sia in ambito di contratti a distanza che di contratti conclusi fuori dai locali commerciali, il principale strumento di tutela offerto al consumatore è rappresentato dal diritto di recesso o ius poenitendi (artt. 64 e ss. del Codice del consumo), che consiste nella facoltà, accordata esclusivamente al consumatore, di sottrarsi unilateralmente e senza dover fornire alcuna spiegazione, agli impegni contrattuali, mediante una dichiarazione scritta da inviare al professionista a mezzo lettera raccomandata nel termine di dieci giorni lavorativi. La comunicazione può essere inviata, entro lo stesso termine, anche mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successive. Il termine di dieci giorni lavorativi ha poi una decorrenza diversa a seconda del tipo di contratto sottoscritto. La legge impone al professionista un onere di informazione al consumatore su quelli che sono i suoi diritti, che è evidentemente strumentale al libero esercizio del recesso da parte di quest'ultimo.

Il professionista, infatti, prima della conclusione del contratto, deve informare il consumatore delle caratteristiche del contratto (contenuto economico, caratteristiche del bene o servizio, etc.), ma soprattutto, quando il contratto si sia concluso fuori dai locali commerciali, ovvero quando il contratto si sia concluso attraverso una tecnica di comunicazione a distanza (telefono, fax, internet, etc), deve avvisare il consumatore del diritto di recedere entro 10 giorni dalla conclusione de contratto.

Nel caso in cui il professionista non abbia soddisfatto questo gli obbligo informativo (artt. 47 e 52 del Codice del consumo), il termine di dieci giorni diviene:

- di sessanta giorni per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali;

- di novanta giorni per i contratti a distanza.

I predetti termini decorrono:

- per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore;

- per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto .

Inoltre, sempre nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali o a distanza, il professionista deve dare copia al consumatore del contratto, che, dunque, deve essere scritto. Tale obbligo non è però specificamente sanzionato.

Una disciplina speciale, collocata fuori dal Codice del consumo, è dedicata ai contratti del commercio elettronico (Dlgs 70/2003, attuativo della Dir. 2000/31/CE), particolarmente insidiosi per le particolari modalità con cui viene espresso il consenso.

Anche per i contratti del commercio elettronico, essendo contratti a distanza, è previsto il recesso di pentimento il cui termine decorre dalla conclusione del contratto, ma vi sono ulteriori diritti legati al particolare ambiente telematico. L'articolo 13 del Dlgs 70/2003, infatti, prevede che al consumatore debba essere recapitata per via telematica una copia dell'ordine che lui ha inviato, e che il contratto si conclude solo nel momento in cui tale ricezione sia avvenuta. Ciò al fine di rendere edotto il consumatore del significato giuridico di ciò che ha fatto e permettergli eventualmente il recesso (nella conferma dell'ordine ci deve essere infatti l'informativa sul recesso e il riepilogo delle condizioni del contratto).

Infine nel Codice del consumo vi è anche una sorta di parte speciale, che si occupa di singoli contratti che presentano proprie peculiarità. Il Capo I del Titolo III del Codice del consumo, infatti, prevede infatti particolari garanzie per il consumatore che acquisti beni di consumo . Più precisamente, la legge stabilisce (art. 129) che il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore un bene conforme al contratto stipulato e la conformità del bene si presume se ricorrono alcuni requisiti specificamente indicati dalla legge stessa, è cioè se i beni:

- sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;

- sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;

- presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura;

- sono idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti (cioè attraverso un comportamento che inequivocabilmente manifesti la volontà di accettare tale esigenza).

Se il consumatore era a conoscenza del difetto oppure non poteva ignorarlo usando l'ordinaria diligenza (oppure se il difetto deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore stesso) non trova applicazione la tutela prevista dal Codice del consumo (art. 129). Qualora per converso sia accertato il difetto di conformità spettano al consumatore una serie di rimedi: potrà chiedere la riparazione o la sostituzione del bene, una riduzione del prezzo oppure la risoluzione del contratto. La responsabilità del venditore (e più in generale del fornitore del bene o del servizio) sussiste se il difetto di conformità si manifesta entro due anni dalla vendita del bene stesso. In ogni caso (come previsto dalla disciplina generale del contratto di vendita) i difetti di conformità devono essere denunciati dal consumatore entro due mesi dalla scoperta, a meno che il venditore non abbia riconosciuto l'esistenza dello stesso oppure lo abbia tenuto nascosto.

Per denuncia si intende la contestazione rivolta al venditore del lamentato difetto: se non è effettua entro il termine stabilito dalla legge si decade dalla garanzia (art. 132) e non è dunque più possibile valersi delle tutele predisposte dalla legge. In ogni caso l'azione per ottenere la garanzia deve essere esperita nel termine di ventisei mesi dalla consegna del bene, pena l'estinzione del diritto per prescrizione (art. 132, comma IV).

Talvolta il venditore (o il fornitore del servizio), offre una ulteriore garanzia di natura convenzionale, più estesa di quella legale , che si denomina "convenzionale" (per distinguerla appunto da quella legale), che "…vincola chi la offre secondo le modalità indicate nella dichiarazione di garanzia medesima o nella relativa pubblicità…" (art. 133).

Questa garanzia dovrà essere data per iscritto o su altro supporto duraturo accessibile al consumatore e dovrà indicare:

- la specificazione che il consumatore è titolare dei diritti previsti dal Codice del consumo e che la garanzia medesima lascia impregiudicati tali diritti;

- in modo chiaro e comprensibile l'oggetto della garanzia e gli elementi essenziali necessari per farla valere, compresi la durata e l'estensione

territoriale della garanzia, nonché il nome o la ditta e il domicilio o la sede di chi la offre.

In ogni caso la garanzia che non risponde a questi requisiti rimane comunque valida e il consumatore può continuare ad avvalersene ed esigerne l'applicazione.

7. La tutela del consumatore.

L'articolo 2 del Codice dl Consumo, elenca, i diritti del consumatore, ed in cui accanto a diritti come la sicurezza, l'adeguata informazione, la pubblicità, importanti ma non rivoluzionari, il comma 2 dell'articolo 2 individua diritti che hanno un fortissimo impatto sui tradizionali principi che hanno da sempre ispirato il diritto privato generale. Più precisamente alla lettera e) si legge che ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come diritti fondamentali la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali: la qual cosa pone il problema di definire più compiutamente a cosa alluda il termine *"equità".*

L'equità che ha in mente il legislatore del Codice del consumo non ha certo a che fare con il prezzo praticato al consumatore: sotto questo aspetto l'autonomia privata non può essere limitata, neppure nel contratto del consumatore. Come la dottrina ha ormai chiarito equità nei rapporti contrattuali non significa che questi contratti debbano riportare prezzi *"giusti*", ma significa piuttosto che il rapporto contrattuale di cui il consumatore è protagonista, non deve essere disequilibrato, non dal punto di vista economico, ma dal punto di vista della regolamentazione, cioè del così detto equilibrio normativo. Si ha disequilibrio normativo nella situazione in cui il consumatore è svantaggiato perché alcune clausole del contratto gli addossano rischi, gli impediscono di esercitare diritti o rimedi, in una parola lo penalizzano dal punto di vista del regolamento contrattuale.

L'attenzione si sposta, quindi, a questo punto, sull'articolo 33 del Codice del consumo, che si occupa delle clausole abusive nei contratti del consumatore. Nella pratica il consumatore non negozia le clausole del contratto ma decide se aderire o meno ad un regolamento contrattuale che è predisposto dal professionista (ed è normale che sia così perché l'impresa ha bisogno di contratti standardizzati). Il Codice del consumo pone allora dei paletti circa le clausole che l'imprenditore può legittimamente inserire nel contratto, conservando un equilibrio normativo tra le parti sanzionando le clausole abusive (ovvero vessatorie): quelle clausole cioè che penalizzano in modo intollerabile il consumatore.

L’art. 33 co 1 precisa al proposito che sono vessatorie le clausole che, contrariamente alla buona fede (cioè ledendo il principio di correttezza contrattuale), determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto . Poiché, però, una definizione così ampia potrebbe dare incertezze nella tutela, il secondo comma dell’art. 33 elenca anche una serie di clausole presuntivamente vessatorie.

La sanzione prevista per le clausole abusive è la nullità (parziale, relativa). La nullità è parziale perché colpisce solo la clausola vessatoria e non tutto il contratto. E’ poi relativa, perché la nullità della clausola può essere fatta valere solo dal consumatore o può essere rilevata d’ufficio dal giudice a suo vantaggio (c.d. nullità di protezione).

Il professionista può vincere la presunzione del secondo comma dell’articolo 33, solo dimostrando che la clausola stessa è stata oggetto di una trattativa contrattuale tra professionista e consumatore, e per evitare abusi, la giurisprudenza ha chiarito che non è sufficiente per la prova che effettivamente vi è stata una trattativa, la dichiarazione in tal senso sottoscritta dal consumatore.

Vi sono tuttavia delle categorie di clausole che la legge considera nulle in ogni caso. In queste ipotesi, pertanto, il professionista non potrà essere mai ammesso alla prova contraria, che cioè non generano uno squilibrio tra i diritti ed i doveri delle parti.

Il Codice del consumo pertanto individua due tipi di clausole vessatorie:

a) quelle che si reputano vessatorie (e quindi nulle) fino a prova contraria;

b) quelle che si reputano sempre e comunque nulle.

Il giudice, comunque, nel valutare se una clausola sia o meno vessatoria nel senso precisato, incontra pur sempre i limiti di cui all’art. 34 del Codice del consumo, che stabilisce che “…la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile…”: ciò implica che se i predetti elementi (l’oggetto del contratto e l’adeguatezza del corrispettivo) non possono essere utilizzati per compiere l’accertamento circa l’idoneità delle singole pattuizioni a generare lo squilibrio contrattuale indicato dall’art. 33, comma I, ma anche che se tali elementi non sono individuati in "*modo chiaro e comprensibile*" la

valutazione della vessatorietà della clausola potrà riguardare anche l'oggetto ed il corrispettivo.

Non possono mai essere considerate vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di princìpi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea. Una serie di eccezioni all'elencazione di cui all'art. 33, comma II, Codice del consumo, sono poi previste nei commi 3-6 del medesimo articolo. Il Codice del consumo prevede altresì che le clausole del contratto debbano essere redatte in modo chiaro e comprensibile (articolo 35): la norma però non prevede una sanzione specifica per la violazione di questo precetto. Si applicherà allora il principio (articolo 35 comma 2) della *interpretatio contra stipulatorem* , per cui, in caso di dubbio, la clausola andrà interpretata nel senso più favorevole al consumatore e contro il professionista, che è colui che predispone il contratto (si veda l'articolo 1367 cc.).

I consumatori possono agire anche collettivamente contro le clausole vessatorie, per chiedere che il giudice disponga la cancellazione delle clausole abusive da tutti i contratti dell'imprenditore/professionista.

Le associazioni dei consumatori (dei professionisti e le camere di commercio) possono infatti convenire in giudizio, anche con procedure d'urgenza, il professionista (o l'associazione di professionisti) che utilizzano condizioni generali di contratto abusive e richiedere al giudice che inibisca l'uso delle clausole abusive o vessatorie .Della sentenza di condanna può essere ordinata la pubblicazione in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale.

LA CONCORRENZA SLEALE

a cura del Dott. Pietro Algieri

La libertà di iniziativa economica implica la normale presenza sul mercato di una pluralità di imprenditori che offrono beni e servizi identici o similari e che sono in competizioni l'uno con l'altro al fine precipuo di conquistare il pubblico dei consumatori e conseguire il maggior successo economico. Nel raggiungimento di questo obiettivo ciascun imprenditore gode di un'ampia libertà di azione e può porre in essere le tecniche e le strategie che ritiene più proficue, nel pieno rispetto delle regole, per attrare la clientela. Ciò, ovviamente comporta un vantaggio per l'impresa, a scapito di altre che operano nello stesso settore, e questo caratterizza la concorrenza. Interesse generale di quest'ultima è che la competizione tra imprenditori si svolga in modo leale e corretto. Il codice del commercio del 1882 non conteneva alcuna indicazione al riguardo, e tale lacuna normativa fu colmata dalla giurisprudenza facendo costante applicazione dell'illecito civile per punire quei comportamenti sleali posti in essere da imprese a scapito di altre. Tali atteggiamenti concorrenziali sleali erano puniti come atti illeciti, dando così luogo alla progressiva formazione di quel complesso di regole che disciplina la concorrenza. In altri termini, la concorrenza, è un fattore fondamentale e di particolare rilevanza nella vita economica di un paese, in quanto, un mercato concorrenziale perfetto o quasi perfetto, lascia maggiore libertà di scelta ai consumatori ed un progressivo miglioramento dell'economia di un paese. Nel nostro ordinamento, tale esigenze sono soddisfatte dal codice civile, il quale disciplina la " *concorrenza sleale"* negli articoli 2598 a 2601. Questo blocco di norme a sua volta, ha recepito la corrispondente normativa dettata dall'art. 10- *bis* della Convenzione di Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale del 1883. La disciplina codicistica, pertanto, delinea i seguenti principi in materia di concorrenza. In *primis,* tra imprenditori è vietato servirsi di mezzi e tecniche che non siano conformi ai principi della correttezza professionale. Questi vengono sanzionati e repressi anche qualora non siano commessi con colpa e dolo.

ISSN 2240 - 726X

(art. 2600, 1 co.), e ciò dimostra come non viene data rilevanza a quegli atti commessi in buona fede che realizzano fattispecie di concorrenza sleale. A dimostrazione di come il legislatore nostrano abbia voluto dare un'ampia tutela alla concorrenza, bisogna sottolineare come tali pratiche vengono punite anche qualora non abbiano arrecato un danno ai propri concorrenti, quasi a voler delineare una tutela preventiva in materia di concorrenza e di tutela del mercato. È sufficiente, infatti, il mero danno potenziale, ossia che l'atto sia idoneo a danneggiare l'altrui azienda, come espressamente specificato dall'art. 2598c. 3 c.c. Ciò è sufficiente a far irrogare la sanzione dell'inibitoria alla continuazione di atti di concorrenza sleale e della rimozione degli effetti prodotti(art. 2599 c.c.), salvo il risarcimento del danno in presenza dell'elemento psicologico(nella duplice variante del dolo e della colpa) e di un danno patrimoniale attuale(art. 2600 c.c.).

Le norme poc'anzi descritte, tutelano un duplice interesse. Il primo è l'interesse degli imprenditori a non vedere alterale le loro probabilità di introiti per effetto di comportamenti sleali tenuti dai propri concorrenti; il secondo interesse tutelato, invece, è che non vengano falsati gli elementi di valutazione e di giudizio del pubblico e che non siano tratti in inganno i destinatari finali della produzione e vendita di beni e servizi: i consumatori. Questi, infatti, non sono estranei al sistema della concorrenze e i loro interessi, pertanto, devono essere presi in considerazione, affinché, una determinata pratica o atto possa essere considerata leale o meno.

La rilevanza assunta dalla concorrenza si evince anche dalle attenzioni mostrate dall'Unione Europea sul fenomeno. Le istituzioni europee, infatti, sono state sempre propense alla creazione di un mercato europeo unico, ove aziende di vari paesi si scontravano sul mercato con mezzi legali e leciti al fine di migliorare non solo l'offerta di beni e servizi, ma anche il benessere sociale di un mercato unico. All'interno del Trattato istitutivo della Comunità europea si ritrovano gli articoli 81, 82 e 87 che disciplinano questa materia.

L'articolo 81 disciplina gli "*accordi fra imprese":* vieta qualsiasi pratica concordata che possa pregiudicare il normale scambio di merci e servizi tra gli Stati. In modo particolare sono vietati i comportamenti che consistono nel: fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione, limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento, applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza, subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. L'articolo 82 vieta "*l'abuso di posizione dominante"* all'interno di un mercato o di un settore di mercato. In particolare, tale pratica consiste: nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque, nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori, nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza, nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. L'articolo 87, infine, disciplina gli "*Aiuti di Stato"*; questi infatti, se erogati alle imprese in violazione delle regole specificatamente previste, rappresentano una forma di concorrenza sleale. Sulla base di questi articoli è stato adottato il Regolamento 1/2003 del Consiglio che disciplina le fattispecie individuate dagli articoli 81 e 82. Il Codice della proprietà industriale- il testo originario come le modificazioni successive, compresa l'ultima e fondamentale, di cui al D.lgs 131\2010- non si occupa della concorrenza sleale. L'art. 2598 c.c. è rimasto formalmente immutato. Nondimeno il Codice ha inciso direttamente ed indirettamente,

sulla disciplina concorrenziale. Direttamente riferito alla concorrenza sleale . è l'art. 134 Cod., che riconduce alla competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale pressoché tutte le fattispecie di concorrenza sleale, con la sola esclusione di quelle – marginalissime e di difficile configurazione "*che non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale*"- (così ampliando la previsione dell'art. 3 D.lgs 168\2003, istitutivo delle sezioni specializzate medesime). Quanto al diritto sostanziale, un riferimento sicuro, pur se ellittico, è contenuto nell'art. 21.1 Cod. che (riprendendo l'art. 1 bis. l. marchi) consente il c.d. "*uso atipico"* del marchio altrui, purchè conforme alla correttezza professionale; la previsione è stata anzi riscritta e generalizzata ad ogni ipotesi di uso atipico (e non più solo con riferimento alla destinazione del prodotto o servizio) dalla novella del 2010. L'intervento del Codice però è stato, soprattutto, indiretto: si è realizzato, in primo luogo, con la stessa fondamentalissima enucleazione della categoria dei diritti di proprietà industriale non titolati, la cui disciplina fino ad allora era ampiamente ricondotta proprio alla concorrenza sleale (e tuttora, si noti, le relative fattispecie costitutive- escluso il marchio di fatto- non trovano la propria fonte nel Codice). Il riferimento è essenzialmente al marchio di fatto, ma anche ai segni geografici (ndicazioni geografiche, denominazioni di origine), di cui agli artt. 29-30 Cod. e alle informazioni segrete, di cui agli artt. 98- 99 Cod,. La dottrina ha segnalato che le nuove norme non si sono integralmente sostituite alla disciplina della concorrenza sleale, che infatti è espressamente tenuta "*ferma"* per i segni geografici dall'art. 30 e per le informazioni riservate dall'art. 99 , norme peraltro entrambe parzialmente novellate nel 2010. La stessa dottrina ha ancora osservato che la "*valorizzazione"* codicistica dei segni distintivi diversi dal marchio registrato ha comportato, sul piano dell'oggetto della tutela, l'invasione "*codicistica"* dell'ambito di competenza dell'art. 2598 c.c. n. 1 "*infatti …le ipotesi confusorie previste da questa norma non possono verificarsi senza la presenza di segni distintivi, e perciò senza l'adozione da parte del*

concorrente di segni uguali o simili, cioè idonei a produrre confusione con i primi. E precisamente in ciò sta anche la tutela dei medesimi segni prevista dal Codice della Proprietà industriale. Se a ciò si aggiunge che al riguardo non è prevista alcuna esplicita *"salvezza"* delle norme sulla concorrenza, ci si potrebbe chiedere se l'art. 2598 n,. 1'abbia ancora un senso, o se non debba essere considerato implicitamente abrogato dal codice stesso. Una parziale tacita abrogazione dell'art. 2598 c.c. ad opera del Codice, quindi, non può affatto escludersi (ma certo, resta vigente l'art. 10 bis), non rilevando, evidentemente che – al solo fine delle abrogazioni espresse – la norma sulla concorrenza non è richiamata dall'art. 246 Cod. (che, infatti, neanche richiama l'art. 3 del D.lgs 168\2003 in tema di competenza delle sezioni specializzate sulla proprietà industriale, invece sicuramente abrogato tacitamente, almeno in parte, dall'art. 134 Cod.).La *"restrizione"* della concorrenza sleale non va però riferita al solo Codice della proprietà industriale. Né può trascurarsi che comportamenti già soggetti alla disciplina della concorrenza sleale sono stati attratti, con poca coerenza sistematica, dalla ancora recente normativa in tema di pratiche commerciali scorrette, D.lgs 2 agosto 2007, n. 145 e 146. In particolare il primo decreto ha novellato la materia della pubblicità ingannevole e comparativa, già disciplinata dal Cod. Consumo, (e in precedenza dal D.lgs 74\1992, che recepiva a sua volta la direttiva 84\450), che evidentemente ricomprende fattispecie riconducibili alla concorrenza sleale. In materia di tutela giurisdizionale resta comunque salva, anche con la nuova normativa, la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale (nonché della normativa in materia di diritto d'autore e privative, per quanto concerne la pubblicita' comparativa).

Preliminarmente bisogna discutere dell'ambito di applicazione della disciplina in questione. Infatti le norme che disciplinano la concorrenza sleale regolano i rapporti di coesistenza sul mercato tra imprenditori che operano nel medesimo settore. Al fine della loro applicazione, però, è opportuno che ricorrano due presupposti:

a) La qualità di imprenditore che pone in essere direttamente o indirettamente l'atto di concorrenza vietato (qualità che deve possedere anche il soggetto che subisce l'atto);
b) L'esistenza di un rapporto di concorrenza economica tra i due soggetti.

Dubbi interpretativi sono sorti sul versante soggettivo, in quanto, ci si chiedeva se gli atti di concorrenza sleale potessero essere commessi da soggetti che non siano imprenditori. Il dubbio, tuttavia, concerneva non tanto il soggetto passivo, dato che è pacifico che solo un imprenditore può subire un pregiudizio aziendale, ma l'incertezza riguardava l'autore del comportamento sleale. L'orientamento in questione sosteneva le proprie ragioni in base al dato letterale, dato che l'art. 2598 c.c., sancisce che : "*compie atti di concorrenza sleale chiunque*. Quel chiunque inserito alla norma ha portato una parte della dottrina a ritenere che soggetto attivo del comportamento anticoncorrenziale possa essere anche un consumatore o un semplice cittadino, in quanto, l'espressione "*chiunque"* è una clausola aperta che è volta a ricomprendere la generalità dei consociati. La dottrina e giurisprudenza maggioritaria[xxi], però, sono giunti ad un'interpretazione restrittiva della norma, stabilendo che concorrente di un imprenditore può essere solo un soggetto che riveste la medesima qualifica. Ciò è ovvio, in quanto si tratta di soggetti che svolgono una particolare attività in un particolare contesto, che necessita di particolari conoscenze tecniche, e un cospicuo investimento economico, fattori che un soggetto privato estraneo al mondo imprenditoriale, non possiede. Ma vi è di più, l'imprenditore risponde anche per gli atti realizzati dai propri subordinati, come espressamente previsto dall'art. 2958 c.3. c.c.

Il secondo, imprescindibile presupposto della disciplina *de qua* è l'esistenza di un rapporto concorrenziale fra gli imprenditori e , in più di concorrenza "*prossima ed effettiva"*. I due soggetti, quindi, devono offrire, nello stesso ambito di mercato, beni e servizi che siano destinati a soddisfare lo stesso bisogno dei consumatori. La giurisprudenza[xxii], nella sua opera interpretativa, è andata avanti ed ha interpretato in modo

estensivo il presupposto seguente. Infatti, è opinione giurisprudenziale ormai pacifica che l'esistenza del rapporto di concorrenza opera anche nei confronti di operatori economici che lavorano a livelli diversi: classico esempio di ciò è il rapporto tra produttore, rivenditore; grossista dettagliante. Per poter applicare tale requisito ad operatori diversi è necessario che la loro attività incida ed esterni la sua influenza sugli stessi consumatori. Tale possibilità viene definita "*concorrenza sleale".*

I singoli atti di concorrenza sleale, pertanto, sono disciplinati ed elencati nell'art. 2598 c.c., il quale recita: "*Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi (2563 e seguenti) e dei diritti di brevetto (2584 e seguenti), compie atti di concorrenza sleale chiunque:*

1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;

2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente;

3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

Il legislatore ha individuato due fattispecie tipiche e una regola generale di chiusura. Quanto alle fattispecie tipiche si tratta delle condotte prevista dal n. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c. La prima riguarda quelli che vengono definiti "*atti di confusione"* Si tratta di atti idonei a creare confusione con i prodotti o i beni di un altro concorrente tramite l'utilizzo di nomi o segni distintivi. Si discute, però, se tra i suddetti segni rientrino anche quelli già tutelati altrove dalla legge, come il marchio, nel caso di specie; in altri termini ci si chiede se una contraffazione di marchio registrato, già sanzionata specificamente in altra sede, costituisca anche atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art 2598, n.1 c.c. Per una risposta affermativa depone la stessa norma, la quale, con l'inciso "*Ferme le*

disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi", sembra ammettere la possibilità di un concorso delle due tutele. Secondo una certa giurisprudenza tale cumulo non sarebbe possibile: una volta invocata la tutela del segno tipico- osserva- quella contro la concorrenza sleale nulla vi aggiungerebbe e sarebbe perciò superflua[xxiii]. Secondo un'altra giurisprudenza certamente prevalente e sostenuta anche dalla dottrina più autorevole il cumulo delle due azioni nel processo è configurabile: "*sotto il profilo sanzionatorio, infatti, l'azione di concorrenza sleale è più ampia di quella di contraffazione, prevedendo, all'art. 2599 c.c., l'emissione di opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti dell'atto confusorio nonché, all'art. 2600 c.c., la presunzione di colpa".* Su tale questione la Cassazione ha stabilito che : *l'azione per concorrenza sleale può essere esperita alternativamente ed anche congiuntamente alle azioni per la tutela del marchio, essa ha natura personale e si ricollega ad una successione e reiterazione di atti illeciti*[xxiv].

Ed ancora. In ordine alla pretesa violazione dell'art 2598 c.c. è sufficiente rilevare che l'attività illecita, consistente nell'appropriazione o nella contraffazione di un marchio, mediante l'uso di segni distintivi identici o simili a quelli legittimamente usati dall'imprenditore concorrente, "*può essere da quest'ultimo dedotta a fondamento non soltanto di un'azione reale, a tutela dei propri diritti di esclusiva sul marchio, ma anche, e congiuntamente, di un'azione personale per concorrenza sleale, ove quel comportamento abbia creato confondibilità fra i rispettivi prodotti*[xxv]*".*

Anche il Tribunale di Napoli si è espresso favorevolmente sull'argomento tra la disciplina della tutela concorrenziale e la disciplina della tutela brevettuale non vige un rapporto di specialità per cui, ove ricorrano i presupposti per invocare quest'ultima, non può invocarsi la prima, sicche' l'imprenditore puo' promuovere anche cumulativamente sia l'azione cautelare e/o di merito di concorrenza sleale che quelle di contraffazione di marchi[xxvi].

Ma vi è di più. La domanda di concorrenza sleale ex art. 2598 n. 1

c.c. puo' trovare accoglimento, anche nell'ipotesi "*in cui venga respinta la contestuale azione di contraffazione del marchio, sempre che venga fornita idonea prova che sono state poste in essere altre tipologie di atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attivita' altrui*"[xxvii] . Tale condotta, tuttavia, può essere realizzata in vari modi, ma il legislatore ne individua espressamente due. La prima è l'uso di "*segni distintivi*" come il nome, che siano idonei a produrre confusione con i segni distintivi che sono legittimamente usati da un altro imprenditore. La seconda condotta considerata dal legislatore, invece, riguarda "*l'imitazione servile".* Si tratta, in particolare, della riproduzione delle forme esteriori dei prodotti altrui attuata in modo tale da indurre il pubblico a ritenere che i prodotti provengono dalla stessa persona. L'imitazione, però, deve riguardare elementi formali non essenziali e allo stesso caratterizzanti: idonei a differenziare esteriormente i prodotti da altri dello stesso genere. Tale formula che ad una prima lettura , sembrerebbe vietare qualsiasi imitazione degli altrui prodotti, purché fedele e pedissequa, è stata nel tempo oggetto di interpretazioni sempre più restrittive. Un primo limite è stato introdotto in ordine alle parti del prodotto la cui imitazione può definirsi illecita. Considerando, infatti, che l'imitazione servile è inserita in un contesto che tratta della concorrenza con fusoria, deve ritenersi vietata dalla norma "*soltanto l'imitazione delle parti appariscenti del prodotto in quanto solo l'imitazione di esse, può, appunto ingenerare confusione in chi guarda il prodotto*"[xxviii]. In tal senso si è espressa la Suprema Corte, affermando che: " *In tema di concorrenza sleale, al fine di accertare l'esistenza della fattispecie della confondibilita' tra prodotti per imitazione servile, e' necessario che la comparazione tra i medesimi avvenga non tanto attraverso un esame analitico e separato dei singoli elementi caratterizzanti, "bensì mediante una valutazione di tipo sintetico, ponendosi nell'ottica del consumatore" e tenendo conto che quanto minore risulti l'importanza merceologica di un prodotto, tanto più la scelta può essere determinata da percezioni di tipo*

immediato e sollecitazione di carattere superficialmente sensoriale anziché da dati obbiettivi che conducano ad una piu' riflessiva, attenta e meditata valutazione, mentre il breve e sommario esame analitico della vicenda sottoposta all'esame del giudicante deve risolversi in un complessivo giudizio di confondibilità dei prodotti[xxix].

Più di recente, la Cassazione ha stabilito che : "*In tema di concorrenza sleale per imitazione servile di prodotti, l'originalità del prodotto imitato (nella fattispecie, l'efficacia distintiva degli elementi formali, del prodotto imitato, costituito da un salotto) integra uno degli elementi costitutivi dell'azione, nei. senso che l'attore non può limitarsi a provare che il proprio prodotto è imitato "fedelmente" da quello del concorrente, ma deve anche. dimostrare che tale imitazione è confusoria, perché investe quegli elementi (;nella specie, formali) che servono a distinguere il, scio prodotto sul mercato, cosí risultando atta ad ingenerare confusione nel pubblico; il suddetto carattere di originalità del prodotto imitato sussiste solo ove esso presenti aspetti formali (ed accidentali) nuovi rispetto al già noto, pur non raggiungendo il livello di originalità che sarebbe necessario per ottenere il brevetto di modello*[xxx]*."* In particolare la prima sezione ha sostenuto che la concorrenza sleale per imitazione servile di prodotti giustifica l'azione di tutela qualora l'attore non si limiti a provare che il suo prodotto è imitato fedelmente, ma che tale imitazione confonda il pubblico. Non è necessario, tuttavia, che il nuovo prodotto abbia delle caratteristiche tali da raggiungere il livello di originalità necessario per il brevetto di modello.

È sufficiente, invece, che abbia degli elementi nuovi e che comunque non si confonda con altri prodotti già presenti sul mercato.

La seconda condotta prevista dal codice ricomprende:

a) La denigrazione, ossia nella diffusione di notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idoneo a determinarne il discredito;

b) L'appropriazione dei pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente.

Particolare attenzione va riservata alla denigrazione, dato che può essere compiuta in vario modo e con molteplici modalità.

Per esempio tramite le diffide, che consiste nella divulgazione al pubblico di denunce prive di fondamento; la pubblicità iperbolica o superlativa o anche la pubblicità parassitaria. La prima consiste in quel particolare tipo di pubblicità dove l'imprenditore si accredita di avere quel prodotto con quelle caratteristiche, e soprattutto, di essere il solo a possedere quel determinato tipo di prodotto ; mentre la seconda è la mendace attribuzione a se stessi di qualità, pregi, riconoscimenti, e qualità che in realtà sono in possesso di un altro imprenditore.

Infine, l'art. 2598 prevede una regola generale e di chiusura e chiude l'elencazione degli atti di concorrenza sleale affermando che sono tali tutti gli atti idonei a danneggiare l'azienda altrui. Ne sono un classico esempio : la pubblicità menzognera; il dumping; il boicottaggio e la sottrazione di segreti aziendali. La prima modalità si realizza tramite la pubblicizzazione dei propri prodotti attribuendoli, falsamente, qualità e pregi che non appartengono a nessuno; con il dumping, invece, consiste nella vendita sottocosto dei propri prodotti; quanto al boicottaggio, consiste nel rifiuto da parte di un'impresa o di un gruppo di imprese di fornire i propri prodotti a determinati rifornitori, in modo da escluderli dal mercato; da ultimo va menzionata la sottrazione di segreti aziendali, vale a dire la rilevazione o l'utilizzo da parte di terzi di segreti aziendali.

Ultimo argomento che bisogna trattare è quello relativo alle sanzioni. Il codice civile ne individua due: *"l'inibitoria"* prevista e disciplinata dall'art. 2599 c.c.; e la sanzione comune, ossia *"l'illecito civile del risarcimento"* del danno ivi previsto dall'art. 2600 c.c

La prima sanzione, disciplinata dall'art. 2599 c.c., disciplina che :" *La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti".* La sanzione *de qua* mira ad ottenere l'eliminazione

degli atti e delle turbative derivanti dalla condotta anticoncorrenziale da parte dell'imprenditore prima ancora che possa subire un danno patrimoniale[xxxi]. Caratteristica dell'inibitoria è che questa prescinde dall'elemento soggettivo e dell'esistenza di un danno patrimoniale attuale.
L'altra sanzione è quella del risarcimento del danno disciplinata dall'art. 2600, il quale recita testualmente che : " *Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni (2056). In tale ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza.*
Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume.
L'esercizio di tale azione è facilitato dal fatto che la colpa del danneggiante si presume una volta che venga accertato l'atto di concorrenza sleale.
Le azioni di repressione di tali atti possono essere richieste dall'imprenditore o imprenditori lesi, anche tramite le associazioni professionali e da enti rappresentativi della categoria e, infine, dalle camere di commercio. La legittimazione a ricorrere non è riconosciuta, invece, ai consumatori o alle associazioni rappresentative dei loro interessi.

Le pratiche commerciali scorrette

tra potere sanzionatorio dell'Autorità Garante e potere repressivo del giudice civile

(appunti di un incontro di studio del C.S.M.)

a cura della D.ssa Federica Federici

Il Codice al Consumo (d. lgs. 2005/206) nel recepire al suo interno la Direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali scorrette per una più efficace tutela del consumatore ha inevitabilmente portato delle ricadute in punto di disciplina del mercato e della concorrenza.

Tra queste alcune per il giudice civile in tema di **rimedi esperibili** avverso la pratica commerciale scorretta (rimedio risarcitorio e/o annullamento del contratto per vizio del consenso?), in tema di **disciplina applicabile** e infine in tema di **coordinamento tra il suo potere repressivo e quello sanzionatorio dell'Autorità Garante della concorrenza**.[1]

Altrettanto rilievo va poi dato alla possibilità di applicare in questo ambito il meccanismo della ***class action***, come regolato dall'art. 140bis del Codice al Consumo.

Una prima difficoltà che l'ordinamento interno presenta riguarda il bene giuridico tutelato: non vi è definizione espressa della concorrenza, si dà il concetto per scontato e si operano una serie di presunzioni (relative) di liceità e illiceità. Se per secoli essa ha significato libertà di vendere e comprare nei mercati, nel tempo si è trasformata in modello antitetico al regime di monopolio quale comportamento artificioso di singoli e gruppi che alterano il mercato (ad oggi l'art. 501bis del cod. pen. sembra essere un reato pressoché dimenticato). Il termine attrae più aggettivi; sleale, scorretta, restrittiva, limitata, illecita, ecc.

La questione quindi si incentra sul "riparto", anzi per meglio dire sulla "sovrapponibilità" degli interventi tra l'Autorità Garante e il giudice ordinario sia in tema di pratiche commerciali scorrette, quali sono disciplinate dal Codice al Consumo sia in tema di tutela dei segni distintivi (titolati o meno).

[1] Su questo ultimo punto si ripropone in ogni caso la *vexata quaestio* relativa al ruolo delle *authorities* e alla loro discussa configurazione quali "magistrature economiche". Sebbene alcuni ritengano differente il giudizio sulla concorrenza sleale rispetto a quello dell'Antitrust, le norme sostanziali sono da ritenersi identiche, quel che varia o può variare sono le norme processuali e l'interesse tutelato.

ISSN 2240 - 726X

Più di preciso, le nuove disposizioni in tema di pratiche commerciali scorrette (e di pubblicità) codificano una sorta di codice di condotta che assume rilievo anche per determinare lo standard della correttezza professionale di tutti gli operatori, sicché rilevano anche ai fini della concorrenza sleale.

L'interferenza tra le norme dei d. lgs. 145 e 146/2007 e quelle in tema di concorrenza e di segni distintivi non viene peraltro ridimensionata neanche dalla circostanza che, mentre la direttiva 2005/29/CE fa riferimento a pratiche commerciali "sleali", l'attuazione da parte dell'ordinamento italiano fa riferimento al termine "scorrette", mutuandolo dall'art. 2598 cod. civ. e ciò ha grande rilievo sistematico nonché si presta ad un'ampia sovrapponibilità tra più fattispecie tradizionali di concorrenza sleale che vanno coordinate con i principi di utilità sociale di cui all'art. 41 Cost.

La Direttiva 2005/29/CE all'art. 11 dispone che gli Stati membri "assicurano che esistano mezzi adeguati per combattere le pratiche commerciali sleali" facultando gli Stati stessi di scegliere al riguardo un sistema sia di giurisdizione ordinaria sia di controllo di tipo amministrativo.

Vi è quindi una grande discrezionalità nella scelta dei profili rimediali, che si contrappone al contempo ad una disciplina sostanziale molto analitica. Una norma analoga era già contenuta nella Direttiva CEE 84/450 nella quale il legislatore italiano aveva optato per la soluzione "amministrativa" prevedendo al riguardo – e ampiamente – la competenza dell'AGCM.

Tale scelta ha avuto una ricaduta sulla Direttiva del 2005 sicchè per le pratiche commerciali scorrette si è adottata la suddetta soluzione: il controllo è devoluto all'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato, cui è affiancata la possibilita di un controllo contrattualistico di autodisciplina (art. 27*ter* Cod. Cons.). Si è osservato che la missione dell'AGCM è ormai divenuta proprio la tutela dei consumatori vedendosi ormai diluita la sua configurazione originaria di potere neutrale di garanzia.

Ciò è ancora più vero dopo l'introduzione, ad opera della legge di conversione del d.l. 2012/1, dell'art. 37bis Cod. Cons. "Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie", norma che devolve alla'AGCM la competenza tra la declaratoria di vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono tramite adesione o sottoscrizione di contratti, moduli, modelli e formulari.

E’ fatta salva (comma 4) la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno, pur restando nell’ambito dell’a.g.o. tutte le garanzie sottese alla fattsispecie. Nella prassi la tutela amministrativa resta “allettante” per le imprese in termini di facilitazioni di costi, rapidità di tempi, ampiezza dei poteriinquisitori della stessa autorità (fino alla possibilità di adottare misure di urgenza da parte della stessa).

Tale scelta non è stata però esente da critiche e perplessità: ci si è chiesti se la tutela rafforzata anche dal punto di vista processuale non perda i vantaggi propri della tutela giurisdizionale ordinaria, con particolare riferimento alla tutela cautelare, alle sanzioni e sul pèiano delle garanzie istruttorie, data la sostanziale estraneità del soggetto denunciante al procedimento nel procedimento amministrativo stesso.

Vi sono state critiche anche verso l’approccio rigido e schematico dell’AGCM e circa la sua obiettività o terzietà, atteso il suo interesse alla irrogazione di sanzioni pecuniarie che in parte ridondano a suo beneficio.

Infine, alcuni ritengono del tutto ingiustificata la generale competenza in materia di pubblicità comparativa.

Tutte queste argomentazioni hanno portato la dottrina ad invocare un controllo “forte” e non “debole” del giudice amministrativo sulle decisioni dell’AGCM, in virtù del dato statistico sui procedimenti quasi sempre conclusi con condanne significative e pesanti che stravolgono la stessa funzione dell’AGCM in paragiurisdizionale e attiva, quale giudice ultimo della tutela concorrenziale.

La concorrenza tra tutele infatti si giustifica solo se il ruolo dell’AGCM resta fermo sulla tutela dei soli interessi generali e diffusi alla correttezza della lotta all’anticoncorrenza, senza trasfromarsi in strumento di conflitti interindividuali o tra gruppi determinati. Deve quindi restare questa sorta di “doppio binario” (*co-regulation*) delle due tutele amministrativa e giurisdizionale, alternative e/o cumulabili.

La pubblicità ingannevole e comparativa

a cura del Dott. Pietro Algieri

1. *Premessa.-2.LA DISCIPLINA IN MATERIA DI PUBBILCITA'.-3. LA DISICPLINA DELLA PUBBLICITA' CONTENUTA NEL D. L. GS N. 145 DEL 2007.*

1. PREMESSA.

Le continue esigenze di tutela manifestate dai singoli consumatori, nonché dalle associazioni rappresentative di questi ultimi, hanno sottolineato l'inidoneità della disciplina della concorrenza sleale a tutelare i consumatori in modo efficacie. Da qui l'*imput* al Legislatore per promulgare un *corpus* normativo che si occupi precipuamente della tutela dei consumatori e delle loro esigenze. Ciò avvenne con il Codice del consumo che si occupa, come abbiamo avuto modo di vedere in questo dossier, dei consumatori. Un particolare aspetto della disciplina insita nel Cod. Cons., concerne la "*pubblicità ingannevole e comprativa"* espressamente disciplinata dagli artt. 18 a 27,che sostituiscono il D.l.gs 25.1. 1992 n. 74 emanato in attuazione della Direttiva Cee 84/450.

Successivamente, la Direttiva 2005/29/CE, relativa alle cd. "*pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*" rappresenta un provvedimento di armonizzazione delle legislazioni nazionali dei Paesi membri, che ha lo scopo di "*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno*" nonché, in virtù di quanto previsto dall'articolo 153 CE, "*al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori*". Infatti, come noto, tale Direttiva nasce dall'esigenza di armonizzare la normativa a livello comunitario in un settore caratterizzato da differenze notevoli tra i vari stati membri, differenze che possono tradursi in distorsioni della concorrenza, come pure per promuovere la libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché la libertà di stabilimento, sviluppando pratiche commerciali leali all'interno dello spazio senza frontiere europeo.

A partire dagli anni sessanta, i più importanti mezzi di pubblicità hanno, infatti, dato vita ad un sistema di autodisciplina pubblicitaria che li impegna a non diffondere messaggi pubblicitari che contrastino con le regole di comportamento fissate in un apposito codice privato, il c. d. codice di autodisciplina pubblicitaria.

In tale codice era previsto un organismo di giustizia privata, definito il "*Giuri di autodisciplina"*, il quale aveva quale unico scopo quello di vigilare

ISSN 2240 - 726X

sul rispetto del codice e svolgeva funzioni giudicanti. L'azione innanzi al "*Giuri",* può essere proposta da chiunque si senta pregiudicato da una pubblicità contraria al codice, ma la particolarità consiste nell'iniziativa di ufficio di un "*Comitato di Controllo"*, previsto dal codice.

Con il D. lgs 74/1992, ora confluito nel codice del consumo, l'interesse del pubblico ad essere tutelato contro gli effetti distorsivi della pubblicità assurge ad interesse direttamente tutelato dall'ordinamento statale. Infatti all'autodisciplina si affianca la disciplina legislativa; al controllo privato del Giuri vi è anche quello dell'Autorità garante.

2. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI PUBBLICITA'.

la Direttiva 29/2005/CE e le norme di recepimento hanno apportato diverse modifiche alla normativa in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, individuando altresì un nuovo ambito soggettivo di applicazione delle norme in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita. Infatti, le nuove disposizioni *"hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa".*

Si può affermare che esista un doppio binario di tutela in materia ovvero:

a) il divieto di pratiche commerciali scorrette rilevante esclusivamente nei rapporti tra imprese e consumatori (regolato dal D.Lgs. n. 146/2007);
a) il divieto di pubblicità ingannevole e comparativa illecita rilevante nei rapporti fra imprese disciplinato dal D.Lgs. 145/2007 (che abroga tutte le norme contenute precedentemente nel codice del consumo in materia di pubblicità ingannevole e comparativa).

La disciplina in materia di pubblicità esce così dal Codice del Consumo e torna ad essere, come del resto era inizialmente, una legge speciale, collocata fuori del Codice stesso. Sono state sollevate[xxxii] diverse perplessità, da parte di alcuni esponenti della dottrina, in merito alla nuova collocazione da chi ha dato un'interpretazione che vuole le norme contenute in un Codice come leggi generali e, in quanto tali, suscettibili di interpretazione analogica anche a fattispecie non rientranti in quelle previste dalcodice, mentre ciò non sarebbe possibile alle leggi speciali (di per sé non suscettibili di applicazione analogica). Tuttavia, tale conclusione non può essere accolta per il Codice del Consumo, che non si è rivelato come un vero e proprio codice, ma semmai come un testo unico.

Una parte della dottrina, invece, ha salutato con favore la nuova collocazione della normativa in materia di pubblicità commerciale, esprimendo tale scelta del legislatore italiano come il "rimedio ad un errore commesso due anni prima, quando inopinatamente si decise di introdurre nel D.Lgs. 206/2005 un complesso di disposizioni dichiaratamente finalizzate a tutelare, oltre ai consumatori, anche i professionisti nonché, più in generale, "*gli interessi del pubblico nella fruizione dei messaggi pubblicitari*". Tornando alla disciplina sulla pubblicità, si possano rinvenire molte pratiche pubblicitarie di induzione all'acquisto.

A protezione dei concorrenti, invece, è posta in via esclusiva la tutela della disciplina di cui al D.Lgs. 145/2007 sulla pubblicità: il relativo scopo è quello di tutelare "*i professionisti"* dalla pubblicità ingannevole, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa. Dalla disciplina della pubblicità che, prima, era rivolta a proteggere gli interessi di tutti i soggetti coinvolti, è stata adesso estromessa la tutela dei consumatori e, più in generale, la tutela degli interessi di coloro che non sono concorrenti. Il comma 3 dell'articolo 19 cod. cons., stabilisce che "*in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano gli aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*": ciò implica che la disciplina speciale rispetto a quella generale del Codice del Consumo sulle pratiche commerciali scorrette, che rimane applicabile solo in caso di assenza di altre disposizioni speciali - sempre ovviamente di derivazione comunitaria - ossia relative ad "*aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette*".

Tuttavia, tale ultimo primato appare difficilmente applicabile alla normativa in materia di pubblicità proprio a causa della separazione tra gli interessi dei consumatori e quelli dei professionisti, separati in maniera artificiosa e tutt'altro che agevole. Sembrerebbe non possibile la sovrapposizione tra le due discipline, che devono invece rimanere distinte e separate sulla base del criterio distintivo dell'interesse tutelato: qualora si tratti di interesse del consumatore, si applicherà la disciplina delle pratiche commerciali, mentre quando si tratti dell'interesse dei concorrenti, si applicherà la disciplina sulla pubblicità, così come modificata dall'articolo 14 della Direttiva 29/2005/CE. Del resto, è stato giustamente sottolineato come sia possibile una integrazione/permeabilità delle due discipline (ed in particolare dei rispettivi principi), in quanto la Direttiva in materia di pratiche sleali è di armonizzazione massima, mentre quella in materia di pubblicità è una Direttiva di armonizzazione minima (facendo emergere come il legislatore italiano abbia avvertito l'esigenza di disciplinare tale materia anche con una disciplina più puntuale e di dettaglio). Naturalmente ne emerge l'esigenza di procedere

ad una valutazione caso per caso che misuri i precetti contenuti nella legge speciale, secondo le regole di interpretazione ed applicazione seguite dall'Autorità preposta al controllo nella prospettiva di una tutela più generale ossia, in sintesi, se la normativa speciale corrisponda a quanto regolato nella disciplina quadro di armonizzazione massima.

Ebbene, si precisa come l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sempre espresso un orientamento secondo il quale, nell'ambito della pubblicità ingannevole e/o trasparente, non si può parlare di ingannevolezza se non c'è lesione degli interessi dei consumatori, con espressa esclusione di uno spazio residuale di alcuna pubblicità ingannevole in cui possano risultare lesi solamente gli interessi dei professionisti. E, infatti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, una volta accertata la portata ingannevole del messaggio pubblicitario verso i consumatori, ha ritenuto in *re ipsa* il pregiudizio economico nei confronti dei concorrenti: questi ultimi, infatti, risentono *"dello sviamento di clientela provocato dall'errore in cui dovessero incorrere i destinatari al momento di orientare le proprie scelte.*[xxxiii]

A questo punto ci si domanda quando la normativa speciale prevalga sulle norme generali in materia di pratiche sleali, se tale eventuale prevalenza si ponga solo in caso di contrasto tra la normativa speciale e quella generale oppure se sia ammessa anche nel caso in cui le due normative concordino tra di loro. Partendo dalla considerazione della normativa sulle pratiche sleali come disciplina generale e sussidiaria da applicarsi in caso di mancanza di una disciplina specifica, si arriva alla logica conclusione che la normativa in materia di pubblicità, in quanto speciale, debba prevalere. Ciò a maggior ragione ove si ipotizzi una "permeabilità" tra le due discipline in commento. Tuttavia, si consideri che tale prevalenza non può di certo mettere in pericolo il principio di massima armonizzazione, che ha imperniato tutta la Direttiva 2005/29/CE.

Pertanto, almeno in materia di pubblicità, ogni volta si rende necessaria una valutazione in concreto[xxxiv]. Si consideri, inoltre, come l'Autorità Garante abbia sempre operato tenendo ben presente gli orientamenti espressi in tema di pubblicità dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione Europea e, comunque, come gli indirizzi sono, ad oggi, espressi dalla stessa Autorità Garante possano essere utilizzati per eventualmente interpretare le numerose clausole generali in tema di valutazione della slealtà e/o ingannevolezza e/o diligenza professionale cui fa espresso rinvio la disciplina delle pratiche sleali.

3. LA DISCIPLINA DELLA PUBBLICITA' CONTENUTA NEL D. LGS. N. 145 DEL 2007.

Il D.Lgs 2 agosto 2007 n. 145 contiene sicuramente le norme indispensabili per recepire nell'ordinamento interno l'articolo 14 della Direttiva 2005/29/CE, ma contiene inoltre previsioni decisamente più ampie. In tale decreto legislativo, infatti, è riportato l'intero *corpus* normativo inizialmente contenuto nell'ormai abrogato D.Lgs. 28 gennaio 1992, n. 74 e successivamente trasfusa negli articoli 18-27 cod. cons. E'stato rilevato come la disciplina in materia di pubblicità, oggi contenuta negli articoli 1-7 del D.Lgs. 145/2007, sarebbe dovuta essere inserita all'interno del codice civile, Capo I ("della disciplina della concorrenza") del Titolo X del Libro V, nella stessa sezione dedicata alla concorrenza sleale oppure in un'apposita sezione creata *ad hoc*: in questo modo, la disciplina generale della pubblicità avrebbe potuto essere integrata (e coordinata) con la disciplina della concorrenza sleale.

Il D.Lgs. 145/2007 si divide in due parti:

a) la prima per così dire sostanziale prevede un insieme di precetti comportamentali di divieti imposti ai professionisti che predispongono, utilizzano e diffondono messaggi pubblicitari per promuovere i beni e i servizi che offrono sul mercato.;
b) la seconda, invece, procedurale prevede la regolamentazione dei procedimenti speciali (di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) in virtù dei quali si svolge l'accertamento della natura ingannevole o comunque illecita di un messaggio pubblicitario e sono adottati, di conseguenza, i provvedimenti inibitori, ripristinatori e sanzionatori nei confronti dei professionisti che abbiano predisposto e diffuso tra il pubblico tale messaggio (articolo 8).

La parte sostanziale, a sua volta, si suddivide in tre parti:

a) un gruppo di previsioni generali in materia di pubblicità (articolo 1, comma 2, e articoli 5-7 del decreto), stabilite dal legislatore italiano anche se non rappresentano il recepimento di alcuna normativa comunitaria;
b) precetti che si riferiscono specificatamente alla pubblicità ingannevole (articolo 2, lettera b) e articolo 3 del decreto) e recepiscono gli articoli 2, lettera b) e 3 della Direttiva 2006/114/CE;
c) la disposizione che individua i requisiti di liceità della pubblicità comparativa (articolo 4 del decreto) e attua l'articolo 4 della Direttiva 2006/114/CE.

Si noti che l'ambito di applicazione di tutti e tre i gruppi di regole di cui ai precedenti punti i), ii) e iii) è il medesimo: infatti, unico comune denominatore dei tre gruppi è la definizione di "pubblicità" contenuta

nell'articolo 2, lettera a) del decreto in oggetto. Requisiti necessari perché un messaggio possa qualificarsi come "pubblicità" (e di conseguenza essere assoggettato alla disciplina di cui al D.Lgs. 145/2007) sono le seguenti circostanze:

1) il messaggio deve essere destinato alla "*diffusione*" ossia rivolto ad una cerchia più o meno ampia di soggetti che potrebbero - almeno in potenza - essere interessati al bene o al servizio cui il messaggio fa riferimento;
2) la diffusione del messaggio deve essere strumentale alla promozione di beni o servizi ossia essere finalizzata allo stimolo ed induzione dei destinatari a concludere contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà dei beni (mobili ed immobili) cui il messaggio si riferisce o la costituzione di diritti reali o personali su tali beni, ovvero contratti aventi ad oggetto le prestazioni di *facere* funzionali alla realizzazione delle opere o alla fornitura dei servizi previsti nel messaggio;

3) la diffusione del messaggio deve avvenire nell'esercizio di un'attività imprenditoriale o professionale (intendendosi sia l'attività di diffusione del messaggio esercitata direttamente dal professionista/imprenditore sia quella svolta su commissione di un professionista/imprenditore).
Irrilevante, invece, è il contenuto e la forma del messaggio, così come lo sono le modalità con le quali il messaggio è stato formulato ed i mezzi di comunicazione attraverso i quali esso è stato diffuso. Del pari sono irrilevanti la natura e le caratteristiche del bene (mobile o immobile, materiale o immateriale, ecc.) o del servizio cui il messaggio si riferisce, così come la tipologia di utilizzazioni cui esso si presta ad essere adibito; ancora, è irrilevante la circostanza che sia diretto ad un pubblico generico e indistinto oppure ad una cerchia di destinatari più limitata ed individuata e, in quest'ultima ipotesi, la tipologia e la connotazione dei soggetti destinatari del messaggio.

Ne consegue che tutte le disposizioni previste dal D.Lgs. 146/2007, comprese quelle concernenti la pubblicità ingannevole saranno applicabili a qualsiasi messaggio pubblicitario: a prescindere dalla natura dei beni, dei servizi o dei diritti dei quali venga promosso l'acquisto o il trasferimento, la natura dei soggetti cui è indirizzato e/o che ne siano raggiunti, nonché la natura (professionale o privata) degli scopi in vista dei quali tali beni o servizi si prestano ad essere impiegati, ogni messaggio pubblicitario, comunque formulato e diffuso, ricade sotto la disciplina del D.Lgs. 145/2007. Evidente come nel nostro ordinamento vi sia un'unica disciplina generale in materia di pubblicità commerciale, anche se vi è comunque la presenza di alcune discipline più specifiche caratterizzate da una limitazione del relativo ambito di applicazione (ossia per i messaggi pubblicitari sono indirizzati a soggetti qualificabili come "consumatori" ovvero per i soli messaggi diffusi attraverso determinati mezzi di comunicazione - ad esempio attraverso la radiotelevisione).

IL DIRITTO ANTITRUST

a cura del Dott. Pietro Algieri

Sommario.1-Premssa.- 2.La normativa antitrust negli Stati Uniti.-3 La normativa comunitaria.- 4.Le norme antitrust in Italia.- 5.Le singole fattispecie. L'Abuso di posizione dominante.- 5.1. Le singole fattispecie. I prezzi non equi e ingiustamente gravosi.- 5.2. I prezzi predatori.-5.3. La limitazione degli sbocchi e la dottrina del "essential facilities".-5.4. Il rifiuto di stipulare contratti.-5.5. La discriminazione di prezzi e la scontistica.-5.6. Gli accordi di "Typing".-6. Gli accordi tra le imprese.-7 Gli aiuti di Stato.

1.Premessa.

Nella maggior parte dei paesi industrializzati l'applicazione della legislazione *antitrust* rappresenta uno strumento fondamentale per controllare il comportamento delle imprese private, allorché elevati livelli di concentrazione tendono a far divergere gli interessi privati potenti dall'interesse collettivo. La normativa *antitrust* svolge questa funzione in due modi: inibendo o proibendo certi tipi indesiderabili di condotta delle imprese, o rimodellando la struttura del mercato lungo linee concorrenziali in modo da aumentare la probabilità che più o meno automaticamente emerga una condotta e una performance desiderabile. Culla della legislazione antitrust sono gli Stati Uniti, a partire dalla fine del 19° secolo. Negli altri paesi, dai mercati interni ben più ristretti, il favore verso la forma di mercato concorrenziale si è in certa misura scontrato con la necessità di favorire ampie dimensioni di impresa, indispensabili per cogliere pienamente i frutti delle economie di scala e per competere su un piano di parità con le imprese statunitensi. Il fatto che la crescita dimensionale comportasse a livello nazionale elevati livelli di concentrazione veniva visto come *un "male minore"* rispetto alla debolezza competitiva nei confronti dei migliori concorrenti internazionali connaturata a dimensioni di impresa inadeguate (almeno in molti settori industriali). La legislazione *antitrust* negli altri paesi è nata molto più tardi che negli Stati Uniti: in generale essa è fiorita dopo la seconda guerra mondiale e in Italia solo negli anni 90'.

2.La normativa antitrust negli Stati Uniti.

La legislazione *antitrust* federale negli Stati Uniti poggia su tre pilastri fondamentali: lo "*Sherman Act del 1890*", "*il Federal Trade Commission Act",* che crea l'agenzia antitrust chiamata "*Federal Trade Commission*", *e il* "*Clayton Act*", entrambi del 1914. Sono anche importanti le "*guidelines*" via via emesse dalla *Federal Trade Commission* o dal Dipartimento (cioè il ministero) di Giustizia. Le accuse possono essere mosse o da parte del Governo (precisamente dalla *Federal Trade Commission* o dal Dipartimento di Giustizia) oppure da privati danneggiati (concorrenti o

ISSN 2240 - 726X

consumatori), che possono chiedere di essere ripagati per un ammontare pari a tre volte il danno subito (*treble damage*). E' poi attraverso la giurisdizione normale (*standard litigation*) che si formulano le sentenze di condanna o assoluzione. Come ultimo livello può intervenire il tribunale supremo degli Stati Uniti, la Corte Suprema. E' da notare che le presunte infrazioni alla legislazione antitrust possono essere affrontate sulla base di due diversi approcci: o in base alla "*rule of reason*" o, alternativamente, in base alla "*per se rule*". In questo secondo caso all'accusa è sufficiente provare che una certa condotta si è verificata e che essa ricade nella categoria di pratiche "*così chiaramente anticoncorrenziali" da* essere illegali di per sé, senza che sia necessaria alcuna inchiesta dettagliata volta a chiarire la razionalità economica della condotta e le sue conseguenze. Nel caso della "*regola della ragione",* invece, le corti intraprendono una vasta indagine sui fatti specifici alle pratiche contestate, sulle ragioni che le hanno provocate, sul loro significato concorrenziale e sul loro impatto sui consumatori. Ci limitiamo a questo punto ad elencare la materia oggetto di disciplina antitrust:

a) Intese (o accordi tra imprese):

La *Sezione 1 dello Sherman Act vieta "ogni contratto, combinazione nella forma di trust [= cartello] e altro e cospirazione volta a limitare gli scambi o il commercio" sia tra gli Stati che al loro interno*. Una lunga serie di decisioni giudiziali ha interpretato tale testo legislativo nel senso che esso rende illegali di per sé tutti gli accordi tra imprese concorrenti volti a fissare i prezzi, restringere la produzione, suddividere il mercato su basi predeterminate, o a frenare direttamente in altri modi la forza della concorrenza. Nel 1984 il Congresso, preoccupato dei ritardi degli Stati Uniti rispetto ai concorrenti internazionali nella performance nel campo della ricerca e sviluppo, ha votato il "*National Cooperative Research and Development Act"* .Tale legge stabilisce che le *joint-venture* tra concorrenti correttamente registrate e finalizzate allo svolgimento di ricerca e sviluppo siano giudicate in base ad un regime di *rule of reason,* confrontando i benefici del lavoro comune contro i potenziali effetti anticompetitivi. In seguito alle critiche di molti economisti, secondo i quali neanche questa legge era sufficientemente permissiva, in quanto continuava a precludere la produzione in comune tra più imprese di prodotti innovativi, nel 1993 la legge fu emendata nel senso di permettere anche le collaborazioni e joint-venture nel campo della produzione.

b) Fusioni (mergers) e strutture di mercato monopolistiche:

Lo *"Sherman Act alla Sezione 2"* nell'affermare che "*ogni persona che monopolizzi o tenti di monopolizzare qualsiasi parte degli scambi tra i vari stati, o con le nazioni straniere, sarà giudicato colpevole di un crimine*", dichiara illegali le concentrazioni che creano strutture di mercato monopolistiche. Tra i tentativi di monopolizzare che vengono perseguiti sono le cosiddette pratiche predatorie da parte di alcune imprese, che consistono nel tenere bassi artificiosamente i prezzi per un certo periodo fino a costringere i concorrenti più deboli a lasciare il mercato, per poi

tornare ad aumentare i prezzi una volta che si sia realizzata una posizione di monopolio. Il *Clayton Act (Sezione 7)* rinforza tali divieti, proibendo l'acquisto diretto o indiretto di azioni di un'altra impresa, nel caso in cui ne risulti "un calo sostanziale della concorrenza". Il "*Celler Kefauver Act del 1950"* fa entrare nell'ambito della legge anche le fusioni non orizzontali (per esempio, fusioni verticali tra venditori e compratori di una merce). Per decidere se una fusione va contro la legge, è necessario identificare il "*relevant product market"* e il "*relevant geographic market"* e quindi stabilire se la modificazione della struttura di mercato, misurata in termini di quote di mercato e di indici di concentrazione, sia tale da minacciare una sostanziale diminuzione della concorrenza.

c) Abuso di posizione dominante

Il "*Clayton Act alla Sezione 3"* vieta "la discriminazione di prezzo tra diversi compratori", in quanto essa comporta l'effetto di "ridurre sostanzialmente la concorrenza di prezzo" o di "tendere a creare un monopolio", nonché i *vertical restraints* (restrizioni verticali) e altre pratiche e il "*Federal Trade Commission Act*" (Sezione 5) proibisce i "*metodi sleali di concorrenza*", ovvero varie pratiche commerciali che tenderebbero a danneggiare alcuni concorrenti o a creare barriere all'entrata.

3. La normativa comunitaria.

Il Trattato di Roma (1957) istituente la Comunità Economica Europea (modificato dal Trattato sull'Unione europea siglato a Maastricht nel 1992) è esplicito sul ruolo della concorrenza. Per promuovere gli obiettivi menzionati nell'articolo 2 del Trattato di Roma, specificamente lo sviluppo armonico e sostenibile delle attività economiche, la Comunità stabilisce un regime tale da assicurare il buon funzionamento del meccanismo concorrenziale al proprio interno (articolo 3). E' la terza parte del Trattato (così come è stato modificato nel 1992), al titolo V°, che si occupa delle norme regolanti la concorrenza.
Queste norme riguardano esplicitamente: 1) gli accordi tra le imprese; 2) l'abuso di posizione dominante;3) gli aiuti di Stato.

Per quel che concerne gli " *Gli accordi tra le imprese"* secondo *l'articolo 81*[2] "*Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato".*

Classico esempio di tali accordi sono: accordi di prezzo; restrizione della produzione; spartizione dei mercati; condizioni dissimili per prestazioni

[2] Dal 1° maggio 1999, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, è cambiata la numerazione degli articoli
del Trattato CE. Gli articoli 85, 86, 92 e 93 sono diventati, rispettivamente, 81, 82, 87 e 88

equivalenti, subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari ecc.
La seconda fattispecie che viene presa in considerazione dall'Unione Europea e *"l'abuso di posizione dominante".* L'articolo 82*" proibisce l'abuso di posizione dominante nel mercato comune o anche una parte di esso, qualora il commercio tra gli stati membri ne risulti influenzato. Vengono forniti alcuni esempi di pratiche abusive: l'imposizione di prezzi iniqui, la restrizione alla produzione, agli sviluppi tecnologici o dei mercati, le pratiche discriminatorie. Nel caso dell'articolo 82 non esistono le eccezioni previste dall'articolo 81. La Commissione può intimare la cessazione degli abusi rilevati, ma le sue decisioni possono essere contestate davanti alla Corte di Giustizia.*

Infine, vi sono *"gli aiuti di Stato"* espressamente previsti dagli artt. 87 e 88. Il primo recita che : recita che "*Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".* Sono però permesse alcune eccezioni a questa regola generale in quanto la sua applicazione potrebbe suscitare o impedire la soluzione di problemi sociali. Le eccezioni più significative riguardano gli aiuti per lo sviluppo regionale e quelli destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio.

L'art. 88 del Trattato CE, invece, sancisce che : 1. *La Commissione procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati. Essa propone a questi ultimi le opportune misure richieste dal graduale sviluppo o dal funzionamento del mercato comune. 2. Qualora la Commissione, dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato comune a norma dell'articolo 87, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di giustizia, in deroga agli articoli 226 e 227. A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato comune, in deroga alle disposizioni dell'articolo 87 o ai regolamenti di cui all'articolo 89, quando circostanze eccezionali giustifichino tale decisione. Qualora la Commissione abbia iniziato, nei riguardi di tale aiuto, la procedura prevista dal presente paragrafo, primo comma, la richiesta dello Stato interessato rivolta al Consiglio avrà per effetto di sospendere tale procedura fino a quando il Consiglio non si sia pronunciato al riguardo. Tuttavia, se il Consiglio non si è pronunciato entro tre mesi dalla data della richiesta, la Commissione delibera. 3. Alla*

Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato comune a norma dell'articolo 87, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale.

Ultimo intervento normativo posto in essere dall'Unione Europea è il "*Il Regolamento CEE n.4064 del dicembre 1989 sulle operazioni di concentrazione (entrato in vigore nell'ottobre 1990 e corretto nel 1997 da un nuovo Regolamento).*

Prima di tale intervento regolamentare, nell'ordinamento comunitario non era prevista alcuna tutela della concorrenza con riguardo alla concentrazione tra le imprese. Esso si applica alle operazioni di concentrazione "*di dimensione comunitaria",* ovvero a quelle operazioni che superino certe dimensioni. Il Regolamento successivo, del 1997, abbassa le dimensioni originariamente previste nel 1989, allargando quindi l'ambito di intervento dell'Unione Europea rispetto agli stati nazionali. In base al Regolamento del 1997 l'autorizzazione dell'Unione è necessaria per quelle operazioni che superano le soglie sotto indicate:
-il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le imprese interessate è superiore a 2 miliardi di euro. Nel Regolamento del 1989 si parlava di 5 miliardi;
- il fatturato totale realizzato individualmente nella Unione da almeno due delle imprese partecipanti all'operazione è superiore a 20 milioni di euro.
- il fatturato cumulativo in 3 paesi è pari almeno a 100 milioni di euro.
Quando le operazioni superano le soglie indicate non è necessaria ulteriore autorizzazione da parte delle autorità nazionali. I limiti indicati non impongono comunque l'obbligo di osservanza delle disposizioni nel caso in cui ciascuna impresa che procede all'operazione di concentrazione realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nell'Unione all'interno di un solo stato membro. Le operazioni di concentrazione vengono ricondotte, nell'ambito della normativa comunitaria, alle seguenti fattispecie:
- fusioni realizzate tra due o più imprese in precedenza indipendenti;
- operazioni realizzate quando uno o più soggetti che già detengono il controllo di almeno una impresa, acquisiscono direttamente o indirettamente, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;
- operazioni realizzate mediante costituzione di un'impresa in comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'unità economica autonoma e non ha come oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale tra imprese fondatrici o tra queste ultime e l'impresa comune. Sono dichiarate incompatibili col mercato comune le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, con

la conseguenza di ostacolare la concorrenza in modo significativo nel mercato o in una parte sostanziale di esso.

4. Le norme antitrust in Italia.

La legislazione *"antitrust"* è nata in Italia con la legge 287 del 1990 ("*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato")*. I principali obiettivi della legge sono 2:

a) assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di accedere al mercato e di competere con pari opportunità;
b) tutelare i consumatori, favorendo il contenimento dei prezzi e i miglioramenti della qualità dei prodotti che derivano dal libero gioco della concorrenza.

la legge, nella sua portata innovativa, ha istituito *"l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato"*, nota anche come *"Autorità Antitrust".* Essa è una "*autorità indipendente*", ossia un'amministrazione pubblica che prende le proprie decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte dell'Esecutivo. E' un organo collegiale, in quanto formato da più persone, che prendono le decisioni votando a maggioranza. É composta da un Presidente e da quattro Componenti nominati, di concerto, dai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati.

L'Autorità ha il compito di applicare la legge 287 vigilando:

a) sulle intese (ovvero accordi e/o pratiche concordate tra imprese) restrittive della concorrenza (art.2);

b) sugli abusi di posizione dominante, quali l'imposizione di prezzi, la discriminazione di prezzo, la restrizione della produzione e gli impedimenti agli sbocchi, agli accessi al mercato, agli investimenti o al progresso tecnologico da parte di altri operatori (art.3);

c) sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in modo tale da eliminare o ridurre in misura sostanziale e duratura la concorrenza (art.5). Talune operazioni di concentrazione, malgrado le restrizioni della concorrenza, possono essere autorizzate dall'Autorità "per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea". La legge attribuisce all'Autorità competenze anche in materia di pubblicità ingannevole. In questo caso compito dell'Autorità è quello di "*inibire*" la divulgazione dei messaggi pubblicitari giudicati ingannevoli. I modi di attivazione di un intervento dell'Autorità sono vari. Un intervento può cominciare il suo corso quando un soggetto denuncia un comportamento che ritiene vietato dalla normativa a tutela della concorrenza.
Il denunciante può essere un'impresa che si ritenga danneggiata dal comportamento contestato, o una pubblica amministrazione o anche un

singolo cittadino, presentando per iscritto una denuncia (non anonima): riceverà comunque una risposta. L'Autorità può in ogni caso avviare un'indagine, indipendentemente dall'esistenza o meno di una denuncia, se sospetta che un certo comportamento sia lesivo della concorrenza. In taluni casi ciò è avvenuto sulla base di notizie pubblicate da organi di stampa.

Nel caso delle concentrazioni, è la stessa impresa che vuole realizzare l'operazione a presentare una comunicazione preventiva all'Autorità. In caso di omissione sono previste sanzioni amministrative. Spetta in seguito all'Autorità stessa stabilire se è opportuno, nel caso specifico, avviare un'indagine più approfondita. Sulla base degli elementi raccolti durante l'attività istruttoria e sentite le parti nell'audizione finale, l'Autorità prende la decisione. Per quanto riguarda le possibili sanzioni, nel caso di abusi e intese restrittive della concorrenza può essere inflitta una *sanzione pecuniaria* fino al 10 per cento del fatturato delle imprese coinvolte, a seconda della gravità della violazione. Se in seguito all'accertamento di un comportamento in violazione della legge questo non venisse interrotto nonostante la decisione in tal senso dell'Autorità, possono essere comminate ulteriori sanzioni pecuniarie e in casi di ripetuto rifiuto può essere disposta la *sospensione dell'attività dell'impresa* fino a 30 giorni. Sono altresì previste sanzioni pecuniarie per quelle imprese che omettono di comunicare preventivamente la concentrazione e per quelle che, nonostante il divieto di concentrazione, effettuano comunque l'operazione. Nell'ipotesi in cui l'operazione di concentrazione sia già avvenuta, l'Autorità può decidere, ove risulti (dall'esito di un'istruttoria) che si tratta di una concentrazione da vietare, il "*ripristino delle condizioni iniziali"*. Nella legislazione italiana non sono previste sanzioni di natura penale per violazioni della normativa sulla concorrenza. E' possibile fare ricorso contro le decisioni dell'Autorità presso il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio. Il giudizio di secondo grado può essere proposto al Consiglio di Stato.

5. Le singole fattispecie. L'Abuso di posizione dominante.

La posizione dominante può essere definita come " *una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la concorrenza effettiva sul mercato rilevante e ha la possibilità di tenere condotte alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti e, soprattutto, dei clienti. Siffatta posizione, a differenza di quella di monopolio o di quasi monopolio non esclude la concorrenza, ma pone l'azienda in una posizione che le permette di influenzare e decidere l'andamento stesso del mercato e della concorrenza senza doverne tener conto".*[3]

I fattori che connotano una posizione dominante sono vari, ma tra di essi un particolare significato assume la "*quota di mercato".* Mancando un

[3] Corte di Giustizia Europea Causa C 85/76, Hoffmann La Roche/ Commissione sentenza del 13 febbraio 1979

referente normativo che spieghi che cosa si intenda per "*quota di mercato"*, la Corte di Giustizia europea, ha dato una definizione di questa, ritenendo che: "*la detenzione di una quota di mercato particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene in una posizione che la rende controparte obbligatoria e che le garantisce l'indipendenza comportamentale che caratterizza la posizione dominante*"[4].

La "*quota di mercato",* però, non è l'unico elemento volto a caratterizzare la posizione dominante di un'impresa, ve ne sono tanti altri e molteplici che bisogna prendere in considerazione.

Per esempio:

a) La quota di mercato dei concorrenti. Questo è un fattore particolarmente importante, in quanto, la giurisprudenza, sia comunitaria sia italiana, ritiene che la quota di mercato di un'impresa in posizione dominante debba essere pari al 50-55%;
b) Le caratteristiche dell'impresa: per esempio il titolare;
c) L'esistenza di barriera all'entrata di un paese, il quale può essere un ostacolo per altre imprese concorrenti.

In ordine alla individuazione della fattispecie, bisogna prendere le mosse dal dato normativo: a norma dell'art. 3 L. 287/90 «*è vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*»; quindi, con una elencazione ormai pacificamente ritenuta esemplificativa e non tassativa, vengono indicati altri comportamenti «*inoltre vietati*»: si tratta, più specificamente, di alcune tipologie legislativamente individuate, di comportamenti che rendono abusiva la posizione dominante in sé, si ribadisce, lecita di una o più imprese.

Ad un'impresa in posizione dominante è, in particolare, vietato di:

a*) imporre, direttamente o indirettamente, prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose.*
b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi, al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico a danno dei consumatori.
c) applicare nei rapporti commerciali condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza.
d) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto del contratti stessi.

[4] Corte di Giustizia Europea Causa C 85/76, Hoffmann La Roche/ Commissione sentenza del 13 febbraio 1979

Affiora con tutta evidenza, dunque, che il nostro ordinamento non vieta l'acquisizione di una condizione di monopolio; è vero, infatti, che le analisi economiche concordano nel ritenere tale forma dannosa per gli equilibri di un mercato che ha, invece, la sua condizione ottimale nella concorrenza (quanto meno monopolistica); ma le stesse analisi economiche sono poi altrettanto pacifiche nell'ammettere che in talune situazioni, o con riferimento a talune categorie di prodotti, la forma monopolistica è quella che consente una migliore gestione delle risorse; si tratta di casi particolari, riconducibili a settori che richiedono il sostenimento di ingenti costi fissi, o il raggiungimento di notevoli dimensioni: condizioni, queste, non facilmente sostenibili da un elevato numero di imprese. Ed anche al di là di questi casi-limite, il monopolio è possibile. L'acquisizione di una posizione dominante sul mercato o in una parte rilevante dello stesso, non è in sé vietata e, l'impresa che sia in grado di esercitare un'influenza preponderante sul mercato e di agire senza dovere tener conto delle reazioni dei concorrenti[5], può liberamente e legittimamente svolgere la propria attività.

In questo senso sorge solo un problema interpretativo inerente alla necessità di precisare il mercato di riferimento, rispetto al quale può dirsi sussistente una posizione dominante. A tale riguardo si potrà tenere conto di quei connotati merceologici in virtù dei quali un prodotto risulta sostituibile da un altro [6]. Anche la Suprema Corte[7] ha rilevato la necessità a che, nell'analisi della posizione dominante, si definisca il mercato di riferimento, cioè della sua estensione geografica nonché dell'area di sostituibilità dei prodotti e dei servizi in questione, cosicché su tale sostituibilità da parte del mercato, il comportamento del dominante possa essere esaminato nei suoi effetti. Ha evidenziato la S.C. nella sentenza citata come, la norma dell'art. 3, non abbia la funzione di impedire la conquista di una posizione dominante ovvero di una posizione di monopolio (obiettivo questo, se mai, delle norme che disciplinano le concentrazioni), ma piuttosto di impedire che esse, una volta raggiunte, *tolgano competitività al mercato*, ledendo la sua essenziale struttura concorrenziale e quindi il diritto degli altri imprenditori a competere con il dominante.

Continua a tale riguardo la Corte che, proprio dal momento che, di fatto, interesse della impresa che ha raggiunto una posizione dominante *è quello di conservarla*, essa potrà cercare di impedire l'ingresso nel mercato a chi voglia entrarvi, ovvero estromettere le altre imprese non dominanti, per rafforzare la propria posizione fino a raggiungere un assoluto monopolio.
Nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, la Corte, si spinge anche più in là di quanto la lettura della norma parrebbe suggerire; essa infatti,

[5] G. F. Campobasso, in Diritto Commerciale, Utet
[6] G. Ferri, in Manuale di diritto commerciale, Utet.
[7] Cass. Sez. I. Civ. 6368/2000.

ritiene lecito non soltanto che un'impresa acquisisca una posizione dominante, ma altresì - poiché insito nella natura delle cose - che l'impresa medesima, per salvaguardare la posizione conquistata, si adoperi per impedire l'ingresso ovvero anche per estromettere imprese non dominanti.

Ad essere vietato sarebbe solo lo *sfruttamento abusivo* di quella posizione dominante con comportamenti idonei a pregiudicare la concorrenza effettiva; il che pone il problema di precisare le caratteristiche della situazione di dominio che rende applicabili le disposizioni: attraverso anche delle analisi di mercato, si dovrà verificare se l'impresa è in grado «*efficacemente di ostacolare una concorrenza e di adottare comportamenti almeno relativamente indipendenti nei confronti di altri operatori*»

Alla luce di questa ricostruzione, non è *il fine* perseguito dall'impresa a costituire la linea di confine tra posizione dominante ammessa e posizione dominante vietata; quanto le *modalità* attraverso cui il risultato monopolistico viene perseguito. In tal senso, conclude la Corte, se la salvaguardia della posizione dominante da parte dell'impresa che la occupa, avviene mediante un comportamento oggettivo che limita*ex ante* la libertà di movimento nel mercato del concorrente, si ha *abuso*, con le conseguenti possibilità d'intervento dell'Autorità e l'inflizione delle sanzioni previste dalla legge.

5.1. Le singole fattispecie. I prezzi non equi e ingiustamente gravosi.
Un'impresa che si trovi in una posizione dominante e che pertanto è in grado di influenzare il mercato, può avere un sufficiente potere di mercato e far pagare ai propri clienti prezzi elevati e a volte ingiusti.
Una definizione analitica di "*prezzo ingiusto"* , tuttavia, è molto difficile: la Corte di Giustizia Europea, ha sancito che: " *per prezzo non equo deve intendersi quello che non ha alcuna relazione ragionevole con il valore effettivo del prodotto"*[8].
Pertanto al fine di determinare se un prezzo è equo o meno, è necessario compiere un raffronto tra il prezzo praticato e i costi di produzione. E' molto difficile, pertanto, capire quando un prezzo sia equo o meno, in quanto, non è vietato per l'impresa porre in essere un "*mark up"* sui costi di produzione.

5.2. I prezzi predatori.
Con tale condotta, l'impresa mette i prodotti in vendita ad un prezzo che sia al di sotto dei costi di produzione. Lo scopo è quello di vendere i beni, in un regime di monopolio, dopo aver eliminato i concorrenti dal mercato. Per questa ragione i prezzi predatori sono dannosi: essi sono calcolati razionalmente per eliminare i concorrenti dal mercato o per influenzare i

[8] Corte di Giustizia Europea, caso unitet brands 27/76

loro comportamenti, in modo tale da poter determinare il mercato in una posizione di monopolio dopo la fase dei "*prezzi predatori".*
L'esistenza di questi si dimostra in base al concetto che la concorrenza porta i prezzi dei prodotti verso il loro costo marginale. Inoltre, praticare prezzi al di sotto dei costi marginale per un periodo di tempo relativamente breve, non è un comportamento che viene profuso per massimizzare le vendite e i profitti.

Sul punto, la Corte di Giustizia Europea, ha definito con particolare dettaglio i criteri e le basi di costo mediante le quali è possibile definire un prezzo come predatore: " *infatti, sostiene la Corte, i prezzi inferiori alla media dei costi variabili, meglio definiti come quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti, mediante i quali un'impresa persegue l'obiettivo di eliminare i concorrenti dal mercato, deve considerarsi un illecito, poiché, ogni vendita rappresenta una perdita per l'impresa. Da ciò si evince come l'impresa non ha alcun interesse economico a praticare tali interessi, ma è spinta da uno spirito di eliminazione dei propri concorrenti dal mercato, per poter rialzare i prezzi in un momento successivo, in quanto si trova in una posizione di monopolio. Infine, aggiunge la Corte, tali prezzi possono estromettere dal mercato i concorrenti, dato che hanno capacità finanziarie molto più limitate e, quindi, sono incapaci di resistere alla concorrenza esercitata nei loro confronti."*[9]

La Corte, quindi, ha individuato tre tipi di prezzi:
a) Prezzi al di sotto dei costi medi variabili, i quali vengono considerati prezzi predatori;
b) Prezzi al di sopra dei costi medi variabili, ma al di sotto dei costi medi totali, i quali, possono considerarsi predatori se siano considerati come una strategia per eliminare la concorrenza;
c) Prezzi al di sopra dei costi totali, che generalmente non sono considerati predatori.

5.3. La limitazione degli sbocchi e la dottrina del "essential facilities"
Una seconda fattispecie di abuso di posizione dominante è rappresentata dalla preclusione agli sbocchi e dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori. Un impresa che nega, senza una motivazione oggettiva, l'ingresso nel mercato di un'impresa, compie un abuso di posizione dominante. Infatti, le uniche limitazione e motivazione all'accesso al mercato sono un bilanciamento tra gli interessi pubblici e privato, assicurando che il mercato non venga falsato.

Nella legislazione attuale, soprattutto europea, un'impresa dominante, generalmente non è obbligata ad offrire l'accesso alle sue infrastrutture e alla sua rete o tecnologia, e, pertanto, non si verifica un abuso di detta posizione, a meno che non si verificano tre condizioni:

[9] Corte di Giustizia Europea, caso AZKO c. ECS

1) Il rifiuto di accesso all'infrastruttura impedisce in modo sostanziale la concorrenza sul mercato;
2) L'accesso deve essere indispensabile e imprescindibile per la fornitura del servizio;
3) L'accesso viene negato senza alcuna giustificazione obiettiva.

L'assetto normativo delineato, risente molto della dottrina americana dell'"*essential facility"* , cioè di infrastruttura essenziale. La limitazione all'accesso del mercato, pertanto, si basa sul concetto che alcune strutture, come per esempio i monopoli naturali, o gli accordi di joint venture, possono dare notevoli vantaggi di costo a coloro che li possiedono, ma è necessario che detta infrastruttura sia essenziale ed indispensabile per la fornitura del servizio.

5.4. Il rifiuto di stipulare contratti.

Oltre al rifiuto di accesso al mercato, l'abuso di posizione dominante si realizza anche tramite il rifiuto da parte di un'impresa dominante di stipulare contratti con un'azienda emergente sul mercato, qualora detto rifiuto si basi sulla mera eliminazione dal mercato dell'impresa.
Similare a tale fattispecie è il trasferimento del potere di mercato. Con questa condotta, l'impresa trasferisce il suo potere ad imprese che siano collegate tra di loro in un mercato correlato. Classico esempio di ciò è il caso "*Telemarketing",* ove una stazione televisiva belga si rifiutava di concedere spazi per le televendite sui propri canali, riservandoli ad imprese collegate, in modo tale da eliminare la concorrenza. La Corte di Giustizia Europea, ha stabilito che tale ipotesi è un abuso di posizione dominante, in quanto, l'impresa si rifiuta di concedere spazi ai propri concorrenti, al fine di eliminarli dal mercato.

5.5. La discriminazione di prezzi e la scontistica

Un'altra modalità di abuso è la discriminazione di prezzi simili ma anche dissimili. Questa è vietata ai fini *antitrust* se viene esercitata a fini anticompetitivi, per esempio tramite l'applicazione di sovraprezzi ai clienti che non hanno altra fonte di approvvigionamento al fine di massimizzare i propri profitti. Nella normativa *antitrust* la differenza tra prezzi è ritenuta discriminatoria e, quindi, realizza un illecito, solo se superano un livello di tolleranza e siano ingiustificabili e sproporzionate.
In Italia, un esempio di tale condotta è il caso Coca Cola/ Pepsi, ove la discriminazione dei prezzi era volta ad eliminare Pepsi dal mercato.[10]

5.6. Gli accordi di "Typing"

L'ultima condotta prevista dall'art. 3 della legge "*antitrust"* è rappresentato dagli accordi di "*typing":* cioè quegli accordi negoziali con cui le imprese accettano prestazioni supplementari che per loro natura non hanno alcuna connessione con l'oggetto dei contratti.

[10] Corte di Giustizia Europea, Coca Cola/ Pepsi, procedimento n. AGCM A 224.

Tali accorsi si hanno quando due o più imprese non richiedono di essere forniti dallo stesso soggetto anche se i prodotti sono tra loro correlati.

6. Gli accordi tra le imprese.

imprese possono falsare la concorrenza mettendosi d'accordo con i concorrenti per fissare i prezzi o ripartirsi il mercato, in modo che ognuna abbia il monopolio sulla parte ad essa assegnata. Gli accordi anticoncorrenziali possono essere palesi o segreti (come nel caso dei cartelli). Possono essere scritti (come *"accordi tra imprese*" o in una decisione o in uno statuto di un'associazione di categoria) o informali.

Bisogna domandarsi, a questo punto, il perché i cartelli sono un fenomeno così negativo e come individuarli.

Le imprese che fanno parte di cartelli che controllano i prezzi o ripartiscono i mercati non sono stimolate a lanciare nuovi prodotti, migliorare la qualità e mantenere bassi i prezzi. I consumatori finiscono per pagare di più per una qualità inferiore.

I cartelli sono vietati dal diritto della concorrenza dell'UE e la Commissione sanziona le imprese che ne fanno parte. Essendo illegali, i cartelli mantengono in generale la massima segretezza e non è facile smascherarli.

Ecco perché la Commissione incoraggia le imprese a fornire le prove dell'esistenza di cartelli promettendo loro un "trattamento favorevole". L'impresa facente parte di un cartello che si autodenuncia per prima non paga l'ammenda. Questa politica ha avuto molto successo nello smantellare i cartelli.

Non tutti gli accordi, però, sono illegali. Sono quasi sempre illegali gli accordi con i quali i partecipanti:

- fissano i prezzi
- limitano la produzione
- si dividono tra loro i mercati o i clienti
- fissano i prezzi di rivendita (tra un produttore e i suoi distributori).

Un accordo può invece essere autorizzato se:

- i suoi effetti positivi sono maggiori di quelli negativi
- i partecipanti non sono concorrenti
- è concluso tra imprese che insieme detengono solo una piccola quota di mercato
- è necessario per migliorare prodotti o servizi esistenti, per svilupparne di nuovi o per metterli a disposizione dei consumatori in modi nuovi e più efficienti.

Classici esempio di tali accordi sono:

a) Gli accordi di *ricerca e sviluppo e di trasferimento di tecnologie* sono spesso compatibili con il diritto della concorrenza perché alcuni prodotti richiedono un lavoro di ricerca che costerebbe troppo a un'unica impresa. Possono essere legali anche gli accordi sulla produzione, gli acquisti o la vendita in comune e in materia di standardizzazione.

b) Gli *accordi di distribuzione* possono essere illegali se, ad esempio, i produttori pretendono che i negozi abbiano un'immagine precisa o il personale di vendita sia formato in modo particolare. Clausole simili possono però essere permesse se mirano a che i prodotti siano immagazzinati o venduti in luoghi adatti e i clienti possano beneficiare di consigli personalizzati, oppure a evitare che un distributore si avvantaggi gratis dell'azione promozionale di un concorrente. Ogni caso va valutato individualmente, tenendo conto della posizione di mercato delle aziende e delle cifre in gioco.

7. Gli aiuti di Stato.

Infine, bisogna menzionare la disciplina degli "*aiuti di Stato",* ma sarebbe meglio dire degli aiuti pubblici, regolamentati dagli artt.87 e 88 Tr.CE, nonché dalle norme emanate dal Consiglio o dalla Commissione su sua delega in forza dei poteri previsti dall'art.89 Tr.CE. Essa prende in considerazione tutte quelle ipotesi nelle quali l'intervento nel mercato dello Stato o degli enti pubblici minori avviene attraverso l'attribuzione di risorse economiche (costituite soprattutto, ma non solo, da somme di denaro) a favore di alcune imprese. Si tratta di un settore a tutti gli effetti "*portante"* dell'economia dei singoli Stati. In questo contesto rientrano, pertanto, le misure pubbliche riconducibili al concetto di "*aiuti"* , indipendentemente se esse siano il frutto di disposizioni legislative o di provvedimenti amministrativi, ovvero il risultato di atti civilistici posti in essere dagli enti pubblici, con conseguenze analoghe in ordine alle misure riguardanti imprese pubbliche o che svolgono pubblici servizi e sia dal punto di vista delle competenze sanzionatorie sia da quello degli effetti di una loro eventuale illegittimità. Accanto ad un ampio divieto di portata generale, che in astratto ricomprende quasi tutte le forme di agevolazione economica pubblica a favore delle imprese in senso lato, possiamo individuare oltre ad una serie di agevolazioni economiche pubbliche che non costituiscono aiuti e sono quindi escluse dall'applicazione della disciplina comunitaria in materia, un'altra serie di misure che sono aiuti, ma vengono considerate "*compatibili con il mercato comune"* (secondo l'espressione usata dall'art.87 n.2 Tr.CE) e quindi esenti dal divieto. Il divieto generale riguarda un concetto molto ampio di sovvenzioni statali (pubbliche) dal momento che, ai sensi dell'art.87 n.1 Tr.CE, salvo "*le deroghe contemplate dal Trattato*" sono vietati, in quanto "*incompatibili con il mercato comune" gli "aiuti concessi dagli Stati", "ovvero mediante risorse statali"* (o meglio di enti pubblici) che "*sotto qualsiasi forma*", "*favorendo alcune imprese o alcuni prodotti, falsino o minaccino di falsare la concorrenza"*. Nel "*concetto di aiuto di Stato"* rientrano tutte quelle misure basate su leggi, atti amministrativi o negozi civilistici che attribuiscano vantaggi economici diretti o indiretti, effettivi o potenziali, ad alcune imprese o ad alcuni prodotti, e il cui onere economico gravi sul bilancio di un ente pubblico, cioè di un ente dotato di poteri autoritativi e/o di introiti derivanti anche dall'imposizione fiscale, comportando una

diminuzione patrimoniale, diretta o indiretta, effettiva o potenziale, anche nella forma di rinuncia a possibili future entrate, per l'ente medesimo. [11]
La parte più rilevante delle agevolazioni economiche pubbliche alle imprese è però costituita da quelle che, pur qualificabili come aiuti, sono considerate "*compatibili"* con il mercato comune cioè, secondo la terminologia usata, sono "*esentate*" dell'applicazione del divieto. Per gli aiuti esentati dall'applicazione del divieto, infatti, la disciplina comunitaria individua un duplice regime giuridico: da un lato abbiamo una serie di aiuti esentati di diritto, dall'altro, e si tratta dei casi più importanti, altri aiuti che possono essere di volta in volta esentati con apposita autorizzazione discrezionale avente effetti costitutivi da parte della Commissione. Tra questi ultimi alcune categorie sono parimenti esentate anch'esse automaticamente senza bisogno di un atto apposito tramite autorizzazioni rilasciate in generale con regolamento. Quanto agli aiuti "*esentati di diritto"* in base al Trattato, tra essi rientrano (art.87 n.2 Tr.CE): quelli concessi ai singoli consumatori, sempre che non determinino discriminazioni relativamente all'origine dei prodotti, quali ad esempio le riduzioni autoritative di prezzi o i contributi pubblici relativi all'acquisto di determinati beni (lett.a); quelli destinati a ovviare ai danni provocati da calamità naturali o da altri eventi eccezionali (lett.b); ed infine quelli specificamente concessi a determinate regioni della Germania, al fine di compensare gli svantaggi derivanti dalla divisione del Paese (lett.c). Le categorie di aiuti che assumono maggiore rilevanza sia dal punto di vista economico sia da quello giuridico sono però quelle ad "*esenzione facoltativa"* disciplinati dall'art.87 n.3, la cui ammissibilità è in ultima analisi, come accade per le intese esentate, basata sul principio di "strumentalità" del diritto della concorrenza e del mercato comune agli obiettivi del Trattato, costituiti dalla promozione della sviluppo economico e sociale di cui all'art.2 Tr.CE, e ai quali corrispondono in sostanza le ipotesi previste dal citato art.87 n3. Criterio fondamentale, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia è il "*principio di contropartita",* che consente di qualificare legittimamente come esentato un aiuto se indispensabile per raggiungere l'obiettivo di interesse comunitario in vista del quale è stabilita la deroga: si tratta in sostanza di un'applicazione del più volte citato principio di "*proporzionalità".*
Un classico esempio di aiuti discrezionalmente esentabili è rappresentato dagli aiuti cosiddetti "*regionali",* rivolti cioè a regioni (nel senso socio economico del termine) di un Paese particolarmente sfavorite, nelle quali si registri un tenore di vita particolarmente basso o una disoccupazione particolarmente elevata (art.87 n.3 lett.a) .
Tra gli aiuti regionali rientrano anche quelli, previsti dalla *lett.c)* del citato art.87 n.3, che tendono a promuovere lo "*sviluppo"* di una regione, il che secondo la giurisprudenza comunitaria deve ritenersi ammissibile in quanto la regione in esame presenti squilibri rispetto alle altre aree dello stesso Paese, a prescindere dalla valutazione, per così dire in valore assoluto, delle condizioni economiche e sociali presenti nella regione. Gli

[11] Corte di giustizia, causa C-280/00 del 24/7/2003, Altmark.

aiuti di questo secondo tipo sono da considerarsi subordinati quanto alla priorità rispetto a quelli di cui alla lettera a). La seconda categoria di aiuti comprende quelli *settoriali* (previsti anch'essi dall'art.87 n.3 lett.c), cioè quelli destinati a promuovere lo sviluppo di determinate attività, e quindi anche eventualmente di interi settori produttivi, quali ad esempio quelli concessi al settore audiovisivo, a quello delle fonti rinnovabili di energia ecc.

A metà tra gli aiuti regionali e quelli settoriali si collocano gli *aiuti destinati ad imprese in crisi,* che rappresentano una delle forme più tipiche dell'intervento pubblico in economia e in relazione ai quali, come in molti altri casi, il carattere "ideale" del mercato senza interventi esterni cede il passo alla sua strumentalità a fini sociali. A tale scopo, sulla base di una Comunicazione interpretativa del 1999 modificata nel 2004, contenente gli "orientamenti" della Commissione in materia, si distinguono gli aiuti per il salvataggio (costituiti da prestiti a tassi definiti) e quelli per la ristrutturazione (condizionati dalla elaborazione di appositi piani aziendali e dall'assunzione di garanzie) delle imprese in crisi.

Infine l'ultima categoria è costituita dagli aiuti *orizzontali*, riferiti cioè a determinate finalità e/o a tipi di imprese: tra essi rientrano sia gli aiuti previsti direttamente dal Trattato, cioè quelli relativi alla promozione di "*importanti progetti di interesse europeo"* o a porre rimedio ad un "*grave turbamento*" dell'economia di uno Stato membro (art.87 n.3 lett.b), e quelli destinati alla promozione del patrimonio culturale (lett.d), sia gli aiuti esentati in base ai poteri concessi in tal senso al Consiglio dal citato articolo lett.e).

A questo scopo il Consiglio ha emanato il reg.994/98, che prevede (artt.1 e 2) tutta una serie di aiuti orizzontali che possono essere esentati. In attuazione delle suddette disposizioni, la Commissione ha a sua volta emanato una serie di regolamenti che esentano di diritto, ad esempio gli aiuti a favore dell'occupazione (reg.2204/2002), quelli a favore delle piccole e medie imprese (reg.70/2001), quelli destinati alla formazione (reg.68/2001) e quelli relativi agli aiuti di importanza minore, in applicazione del solito principio *de minimis* (da ultimo reg.1998/2006).

In conclusione, dal quadro normativo ne emerge che il Legislatore Italiano e le Istituzioni Europee, danno una priorità assoluta al mercato, prevedendo norme e strumenti di tutela ampi, che siano idonei a garantire la legalità delle operazioni di mercato, ma soprattutto la creazione di un mercato verticale, caratterizzato da più imprese che investono e vendono i loro beni in un regime concorrenziale perfetto senza utilizzare pratiche abusive che possono portare ad un maggior profitto per l'impresa, ma un abbassamento dei livelli di benessere collettivi e sociali.

Il diritto d'autore: una breve introduzione.

a cura dell'avv. Domenico Di Leo

Negli ultimi anni, con l'eccezionale sviluppo della c.d. società dell'informazione, la disciplina relativa al diritto d'autore ha subito notevoli modifiche legate prevalentemente allo sviluppo e alla diffusione crescente dei computers e della comunicazione telematica ed informatica e degli aspetti problematici ad essi legati. Infatti, la comunicazione tradizionale, intesa in ogni suo aspetto, ha pian piano ceduto il passo alla comunicazione di tipo informatico, superando ostacoli, un tempo invalicabili, e offrendo una vasta gamma di servizi secondo tempistiche rapide. Si pensi al c.d. commercio elettronico, il quale ha visto una notevole espansione, grazie ai vantaggi che offre; si pensi ai pagamenti elettronici, che consentono una moltitudine di operazioni bancarie utilizzando il proprio pc da una posizione remota, senza doversi recare in filiale o senza dover andare in giro con somme di danaro di una certa consistenza. L'evoluzione informatica della società conosce il risvolto della medaglia, rappresentato da una serie di crimini prima sconosciuti o che, pur noti, avvengono secondo nuove modalità offerte proprio dallo sviluppo tecnologico o da questo rese più raffinate.

Il primo *corpus* normativo che disciplina in Italia il diritto d'autore è costituito dalla l. 633/41, successivamente novellata per le opportune integrazioni e modificazioni, sino alla più recente novella rappresentata dal d. lgs. 13 agosto 2010 n. 131, il c.d. Codice della Proprietà Industriale. Come ogni settore di produzione normativa nazionale, anche il settore in esame risente dell'influenza comunitaria e internazionale: la protezione del diritto d'autore ha generato, negli USA e nella UE, due discipline differenti circa i nuovi[12] diritti. Infatti, negli USA si parla di nuovi diritti in riferimento all'UCITA[13] mentre in Europa si tutela l'estrazione informazioni non coperte dal diritto esclusivo dell'autore contenute in banche dati che siano frutto di investimenti rilevanti dal punto di vista economico[14].

Queste prime osservazioni sono sufficienti da sé a dare un'idea della particolarità della materia, particolarità che tuttavia non rinchiude la medesima in una *turris eburnea* accessibile soltanto agli addetti agli autori

[12] La denominazione 'nuovi diritti' vale a semplificare il riferimento a tutti i diritti connessi al diritto d'autore inteso in senso proprio: il riferimento è a tutti quei diritti che non sono collocabili esattamente nella protezione del diritto d'autore intesa in termini classici né all'interno dei diritti legati alla proprietà industriale. Cfr *infra*.

[13] L'*Uniform Computer Information Transaction Act* – cfr: http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/lab/000518/LAB180500-3.pdf - prevede, se ratificato come legge nazionale dai vari Stati federali, prevede una tutela contrattuale a tutto tondo dei *softwares*, dei prodotti multimediali, delle banche dati, delle informazioni *on line* e di ogni altro prodotto della c.d. società dell'informazione.

[14] Direttiva 96/9/CE.

– come probabilmente lo era fino a qualche decennio addietro – ma oggi il diritto d'autore lo si vive in molteplici dimensioni: ad esempio, l'utilizzo di un Iphone o un Smartphone esprime una scelta commerciale – più o meno consapevole – non solo di tipo economico ma anche di prestigio legato all'utilizzo di un prodotto o del diretto concorrente di esso, prodotto al centro di una guerra commerciale e legale dai risvolti milionari[15]. Un altro esempio è rappresentato dal fenomeno diffusissimo per cui le piccole e medie imprese, che costituiscono l'ossatura dell'economia italiana, sempre più spesso utilizzano il nome del titolare dell'impresa quale *domain name* la cui registrazione come marchio è, invece, vietata[16]. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Le frontiere dell'evoluzione tecnologica spinge il diritto d'autore e i diritti di proprietà industriale verso lidi sconosciuti, sino a vederne sfumare i contorni: ad esempio, nell'esperienza degli States è permesso brevettare il *software*, in quanto frutto dell'ingegno, ed è consentito brevettare la modalità commerciale legata a Internet mentre ciò non è ammesso nell'esperienza continentale europea. Altro terreno di contrasto e confronto, a causa delle notevoli implicazioni opposte, di ordine etico, da un lato, e di ordine economico, dall'altro lato, è quello relativo alla veste giuridica (brevetto o diritto d'autore?) da dare ai prodotti biotecnologici: su questo piano, le tematiche ambientali e quelle relative alla salute hanno un peso tutt'altro che trascurabile nei confronti delle nuove tecnologie e delle prospettive di guadagno offerte dalle nuove *cultivar*, specialmente se si tratta di prodotti ogm, tanto sconosciuti quanto temuti.

Omettendo per scelta la premessa storica, occorre prendere le mosse dalla l. 633/41, che rappresenta, dopo tutte le modiche e integrazioni resesi necessarie nel corso degli anni[17], il punto di partenza nella presente indagine. Questa legge tutela le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengo ai diversi ambiti in cui l'estro umano si può manifestare, spaziando dalla letteratura alla musica, dalle arti figurative al teatro e alla cinematografia e all'architettura, qualunque sia il modo o la forma d'espressione. La formula adottata dall'art. 1 l. 633/41 è

[15] Sia consentito un rinvio al contributo dal titolo 'Apple c/Samsung', presente in questo speciale.

[16] La piena equiparazione fra *domain name* e segno distintivo non trova spazio nel c.p.i.

[17] Le leggi che sono intervenute a novellare l'impianto predisposto dalla l. 633/41 sono indicate di seguito: d. lgs. 95/2001, attuativo della direttiva 98/71/CE, in tema di protezione giuridica dei disegni e dei modelli; d. lgs. 68/2003, attuativo della direttiva 2001/29/CE, per armonizzare alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti ad esso connessi nella c.d. Società dell'Informazione; l. 128/2004, recante 'Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno e sostegno alle attività cinematografiche e dello spettacolo'; l. 43/2005 contenente 'Disposizioni urgenti per l'Università e le opere strategiche, per la mobilità dei dipendenti pubblici […]; d. lgs. 140/2006, attuativo della direttiva 2004/48/CE, recante norme per la tutela dei diritti d'autori di proprietà intellettuale; l. 2/2008, recante norme riguardanti la S.I.A.E. e la possibilità di diffondere attraverso la rete Internet immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate; d. lgs. 131/2010, recante modifiche e integrazioni al C.p.i. per armonizzare la disciplina nazionale in tema di protezione del modello ornamentale con la normativa comunitaria.

volutamente ampia, per tutelare ogni libera manifestazione del pensiero umano, con l'unico limite rappresentato dal requisito della creatività, su cui fra breve si ritornerà.

Nella medesima disposizione, si appresta la tutela per i programmi per elaboratore, in conseguenza della ratifica ed esecuzione della Convenzione di Berna[18], nonché le banche dati le quali presentino carattere creativo per la disposizione operata dall'autore circa i materiali ivi raccolti o la scelta dei medesimi.

Le opere soggette a tutela devono presentare un carattere creativo: ciò non vuol dire che le opere devono rappresentare una novità assoluta ma è necessario che in esse sia riconoscibile l'apporto creativo proprio dell'autore, cioè un tratto personale che consenta di affermare che l'opera apporti un elemento nuovo, diverso rispetto all'esistente. Il concetto di creatività non coincide con quello di novità assoluta ma va individuato caso per caso, riconoscendolo in quell'elemento originale che, benchè minimo, consenta di caratterizzare quell'opera rispetto a tante altre[19].

Il Capo III del Titolo I della l. 633/41 si divide in tre Sezioni, la prima rubricata 'Protezione dell'utilizzazione economica dell'opera', la seconda 'Protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore. Diritto morale dell'autore' e la terza 'Durata dei diritti di utilizzazione economica dell'opera'. La normativa riconosce all'autore sia i diritti morali, derivanti dalla creazione dell'opera dell'ingegno, che i diritti patrimoniali, discendenti dall'esclusiva utilizzazione economica dell'opera medesima.

La maggiore differenza fra le due categorie di diritti che spettano all'autore, come messo in evidenzia dalla pervasiva previsione normativa della l. 633/41, sta nel fatto che i diritti morali sono inalienabili e perpetui, mentre i diritti patrimoniali hanno una durata limitata nel tempo – coincidente con la vita dell'autore e per 70 anni dopo la sua morte – e possono essere alienati. Ed è comprensibile una simile disciplina: se è vero che l'autore può decidere di cedere i diritti patrimoniali ad un editore – salva ogni valutazione sulla convenienza di un simile contratto, ovviamente! – è altrettanto vero che l'autore ha il diritto di intervenire ogni volta che la paternità della sua opera venga messa in pericolo, con la

[18] La Convenzione di Berna è stata recepita e resa esecutiva in Italia con la legge 20 giugno 1978 n. 399 e predispone le norme volte a proteggere le opere letterarie ed artistiche. Anche sulla citata Convenzione si dirà oltre, nel corpo del testo. La convenzione di Berna, *rectius*, 'Convenzione per la creazione di una Unione internazionale per le opere letterarie e artistiche', fu firmata il 9 settembre 1866 da Belgio, Francia, Germania, Haiti, Italia, Liberia, Regno Unito, Spagna, Svizzera e Tunisia ed è la più antica fonte di diritto internazionale in tema di protezione del diritto d'autore.

[19] Cfr. Cass. civ., sez. I, 2 dicembre 1993, n. 11953; Cass. civ., sez. I, 12 marzo 2004, n. 5089. Inoltre, '*l'accertamento se l'opera dell'ingegno abbia carattere originale o, comunque, creativo è rimesso all'incensurabile accertamento del giudice di merito, quando sia sorretto da congrua motivazione ed esente da errori logici e giuridici*': così, Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 1968, n. 202.

possibilità di agire in via cautelare per la cessazione del fenomeno abusivo e per ottenere il giusto ristoro per i danni subiti.

Come si è avuto modo di accennare, nella materia in esame è rilevante l'apporto della normativa e della giurisprudenza comunitarie. In primo luogo, l'attività legislativa dell'Unione europea si estrinseca attraverso molteplici strumenti a differente incidenza nei tessuti normativi nazionali. Il Trattato istitutivo della Comunità Europea del 25 marzo 1957 non prevedeva esplicitamente il diritto d'autore, fra gli ambiti d'intervento. Tuttavia, l'art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'U.E. stabilisce che sono consentite restrizioni alla libera circolazione delle merci e dei servizi per tutelare le opere dell'ingegno[20]. A livello comunitario, si è spesso tentata la distinzione fra l'esistenza del diritto di privativa e il suo esercizio, sulla considerazione del fatto che l'esercizio possa incontrare limitazioni laddove si tratti di salvaguardare la libertà di concorrenza[21]. Va dato atto che le istituzioni comunitarie sono intervenute in molteplici occasioni sul tema della tutela delle opere dell'ingegno e del diritto d'autore, al fine di armonizzare le discipline nazionali degli Stati membri: tale opera di integrazione è perseguita sia attraverso l'emanazione di atti tipici che mediante l'attività della giurisprudenza della CGCE. Ad esempio, con la sentenza del 6 giugno 2002, la CGCE ha affermato che il divieto di discriminazione sancito dall'art. 12 Trattato deve essere applicato anche a tutela dei diritti d'autore, qualora un ordinamento nazionale accordi una tutela maggiore alle opere dei propri cittadini rispetto a quelle degli altri cittadini comunitari[22]. Una pronuncia che riguarda da vicino l'Italia è quella dell'8 novembre 2008 che ha disapplicato nei confronti di un cittadino comunitario l'obbligo previsto dalla normativa italiana circa l'apposizione del contrassegno S.I.A.E. per i prodotti della Società dell'Informazione, in quanto la relativa norma tecnica non era stata notificata alla Commissione europea, in conformità alla direttiva 98/34/CE.

Il riconoscimento del valore della proprietà intellettuale è sancito nell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata

[20] La disposizione cui si è fatto cenno prevede che 'le disposizioni degli articoli precedenti lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nozionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio fra Stati membri'. A tal proposito, vale la pena ricordare la pronuncia Coditel del 1980, con la quale la Corte di Giustizia si è occupata di delimitare il diritto di rappresentazione rispetto alla libertà di prestazione dei servizi. In tempi recenti, la medesima Corte ha fatto riferimento alla predetta pronuncia per stabilire che l'acquisto dei diritti di trasmissione televisiva di un avvenimento non costituisce di per sé una restrizione del regime di concorrenza sussumibile sub art. 81 n.1 C.E. e può essere giustificato dalla peculiarità del prodotto e del mercato. Tuttavia, un esercizio di tali diritti in un contesto giuridico ben definito può, di fatto, importare una restrizione di questo tipo.

[21] Ballarino T., Manuale di diritto dell'Unione Europea, VI ed., Cedam, 2002, pag. 597.

[22] Si tratta dell'art. 12 Trattato sul funzionamento dell'U.E., il quale stabilisce: ' Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità'.

dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 10 dicembre 1948, riconoscendone il valore intrinseco dello sforzo dell'ingegno umano. Infatti, in essa è previsto il diritto di ogni individuo di partecipare alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico; inoltre, ciascuno ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia l'autore.

Analogo riconoscimento è contenuto nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 1950: in essa sono contenuti in forma di decalogo i principi appartenenti alla sfera etica dell'essere umano. Pur non essendo previsto in forma esplicita, il diritto d'autore è ricavabile, sia dal Preambolo che dal testo della Convenzione, in quanto estrinsecazione della libertà di espressione, riconosciuta in via astratta.

La Convenzione di Berna, cui si è fatto cenno *supra*, è la fonte normativa internazionale da cui è dipeso lo sviluppo normativo nel settore: il Preambolo contiene l'invito rivolto ai Paesi aderenti di collaborare per giungere ad una disciplina del settore il più possibile uniforme. Il largo respiro cui sono ispirate le norme della convenzione si coglie sin dai primissimi articoli, come ad esempio l'art. 2, nel quale è stabilito che con la locuzione 'opere letterarie ed artistiche' si intende riferirsi a tutte le produzioni nei campi della letteratura, della scienza e dell'arte, a prescindere dal modo o dalla forma di espressione prescelta. Senza entrare nell'analisi della Convenzione di Berna, va evidenziato che essa afferma un principio che ha successivamente costituito l'ossatura della disciplina del diritto d'autore: si tratta del principio del trattamento nazionale o, altrimenti detto dell'assimilazione. In virtù di tale principio, le opere che hanno come Paese d'origine un Paese unionista devono godere negli altri Paesi contraenti lo stesso trattamento assicurato dalla legge nazionale ai propri cittadini, oltre ai diritti garantiti dalla Convenzione. Inoltre, per beneficiare della tutela prevista dalla Convenzione, non occorre procedere ad alcuna formalità; i diritti sono garantiti a prescindere dall'esistenza della protezione dell'opera nel Paese d'origine. La Convenzione, come successivamente modificata e integrata, a partire dall'Atto di Parigi del 4 maggio 1896, contiene poi il decalogo dei diritti di utilizzazione dell'opera, in ossequio all'esclusività dei medesimi a proprio beneficio.

Nella scia della Convenzione di Berna si pone la Convenzione universale per il diritto d'autore, firmata a Ginevra il 6 settembre 1952 e modificata nel 1971, la quale afferma il principio della protezione

sufficiente ed efficace del diritto d'autore, nei vari Paesi aderenti, in uno al principio dell'assimilazione, già proclamato dalla Convenzione di Berna.

Ultima in ordine di tempo è stata la Convenzione che ha istituito l'OMPI (Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale), firmata a Stoccolma il 14 luglio 1967, avente l'ambizioso obiettivo di tutelare la proprietà intellettuale nel mondo. L'espressione 'proprietà intellettuale' utilizzata dalla Convenzione fa riferimento al complesso dei diritti relativi alle opere (letterarie, artistiche, scientifiche), alle prestazioni degli artisti (sia interpreti che esecutori), ai prodotti fonografici, alla radiodiffusione, alle invenzioni e scoperte scientifiche, ai marchi, ai disegni e ai modelli industriali. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la l. 424/1976. L'OMPI si propone lo scopo duplice di promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo attraverso la cooperazione fra gli Stati aderenti e con altre organizzazioni internazionali e di sviluppare la cooperazione amministrativa fra le Unioni. Affinchè il raggiungimento di tali obiettivi sia possibile, tra le altre azoni idonee, l'OMPI promuove l'adozione di provvedimenti volti a migliorare la funzione di tutela della p.i. nel mondo attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali; si preoccupa di curare i servizi amministrativi delle Unioni di Parigi, di Berna e delle altre organizzazioni costituite in relazione alla tutela della p.i.; promuove ogni impegno internazionale volto alla promozione e alla tutela della p.i., assumendone, laddove occorra, la gestione amministrativa relativa; offre la sua cooperazione agli Stati che chiedono l'assistenza tecnica e giuridica nel settore della p.i. e diffonde le informazioni sulla p.i., promuovendone lo studio.

Con la legge 747/94, l'Italia ha ratificato l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio del 15 aprile 1994. La Sezione I della Parte II dell'Accordo è dedicata al diritto d'autore e ai diritti connessi. Nell'Accordo si stabilisce il rispetto dei principi contenuti nella Convenzione di Berna.

Sin qui una rapida panoramica a volo d'uccello sulle principali fonti e organizzazioni il cui scopo specifico è la tutela della proprietà intellettuale. Per comprendere in cosa consiste tale tutela, vale la pena di fare cenno ai principali diritti patrimoniali elencati nella l. 633/41[23], come successivamente modificata e integrata. Intanto, l'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera e di trarne ogni utilità economica; accanto alla pubblicazione, l'autore ha il diritto di riprodurre l'opera in più copie, utilizzando ogni procedimento di riproduzione, ha il diritto di esecuzione,

[23] Artt. da 12 a 19 della l. 633/41.

rappresentazione o comunicazione, di distribuzione, di elaborazione e di pubblicazione, per citarne qualcuno. Si tratta di diritti patrimoniali esclusivi dell'autore; tuttavia, essi sono suscettibili di cessione per atto *inter vivos aut mortis causa* tra l'autore e l'avente causa e sono limitati nel tempo. L'art. 19 l. 633/41 stabilisce il principio dell'indipendenza dei diritti patrimoniali nel senso che l'esercizio di uno di essi non pregiudica né esclude l'esercizio di uno fra gli altri diritti.

Come accennato, accanto ai diritti di utilizzazione economica esclusiva dell'opera, l'autore è titolare di un complesso di diritti, genericamente racchiusi nell'espressione 'diritto morale'. Le maggiori differenze fra gli stati attiene proprio a questa sezione. All'interno della l. 633/41[24], l'elenco dei diritti morali dell'autore è lungo e si apre con l'affermazione che, indipendentemente dai diritti economici e anche dopo l'eventuale cessione degli stessi, l'autore ha il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi ad ogni tipo di modificazione cui sia sottoposta l'opera originaria che possano essere di pregiudizio al suo onore e alla sua reputazione. Questi diritti, attenendo alla sfera della personalità dell'autore, non sono soggetti ad un limite temporale circa la loro tutela o il loro esercizio. Infatti, l'autore conserva il diritto di paternità sempre: esso si compone del diritto di identificazione, consistente nella libera scelta dell'autore di identificarsi o utilizzare uno pseudonimo o mantenere l'anonimato; e del diritto di rivendicazione, che permette all'autore di rivendicare la paternità dell'opera nei confronti di chiunque si qualifichi come autore della stessa. L'art. 2577 c.c., al comma 2, afferma quanto appena detto, ribadendo una disciplina dapprima prevista nella normativa di settore e poi trasfusa, l'anno successivo, nel codice civile del '42, sottolineando la necessità di apprestare una tutela efficace contro ogni forma di aggressione al diritto d'autore. La falsa attribuzione di paternità dell'opera o la sua riproduzione in modo parziale e distorto costituiscono lesione del diritto alla paternità e alla integrità dell'opera: infatti, il diritto d'autore rappresenta un diritto della personalità, con conseguente risarcimento del danno a favore dell'autore.

La l. 633/41 prevede una serie di principi che ha indotto la maggior parte degli interpreti a ritenere che le norme ivi contenute sancissero il principio della territorialità[25]. Prima dell'entrata in vigore della l. 218/95, modificativa del sistema di diritto internazionale privato nazionale, esso non prevedeva alcuna disciplina dei beni immateriali. In assenza di un dato normativo, gli esegeti prendevano le mosse dall'art. 22 delle

[24] Artt. da 20 a 24 della l. 633/41.

[25] L'art. 185 l. 633/41, cui si rinvia per il testo, ne è un chiaro esempio.

disposizioni sulla legge in generale, ritenendo di poter estendere ai beni immateriali il principio della *lex rei sitae*, ivi affermato in tema di beni materiali. Altra parte della dottrina, partendo dalla distinzione fra proprietà dei beni materiali e titolarità dei beni immateriali, riteneva inapplicabile il criterio contenuto nell'art. 22 preleggi, anche perché, non essendo possibile far riferimento a una collocazione materiale, non aveva senso parlare di *lex rei sitae*. La Cassazione aveva proposto il criterio della territorialità che andava desunto dalla legge del luogo ove si voleva godere o disporre del diritto d'autore[26]. La l. 218/95, introducendo l'art. 54, ha eliminato ogni dubbio imponendo che i diritti sui beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato in cui vengono utilizzati, avvalorando la tesi di chi sosteneva già da tempo che era preferibile adottare una soluzione improntata al criterio della territorialità.

La rete Internet per il diritto d'autore rappresenta un'occasione da non perdere, data la velocità con cui viaggiano le informazioni e la possibilità per i singoli autori di farsi conoscere dal grande pubblico e diffondere il frutto della propria attività intellettuale a costi inferiori – rispetto a un contratto di edizione 'classico' – o secondo modalità tipiche della Società dell'Informazione ma è anche un luogo in cui è facilissimo vedere violati i propri diritti: alcuni teorici della Società dell'informazione sostengono che la rete non è in grado di tutelare efficacemente l'opera dell'ingegno e perciò auspicano o comunque prevedono un mondo in cui il diritto d'autore non esisterà. Lungi dall'aderire ad una simile visione poco realistica, resta il fatto della difficile tutela a tutto tondo della proprietà intellettuale in rete: di sicuro, in un contesto del genere la titolarità del bene immateriale va valorizzata, utilizzando le opportunità offerte dalla rete medesima. Nei Paesi Bassi è stata avanzata la proposta di una nuova Convenzione dell'Aja di diritto internazionale privato per armonizzare le differenti normative nazionali e approntare una valida risposta ai tanti problemi proposti dalla rete Internet. Seppur con difficoltà, nelle more, l'art. 54 l. 633/41 può trovare applicazione anche in rete, affermandosi ancora una volta – non senza problemi applicativi di notevole portata – l'applicabilità della legge dello Stato di utilizzazione.

Bibliografia

Accanto alla bibliografia indicata nelle note, nella stesura del presente contributo si è fatto riferimento, fra gli altri, ai seguenti testi:

[26] Cass. civ., 29 luglio 1958, n. 2754 afferma che 'nel sistema di diritto internazionale privato italiano, il diritto d'autore, sia che venga ricondotto alla categoria dei diritti reali, secondo l'indirizzo prevalente che rende applicabile l'art. 22 delle disposizioni sulla legge in generali preliminari al codice civile, sia che, come sembra preferibile, lo si sottoponga ad un'apposita norma di diritto internazionale, desunta, oltre che dalle convenzioni, anche dalla nostra legislazione sostanziale sulle opere dell'ingegno, che ha carattere territoriale, risulta in ogni caso regolato dalla legge del luogo in cui si intende goderne e disporne'.

1. A. Sirotti Gaudenzi, Manuale pratico dei marchi e dei brevetti, IV ed., Maggioli, 2011;
2. A. Sirotti Gaudenzi, Il nuovo diritto d'autore, VI ed., Maggioli, 2010;
3. http://www.interlex.com/copyright/minotti3.htm;
4. http://www.intelex.com/copyright/ogm.htm;
5. Galli C., Codice della proprietà industriale: la riforma del 2010, a cura di C.G., IPSOA, Milano, 2010;
6. Ubertazzi L.C., Voce 'Diritto d'autore', in Digesto delle discipline privatistiche, sez. comm., vol. IV, Utet, 1989.

IL CASO

Il caso Samsung contro Apple

a cura dell'Avv. Domenico Di Leo

Apple e Samsung si sono confrontate in un aula del tribunale di San Jose in California. Le due società si sono accusate a vicenda di aver violato diversi brevetti per le tecnologie inserite nei loro dispositivi, chiedendo alla rispettiva controparte risarcimenti miliardari e la sospensione delle vendite di alcuni smartphone e tablet in diversi paesi. Secondo analisti e osservatori, il processo potrà condizionare il futuro del mercato dei dispositivi mobili e anche di Android, il sistema operativo di Google utilizzato da Samsung su buona parte dei propri tablet e smartphone.

L'iniziativa legale sta obbligando Apple a svelare informazioni e dettagli sul modo in cui furono progettati alcuni prodotti come gli iPhone e gli iPad. Tradizionalmente, la società – come qualunque soggetto giuridico che vanti un diritto esclusivo di utilizzazione di un marchio o di un brevetto o di un disegno industriale – non diffonde i dettagli sui meccanismi di funzionamento interni alla società: tuttavia, per poter muovere le proprie accuse e smontare quelle di Samsung, nell'ultima settimana molti dei suoi manager chiamati a testimoniare hanno dovuto svelare alcuni segreti, piccoli e grandi, sulla creazione e la commercializzazione dei suoi prodotti di maggiore successo degli ultimi anni. La rivelazione di questi segreti ha fatto emergere le strategie commerciali utilizzate da Apple sui vari mercati internazionali; accanto a queste, c'è stata la divulgazione di notizie relative alla tecnologia e alla produzione dei vari prodotti commercializzati dagli eredi di Steve Job.

Una mail è stata determinante per decidere. Senza voler entrare nelle specificità del processo statunitense e senza cedere alle semplificazioni cui siamo stati abituati dai feuilletons giudiziari made in USA, i giurati che hanno condannato Samsung hanno rivelato di aver considerato decisiva una email di Google per arrivare alla loro decisione finale. Lo spiega in un'intervista Velvin Hogan, il capo della giuria, che rivela che, al momento di stabilire se l'infrazione di Samsung fosse "intenzionale" o meno, "sapevamo a chi rivolgerci".

A questo proposito Hogan cita una email di Google, l'azienda che fornisce Android, il sistema operativo degli smartphone Samsung, la quale invitava nel 2010 i sudcoreani a modificare il design dei loro prodotti, troppo simile a quello della Apple. Nel caso in cui, come lascerebbe intendere l'intervista di Hogan, la giuria dovesse considerare intenzionale

le violazioni dei brevetti Apple da parte di Samsung, il giudice Lucy Kohn potrebbe triplicare il risarcimento danni di Samsung, il prossimo mese, quando prenderà in considerazione la richiesta della Apple di vietare la vendita di alcuni prodotti dell'azienda sudcoreana sul territorio Usa.

E così, Apple e Samsung si ritrovano di fronte alla Corte della California per rispondere definitivamente all'interrogativo che ha segnato l'ultima generazione di dispositivi mobili: *Samsung ha copiato o no la casa di Cupertino?* Quanto c'è dell'Iphone nel Samsung Galaxy? La somiglianza tra Ipad e Galaxy Tab è reale, come ha sancito una recente sentenza in suolo americano, o solo di facciata, secondo quanto ritenuto da un giudice inglese?

Di certo, c'è che nella battaglia del secolo per il controllo del mercato degli smartphones Apple gioca in casa: il processo, infatti, si terrà nell'aula di giustizia di San Josè, a brevissima distanza dal quartier generale della "mela morsicata". Il gigante sudcoreano, però, non ha intenzione di darsi per vinto e promette di lottare fino all'ultimo per evitare l'indennizzo record chiesto dalla compagnia fondata da Steve Jobs: 2,3 miliardi di dollari.

L'accusa, è noto, addita Samsung di aver copiato i brevetti di Iphone e Ipad, due prodotti che hanno rivoluzionato i rispettivi mercati di riferimento: l'uno quello degli smartphone, l'altro quello dei tablet, che di fatto è sorto dopo il suo arrivo. Tra i corridoi dei rispettivi uffici, però, filtrano voci che, questa volta, il Sol Levante stia facendo davvero tremare il colosso statunitense, essendo a tutt'oggi la compagnia quotata più redditizia del mondo. La penetrazione del neonato Galaxy 3, infatti, nonostante i prezzi elevati, pare abbia già minacciato di togliere al capostipite della nuova era dei telefoni portatili, l'Iphone, lo scettro di prodotto numero 1 nel mercato americano.

Uno smacco senza dubbio insopportabile per la Apple, che si vedrebbe rubare la palma di leader proprio dentro le mura domestiche. Ecco, dunque, secondo i bene informati, come la casa californiana abbia dato seguito legale alle tante lamentele espresse negli ultimi anni sul "look and feel" dei macchinari Samsung, un po' troppo simili a quelli usciti dai laboratori Apple. In sostanza, l'azienda americana sostiene che la diretta concorrente abbia plagiato, sia per tratti estetici, sia per caratteristiche meccaniche e di funzionamento, il telefono che ha dettato legge nel mercato mondiale negli ultimi anni.

Ad Apple avrà giovato non solo il terreno "amico" ma anche l'arbitro, il giudice Koh che aveva già ha bandito il tablet Galaxy 10.1 da tutti gli scaffali americani. Eppure, la libera vendita del Galaxy S3 negli States non fa dormire sonni tranquilli agli eredi di Steve Jobs, che

cercano, con il risultato favorevole del processo, di infliggere una ferita profonda anche a un altro big nel campo tecnologico, questa volta, però, "vicino di pianerottolo" di Apple: si tratta nientemeno che di Google, la quale con il lancio e la grande adattabilità del sistema operativo Android (presente come noto anche sui dispositivi Samsung), ha fatto proseliti nel campo della telefonia e dei servizi a essa correlati.

Per la verità, della rottura tra la mela e il motore di ricerca più famoso del mondo, si era già avuto conferma qualche tempo fa, quando la casa di Cupertino aveva annunciato di togliere l'accesso a Google Maps da iOS, sistema operativo di tutti i suoi gioiellini e, dunque, diretto contendente di Android.

Insomma, Apple contro tutti: la mela d'America con un colpo solo cerca di indebolire i due rivali più quotati ed erigersi a pilastro unico dell'innovazione tecnologica mondiale. Una missione che, vista la diffusione di certi apparecchi e l'espansione raggiunta a livello planetario dai servizi e prodotti "nemici", potrebbe essere troppo complicata, anche per un gigante che non sente la crisi, macinando dollari a un passo che nessuno riesce a reggere. In questo panorama da gigantomachia, non va dimenticato che il principale fornitore di componenti di Apple resta Samsung: comunque andrà, non va sottovalutata la ricaduta in termini commerciali della pronuncia favorevole ad Apple la quale, in ogni caso, continua ad aver necessità della componentistica occorrente alla costruzione dei suoi prodotti.

La sentenza del Tribunale di San Jose, che condanna la Samsung a pagare 1,05 miliardi di dollari ad Apple per violazione di alcuni brevetti, in quello che è stato definito il processo del secolo all'insegna dell'hi-tech, invita a fare alcune riflessioni.

Innanzitutto le testimonianze e le e-mail sospette – aventi per oggetto argomenti come design, applicazioni, dati sul marketing, vendite – hanno fatto emergere un nuovo modo di fare business o meglio ancora un modo ancora poco conosciuto di svolgere attività imprenditoriale caratterizzato da accordi tra aziende, fughe di notizie, intese sottobanco, ecc. Del resto anche il normale utente della strada ha ormai intuito che le differenze fra smartphone o tablet di aziende diverse sono talmente minime da rendere davvero difficile la scelta dell'uno o dell'altro prodotto.

Il vero problema è che allo stato attuale non si discute solo di design, forma dei telefonini o funzioni del cellulare, argomenti affrontati nel giudizio, ma si inizia a mettere in dubbio la stessa originalità di Android, il sistema operativo mobile di Google. Resta da capire se Apple abbia l'interesse effettivo di muovere guerra ad un colosso come Google per contestare un sistema operativo, che a differenza degli altri brevetti, è

un vero e proprio software open source e quindi personalizzabile. Le difficoltà tecniche di un simile contenzioso sono evidenti.

Ma il giudizio in questione ha fornito anche utili indicazioni su come ultimamente vengano gestiti processi di questo tipo. Tempi e modalità del tutto innovative. Difatti la decisione dei giurati è stata presa a tempo di record per un caso di simile complessità: 21 ore, equivalenti a meno di tre giorni lavorativi. Inoltre, in merito alle modalità, è stata esaminata una matrice in modo da vagliare ogni singola richiesta di giudizio sui modelli di smartphone, procedendo alla valutazione di un questionario piuttosto complesso.

Naturalmente Samsung ha annunciato ricorso contro la sentenza del Tribunale di San Jose ed è fuor di dubbio che il relativo giudizio di appello farà ancora discutere molto. Resta solo da capire se lo stesso avrà come proprio motivo dominante sottili questioni di carattere giuridico oppure altri argomenti connessi a posizioni di potere imprenditoriale, prestigio economico e leadership in ambito hi-tech.

Per offrire al lettore la panoramica più ampia possibile, si segnala la sentenza emessa da un giudice inglese che segna la differenza di approccio al medesimo problema da parte di due diverse giurisdizioni, pur affini per cultura giuridica. Infatti, come appena accennato nella presente nota, la sentenza, pronunciata dall'Alta Corte Britannica, ha stabilito come i tablet concorrenti dei due colossi tecnologici, l'Ipad e il nuovo modello Samsung Galaxy 10, non possano essere confusi dal consumatore. Pertanto, il blocco delle vendite, chiesto dalla "mela morsicata", non è stato accolto. A risollevare il morale in casa Apple, però, sono arrivate le motivazioni della sentenza: il gioiellino elettronico americano, infatti, sarebbe molto più accattivante e di interfaccia "user-friendly" rispetto al "sosia" sudcoreano. In sostanza, i due prodotti non possono essere ritenuti identici perché l'Ipad sarebbe molto più "cool" del rivale. Lapidario il giudice Colin Birss, che ha spiegato come, in tutta evidenza, il Galaxy non presenterebbe "la stessa minimale ed estrema semplicità del design Apple".

Qualche giorno prima, però, Apple aveva incassato il noto giudizio favorevole espresso dalla Corte d'appello federale californiana, che, in linea con il tribunale distrettuale dello stato federale, aveva ravvisato, nella medesima materia, prove inconfutabili delle modifiche apportate da Samsung per rendere il suo tablet più affine al "nemico" Ipad. Per questo, è stata vietata la vendita negli Stati Uniti del Galaxy 10. Sicuramente, volendo trarre un bilancio, la casa sudcoreana avrà accolto di miglior grado la sentenza inglese rispetto a quella californiana: essere ritenuti più brutti è sicuramente preferibile a essere banditi dal mercato.

Apple ha vinto la sfida legale per violazioni di brevetti su smartphone e tablet contro la Samsung, condannata a pagare 1,051 miliardi di dollari di risarcimento. A emettere il verdetto, in soli tre giorni di camera di consiglio, nove giurati della corte californiana di San Jose, che hanno riconosciuto il colosso sud coreano colpevole di aver copiato i software e gli elementi di design denunciati da Apple.

Secondo i giudici, sono in tutto sei i brevetti infranti da Samsung (erano sette quelli contestati), di cui tre collegati all'interfaccia grafica di iPhone e iPad (su tutti i modelli denunciati da Apple), uno relativo allo zoom e due relativi allo schermo multitouch. La giuria, che ha confermato la validita' di tutti e sette i brevetti, ha stabilito che Samsung ha volontariamente violato i brevetti e ha indotto le proprie controllate a fare lo stesso. Samsung è stata inoltre riconosciuta colpevole di aver copiato il design dell'iPhone e dell'iPad: dallo schermo agli altoparlanti, dagli angoli arrotondati del dispositivo alla sistemazione delle icone, fatta eccezione per il Galaxy, ''che non ha niente in comune'' con il tablet di Cupertino.

Totalmente respinta la controcausa di Samsung che reclamava danni per 422 milioni di dollari. La Samsung ha pero' annunciato, in una nota, che presenterà appello contro la sentenza del tribunale californiano ‘per ottenere un rovesciamento del verdetto’.

La causa che ha visto fronteggiarsi i due colossi dell’alta tecnologia ha preso in esame sette brevetti applicati a decine di smartphones e tablets come Captivate, Continuum, Droid Charge, Epic 4G, Fascinate, Galaxy Ace, Galaxy Prevail, Galaxy S, Exhibit, Infuse 4G, Mesmerize, Nexus S 4G, Gem, Galaxy Tab, Galaxy Tab 10.1, Replenish, Vibrant. In particolare, Samsung è stata giudicata colpevole di aver copiato il brevetto n. 381, relativo al ` bounce back’ in tutti i dispositivi indicati da Apple. Il brevetto n. 915 è stato copiato soltanto in alcuni modelli: esso si riferisce al *finger to scroll* e al *pitch and zoom*. In relazione al brevetto n. 163 si è discusso molto in quanto la verifica dell’eventuale imitazione del brevetto ha incontrato alcune eccezioni non facilmente superate da Apple. Inoltre, la casa coreana è stata giudicata colpevole di aver imitato anche l’interfaccia e il design anche se le attenzioni dei giurati sembrano essersi concentrate più sui telefoni cellulari che sui tablets. Secondo i giudici californiani, i prodotti della linea Galaxy Tab sono salvi, essendo stati giudicati non ‘pesantemente imitativi dell’Ipad’.

La Convenzione d’Unione di Parigi del 20 marzo 1883 e riveduta, da ultimo, a Stoccolma il 14 luglio 1967, entrata in vigore in Italia il 24 aprile 1977, è il primo documento internazionale che consente di superare

l'ostacolo della territorialità del marchio e del brevetto. Infatti, precedentemente alla stipula della predetta Convenzione, la materia era regolata singolarmente dagli Stati i quali disciplinavano il settore del diritto industriale si base nazionale, precludendo la possibilità di far valere la registrazione nazionale a livello internazionale. Il documento in esame dispone che i Paesi aderenti alla Convenzione sono costituiti in Unione ai fini della protezione della proprietà industriale che ha ad oggetto i brevetti d'invenzione, i modelli di utilità, i disegni o i modelli industriali, i marchi di fabbrica o di commercio etc nonché la repressione dela concorrenza sleale. I principi cardine su cui si basa la Convenzione sono due: il principio di assimilazione e il principio della priorità unionista.

Gli artt. 2 e 3 Conv. disciplinano il principio di assimilazione, in base al quale i cittadini di ogni Stato aderente gode negli altri Paesi unionisti degli stessi diritti riconosciuti ai cittadini dei medesimi. Infatti, l'art. 2 prevede che i cittadini di ogni Stato unionista gode in tutti gli altri – al fine della protezione della proprietà industriale – dei vantaggi che le rispettive leggi accordano al momento presente o in futuro ai cittadini nazionali, restando salvi i diritti previsti in particolare dalla Convenzione stessa. '*Essi avranno* – si legge nella disposizione indicata – *la stesa protezione dei nazionali e gli stessi mezzi legali di ricorso contro ogni lesione dei loro diritti, sempre che siano adempiute le formalità imposte agli stessi nazionali*'. Inoltre, la previsione normativa non impone alcun obbligo in punto di domicilio o di stabilimento nel Paese in cui è domandata la protezione per la tutela di un qualunque diritto relativo alla proprietà industriale. L'art. 3 Conv. equipara ai cittadini dell'Unione quelli dei Paesi non aderenti ma che siano domiciliati o abbiano stabilimenti industriali o commerciali effettivi in uno dei Paesi unionisti.

L'art. 4 Conv. pone il principio della priorità unionista in base al quale colui che abbia regolarmente depositato in uno dei Paesi dell'Unione una domanda di brevetto di invenzione, di modello di utilità, di disegno o modello industriale, di marchio di fabbrica o di commercio, o il suo avente causa, godrà di un diritto di priorità per eseguire il deposito negli altri Paesi. Questo vuol dire che chi presenta la domanda di registrazione di un segno distintivo oggi in uno Stato dell'Unione, ha 6 mesi o 12 mesi di tempo (a secondo del tipo di registrazione) per richiedere la medesima registrazione negli altri Paesi. Il titolo idoneo a far nascere questo diritto di priorità è qualsiasi deposito avente valore di deposito nazionale regolare in base alla legislazione nazionale di ciascun Paese dell'Unione o in base a Trattati bi- o plurilaterali stipulati fra i Paesi dell'Unione. Per deposito nazionale regolare si intende ogni deposito idoneo a stabilire la

data di deposito della domanda nel Paese considerato, a prescindere dall'esito ulteriore della domanda medesima. In riferimento a questa data, ogni ulteriore deposito negli altri Paesi dell'Unione potrà essere utilmente effettuato entro 6 mesi, se si tratta di disegni o modelli industriali e marchi di fabbrica o di commercio; il termine è di 12 mesi se si tratta di brevetti di invenzione e modelli di utilità.

Nel caso in esame, la pronuncia del giudice californiano si è basata sulla normativa cui si è appena fatto cenno, alla luce del fatto che entrambi i Paesi di appartenenza dei due colossi dell'high tech sono sottoscrittori della Convenzione[27];inoltre, sulla base delle medesime premesse, il giudice britannico ha rigettato la richiesta avanzata da Apple circa il blocco delle vendite in Gran Bretagna del Galaxy, misura peraltro consentita dalla Convenzione e di cui ha fatto applicazione lo stato federale californiano. Ai sensi dell'art. 10 *bis* Conv., in caso di atti di concorrenza sleale, i cittadini aderenti all'Unione hanno diritto ad essere tutelati attraverso una protezione effettiva. Per concorrenza sleale, deve intendersi, secondo la laconica e forse tautologica definizione offerta dalla Convenzione medesima, ogni atto di concorrenza contrario agli onesti usi in materia industriale e commerciale. Questa prima indicazione parrebbe già di per sè sufficiente ad offrire una garanzia ampia agli operatori del settore contro gli atti volti a ledere il legittimo diritto all'uso esclusivo dell'invenzione oggetto di brevetto. Ma la Convenzione, limitatamente ai fini che interessano la presente nota, prevede il severo divieto[28] dei fatti idonei a generare confusione (lett. a) fra i prodotti o l'attività industriale o commerciale di un concorrente e delle indicazioni e asserzioni il cui uso, nell'esercizio del commercio, possa indurre in errore il pubblico sulla natura, sul modo di fabbricazione, sulle caratteristiche, l'attitudine all'uso o la quantità delle merci.

Per quanto sin qui detto, sembra che le corti che si sono occupate, in tempi diversi seppur vicini, del contrasto fra Apple e Samsung abbiano concentrato i loro sforzi ermeneutici sulla questione se Samsung abbia o meno copiato i brevetti già depositati da Apple e pertanto meritevoli di tutela per effetto dell'avvenuto preventivo deposito, ai sensi della Convenzione di Parigi citata. Entrambe le corti adite, seppur con

[27] Gli USA hanno aderito alla Convenzione di Parigi il 5 settembre 1970; la Corea del Sud ha aderito il 4 maggio 1980.

[28] Il comma 3 dell'art. 10 *bis* Conv. recita: 'Dovranno particolarmente essere vietati…'. Sembra che nella *mens legis* dei compilatori della Convenzione sia apparso subito chiaro che esistono sicuramente pratiche commerciali scorrette e lesive dell'altrui diritto economico di utilizzazione esclusiva dell'invenzione brevettata la cui incidenza, tuttavia, non è tale da richiedere misure di intervento drastiche e risolutive. Per le situazioni in cui i diritti di esclusiva vengono posti in pericolo da atti gravi, i compilatori hanno individuato ipotesi non tassative – data la generalità della formulazione normativa – tali da offrire la tutela più ampia possibile agli aventi diritto.

motivazioni e con provvedimenti differenti, hanno condannato la casa high tech sudcoreana per aver tenuto comportamenti sleali in punto di concorrenza, avendo utilizzato meccanismi di produzione o accorgimenti estetici e di funzionamento che già furono oggetto di brevetto da parte di Apple. Ai sensi della normativa internazionale, i giudici hanno ritenuto che detto utilizzo da parte di Samsung abbia pesantemente leso i diritti di utilizzazione esclusiva facenti capo ad Apple circa le invenzioni oggetto di brevetto in quanto ha reso sostanzialmente simili i propri prodotti a quelli della casa statunitense, inducendo in errore il pubblico dei consumatori. Benchè il giudice britannico abbia considerato 'meno bello' il Galaxy 10, e, di conseguenza, non ha concesso ad Apple l'inibitoria della vendita del prodotto sul suolo inglese, sta di fatto che le caratteristiche, presenti in molti prodotti tecnologici posti a confronto nel corso del giudizio, sono identiche e che, sulla base di esse, Apple ha ottenuto la richiesta inibitoria in USA. Questa parziale divergenza di esiti rientra nell'alea di ogni giudizio: l'interpretazione della norma dipende da molteplici fattori e non va dimenticato che la corte federale californiana si è riunita a San Josè, una cittadina della Silicon Valley, dove è nata la Apple, grazie a Steve Job e a Steve Wozniack, le cui intuizioni hanno condotto una piccola società a Wall Street. Si può dire che la storia di Apple coincide per un bel pezzo con la storia e la cultura locale; e ciò non può non aver avuto alcun peso nella decisione della corte californiana. Inoltre, è chiaro come un processo che si occupa di alta tecnologia metta a dura prova non soltanto gli avvocati e i giudici ma anche tutti gli altri eventuali soggetti del processo – i periti, i giurati etc. – proprio perché il diritto sfuma quanto più le questioni si fanno tecniche e tecnologiche; e più ci si avvicina all'imponderabile, più sembra che la tecnologia offra prodotti molto simili fra loro, in relazione naturalmente allo stato della tecnica di quel momento storico.

Forse per lungimiranza o forse per una migliore tutela dei propri interessi, Apple aveva offerto nel 2010 a Samsung un accordo di licenza per i tablets e gli smartphones in cambio di una generosa royaltie. Chissà, forse non si sarebbe stato nessuno scontro fra titani….. e sembra poco probabile l'avvio di una causa – come si vocifera – contro Google, altro colosso dell'alta tecnologia, circa il software Android, proprio perché, in tal caso, si tratta di un software personalizzabile e soprattutto open source il cui utilizzo non sembra violare alcun diritto di utilizzazione esclusiva di nessuno.

Infine, merita un cenno la terza vicenda giudiziaria che vede opposti Apple e Samsung: questa volta, un tribunale del paese del Sol Levante ha

ritenuto che Samsung non ha utilizzato illegalmente tecnologia di Apple nei suoi prodotti.

Infatti, la Corte Distrettuale di Tokyo ha ritenuto che il gigante coreano dell'elettronica non ha violato i brevetti della casa di Cupertino su iPhone e iPad per alcuni dei suoi smartphones e tablets della serie Galaxy. È l'ulteriore prova che nell'applicazione delle norme di diritto industriale, specialmente nell'ambito internazionale, nulla è certo e scontato e che, ancora una volta, a seconda del tribunale adito, l'esito del giudizio può essere l'opposto di quello affermato in altra sede giudiziaria.

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

Art. 2; art. 3; art. 4 Convenzione di Parigi 1883 e s.m.i.

BIBLIOGRAFIA

www.altalex.it;

www.leggioggi.it;

www.ilsole24ore.com;

Per il testo integrale della sentenza della corte federale di San Josè, si veda il sito www.altalex.it, cercando 'Apple vince la sfida contro Samsung'. Il testo in pdf è in lingua inglese.

Il Made in Italy e la Moda: *breve excursus* della normativa e della giurisprudenza nazionale e comunitaria che hanno reso il marchio italiano il nostro cavallo di battaglia nel mondo

a cura della D.ssa Federica Vianello di LMN Avvocati

Da diversi anni è diffuso in Italia il tema del "MADE IN Italy" soprattutto nel campo dell'abbigliamento, delle calzature e della pelletteria.
Numerose leggi si sono susseguite nel corso degli anni, di matrice nazionale e comunitaria, che hanno di volta in volta tentato di intensificare la tutela del marchio italiano. Un breve *excursus* legislativo ci permetterà di rinfrescarci le idee sullo scopo del "MADE IN" e sulle diverse tutele approntate dall'ordinamento per proteggerne i suoi aspetti.
Va, in primo luogo, ricordato che l'esigenza di tutelare il "MADE IN" nasce, da una parte, dalla necessità di **aumentare le difese del mercato nazionale dall'invasione dei "falsi"**, sempre più frequentemente mascherati da merci nazionali, dall'altra, dalla necessità di **garantire la libertà imprenditoriale** che comporta anche la possibilità di terziarizzare una parte della produzione eventualmente all'estero, **garantendone comunque gli standard qualitativi**.
Fino al 2003, infatti, anno di promulgazione della Legge 350/03, l'ordinamento prevedeva semplicemente che **l'etichetta del prodotto** da commercializzare contenesse **l'origine e la provenienza** - non **in senso** geografico ma **imprenditoriale** - nei soli casi in cui l'omissione potesse generare dubbi o confusione nei consumatori.
Nei casi accertati di violazione di dette previsioni, il produttore veniva accusato e condannato del reato di cui all'art. 517 c.p. che prevede che"*chiunque pone in vendita o mette in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri* ***atti ad indurre il compratore in inganno sulla provenienza*** *o qualità dell'opera del prodotto è punito se il fatto non è provveduto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino ad € 20.000,00.*"
L'applicazione di tale norma veniva, tuttavia, mitigata dal disposto della sentenza della Corte di Cassazione Penale n. 2500 del 7.7.99 che stabiliva la non configurabilità del reato di cui all'art. 517 c.p. nel caso di prodotti recanti il marchio di fabbrica della ditta e l'indicazione della sede legale, seppur fabbricati altrove (nella specie, all'estero), quando il processo di fabbricazione era stato quello indicato dalla ditta medesima e da essa periodicamente controllato.
Dopo l'entrata in vigore della Legge 350/2003 recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)*", l'ambito di **applicazione dell'art. 517 c.p. era stato esteso ai prodotti importati o esportati etichettati con falsa indicazione di origine o con immagini fallaci.** La Legge 350/2003, art. 4 paragrafo 49, stabiliva, al riguardo, che "*costituisce falsa indicazione la stampigliatura "MADE IN Italy" su prodotti e merci non originari dell'Italia ai sensi della normativa europea sull'origine;*

costituisce fallace indicazione, anche qualora sia indicata l'origine e la provenienza estera dei prodotti o delle merci, l'uso di segni, figure, o quant'altro possa indurre il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce sia di origine italiana incluso l'uso fallace o fuorviante di marchi aziendali ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli".

L'emanazione di tale Legge, tuttavia, seppur, da una parte, non era stata in grado di influenzare l'orientamento giurisprudenziale ancora legato alla sentenza della Cassazione Penale sopra citata, dall'altra, aveva favorito l'incremento delle richieste delle associazioni di categoria di rendere obbligatoria l'indicazione dell'origine sempre e comunque.
Tra il 2003 e il 2005, la tutela del "MADE IN" è divenuta sempre più delineata e specifica; a partire dall'emanazione della Legge 204/2004 "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2004, n. 157, recante disposizioni urgenti per l'etichettatura di alcuni prodotti agroalimentari, nonché in materia di agricoltura e pesca*", art. 1 bis, che, riferita a un settore merceologico differente, imponeva l'obbligo di indicare in etichetta l'origine e la provenienza per determinati prodotti (olio d'oliva, latte fresco e passata di pomodoro), cui faceva seguito la **sostituzione dell'interpretazione giurisprudenziale dell'espressione "origine e provenienza" come l'origine geografica e non più imprenditoriale**, fino all'emanazione della **Legge 80/2005** "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali"*che prevedeva l'aumento della pena da infliggersi ai produttori da € 1.032 a € 20.000,00.

L'emanazione di tali norme ha, altresì, favorito la modifica dell'orientamento giurisprudenziale in materia. Importante è stata, soprattutto, la sentenza della Corte di Cassazione Penale n. 2648 del 20.01.2006 che ha stabilito che:"*Integra il reato di vendita di prodotti industriali con segni mendaci la commercializzazione di beni del settore abbigliamento con la dicitura «Italy», che pur essendo prodotti da una ditta italiana su disegno e tessuto italiano, siano confezionati all'estero da maestranze locali, in quanto in questo particolare settore l'Italia gode di un prestigio internazionale, fondato anche sulla particolare specializzazione delle maestranze impiegate, e, pertanto, il sottacere tale dato fattuale o il fornire fallaci indicazioni, ha l'intento di conferire al prodotto una maggiore affidabilità, promuovendone l'acquisto*".

Nonostante il vasto panorama legislativo richiamato, il "MADE IN" non risulta ancora sufficientemente tutelato. Numerose e differenti sono, tuttora, le problematiche da affrontare e da superare. Primo fra tutti il problema "dell'acquisizione dell'origine" della merce.

Il **Regolamento CE 450/08** (meglio conosciuto come Codice Doganale Comunitario) all'art. 36 sancisce due differenti principi:

1) Le merci interamente ottenute in un unico paese o territorio sono considerate originarie di tale paese o territorio;
2) Le merci alla cui produzione hanno contribuito due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione sostanziale.

Il **D.L. 135 del 25.9.2009** "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*", a conferma del punto 1 dell'art. 36 citato, stabilisce che si intende realizzato interamente in Italia il prodotto o la merce, classificabile come MADE IN Italy, ai sensi della normativa vigente, e per il quale il disegno, la progettazione, la lavorazione ed il confezionamento sono compiute esclusivamente sul territorio italiano.

Dalla lettura della più recente normativa (Regolamento CE 450/08 e D.L. 135/09), si può, quindi, dedurre che esistono **due differenti tipologie di MADE IN Italy**, quello legato al criterio selettore del Codice Doganale Comunitario e quello previsto dal D.L. 135/2009 c.d. Full MADE IN Italy.
Va, però, rilevato che della qualifica di "MADE IN Italy" possono fregiarsi anche i prodotti che hanno subito in Italia solo l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale e, quindi, anche i prodotti non interamente fabbricati in Italia.
Da quanto sopra precisato, risulta, quindi che l''unica differenza risieda nelle differenti diciture sulle etichette: **"100% MADE IN Italy"** per i primi, **"MADE IN Italy"** per i secondi; si ritiene che tale differenza di etichettatura non sia certo di immediata comprensione per gli acquirenti inesperti - di certo non in grado di notare questa piccola sottigliezza tecnico-giuridica – per i quali rimangono, comunque, prodotti MADE IN Italy.
Nonostante la normativa sia giunta all'individuazione delle differenti tipologie di MADE IN Italy, la macchina legislativa non si è potuta arrestare - indubbiamente incitata dalle continue proteste dei c.d. "contadini del tessile", imprenditori che hanno deciso di non delocalizzare all'estero la produzione - dando vita alla c.d. *Proposta di legge Ruzzoni, Versace, Colearo Ciman*, sfociata, dopo numerosi interventi, nella Legge 55 del 8.4.10.
La legge 55/10 ha avuto il pregio di aver creato il c.d. ***tertium genus* di MADE IN Italy**, di tipo settoriale, che riguarda soltanto alcuni ambiti merceologici e cioè il settore del tessile, quello della pelletteria, quello calzaturiero, quello dei divani e quello dei prodotti conciari.
Il comma 4 dell'art. 1 precisa che per ciascun settore la fasi di lavorazione devono aver luogo prevalentemente nel territorio nazionale ed, in particolare, **devono essere state realizzate sul territorio nazionale almeno due delle fasi di lavorazione** (filatura, tessitura, nobilitazione e confezione) previste e, per le altre fasi di lavorazione, deve essere verificabile la tracciabilità *(*che viene assicurata *attraverso l'evidenziazione del luogo di origine di ciascuna fase di lavorazione.)*

L'indicazione "MADE IN Italy" , precisa però l'articolo 1, è permessa per i **soli prodotti finiti** – e non intermedi - che rispondono a dette condizioni.
La restrittiva interpretazione dell'art. 1 comma 4 della Legge 55/10, pertanto, se da una parte permette di qualificare come prodotto MADE IN Italy un prodotto finito che abbia subito almeno due delle fasi di lavorazione in Italia, dall'altra non consente di definire, in quanto prodotto intermedio, il tessuto utilizzato come MADE IN Italy.
Il disposto del citato articolo ha recentemente trovato conferma nell'interpretazione datane dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 19650 del 24.05.2012. La Corte ha, nello specifico, rigettato il ricorso proposto da una società calzaturiera a cui era stato sequestrato un carico di solette e gambali che riportavano il marchio *MADE IN Italy*, rinvenuto dalla Guardia di Finanza su un autocarro di proprietà di una società con sede in Romania. Nella massima emanata così si legge: *"per le solette, così come per i gambali, vi sarebbe stata sia l'apposizione di un marchio di imprenditore italiano sia la falsa attestazione di fabbricazione del prodotto in un paese diverso da quello effettivo".*
La dicitura MADE IN Italy ha, infatti, sottolineato la Corte, è **permessa soltanto per prodotti finiti per i quali le fasi di lavorazione hanno avuto luogo prevalentemente nel territorio nazionale** e, in particolare, se almeno due delle fasi di lavorazione per ciascun settore sono state eseguite nel territorio medesimo e se per le rimanenti fasi è verificabile la tracciabilità. Punto fermo, comunque, è la necessità di assicurare la tracciabilità attraverso la evidenziazione del luogo di origine di ogni fase della lavorazione.
Va, al riguardo, rilevato come la Legge 55/10 desti non poche perplessità se considerata in ambito comunitario. Il disposto di detta Legge, infatti, contrasta con i principi dettati dal Codice Doganale che, si ricorda, ritiene che "*le merci alla cui produzione hanno contribuito due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione sostanziale*".
Il contrasto fra il "MADE IN" di matrice comunitaria e quello coniato dalla Legge Reguzzoni comporta, quindi, **l'inapplicabilità della normativa italiana**, in considerazione del fatto che la legge comunitaria rappresenta una fonte non derogabile dalle norme di uno Stato membro.
Ritengo che un breve esempio possa facilitare la comprensione del citato contrasto normativo tra la legge nazionale e la legge comunitaria: un industriale tessile fa realizzare filatura, tessitura e nobilitazione di un prodotto tessile in Macedonia, per poi mandare il semilavorato in Italia dove viene realizzata la confezione completa; secondo il Codice Doganale Comunitario, che ritiene che molti indumenti non a maglia, finiti o completi, richiedono come lavorazione sostanziale la confezione completa, il vestito di questo esempio è di origine non preferenziale italiana. Secondo la Legge Reguzzoni, invece, non potrebbe fregiarsi della dicitura MADE IN Italy poiché in Italia è stata realizzata una sola fase.
Ne deriva, quindi, che il prodotto finito, se venduto in Italia, non può recare l'indicazione "MADE IN Italy" per la legge Reguzzoni, ma deve

obbligatoriamente riportare l'indicazione di provenienza nel rispetto del Codice Doganale Comunitario, solo che per il Codice Doganale Comunitario il prodotto è per l'appunto "MADE IN Italy".
Questa breve riflessione ci permette di comprendere che una tutela completa ed omogenea dei prodotti MADE IN Italy è, ad avviso della scrivente, ancora lontana; numerosi, infatti, sono gli interventi, sia a livello nazionale che comunitario, che l'ordinamento dovrà attuare per garantire una tutela univoca alle merci prodotte in Italia.

ISSN 2240 - 726X

L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

a cura della D.ssa Filomena Agnese Chionna

L'ISTITUZIONE: L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nota come Antitrust rappresenta un'istituzione indipendente, che prende le sue decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte del Governo né di altri organi della rappresentanza politica. Ciò significa che essa prende decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo.

LA DISCIPLINA: E' stata istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"), che ha introdotto per la prima volta in Italia una normativa antitrust. All'indipendenza dell'Autorità contribuiscono, tra l'altro, le modalità di nomina e i requisiti del Presidente e dei tre Componenti i quali sono nominati congiuntamente dai Presidenti di Camera e Senato e non possono essere riconfermati nella carica alla scadenza dei sette anni. In particolare, il Presidente viene scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto alte cariche istituzionali; i quattro Componenti sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti o della Corte di Cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità. Essa è organo collegiale, e le sue decisioni vengono assunte a maggioranza.

I COMPITI: l'applicazione della legge n. 287 del 1990 vigilando:

a) sulle intese restrittive della concorrenza,

b) sugli abusi di posizione dominante,

c) sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in modo tale da eliminare o ridurre in misura sostanziale e duratura la concorrenza.

ISSN 2240 - 726X

L'Autorità ha anche il compito di applicare le norme contenute nel Titolo III-Parte II del decreto legislativo n. 206 del 2005(Codice del Consumo) in materia di pratiche commerciali, nell'articolo 37-bis dello stesso decreto in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie e nel decreto legislativo 145/2007, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa a tutela delle imprese nei loro rapporti commerciali.
È attribuito, infine, all'Autorità il compito di vigilare sui conflitti di interessi affinché i titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni, si dedichino esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e si astengano dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto di interessi.
A questi compiti si aggiungono l'attività di segnalazione al Parlamento e al Governo, l'esercizio dell'attività consultiva e la legittimazione a impugnare gli atti della pubblica amministrazione che determinano distorsioni della concorrenza. Introducendo una normativa antitrust nazionale il legislatore ha voluto, tra l'altro, dare attuazione all'articolo 41 della Costituzione, che riconosce espressamente la libertà di iniziativa economica privata, e adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario.
I principali obiettivi sono:
a) assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di poter accedere al mercato e di competere con pari opportunità;
b) tutelare i consumatori, favorendo il contenimento dei prezzi e i miglioramenti della qualità dei prodotti che derivano dal libero gioco della concorrenza.
Dal 2012 è stata affidata all'Antitrust la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori.
Dal 2004 applica la legge sul conflitto di interessi dei titolari delle cariche di Governo.

LA SEDE: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sede a Roma

FINANZIAMENTI: Fino al 31 dicembre 2012 l'Autorità è finanziata con uno stanziamento annuale in un apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero dello Sviluppo Economico e un parziale autofinanziamento, commisurato alla copertura dei costi relativi al controllo delle operazioni di concentrazione (articolo 10, comma 7-bis, della legge 287/90) inoltre recepisce le sanzioni irrogate in materia di pratiche commerciali scorrette Dal 2013 tali forme di finanziamento sono sostituite da un contributo da parte delle società di capitale con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro Il consuntivo della gestione finanziaria, approvato dall'Autorità entro il 30 aprile di ogni anno, è assoggettato al controllo della Corte dei Conti.

LE DECISIONI: l'Autorità rende pubbliche le sue decioni tramite il sito internet attraverso la pubblicazione di un Bollettino settimanale che riporta i provvedimenti adottati riguardanti intese, abusi di posizione dominante, concentrazioni, pratiche scorrette e pubblicità ingannevole e comparativa illecita, nonché le segnalazioni e le indagini conoscitive su settori economici.

La pubblicità degli Avvocati tra decoro e asimmetria informativa

a cura dell'Avv. Alessia Canaccini

L'art.17 del Codice Deontologico prevede che "L'avvocato **può dare informazioni** sulla propria attività professionale.

Il contenuto e la forma dell'informazione devono essere coerenti con la finalità della tutela dell'affidamento della collettività e rispondere a criteri di trasparenza e veridicità, il rispetto dei quali è verificato dal competente Consiglio dell'Ordine.

Quanto al contenuto, l'informazione deve essere conforme a **verità e correttezza** e non può avere ad oggetto notizie riservate o coperte dal segreto professionale. L'avvocato non può rivelare al pubblico il nome dei propri clienti, ancorché questi vi consentano.

Quanto alla forma e alle modalità, l'informazione deve **rispettare la dignità e il decoro della professione.**

In ogni caso, l'informazione **non deve assumere i connotati della pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa.**

I. Sono consentite, a fini non lucrativi, l'organizzazione e la sponsorizzazione di seminari di studio, di corsi di formazione professionale e di convegni in discipline attinenti alla professione forense da parte di avvocati o di società o di associazioni di avvocati.

II. E' consentita l'indicazione del nome di un avvocato defunto, che abbia fatto parte dello studio, purché il professionista a suo tempo lo abbia espressamente previsto o abbia".

Inoltre l'art. 17 bis C.D. chiarisce in modo dettagliato le modalità in cui può avvenire la pubblicità informativa dell'Avvocato : "L'avvocato che intende dare informazione sulla propria attività professionale deve indicare:

•) la denominazione dello studio, con la indicazione dei nominativi dei professionisti che lo compongono qualora l'esercizio della professione sia svolto in forma associata o societaria;

•) il Consiglio dell'Ordine presso il quale è iscritto ciascuno dei componenti lo studio;

•) la sede principale di esercizio, le eventuali sedi secondarie ed i recapiti, con l'indicazione di indirizzo, numeri telefonici, fax, e-mail e del sito web, se attivato.

ISSN 2240 - 726X

•) il titolo professionale che consente all'avvocato straniero l'esercizio in Italia, o che consenta all'avvocato italiano l'esercizio all'estero, della professione di avvocato in conformità delle direttive comunitarie.

Può indicare:

•) i titoli accademici;

•) i diplomi di specializzazione conseguiti presso gli istituti universitari;

•) l'abilitazione a esercitare avanti alle giurisdizioni superiori;

•) i settori di esercizio dell'attività professionale e, nell'ambito di questi, eventuali materie di attività prevalente;

•) le lingue conosciute;

•) il logo dello studio;

•) gli estremi della polizza assicurativa per la responsabilità professionale;

•) l'eventuale certificazione di qualità dello studio; l'avvocato che intenda fare menzione di una certificazione di qualità deve depositare presso il Consiglio dell'Ordine il giustificativo della certificazione in corso di validità e l'indicazione completa del certificatore e del campo di applicazione della certificazione ufficialmente riconosciuta dallo Stato;

L'avvocato può utilizzare esclusivamente i siti web con domini propri e direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipa, previa comunicazione tempestiva al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto in cui è espresso.

Il professionista è responsabile del contenuto del sito e in esso deve indicare i dati previsti dal primo comma.

Il sito non può contenere riferimenti commerciali e/o pubblicitari mediante l'indicazione diretta o tramite banner o pop-up di alcun tipo."

Tuttavia l'avvocato è soggetto anche al cosiddetto **divieto di accaparramento di clientela**, di cui all'art. 19 C.D. : " E' vietata ogni condotta diretta all'acquisizione di rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi alla correttezza e decoro.

I. L'avvocato non deve corrispondere ad un collega, o ad un altro soggetto, un onorario, una provvigione o qualsiasi altro compenso quale corrispettivo per la presentazione di un cliente.

II. Costituisce infrazione disciplinare l'offerta di omaggi o prestazioni a terzi ovvero la corresponsione o la promessa di vantaggi per ottenere difese o incarichi.

III. E' vietato offrire, sia direttamente che per interposta persona, le proprie prestazioni professionali al domicilio degli utenti, nei luoghi di lavoro, di riposo, di svago e, in generale, in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

IV. E' altresì vietato all'avvocato offrire, senza esserne richiesto, una prestazione personalizzata e, cioè, rivolta a una persona determinata per un specifico affare."

Peraltro esistono dei doveri generali di dignità, probità e decoro, di cui all'art. 5 C.D., che devono ispirare il comportamento del professionista.

Inoltre l'illecito disciplinare non è tipizzato dall'art. 38 della Legge professionale, R.D. 1578/1933, che al comma 1 prevede che "gli avvocati [ed i procuratori] che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare". È evidente che l'utilizzo da parte del legislatore di clausole che fanno riferimento a concetti indeterminati consente ai Consigli dell'ordine, chiamati ad applicare la norma, di individuare e sanzionare l'illecito, proprio sulla base della dignità e del decoro professionale da garantire, considerando l'interpretazione che di tali concetti è data dai Consigli e dal C.N.F. E' chiaro allora che alcune forme e modalità di pubblicità possono essere comunque sanzionate perchè lesive di dignità e decoro.

Ma la pubblicità degli avvocati è un argomento che riguarda anche la libera concorrenza, giacchè il c.d. Decreto Bersani, D.L. 223/2006, conv dalla L.248/2006, all'art.2 , ha stabilito che "in conformita' al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di liberta' di circolazione delle persone e dei servizi, nonche' al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facolta' di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attivita' libero professionali e intellettuali: …b) il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicita' informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonche' il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicita' del messaggio il cui rispetto e' verificato dall'ordine"

A questo punto considerato che in materia di pubblicità professionale esistono contemporaneamente interessi contrapposti, quello alla piena liberalizzazione, per garanzia della concorrenza e tutela del consumatore, e quello del controllo, per la tutela della dignità e decoro professionale, è opportuno verificare se esiste o meno una possibilità di contemperare le diverse esigenze rilevanti in materia,m a legislazione

vigenete. Tuttavia occorre anche considerare che sono in atto delle spinte alla liberalizzazione che passano per l'eliminazione di limiti ad una pubblicità commerciale dell'avvocato. Basti pensare alla riforma forense approvata dalla camera e attualmente all'esame del senato, di cui si dirà, brevemente, a conclusione di questa analisi.

Il conflitto di valori in campo- decoro e dignità professionale da una parte e libera concorrenza dall'altre- si avverte con chiarezza nelle pronunce del Supremo Collegio, a Sezioni Unite, che si è trovato più volte a affrontare la spinosa questione se determinate modalità di pubblicità informativa integrino un illecito disciplinare o meno.

Le pronunce più recenti sono la n. 14368 del 10 agosto 2012 e la n. 19705 del 13 novembre 2012.

La sentenza Cass. n. 14368 del 10 agosto 2012 si è occupata di un caso in cui alcuni avvocati sono stati sanzionati con la censura da parte di un C.O.per avere avviato un'attività di studio associato, denominato "l'angolo dei diritti", con relativo logo, in un locale posto su strada, con vetrofanie multilingue pertinenti le materie trattate e gli orari del "negozio", tutte informazioni riportate anche sul sito internet, creato senza la preventiva comunicazione al C.O. Sia il sito internet sia le vetrofanie indicavano un costo predeterminato e forfettario delle prestazioni, senza parametrazione al valore e all'importanza della causa, né alla durata. Anche in alcune interviste erano state fatte dichiarazioni non pertinenti all'oggetto della prestazione professionale, ma piuttosto all'autopromozione e soprattutto alla *captatio benevolentiae* di una clientela cui si prometteva di vincere la diffidenza, con "un servizio a favore di tutti e non appannaggio di alcuni", con "pagamenti personalizzati e dilazionati" e anche con "patto di quota lite".Tali condotte sono state ritenute in violazione degli artt. 5,17, 17 bis e 19 del C.D. Il Cnf, pur riducendo la sanzione all'avvertimento, ha rilevato, a seguito dell'entrata in vigore del c.d. Decreto Bersani, che non si è ammessa una pubblicità indiscriminata, ma una pubblicità informativa, idonea ad orientare razionalmente il cliente, anche sul compenso da riconoscere al professionista. Nello svolgimento dell'attività professionale infatti emergono beni, come la dignità e il decoro professionale, che richiedono tutela, e che escludono un'assoluta libertà di pubblicizzazione dell'attività, soprattutto se la pubblicità risulta prettamente commerciale o realizzata con "capacità evocativa emozionale".

Nel caso di specie il C.nf. ha osservato che : "il disvalore deontologico dell'attività di acquisizione della clientela, di per sé lecita e tanto più nell'attuale contesto in cui

l'ordinamento comunitario e l'interpretazione di svariate sue norme pongono in evidenza l'aspetto organizzativo, economico e concorrenziale dell'attività professionale, risiede negli strumenti usati ai fini dell'accaparramento, i quali non devono essere acluno di quelli tipizzati in via esemplificata nei canoni complementari dell'art. 19, non concretizzarsi nell'intermediazione di terzi(agenzie o procacciatori), né essere, più genericamente "mezzi illeciti" o meglio (nella versione vigente, approvata il 14 dicembre 2006) che esplicarsi in modo non conforme alla concorrenza e al decoro".La violazione del decoro professionale è stata riscontrata anche nella proposta commerciale di servizi offerti a costi molto bassi, non proporzionati all'attività svolta.

In proposito il Supremo Collegio dopo avere rammentato l'abrogazione del divieto di pubblicità informativa professionale del Decreto Bersani, e il potere di controllo dell'Ordine sulla trasparenza e veridicità del messaggio pubblicitario, ha anche ricordato il D.L. 145/2007 sulla pubblicità ingannevole e comparativa, che attribuisce potere di vigilanza in materia alla sola A.G.C.M. Sennonchè, se anche la pubblicità informativa del professionista non si rivela né comparativa ("qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente", ex art. 2, lett.d), D.L. 145/2007), né ingannevole ("qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione e' idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali e' rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente", ex art. 2, lett.b), D.L. 145/2007), può comunque concretarsi un illecito disciplinare per violazione del decoro e della dignità , che costituiscono *il proprium* della professione. Del resto, pur ammettendo che in astratto si possa configurare un apparente concorso tra la normativa generale e la normativa speciale ordinistica, in materia di pubblicità, per cui sulla base del criterio gerarchico dovrebbe prevalere la disciplina generale, mentre sulla base del criterio di competenza dovrebbe essere applicata la disciplina ordinistica, occorre considerare che esiste un principio di specialità, che deporrebbe a favore dell'applicazione dell'art. 38 della Legge professionale e un principio di autonomia degli organi disciplinari. Tuttavia è stato contestato al C.n.f. che nel valutare i messaggi pubblicitari, il decoro non doveva essere inteso in senso tradizionale, ma doveva essere adeguato alla coscienza sociale ed all'etica professionale dell'attuale momento storico. Sul punto la Corte ha ricordato che il codice deontologico ha natura di fonte integrativa

dei precetti normativi e si può ispirare a concetti e valori diffusi , generalmente compresi dalla collettività. In particolare l'espressione "negozio" è sicuramente di carattere commerciale ed è contraria al valore del decoro della professione, per come è concepito nell'attuale sentire comune.

In generale tuttavia è stato ritenuto che di per sé l'esercizio della professione in ambiente diverso dalla tradizione o con modalità comunicative inusuali non sia di per sé illecito, ma lo diventi nel caso in cui i tratti di originalità superino i limiti imposti in via generale dalla dignità, dal decoro e dalla correttezza professionale. Se dunque il c.d. Decreto Bersani non prevede alcunché sul rilievo disciplianere delle modalità e del contenuto della pubblicità, non si comprende perché l'organo disciplinare, non dovrebbe poter valutare le modalità della pubblicità secondo il decoro e la dignità professionale, di cui all'art. 38 della Legge professionale, oltreché l'acquisizione della clientela secondo correttezza, ex art. 19 C.D.

La sentenza Cass. n. 19705, del 13 novembre 2012, sulla pubblicità evidenzia che il tema del diritto alla pubblicità informativa sull'attività professionale e le conseguenti legittime modalità di esercizio è ben distinto dal problema dell'illecito disciplinare che può sussistere in caso di lesione della dignità e decoro professionale che può essere realizzata con le modalità di esercizio del diritto alla pubblicità. Infatti, l'art. 2, D.L. n.223 del 2006 ha abrogato le disposizioni legislative che prevedevano divieti anche parziali di pubblicità informativa per chi svolgesse attività di libera professione e il Codice Deontologico ha riconosciuto la libertà di informazione dell'avvocato all'art. 17, nel rispetto di dignità e decoro della professione, escludendo forme di pubblicità ingannevole, elogiativa o comparativa, e secondo le modalità di cui all'art. 17 bis del C.D.. Tuttavia resta l'illecito deontologico atipico, che può essere integrato per "fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale". Sul punto la Corte ha statuito che : "non è illegittimo per l'organo professionale procedente individuare una forma di illecito disciplinare (non certamente nella pubblicità in sé perfettamente legittima nel suo aspetto informativo ma) nelle modalità e nel contenuto della pubblicità stessa, in quanto lesivi del decoro e della dignità della professione, e non nell'attività di acquisizione di clientela in sé, ma negli strumenti usati, allorchè essi siano non conformi alla correttezza e al decoro professionale. Non vi è, quindi, nel caso in esame irragionevolezza nel precetto deontologico individuato dall'organo professionale, quale fattispecie sanzionabile in sede disciplinare". Nel caso specifico il C.N.F. e il C.O. hanno

ritenuto che "il messaggio pubblicitario inserito nel box era connotato dal slogan sull'attività svolta dal ricorrente, con grafica tale da porre enfasi sul dato economico e contenente dati equivoci, suggestivi ed eccedenti il carattere informativo, per cui il messaggio integrava modalità attrattiva della clientela con mezzi suggestivi ed incompatibili con la dignità ed il decoro professionale, per la marcata natura commerciale dell'informativa sui costi molto bassi".

Infine il Supremo Collegio, evidenzia che nel caso in esame non trova applicazione l'art. 4 del D.P.R. n. 137 del 3 agosto 2012, perché disposizione successiva all'epoca dei fatti, priva di efficacia retroattiva, ma utile per un'interpretazione corretta della disciplina allora vigente. L'art. 4 D.P.R. n. 137 del 3 agosto 2012, sulla riforma degli ordinamenti professionali prevede che :

" E' ammessa con ogni mezzo la pubblicita' informativa avente ad oggetto l'attivita' delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni. La pubblicita' informativa di cui al comma 1 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria. La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare, oltre a integrare una violazione delle

disposizioni di cui ai decreti legislativi 6 settembre 2005, n. 206, e 2 agosto 2007, n. 145". Sul punto il Supremo collegio riscontra che la nuova disciplina, in particolare al comma 2, dell'art. 4, nel prescrivere che la pubblicità debba essere "funzionale all'oggetto, veritiera e corretta…e non…equivoca, ingannevole o denigratoria" riconosce una conferma dell'interpretazione del fatto concreto in esame, perché fatto contrario alla dignità e al decoro professionale, ai sensi dell'art. 38 Legge proessionale, perché comportamento sicuramente equivoco, ingannevole e scorretto da parte dei professionisti.

Invero oltre alla disciplina generale sulla riforma degli ordinamenti professionali di cui al D.p.r. n. 137/2012 la materia della pubblicità degli avvocati potrebbe essere incisa dall'art. 10 del Progetto di Riforma, secondo il testo approvato dalla Camera il 31/10/2012 e ora all'esame del Senato , in base al quale : " E ` consentita all'avvocato la pubblicita`informativa sulla propria attivita` professionale, sull'organizzazione e struttura dello studio e sulle eventuali specializzazioni e titoli scientifici e professionali posseduti La pubblicita` e tutte le informazioni diffuse pubblicamente con qualunque

mezzo, anche informatico, debbono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere comparative con altri professio-nisti, equivoche, ingannevoli, denigratorie o suggestive. In ogni caso le informazioni offerte devono fare riferimento alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale. L'inosservanza delle disposizioni del presente articolo costituisce illecito disciplinare".

Sia nell'art. 10 del Progetto sia nell'art. 4 del D.p. r. 137/2012, si dice che la pubblicità può avvenire con qualsiasi mezzo, ma nella disposizione dell'art. 4 D.p.r 137/2012, già in vigore, si dice anche che la pubblicità informativa può avere ad oggetto i compensi richiesti per le prestazioni, aspetto cruciale dell'informazione, che si coordina perfettamente con l'esigenza di trasparenza cui dovrebbe rispondere anche l'obbligo di preventivo di cui all'art.9, comma 4 D.L. 24 Gennaio 2012, n. 1, secondo cui : "Il compenso per le prestazioni professionali e' pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessita' dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico…in ogni caso la misura del compenso e' previamente resa nota al cliente con in preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi".

Se dunque la pubblicità sui compensi ha anche finalità commerciali, purchè non equivoca, ingannevole, denigratoria, o suggestiva, risponde anche , con la previsione di un preventivo obbligatorio all'esigenza, peraltro tipica della tutela del consumatore e della concorrenza, di colmare le asimmetrie informative tra il professionista e il cliente. L'altra faccia della pubblicità insomma è quella di garantire al cliente l'espressione di un consenso informato all'avvocato nel momento in cui si forma l'accordo con il conferimento dell'incarico professionale, con l'assunzione dell'obbligazione accessoria di informazione da parte del professionista per la durata di tutto l'incarico, e oltre.

Sulla riforma sono stati e sono espressi punti di vista diametralmente opposti dal C.N.F.e dall'A.G.C.M.

L'Antitrust, con Parere del 9 agosto 2012 , sulla proposta di legge recante "*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*" (AC 3900, XVI Legislatura), nel testo licenziato, l'11 giugno 2012, dalla Commissione Giustizia della Camera per l'esame dell'Aula, ha contestato diversi punti della proposta. In particolare ha contestato l'utilizzo di termini ambigui come comunicazione o informazione, invece di pubblicità, perché ciò avrebbe potuto ingenerare dubbi sulla possibilità del professionista di avvalersi della pubblicità, intesa come leva essenziale della concorrenza. Peraltro il divieto di pubblicità comparativa è stato ritenuto contrario alla concorrenza e alla tutela dei consumatori. Inoltre, la previsione secondo cui "*il CNF determina i criteri concernenti le modalità dell'informazione e della comunicazione*", è stata ritenuta pericolosa, considerando che "controllo sull'attività pubblicitaria dei professionisti, e quindi anche degli avvocati, è svolta in via generale dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo) e del decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145 (in cui sono state trasfuse, peraltro, la disciplina del controllo della pubblicità ingannevole in vigore dal 1992 e quella sulla pubblicità comparativa in vigore dal 2000). Come evidenziato nella citata indagine conoscitiva IC34/09, il "*potere di verifica*" sulla pubblicità attribuito agli

ordini dal citato decreto-legge n.223/06 non solo non trova alcuna giustificazione nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, ma determina il rischio che esso possa essere utilizzato dagli stessi ordini, al fine di limitare l'utilizzo della fondamentale leva concorrenziale della pubblicità da parte dei professionisti. Appare, pertanto, preferibile una norma che riconduca il codice deontologico - in quanto deliberazione di associazione di imprese,costituite dai professionisti, qualificabili, ai sensi del diritto antitrust, come imprese - alla sua tipica funzione di regolare i profili etici connessi con il tema della responsabilità professionale, intesa esclusivamente come garanzia del corretto espletamento della professione a tutela della fiducia dei terzi, non sembrando opportuno che la potestà deontologica possa incidere sui comportamenti economici degli iscritti. In tale prospettiva, non appare opportuno un intervento del CNF nella determinazione dei criteri concernenti le modalità della pubblicità degli avvocati."

Il C.N.F. ha addirittura fatto ricorso avverso il D.P.R. 137/2012, e monitora costantemente l'*iter* della riforma dandone conto quotidianamente sul sito istituzionale www.consiglionazionaleforense.it, in particolare nel Diario della riforma, alla pagina

www.consiglionazionaleforense.it/site/home/naviga-per-temi/artCatdiario-della-riforma-forense.2244.31.30.1.1.html

Al momento si è espresso favorevolmente sul testo approvato dalla Camera. Tuttavia, anche in uno studio n.9 , su Professioni e Concorrenza, dell'Ottobre 2012, il C.N.F. ha dichiarato che "la letteratura empirica sembra confermare l'opportunità di una liberalizzazione della pubblicità all'interno dei servizi professionali. L'investimento pubblicitario incide il più delle volte positivamente sul benessere del consumatore generando una riduzione delle tariffe medie. Peraltro, la stima degli effetti dell'investimento pubblicitario sulla struttura del mercato non genera predizioni univoche."Tuttavia nelle decisioni disciplinari il C.N.F. interpreta il diritto di pubblicità informativa strettamente nei limiti di cui all'art. 38 della Legge professionale e sicuramente non tramite qualsiasi mezzo possibile.

DIRITTO D'AUTORE

LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA SULLA PROTEZIONE DEL SOFTWARE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

GRANDE SEZIONE, SENTENZA 3 LUGLIO 2012

a cura dell'Avv. Giuseppe Benfatto

MASSIMA

Ai sensi della direttiva n. 2009/24 in tema di protezione del software, è legittima la rivendita di una copia di un programma per elaboratore scaricata dal sito internet del titolare del diritto d'autore, qualora la licenza originariamente concessa dal titolare dei diritti al primo acquirente sia stata rilasciata senza limitazione di durata e a fronte del pagamento di un prezzo volto a ottenere una rimunerazione corrispondente al valore economico della copia dell'opera. In tal caso ogni acquirente successivo della licenza deve essere considerato un legittimo acquirente al quale viene riconosciuta la possibilità di avvalersi dell'esaurimento del diritto di distribuzione previsto dall'art. 4, paragrafo 2, della direttiva n. 2009/24, che costituisce una lex specialis nell'ambito delle norme comunitarie dedicate alla proprietà intellettuale. Il diritto di distribuzione della copia di un programma per elaboratore deve intendersi esaurito quando il titolare del diritto d'autore abbia autorizzato il download della copia su un supporto informatico via Internet, a prescindere dall'onerosità o meno dell'autorizzazione stessa.

COMMENTO

La pronuncia è stata fornita dai giudici di Lussemburgo in risposta ad una questione pregiudiziale sollevata dai giudici tedeschi, i quali dovevano sciogliere una controversia tra Oracle (società di programmazione software) e la Usedsoft (società di commercializzazione programmi per elaborati). In particolare i giudici tedeschi si chiedevano se i clienti di Usedsoft, pur non disponendo di un diritto di utilizzazione del programma software conferitogli direttamente dal titolare del diritto d'autore, possono avvalersi dell'esaurimento del diritto di distribuzione delle copie del software, acquisendo in tal modo lo status di legittimo acquirente.

ISSN 2240 - 726X

La Corte Europea ha concentrato la propria attenzione sull'esaurimento del diritto di distribuzione delle opere d'ingegno. I giudici di Lussemburgo partono dalla direttiva n. 29 del 2001 per evidenziare che la prima vendita nella Comunità dell'originale di un'opera o di sue copie da parte del titolare del diritto esaurisce il diritto di controllare la rivendita di tale oggetto nella Comunità. A tale disposizione si deve aggiungere il tredicesimo considerando della Direttiva n. 24 del 2009, secondo cui il contratto non può vietare gli atti di caricamento e svolgimento necessari all'utilizzo di un programma legittimamente acquisito. Ma si ribadisce che la prima vendita della copia di un programma nella comunità esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno della Comunità, a eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma.

Nel caso specifico la società Oracle affermava che l'esaurimento del diritto di distribuzione indicato nella direttiva n. 24 del 2009 riguarda unicamente beni tangibili e non anche copie immateriali di programmi scaricati dalla rete. Tale posizione non è stata condivisa dalla Corte, che ha ribadito la natura speciale della direttiva sul software e ha precisato che l'esaurimento del diritto di distribuzione delle copie di programmi non si limita ai soli programmi contenuti su supporti informatici. Infatti dal tenore letterale della norma comunitaria appare evidente che la vendita delle copie di un programma prescinde dal fatto che tale copia circoli o meno su supporti tangibili. Dunque la direttiva n. 24 del 2009 può trovare applicazione anche con riferimento ai programmi scaricati dalla rete.

Tuttavia il fatto che la Corte di Giustizia ammetta **il mercato di copie usate di programmi software non comporta automaticamente una diminuzione delle norme in tema di proprietà intellettuale**, poiché i giudici europei hanno precisato che l'acquirente iniziale della copia, per la quale il diritto di distribuzione del titolare del diritto d'autore sia esaurito, nel momento in cui procede alla rivendita deve rendere inutilizzabile la copia scaricata sul proprio elaboratore. Ma la pronuncia in esame, inoltre, ha il merito di aver qualificato come “vendita” il download effettuato legittimamente sul server dal cliente che acquista in tal modo il programma. Tale conclusione si discosta dalla tesi tradizionale. Ma i giudici di Lussemburgo sono giunti a ritenere che quando si

scarica la copia di un programma con l'autorizzazione del titolare si verifica un atto di cessione qualificabile come compravendita.

Pertanto, **se il titolare del diritto d'autore ha concesso una licenza senza limitazione di durata, l'acquirente può ben trasmettere a terzi la propria copia avvalendosi dell'esaurimento del diritto di distribuzione** previsto dall'articolo 4, par. 2 Direttiva n. 24 del 2009.

In seguito a tale operazione **ogni acquirente successivo all'esaurimento del diritto di distribuzione deve considerarsi legittimo acquirente**.

CONCORRENZA E MERCATO NELLA PROFESSIONE FORENSE

a cura della D.ssa Filomena Agnese Chionna

La professione forense esige prestazioni di natura intellettuale al fine di assicurare l'accesso alla giustizia attraverso l'assistenza di professionisti tecnicamente ed eticamente preparati. Tutto ciò sviluppato attraverso un percorso di studi e di esperienze in grado di assicurare l'esecuzione di una prestazione affidabile.
Bisogna tener presente che tale professione nel corso della storia ha avuto un trattamento diversificato, l'Avvocatura per un lungo periodo di tempo è stata espressione di una alta funzione della giustizia tale da essere considerata una "casta".

Tuttavia la spinta economica ha indotto il legislatore in varie tappe ad emanare norme in funzione della liberalizzazione manipolando la disiplina in vigore, con lo socpo di tutelare il consumatore.
L'AGCM con relazione del 03.10.1997 enunciava una equiparazione giuridica dell'attività professionale a quella di impresa in quanto conforme al diritto comunitario e all'ordinamento italiano. Successivamente si riteneva che la pubblicità professionale avrebbe messo a disposizione degli utenti maggior numero di informazioni circa le prestazioni e la qualità.

Con la relazione del 09.05.2004 l'AGCM richiamava il CNF sui benefici che potevano derivare dalla concorrenza tra liberi professionisti e l'uso di strumenti pubblicitari. Secondo l'AGCM le restrizioni pubblicitarie rappresentavano un ostacolo al libero spiegamento della domanda concorrenziale e non vi era un contemperato con l'interesse dell'affidamento pubblicitario al fine di tutelare i clienti.
Nel 2006 si affermava che le libere professioni rappresentando uno dei pilasri del pluralismo e dell'indipendenza all'interno della società assolvono ai ruoli di pubblico interresse, per tali motivi le regole necessarie erano

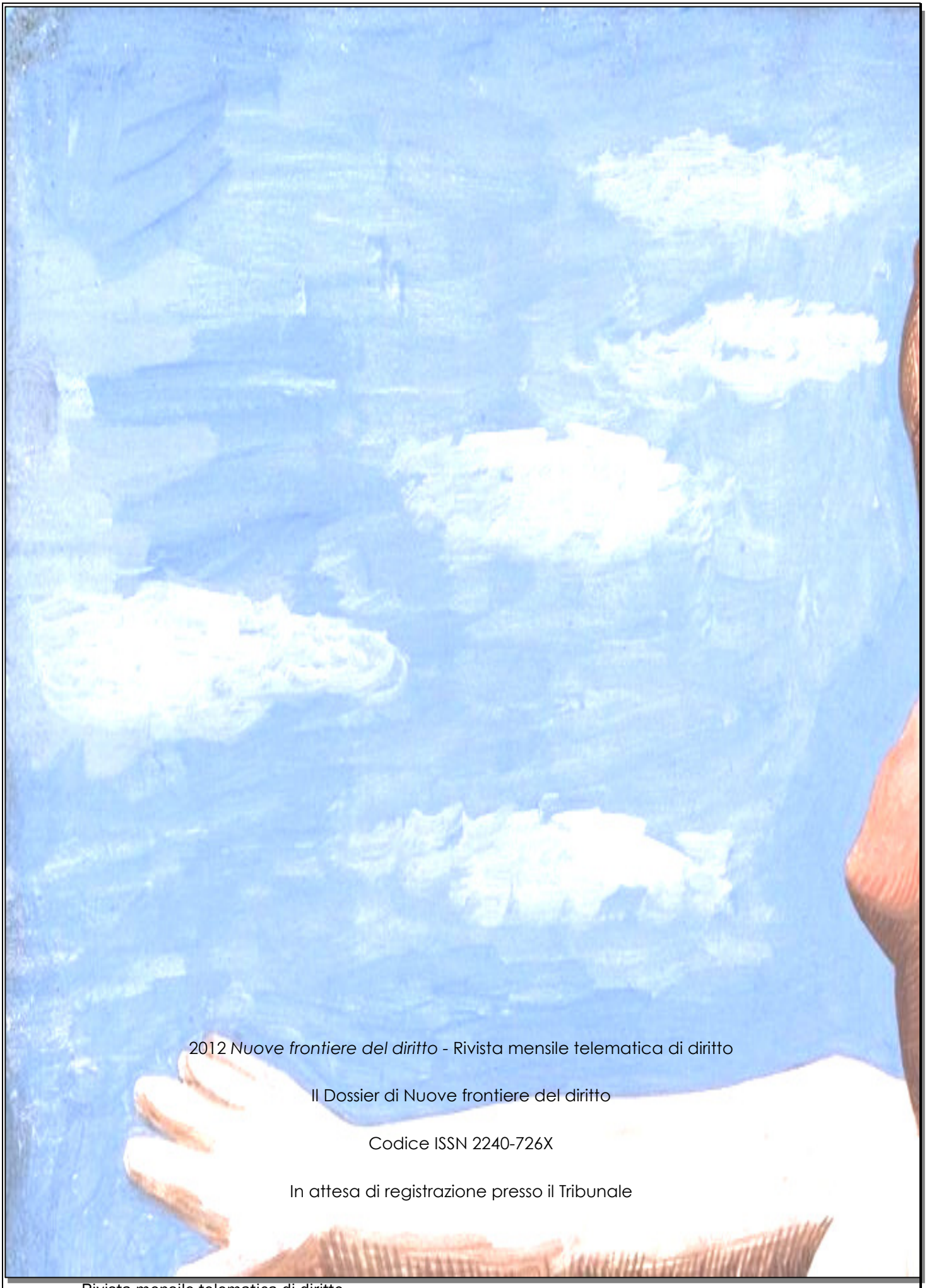
ISSN 2240 - 726X

emanate al fine di impedire la pubblicità ingannevole e l'ostacolo alla libera circolazione dei servizi.

Nel 2009 veniva così affermata l'equiparazione tra professione intellettuale e impresa, si riteneva inopportuno il richiamo al decoro per limitare la concorrenza.
Ad oggi nel settore vi sono numerose preoccupazione come la possibilità di una futura abolizione di un titolo, l'elevato numero di iscritti nei vari Ordini.

In conclusione possiamo affermare che la categoria forense si avvia in un circuito di libero mercato, caratterizzazo dalla concorrenza eccessiva che sfocia in una progressiva dequalificazione della professione. Una soluzione potrebbe essere rappresentata da da una selezione efficiente e non intaccata da meccanismi corrotti all'accesso alla professione già dalla fase formativa universitaria, per esempio adottanto delle barriere come il numero chiuso per la facoltà di giurisprudenza al fine di rafforzare e recuperare il prestigio della professione.
Obiettivo resta la difesa della professione consapevole e responsabile.

ISSN 2240 - 726X



2012 *Nuove frontiere del diritto* - Rivista mensile telematica di diritto

Il Dossier di Nuove frontiere del diritto

Codice ISSN 2240-726X

In attesa di registrazione presso il Tribunale

[i] T.S. ASHTON, *La rivoluzione industriale. 1760-1830*, VIII ed., Bari, 1987
[ii] W.G. SCOTT, *Lo sviluppo teorico del Marketing*, in *Manuale di marketing*, a cura di L. GUATRI e W.G. SCOTT, II ed., Milano, 1976, *infra* cap. 2
[iii] G. COZZI, G. FERRERO, *Marketing. Principi, metodi, tendenze evolutive*, Torino, 2000, p. 7
[iv] D. DALLI, S. ROMANI, *Il comportamento del consumatore. Acquisti e consumi in una prospettiva di marketing*, II ed., Milano, 2004
[v] S. PODESTA', M. ADDIS, *Il postmodernismo: alla ricerca dell'introvabile*, in *Finanza, Marketing e produzione*, 2003, 1, p. 5 ss.
[vi] A. CARU', B. COVA, *Esperienze di consumo e marketing esperenziale: radici diverse e convergenze possibili*, in *Micro & Macro Marketing*, 2003, 2, p. 187 ss
[vii] C. BORGHI, *Il consumo critico. Dal commercio equo-solidale al riciclo*, Milano, 2005
[viii] F. DENOZZA, *Antitrust - Leggi monopolistiche a tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, p. 9
[ix] Consiglio CEE, Risoluzione del 14 aprile 1975.
[x] A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, II ed., vol. III, Padova, 2003, p. 313 ss
[xi] A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 ss.
[xii]M. ERMINI, M. LASCIALFARI, V. PANDOLFINI, *I contratti di multiproprietà*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2003
[xiii] Cons. Stato, Sez. cons., 20 dicembre 2004, n. 11602, pubblicato in *Foro it.*, 2005, III, c. 348 ss
[xiv] Autorità garante della concorrenza e del mercato, Parere 4 maggio 2005 (AS 299),*Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori – Codice del consumo*, in *Discipl. comm. e servizi*, 2005, p. 748 ss.
[xv] G. CAPILLI, *Responsabilità contrattuale del produttore e tutela dell'acquirente*, in*Contratti*, 2005, p. 483 ss.
[xvi] L. DELLI PRISCOLI, L. DI BRINA. C. RUSSO, *I contratti delle imprese,* Giappichelli ed. p. 11 ss.
[xvii] *Corte giust. com. eu., 3.7.97, C269/95, in Giust. civ., 1998, I, 11*
[xviii] *Cass. civ., 25.7.01, n. 10127, in Giust. civ., 2002, I, 685*
[xix] *Cass. civ., 23.2.07, n. 4208, in Contratti, 2007, 1071*
[xx] *Cass. s.u., 20. 3.08, n. 7444.*
[xxi] Cass, 9.7.1976 n. 2602, Cass 13.1. 2005 n. 560.
[xxii] Cass. 17. 5. 1966 n. 1225, Cass. 4.7. 1985 n. 4029, Cass. 30.1. 1990 n. 637.
[xxiii] Tribunale Milano, 24 gennaio 1994 Esposito c. *Neometal Optik international* 3000, in Riv. dir. comm. 1994, 405
[xxiv] Cass. n.5131/1985.
[xxv] Cass. n.8157/1992.
[xxvi] Tribunale Napoli, 5 novembre 1998 Benckiser e altro c. Soc.Henkel e altro, in Riv. dir. ind. 1999,II, 243 . conforme Tribunale Napoli, 20 ottobre 1995 Soc. Brevetti e Co. c. Soc. Swinger International, in Dir. industriale 1996, 473
[xxvii] Tribunale Firenze, 16 marzo 1999, Soc. Ferragamo Italia c. Soc. Biagini e altro, in Foro toscano 2000, 146. Cassazione civile, sez. I, 16 febbraio 1979 n. 1038
[xxviii] Ghedini, La concorrenza sleale, in Giur. Sist. Civ. e comm. Diretta da W. BIGIAVI,Torino, 1982; Di Cataldo, L'imitazione servile, Milano, 1979
[xxix] Cass. n. 11795/1998.
[xxx] Cassazione, Sez. I Civ. n. 3721 del 13 marzo 2003.
[xxxi] Libertini, in Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale, in Trattato, Galgano VI, P. 237 ss.
[xxxii] R. Rolli, *Codice del Consumo, commentato articolo per articolo con dottrina e giurisprudenza*, Casa Editrice La Tribuna, 2008, pagg. 204 e ss.
[xxxiii] Caso Chiusini Mario Cirino Pomicino, PI/2144, Provv. 12175, in *Boll*. 27/2003.
[xxxiv] Autorità Garante, Provv., 4674, in *Boll.* 7/1997, 9129, in *Boll*. 3/2001